

## **Sanierungsgewinn: Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG als rechtswidrige staatliche Beihilfe**

KStG § 8c Abs. 1a; AEUV Art. 107 Abs. 1, Art. 263 Abs. 4

**1. Die Nr. 2 u. 3 des Tenors des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 4.2.2016 – T-287/11 – Heitkamp BauHolding/Kommission – EU:T:2016:60 = GmbHR 2016, 384 (LS), werden aufgehoben.**

**2. Der Beschluss 2011/527/EU der Kommission vom 26.1.2011 über die staatliche Beihilfe Deutschlands C 7/10 (ex CP 250/09 u. NN 5/10) „KStG, Sanierungsklausel“ wird für nichtig erklärt.**

EuGH, Ur. v. 28.6.2018 – C-203/16 P – Heitkamp BauHolding GmbH u. Dirk Andres

### Urteil

1 Mit seinem Rechtsmittel begehrt Herr Dirk Andres als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Heitkamp BauHolding GmbH (im Folgenden: HBH) die Aufhebung des Ur. des EuG v. 4.2.2016 – T-287/11 – EU:T:2016:60 – Heitkamp BauHolding/Kommission (im Folgenden: angefochtenes Urteil), soweit das Gericht darin die Klage von HBH auf Nichtigerklärung des Beschlusses 2011/527/EU der Kommission v. 26.1.2011 über die staatliche Beihilfe Deutschlands C 7/10 (ex CP 250/09 u. NN 5/10) „KStG, Sanierungsklausel“ (ABl. 2011, L 235, S. 26, im Folgenden: streitgegenständlicher Beschluss) als unbegründet abgewiesen hat, sowie die Nichtigerklärung dieses Beschlusses.

2 Mit ihrem Anschlussrechtsmittel begehrt die Europäische Kommission die Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit das Gericht darin die von ihr gegen die Klage erhobene Einrede der Unzulässigkeit zurückgewiesen hat, und infolgedessen die Abweisung der Klage als unzulässig.

### **Vorgeschichte des Rechtsstreits und streitgegenständlicher Beschluss**

3 Die Vorgeschichte des Rechtsstreits und der streitgegenständliche Beschluss, die in den Rz. 1 – 35 des angefochtenen Urteils dargestellt sind, lassen sich wie folgt zusammenfassen.

### ***Deutsches Recht***

4 In Deutschland können nach § 10d Abs. 2 EStG die in einem Steuerjahr eingetretenen Verluste auf künftige Steuerjahre vorgetragen werden, so dass die betreffenden Verluste von den steuerpflichtigen Einkünften der folgenden Jahre abgezogen werden (im Folgenden: Regel des Verlustvortrags). Nach § 8 Abs. 1 KStG besteht die Möglichkeit des Verlustvortrags für Unternehmen, die der Körperschaftsteuer unterliegen.

5 Die Möglichkeit des Verlustvortrags führte dazu, dass allein aus Gründen der Steuerersparnis Unternehmen er-

worben wurden, die ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hatten, aber noch Verluste besaßen, die vorgetragen werden konnten. Um solchen als missbräuchlich angesehenen Vorgängen entgegenzuwirken, führte der deutsche Gesetzgeber im Jahr 1997 § 8 Abs. 4 KStG ein. Er beschränkte die Möglichkeit des Verlustvortrags auf Unternehmen, die mit dem Unternehmen, das die Verluste erlitten hatte, rechtlich und wirtschaftlich identisch waren.

6 Durch das *Unternehmensteuerreformgesetz* wurde § 8 Abs. 4 KStG mit Wirkung vom 1.1.2008 aufgehoben und ein neuer § 8c Abs. 1 (im Folgenden auch: Regel des Verfalls von Verlusten) in das KStG eingefügt, der die Möglichkeit des Verlustvortrags im Fall des Erwerbs von mindestens 25 % der Anteile an einer Körperschaft einschränkt oder ausschließt (im Folgenden: schädlicher Beteiligungserwerb). Diese Bestimmung sieht Folgendes vor: Werden innerhalb von fünf Jahren mehr als 25 %, aber höchstens 50 % des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft übertragen, so verfallen ungenutzte Verluste anteilig in Höhe des prozentualen Beteiligungswechsels. Ungenutzte Verluste sind nicht mehr abziehbar, wenn mehr als 50 % des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft einem Erwerber übertragen werden.

7 Von der Regel des Verfalls von Verlusten war keine Ausnahme vorgesehen. Die Steuerbehörden konnten jedoch bei einem schädlichen Beteiligungserwerb zum Zweck der Sanierung von Unternehmen in Schwierigkeiten im Einklang mit einem Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 27.3.2003 im Billigkeitswege Steuervergünstigungen gewähren.

8 Im Juni 2009 wurde mit dem *Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung* ein Abs. 1a in § 8c KStG eingefügt (im Folgenden auch: Sanierungsklausel oder streitige Maßnahme). Nach dieser neuen Bestimmung darf eine Körperschaft auch im Fall eines schädlichen Beteiligungserwerbs i.S.v. § 8c Abs. 1 KStG unter folgenden Voraussetzungen einen Verlustvortrag vornehmen: Der Beteiligungserwerb erfolgt zum Zweck der Sanierung der Körperschaft, das Unternehmen ist zum Zeitpunkt des Erwerbs zahlungsunfähig oder überschuldet oder von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bedroht, die wesentlichen Betriebsstrukturen werden erhalten – was im Wesentlichen dann der Fall ist, wenn Arbeitsplätze erhalten werden, eine wesentliche Betriebsvermögenszuführung erfolgt oder Verbindlichkeiten erlassen werden, die noch werthaltig sind –, innerhalb von fünf Jahren nach dem Beteiligungserwerb erfolgt kein Branchenwechsel, und das Unternehmen hatte zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs nicht den Geschäftsbetrieb eingestellt.

9 Die streitige Maßnahme trat wie die Regel des Verfalls von Verlusten am 10.7.2009 in Kraft und gilt rückwirkend ab dem 1.1.2008.

### ***Streitgegenständlicher Beschluss***

10 In Art. 1 des streitgegenständlichen Beschlusses stellte die Kommission fest, dass „[d]ie auf der Grundlage von § 8c (1a) [KStG] gewährte staatliche Beihilferegulung, die [die Bundesrepublik] Deutschland ... rechtswidrig gewährt hat, ... mit dem Binnenmarkt unvereinbar [ist]“.

11 Bei der Einstufung der Sanierungsklausel als staatliche Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV war die Kommission u.a. der Ansicht, dass diese Klausel eine Ausnahme von der in § 8c Abs. 1 KStG aufgestellten Regel des Verfalls von ungenutzten Verlusten bei Körperschaften schaffe, bei denen es zu einem Beteiligungserwerb gekommen sei. Die Klausel könne daher Unternehmen, die ihre Voraussetzungen erfüllten, einen selektiven Vorteil verschaffen, der nicht durch die Natur oder den allgemeinen Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt sei. Mit der streitigen Maßnahme sollten nämlich die durch die Finanz- und Wirtschaftskrise hervorgerufenen Probleme bewältigt werden, was ein außerhalb dieses Systems liegendes Ziel darstelle. In den Art. 2 u. 3 des streitgegenständlichen Beschlusses erklärte die Kommission gleichwohl bestimmte im Rahmen dieser Regelung gewährte Einzelbeihilfen vorbehaltlich der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für mit dem Binnenmarkt vereinbar.

12 In Art. 4 des streitgegenständlichen Beschlusses gab die Kommission der Bundesrepublik Deutschland auf, alle im Rahmen der in Art. 1 des Beschlusses genannten Beihilferegulung gewährten unvereinbaren Beihilfen von den Begünstigten zurückzufordern. Nach Art. 6 des Beschlusses hatte Deutschland der Kommission u.a. eine Liste dieser Begünstigten zu übermitteln.

### **Sachverhalt**

13 HBH ist eine Körperschaft, die seit 2008 von Insolvenz bedroht war. Am 20.2.2009 erwarb ihre Muttergesellschaft die Anteile von HBH, um die beiden Gesellschaften zu verschmelzen und HBH dadurch zu sanieren. Zum Zeitpunkt dieses Erwerbs erfüllte HBH die Voraussetzungen für die Anwendung der Sanierungsklausel. Dies war in einer verbindlichen Auskunft des FA Herne (Deutschland) v. 11.11.2009 (im Folgenden: verbindliche Auskunft) festgestellt worden. Außerdem erhielt HBH am 29.4.2010 einen Vorauszahlungsbescheid zur Körperschaftsteuer 2009, in dem die gemäß dieser Klausel vorgetragene Verluste berücksichtigt wurden.

14 Mit Schreiben v. 24.2.2010 unterrichtete die Kommission die Bundesrepublik Deutschland über ihren Beschluss, das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV in Bezug auf die streitige Maßnahme einzuleiten. Mit Schreiben v. 30.4.2010 – IV C 2 - S 2745-a/08/10005 :002 – DOK 2010/0332067, GmbHR 2010, 616 [dazu *Breuninger/Ernst, GmbHR 2010, 561 ff.*] wies das BMF die deutsche Finanzverwaltung an, die Maßnahme nicht mehr anzuwenden.

15 Am 27.12.2010 wurde der Vorauszahlungsbescheid v. 29.4.2010 durch einen neuen Vorauszahlungsbescheid zur Körperschaftsteuer 2009 ersetzt, in dem die Sanierungsklausel nicht angewandt wurde. Im Januar 2011 erhielt HBH u.a. Vorauszahlungsbescheide zur Körperschafts-

teuer für die folgenden Jahre, ebenfalls ohne Anwendung der Sanierungsklausel. Am 1.4.2011 erhielt HBH einen Bescheid über die Körperschaftsteuer 2009. Aufgrund der Nichtanwendung von § 8c Abs. 1a KStG war HBH nicht in der Lage, die am 31.12.2008 bestehenden Verluste vorzutragen.

16 Am 19.4.2011 hob das FA Herne die verbindliche Auskunft auf.

17 Am 22.7.2011 übermittelte die Bundesrepublik Deutschland der Kommission eine Liste der Unternehmen, die durch die streitige Maßnahme begünstigt worden waren. Sie übermittelte ferner eine Liste der Unternehmen, bei denen verbindliche Auskünfte über die Anwendung der Sanierungsklausel aufgehoben worden waren. In dieser Liste war HBH genannt.

### **Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil**

18 Mit Klageschrift, die am 6.6.2011 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhob HBH Klage auf Nichtigklärung des streitgegenständlichen Beschlusses.

19 Die Kommission erhob mit gesondertem Schriftsatz, der am 16.9.2011 bei der Kanzlei des Gerichts einging, eine Einrede der Unzulässigkeit gemäß Art. 114 der Verfahrensordnung des Gerichts v. 2.5.1991.

20 Am 29.8.2011 beantragte die Bundesrepublik Deutschland, im Verfahren als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge von HBH zugelassen zu werden. Diesem Antrag wurde durch Beschluss des Präsidenten der Zweiten Kammer des Gerichts v. 5.10.2011 stattgegeben.

21 Mit Beschluss des Gerichts v. 21.5.2014 wurde die Entscheidung über die Einrede der Unzulässigkeit gemäß Art. 114 § 4 der Verfahrensordnung v. 2.5.1991 dem Endurteil vorbehalten.

22 HBH stützte ihre Klage auf zwei Gründe: Zum einen sei die streitige Maßnahme *prima facie* nicht selektiv, und zum anderen sei sie durch die Natur und den Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt.

23 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht zum einen die Einrede der Unzulässigkeit zurückgewiesen. Es hat entschieden, dass HBH vom streitgegenständlichen Beschluss unmittelbar und individuell betroffen sei, und dies im Wesentlichen damit begründet, dass HBH schon vor dem Erlass des Beschlusses zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens ein von den deutschen Behörden bestätigtes Recht auf eine Steuerersparnis erworben habe. Darüber hinaus habe sie ein Rechtsschutzinteresse. Zum anderen hat das Gericht die Klage von HBH als unbegründet abgewiesen.

### **Anträge der Parteien und Verfahren vor dem Gerichtshof**

24 HBH beantragt mit ihrem Rechtsmittel,

– die Nr. 2 u. 3 der Entscheidungsformel des angefochtenen Urteils aufzuheben sowie den streitgegenständlichen Beschluss für nichtig zu erklären;

– hilfsweise, die Nr. 2 u. 3 der Entscheidungsformel des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Sache an das Gericht zurückzuverweisen;

– der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

25 Die Kommission beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und HBH die Kosten aufzuerlegen.

26 Mit ihrem Anschlussrechtsmittel beantragt die Kommission,

– Nr. 1 des Tenors des angefochtenen Urteils aufzuheben;

– die Klage als unzulässig abzuweisen;

– das Rechtsmittel zurückzuweisen;

– Nr. 3 des Tenors des angefochtenen Urteils aufzuheben, soweit der Kommission auferlegt wird, ein Drittel ihrer Kosten zu tragen;

– HBH die durch das Verfahren vor dem Gericht und vor dem Gerichtshof entstandenen Kosten aufzuerlegen.

27 HBH beantragt, das Anschlussrechtsmittel zurückzuweisen und der Kommission die Kosten des Anschlussrechtsmittels aufzuerlegen.

28 In der mündlichen Verhandlung hat die Bundesrepublik Deutschland mündlich in der Weise Stellung genommen, dass sie die Anträge von HBH auf Zurückweisung des Anschlussrechtsmittels, auf Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Klage als unbegründet abgewiesen worden sei, und auf Nichtigerklärung des streitgegenständlichen Beschlusses unterstütze.

### **Zum Anschlussrechtsmittel**

29 Da sich das Anschlussrechtsmittel auf die Zulässigkeit der Klage bezieht, die eine Vorfrage zu den durch das Rechtsmittel aufgeworfenen Fragen der Begründetheit darstellt, ist es zuerst zu prüfen.

### ***Vorbringen der Parteien***

30 Die Kommission bringt vor, das Gericht habe in den Rz. 50 – 79 des angefochtenen Urteils den Begriff der individuellen Betroffenheit i.S.v. Art. 263 Abs. 4 AEUV rechtsfehlerhaft ausgelegt.

31 Erstens macht sie unter Bezugnahme auf die Urt. des EuGH v. 19.10.2000 – C-15/98 u. C-105/99 – EU:C:2000:570 – Italien und Sardegna Lines/Kommission, u. v. 9.6.2011 – C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P – EU:C:2011:368 – Comitato „Venezia vuole vivere“ u.a./Kommission, geltend, dass es für die Frage, ob ein Kläger von einem Beschluss der Kommission, mit dem eine Beihilferegulierung für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt werde, individuell betroffen sei, entscheidend darauf ankomme, ob der Kläger ein tatsächlicher oder ein potenzieller Empfänger einer aufgrund die-

ser Regelung gewährten Beihilfe sei. Nur die tatsächlichen Beihilfeempfänger seien von einem solchen Beschluss individuell betroffen.

32 In den Rz. 62, 70 u. 74 des angefochtenen Urteils habe das Gericht seine Entscheidung jedoch nicht auf diese Rspr. gegründet, sondern auf Urteile, die für den vorliegenden Fall nicht einschlägig seien. Im vorliegenden Fall liege nämlich keiner der Umstände vor, die in den Rechtssachen, in denen die Urt. des EuGH v. 17.1.1985 – 11/82 – EU:C:1985:18 – Piraiiki-Patraiki u.a./Kommission, v. 22.6.2006 – C-182/03 u. C-217/03 – EU:C:2006:416 – Belgien und Forum 187/Kommission, v. 17.9.2009 – C-519/07 P – EU:C:2009:556 – Kommission/Koninklijke FrieslandCampina, v. 27.2.2014 – C-132/12 P – EU:C:2014:100 – Stichting Woonpunt u.a./Kommission, u. v. 27.2.2014 – C-133/12 P – EU:C:2014:105 – Stichting Woonlinie u.a./Kommission, ergangen seien, auf die sich das Gericht in diesen Randnummern stütze, den Schluss zugelassen hätten, dass die Kläger individuell betroffen gewesen seien.

33 Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage komme es somit entgegen den Ausführungen des Gerichts in den Rz. 63 u. 74 des angefochtenen Urteils nicht auf die „rechtliche und tatsächliche Situation“ von HBH oder das Vorliegen eines „bestätigten Rechts“ an, sondern allein darauf, ob HBH auf der Grundlage der in Rede stehenden Beihilferegulation tatsächlich eine Beihilfe erhalten habe oder nicht. Auch die Rz. 75 u. 76 des angefochtenen Urteils wiesen einen Fehler auf, da sich dem Urt. des EuGH v. 9.6.2011 – C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P – EU:C:2011:368 – Comitato „Venezia vuole vivere“ u.a./Kommission, auf das sich das Gericht in Rz. 76 gestützt habe, nur entnehmen lasse, dass es für die Beurteilung der individuellen Betroffenheit nicht darauf ankomme, ob der Beschluss der Kommission eine Rückforderungsanordnung hinsichtlich der tatsächlich gewährten Beihilfe enthalte.

34 Zweitens führt die Kommission aus, das entscheidende Element, auf das das Gericht bei seiner Prüfung der „rechtlichen und tatsächlichen Situation“ von HBH die Feststellung gestützt habe, dass sie vom streitgegenständlichen Beschluss individuell betroffen sei, bestehe aus dem in Rz. 74 des angefochtenen Urteils festgestellten Vorliegen eines „bestätigten Rechts“. Sollte unter dem „bestätigten Recht“ ein bestätigtes Recht im Sinne des Unionsrechts zu verstehen sein, habe das Gericht jedoch einen Rechtsfehler begangen. Ein solches Recht könne nämlich nur in Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes anerkannt werden. Nach der Rspr. des Gerichtshofs scheide der Erwerb von Vertrauensschutz im Fall von Beihilfen, die unter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht in Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt worden seien, aber grundsätzlich aus.

35 Drittens macht die Kommission auf der Grundlage des gleichen Vorbringens geltend, das Gericht habe auch dann, wenn es unter „bestätigtem Recht“ ein bestätigtes Recht im Sinne des nationalen Rechts verstehe, einen Rechtsfehler begangen, da die Inanspruchnahme eines bestätigten Rechts nach nationalem Recht unter den Umständen des vorliegenden Falles ebenfalls im Widerspruch

zu der Rechtsprechung stehe, die im Fall von Beihilfen, die unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt worden seien, die Inanspruchnahme eines solchen Rechts ausschließe.

36 Folglich müsse Nr. 1 des Tenors des angefochtenen Urteils aufgehoben und, da HBH durch die in Rede stehende Beihilferegelung nicht tatsächlich begünstigt werde, die Klage als unzulässig abgewiesen werden.

37 HBH und die Bundesrepublik Deutschland halten das Anschlussrechtsmittel für unbegründet.

### **Würdigung durch den Gerichtshof**

38 Nach Art. 263 Abs. 4 AEUV kann jede natürliche oder juristische Person unter den Bedingungen des Art. 263 Abs. 1 u. 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.

39 Im vorliegenden Fall steht zum einen fest, dass sich der streitgegenständliche Beschluss, wie das Gericht in Rz. 57 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, ausschließlich an die Bundesrepublik Deutschland richtet. Zum anderen hat das Gericht, wie aus den Rz. 58 – 79 seines Urteils hervorgeht, eine Klagebefugnis von HBH aufgrund der Tatsache, dass sie von diesem Beschluss unmittelbar und individuell betroffen sei, also gemäß der zweiten in Art. 263 Abs. 4 AEUV genannten Alternative, bejaht.

40 Mit dem ersten Teil ihres einzigen Anschlussrechtsmittelgrundes macht die Kommission im Wesentlichen geltend, das Gericht habe in den Rz. 62, 63, 70 u. 74 – 77 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen, indem es diese Zulässigkeitsvoraussetzung der von HBH erhobenen Klage anhand ihrer tatsächlichen und rechtlichen Situation beurteilt habe, obwohl es allein darauf angekommen wäre, ob HBH von der in Rede stehenden Beihilferegelung tatsächlich oder potenziell begünstigt worden sei.

41 Nach st. Rspr. des Gerichtshofs können andere Personen als die Adressaten eines Beschlusses nur dann geltend machen, von ihm individuell betroffen zu sein, wenn der Beschluss sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und sie daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten (EuGH v. 15.7.1963 – 25/62 – EU:C:1963:17 – Plaumann/Kommission, S. 238; v. 27.2.2014 – C-132/12 P – EU:C:2014:100 – Stichting Woonpunt u.a./Kommission, Rz. 57).

42 Der Umstand, dass die Rechtssubjekte, für die eine Maßnahme gilt, nach Zahl oder sogar nach Identität mehr oder weniger genau bestimmbar sind, bedeutet keineswegs, dass sie als von der Maßnahme individuell betroffen anzusehen sind, sofern die Maßnahme aufgrund eines durch sie bestimmten objektiven Tatbestands rechtlicher oder tatsächlicher Art anwendbar ist (EuGH v. 16.3.1978

– 123/77 – EU:C:1978:73 – Unicme u.a./Rat, Rz. 16; v. 19.12.2013 – C-274/12 P – EU:C:2013:852 – Telefónica/Kommission, Rz. 47 und die dort angeführte Rspr.).

43 Dazu hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Unternehmen einen Beschluss der Kommission, mit dem eine sektorielle Beihilferegulation verboten wird, grundsätzlich nicht anfechten kann, wenn es von ihm nur wegen seiner Zugehörigkeit zu dem fraglichen Sektor und seiner Eigenschaft als durch diese Regelung potenziell Begünstigter betroffen ist. Ein solcher Beschluss ist nämlich für das Unternehmen eine generelle Rechtsnorm, die für objektiv bestimmte Situationen gilt und Rechtswirkungen gegenüber einer allgemein und abstrakt umschriebenen Personengruppe erzeugt (EuGH v. 19.10.2000 – C-15/98 u. C-105/99 – EU:C:2000:570 – Italien und Sardegna Lines/Kommission, Rz. 33 und die dort angeführte Rspr.; v. 19.12.2013 – C-274/12 P – EU:C:2013:852 – Telefónica/Kommission, Rz. 49).

44 Berührt ein Beschluss hingegen eine Gruppe von Personen, deren Identität zum Zeitpunkt seines Erlasses aufgrund von Kriterien, die den Mitgliedern der Gruppe eigen waren, feststand oder feststellbar war, können diese Personen von dem Beschluss individuell betroffen sein, sofern sie zu einem beschränkten Kreis von Wirtschaftsteilnehmern gehören (EuGH v. 13.3.2008 – C-125/06 P – EU:C:2008:159 – Kommission/Infront WM, Rz. 71 und die dort angeführte Rspr.; v. 27.2.2014 – C-132/12 P – EU:C:2014:100 – Stichting Woonpunt u.a./Kommission, Rz. 59).

45 So sind die tatsächlich Begünstigten von Einzelbeihilfen im Rahmen einer Beihilferegulation, deren Rückforderung die Kommission angeordnet hat, aus diesem Grund i.S.v. Art. 263 Abs. 4 AEUV individuell betroffen (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 19.10.2000 – C-15/98 u. C-105/99 – EU:C:2000:570 – Italien und Sardegna Lines/Kommission, Rz. 34 u. 35; vgl. auch EuGH v. 9.6.2011 – C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P – EU:C:2011:368 – Comitato „Venezia vuole vivere“ u.a./Kommission, Rz. 53).

46 Zwar ergibt sich, wie die Kommission ausführt, aus dieser Rspr., dass der Gerichtshof zum einen anerkennt, dass die tatsächlichen Empfänger von Einzelbeihilfen, die aufgrund einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilferegulation gewährt wurden, von einem Beschluss der Kommission, mit dem diese Regelung für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt und die Rückforderung der Beihilfen angeordnet wird, individuell betroffen sind. Zum anderen schließt der Gerichtshof aus, dass ein Kläger nur deshalb als individuell betroffen angesehen wird, weil er ein von dieser Regelung potenziell Begünstigter ist. Jedoch kann hieraus nicht, wie die Kommission geltend macht, abgeleitet werden, dass bei einem Beschluss der Kommission, mit dem eine Beihilferegulation für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird, zur Beurteilung der individuellen Betroffenheit eines Klägers i.S.v. Art. 263 Abs. 4 AEUV allein darauf abzustellen ist, ob der Kläger zu den tatsächlichen oder zu den potenziellen Empfängern einer aufgrund dieser Regelung gewährten Beihilfe gehört.



47 Wie auch der Generalanwalt in den Nr. 57, 59, 67 u. 68 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, ist nämlich die in den Rz. 43 u. 45 des vorliegenden Urteils angeführte, im speziellen Kontext der staatlichen Beihilfen entwickelte Rspr. nur ein besonderer Ausdruck des für die Beurteilung der individuellen Betroffenheit i.S.v. Art. 263 Abs. 4 AEUV maßgeblichen, im Urt des EuGH v. 15.7.1963 – 25/62 – EU:C:1963:17 – Plaumann/Kommission, aufgestellten rechtlichen Kriteriums. Nach diesem Urteil ist ein Kläger von einem an eine andere Person gerichteten Beschluss individuell betroffen, wenn der Beschluss ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt (vgl. auch, im Bereich der staatlichen Beihilfen, EuGH v. 19.10.2000 – C-15/98 u. C-105/99 – EU:C:2000:570 – Italien und Sardegnalines/Kommission, Rz. 32; v. 9.6.2011 – C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P – EU:C:2011:368 – Comitato „Venezia vuole vivere“ u.a./Kommission, Rz. 52, sowie, in anderen Bereichen, EuGH v. 17.1.1985 – 11/82 – EU:C:1985:18 – Piraiki-Patraiki u.a./Kommission, Rz. 11, 19 u. 31; v. 13.3.2018 – C-384/16 P – EU:C:2018:176 – European Union Copper Task Force/Kommission, Rz. 93).

48 Ob ein Kläger zur Gruppe der tatsächlichen Empfänger oder der potenziellen Empfänger einer Einzelbeihilfe gehört, die aufgrund einer durch Beschluss der Kommission für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärten Beihilferegulation gewährt wurde, kann daher nicht dafür maßgebend sein, ob der Kläger von diesem Beschluss individuell betroffen ist, wenn jedenfalls feststeht, dass der Beschluss den Kläger überdies wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt.

49 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das Gericht keinen Rechtsfehler begangen hat, als es zunächst in den Rz. 60 – 62 des angefochtenen Urteils auf die in den Rz. 41 – 44 des vorliegenden Urteils dargestellte Rspr. hingewiesen und sich dann in Rz. 63 des angefochtenen Urteils der Prüfung zugewandt hat, „*ob [HBH] in Anbetracht ihrer tatsächlichen und rechtlichen Situation als vom [streitgegenständlichen] Beschluss individuell betroffen anzusehen ist*“.

50 Zudem ergibt sich daraus, dass das Gericht auch dadurch keinen Rechtsfehler begangen hat, dass es in den Rz. 62, 70 u. 74 des angefochtenen Urteils seine Prüfung auf die in Rz. 32 des vorliegenden Urteils angeführten Urteile gestützt hat, da alle diese Urteile Anwendungsfälle des im Urt. des EuGH v. 15.7.1963 – 25/62 – EU:C:1963:17 – Plaumann/Kommission, aufgestellten Kriteriums der individuellen Betroffenheit darstellen, und zwar in Kontexten, in denen, wie im vorliegenden Fall, ein Rückgriff auf die besondere Ausprägung dieser Rspr. in Form einer Unterscheidung zwischen den tatsächlichen und den potenziellen Empfängern einer Einzelbeihilfe, die aufgrund einer für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärten Beihilferegulation gewährt wurde, nicht sachgerecht erschien.

51 Desgleichen hat das Gericht keinen Rechtsfehler begangen, als es in den Rz. 75 u. 76 des angefochtenen Ur-

teils unter Berufung auf das Urt. des EuGH v. 9.6.2011 – C-71/09 P, C-73/09 P u. C-76/09 P – EU:C:2011:368 – Comitato „Venezia vuole vivere“ u.a./Kommission, das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen hat, wonach lediglich eine tatsächlich aus staatlichen Ressourcen gewährte Begünstigung eine individuelle Betroffenheit von HBH belegen könnte. Wie bereits in Rz. 47 des vorliegenden Urteils festgestellt, ist ein Kläger nämlich dann von einem Beschluss der Kommission, mit dem eine Beihilferegelung für mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt wird, i.S.v. Art. 263 Abs. 4 AEUV individuell betroffen, wenn ihn dieser Beschluss wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt, worauf das Gericht im Übrigen in Rz. 76 des angefochtenen Urteils zutreffend hingewiesen hat.

52 Folglich ist der erste Teil des einzigen Anschlussrechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.

53 Mit dem zweiten und dem dritten Teil des einzigen Anschlussrechtsmittelgrundes wirft die Kommission dem Gericht vor, in Rz. 74 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen zu haben, indem es HBH als individuell betroffen angesehen habe, weil sie in Anwendung der streitigen Maßnahme ein „*bestätigtes Recht*“ auf eine Beihilfe erworben habe.

54 Hierzu ist festzustellen, dass das Gericht in Rz. 74 des angefochtenen Urteils insbesondere ausgeführt hat, dass „*[in] der vorliegenden Rechtssache ... festgestellt worden ist, dass [HBH] aufgrund der Besonderheiten des deutschen Steuerrechts ein von den deutschen Steuerbehörden bestätigtes Recht auf eine Steuerersparnis erworben hatte ... Dieser Umstand unterscheidet [HBH] von anderen Wirtschaftsteilnehmern, die von der streitigen Maßnahme lediglich als potenziell Begünstigte betroffen sind*“; dabei hat es auf Rz. 68 des angefochtenen Urteils verwiesen.

55 In Rz. 68 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass die von ihm in den Rz. 66 u. 67 dieses Urteils als die tatsächliche und rechtliche Situation von HBH im Sinne des Urt. des EuGH v. 15.7.1963 – 25/62 – EU:C:1963:17 – Plaumann/Kommission, kennzeichnend herausgearbeiteten Umstände von der deutschen Steuerverwaltung insbesondere mittels einer verbindlichen Auskunft bestätigt worden seien. Dabei handelte es sich zum einen um den Umstand, dass HBH vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens durch die Kommission nach der deutschen Regelung berechtigt war, ihre Verluste vorzutragen, da die in der Sanierungsklausel vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt waren, und zum anderen um den Umstand, dass HBH im Jahr 2009 zu versteuernde Gewinne erzielt hatte, von denen sie die gemäß der Sanierungsklausel vorgetragenen Verluste abgezogen hätte.

56 Daraus hat das Gericht in Rz. 69 des angefochtenen Urteils folgende Schlüsse gezogen: „*Nach der deutschen Regelung war es ... am Ende des Steuerjahrs 2009 sicher, dass [HBH] eine Steuerersparnis erzielt hätte, die sie im Übrigen genau beziffern konnte. Da die deutschen Behörden nämlich hinsichtlich der Anwendung der streitigen Maßnahme über kein Ermessen verfügten, war aufgrund der Durchführungsvorschriften des Steuersystems der*

*Eintritt der genannten Steuerersparnis ... lediglich eine Frage der Zeit. [HBH] besaß somit ein erworbenes, von den deutschen Behörden vor dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses und dann des [streitgegenständlichen] Beschlusses bestätigtes Recht auf Gewährung dieser Steuerersparnis. Sie wäre ohne diese Beschlüsse durch den Erlass eines Steuerbescheids konkretisiert worden, mit dem der Verlustvortrag und dessen anschließende Aufnahme in die Bilanz der Klägerin gebilligt worden wären. Sie konnte daher von den deutschen Steuerbehörden und der Kommission leicht festgestellt werden.“*

57 In Rz. 70 des angefochtenen Urteils ist das Gericht dann zu dem Ergebnis gekommen, dass HBH „nicht nur als ein Unternehmen anzusehen [ist], das aufgrund seiner Zugehörigkeit zum fraglichen Sektor und seiner Eigenschaft als potenziell Begünstigter vom [streitgegenständlichen] Beschluss betroffen war, sondern ... zum Zeitpunkt des Erlasses des [streitgegenständlichen] Beschlusses zu einem geschlossenen Kreis von feststehenden oder zumindest leicht feststellbaren Wirtschaftsteilnehmern im Sinne des Urt. des EuGH v. 15.7.1963 – 25/62 – EU:C:1963:17 – Plaumann/Kommission [gehörte]“.

58 Somit geht aus einer Gesamtschau der relevanten Abschnitte des angefochtenen Urteils hervor, dass das Gericht mit der Verwendung des Ausdrucks „bestätigtes Recht“ in Rz. 74 des angefochtenen Urteils lediglich in knapper Form auf die besondere tatsächliche und rechtliche Situation von HBH verweisen wollte, aufgrund deren sie als vom streitgegenständlichen Beschluss individuell betroffen im Sinne des Urt. des EuGH v. 15.7.1963, – 25/62 – EU:C:1963:17 – Plaumann/Kommission, angesehen werden konnte.

59 Da der zweite und der dritte Teil des einzigen Anschlussrechtsmittelgrundes somit auf einem Fehlverständnis des angefochtenen Urteils beruhen, sind sie als unbegründet zurückzuweisen; infolgedessen ist das Anschlussrechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

## **Zum Rechtsmittel**

60 HBH stützt ihr Rechtsmittel auf zwei Gründe, und zwar erstens auf einen Verstoß gegen die Begründungspflicht des Gerichts und zweitens auf einen Verstoß gegen Art. 107 AEUV. Zunächst ist der zweite Rechtsmittelgrund zu prüfen.

## **Vorbringen der Parteien**

61 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund macht HBH geltend, erstens habe das Gericht gegen Art. 107 AEUV verstoßen, indem es durch die Bestätigung des Standpunkts der Kommission, wonach die Regel des Verfalls von Verlusten das im vorliegenden Fall maßgebende Referenzsystem darstelle, das Referenzsystem falsch bestimmt habe. In den Rz. 103 u. 106 des angefochtenen Urteils habe das Gericht in einem ersten Schritt zutreffend die allgemeine Steuerregelung herausgearbeitet, nämlich die Regel des Verlustvortrags. Es habe jedoch die in § 8c Abs. 1 KStG aufgestellte Regel des Verfalls von Verlusten, also die

Ausnahme von der allgemeinen Regelung, als die für die Prüfung der Voraussetzung der Selektivität relevante allgemeine oder normale Steuerregelung herangezogen. Es habe fälschlich die Regel des Verlustvortrags nicht berücksichtigt. Indem es somit eine Ausnahme von der allgemeinen Steuerregelung als „Referenzsystem“ qualifiziert habe, habe es einen Rechtsfehler begangen oder zumindest die ihm vorgelegten Beweise bzw. das nationale Recht verfälscht.

62 Ein weiterer Rechtsfehler bestehe darin, dass die allgemeine oder normale Steuerregelung mittels einer Synthese von Grundregel und Ausnahme bestimmt worden sei, zumal sich die Regeln, deren Synthese das Gericht in Rz. 104 des angefochtenen Urteils vornehme, nicht auf der gleichen normativen Stufe befänden, da die Regel des Verlustvortrags eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darstelle.

63 Außerdem ergebe sich aus den Rz. 104 u. 107 des angefochtenen Urteils, dass das Gericht bei der Bestimmung des Referenzsystems auch die erste und die zweite Stufe der Selektivitätsprüfung miteinander vermengt und somit die Rspr. fehlerhaft angewandt habe.

64 Zweitens habe das Gericht bei seiner Prüfung, ob die streitige Maßnahme *prima facie* selektiv sei, gegen Art. 107 AEUV verstoßen. Zum einen habe es rechtsfehlerhaft angenommen, dass die tatsächliche und rechtliche Situation sanierungsbedürftiger und gesunder Unternehmen vergleichbar sei. Insbesondere könne das mit jeder Steuervorschrift verfolgte Ziel der Generierung von Steuereinnahmen keine ausreichende Vergleichbarkeit der Situation der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer herstellen.

65 Zum anderen sei die Sanierungsklausel sehr wohl eine allgemeine Maßnahme. Rz. 141 des angefochtenen Urteils stehe im Widerspruch zur Rspr., wonach es für die Beurteilung des allgemeinen Charakters einer Maßnahme nur darauf ankomme, ob sie unabhängig von der Art oder dem Gegenstand der Tätigkeit des Unternehmens Anwendung finde oder ob ihre Anwendung erfordere, dass das Unternehmen seine Tätigkeit ändert.

66 Drittens habe das Gericht dadurch gegen Art. 107 AEUV verstoßen, dass es die Sanierungsklausel nicht als gerechtfertigt angesehen habe. In den Rz. 158 – 160 und 164 – 166 des angefochtenen Urteils habe es fälschlich festgestellt, dass das Ziel dieser Klausel darin bestehe, die Sanierung von Unternehmen in Schwierigkeiten zu fördern, und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass dieses Ziel außerhalb des Steuersystems liege. In den Rz. 166 – 170 seines Urteils habe es ebenfalls fälschlich die Rechtfertigung der Klausel mit dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zurückgewiesen.

67 Darüber hinaus macht HBH geltend, ihr zweiter Rechtsmittelgrund sei zulässig, da er nur Rechtsfragen betreffe. Insbesondere betreffe er nicht die Tatsachenwürdigung, sondern die Anwendung falscher Kriterien bei der Bestimmung des Referenzsystems und die rechtliche Ein-

stufung der Tatsachen durch das Gericht, was vom Gerichtshof im Rahmen eines Rechtsmittels überprüft werde.

68 Die Kommission hält den zweiten Rechtsmittelgrund für unzulässig. Sein erster und sein dritter Teil beträfen die Feststellung des nationalen Rechts und somit Tatsachenfragen. Jedenfalls beruhe der erste Teil dieses Rechtsmittelgrundes, mit dem HBH dem Gericht vorwerfe, das Referenzsystem unter Berücksichtigung einer nur auf eine bestimmte Gruppe von Unternehmen anwendbaren Regelung bestimmt zu haben, auf einem Fehlverständnis der Rz. 103 – 109 des angefochtenen Urteils. Aus ihnen gehe hervor, dass das Gericht nur das für alle Unternehmen geltende Recht ermittelt habe, da die wirtschaftliche Identität und Kontinuität das maßgebende Kriterium für die Frage des Verlustvortrags darstelle; dabei handele es sich um Tatsachenfragen.

69 Auch der zweite Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes sei unzulässig. Zum einen seien die Frage der Vergleichbarkeit der Situation der Wirtschaftsteilnehmer und die Frage der Ermittlung des insoweit maßgebenden Ziels Tatsachenfragen. Zum anderen habe das Gericht einen Rechtsfehler begangen, indem es das ihm von HBH unterbreitete Vorbringen zur Einstufung der streitigen Maßnahme als allgemeine Maßnahme für zulässig erklärt habe, da es nicht als Erweiterung des ersten Teils des ersten bei ihm geltend gemachten Klagegrundes hätte angesehen werden dürfen.

70 Hilfsweise sei der zweite Rechtsmittelgrund unbegründet. Erstens werde die von HBH zur Definition des Referenzsystems vertretene These weder durch das einschlägige deutsche Recht noch durch die dem Gericht vorgelegten Schriftstücke gestützt. Der deutsche Gesetzgeber habe zudem selbst die Regel des Verfalls von Verlusten als neue Grundregel definiert. Das Gericht habe somit rechtsfehlerfrei festgestellt, dass nach der Einführung von § 8c Abs. 1 KStG der Wegfall des Verlustvortrags im Fall des schädlichen Beteiligungserwerbs die neue Grundregel des deutschen Steuerrechts darstelle.

71 Zweitens beruhten die Ausführungen von HBH zur angeblich fehlenden Vergleichbarkeit der Situationen der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer auf einem Fehlverständnis des angefochtenen Urteils. Zum einen gebe es aus dem Blickwinkel des Wechsels der wirtschaftlichen Identität keinen Unterschied zwischen sanierungsbedürftigen und nicht sanierungsbedürftigen Unternehmen.

72 Zum anderen sei die Sanierungsklausel keine allgemeine, sondern eine selektive Maßnahme. Auf das Urtd. des EuG v. 7.11.2014 – T-219/10 – EU:T:2014:939 – Autogrill España/Kommission, lasse sich dabei der Standpunkt von HBH nicht mit Erfolg stützen.

73 Drittens habe das Gericht im Rahmen seiner souveränen Tatsachenwürdigung zutreffend festgestellt, dass die Sanierungsklausel dazu diene, Unternehmen in Schwierigkeiten zu helfen. Jedenfalls gehe das Vorbringen, dass diese Klausel eine Übermaßbesteuerung verhindern solle, ins Leere, weil das Gericht in den Rz. 167 – 173 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, dass auch bei Heranziehung dieses Ziels eine Rechtfertigung ausgeschlos-

sen sei. Darüber hinaus habe das Gericht auch das auf das deutsche Verfassungsrecht und die Scheingewinne gestützte Vorbringen zu Recht zurückgewiesen.

74 Die Bundesrepublik Deutschland macht geltend, das Gericht habe ebenso wie die Kommission bei der Bestimmung des Referenzsystems einen Rechtsfehler begangen. Unter Verweis auf die Urte. des EuGH v. 15.11.2011 – C-106/09 P u. C-107/09 P – EU:C:2011:732 – Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich, u. v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., weist sie darauf hin, dass die Kommission, wenn sie eine Maßnahme als „selektiv“ einstufen wolle, zunächst die normale in dem betreffenden Mitgliedstaat anwendbare Steuerregelung ermitteln und dann nachweisen müsse, dass die geprüfte Maßnahme Differenzierungen zwischen Unternehmen schaffe, die sich im Hinblick auf das mit dieser Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Lage befänden. Daher könne einem nur auf der Regelungstechnik basierenden Ansatz nicht gefolgt werden.

75 Im vorliegenden Fall habe der Ansatz der Kommission jedoch allein auf der Regelungstechnik beruht, und das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, da es ihn nicht in Frage gestellt habe, obwohl er im Widerspruch zur Rspr. des Gerichtshofs stehe. Dabei habe das Gericht im angefochtenen Urteil Inhalt und Umfang der einschlägigen Steuervorschriften zutreffend festgestellt, sie aber rechtlich fehlerhaft eingestuft.

### ***Würdigung durch den Gerichtshof***

76 Mit dem ersten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes macht HBH, unterstützt durch die Bundesrepublik Deutschland, im Wesentlichen geltend, das Gericht habe in den Rz. 103 – 107 des angefochtenen Urteils das Referenzsystem falsch bestimmt, in dessen Rahmen der selektive Charakter der streitigen Maßnahme zu prüfen sei.

77 Da die Kommission die Zulässigkeit dieses ersten Teils mit der Begründung in Abrede stellt, dass er Tatsachenfragen betreffe, ist darauf hinzuweisen, dass zwar die Würdigung der Tatsachen und der Beweise, sofern sie nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage ist, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs im Rahmen eines Rechtsmittels unterliegt. Wenn das Gericht die Tatsachen festgestellt oder gewürdigt hat, ist der Gerichtshof jedoch nach Art. 256 AEUV zur Kontrolle ihrer rechtlichen Qualifizierung und der daraus gezogenen rechtlichen Konsequenzen befugt (EuGH v. 3.4.2014 – C-559/12 P – EU:C:2014:217 – Frankreich/Kommission, Rz. 78 und die dort angeführte Rspr.; v. 20.12.2017 – C-66/16 P bis C-69/16 P – EU:C:2017:999 – Comunidad Autónoma del País Vasco u.a./Kommission, Rz. 97).

78 Somit kann der Gerichtshof, wenn er im Rahmen eines Rechtsmittels Beurteilungen des nationalen Rechts durch das Gericht prüft, die im Bereich des Beihilfenrechts Tatsachenwürdigungen darstellen, nur prüfen, ob dieses Recht verfälscht wurde (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 3.4.2014 – C-559/12 P – EU:C:2014:217 – Frank-

reich/Kommission, Rz. 79 und die dort angeführte Rspr.; v. 20.12.2017 – C-66/16 P bis C-69/16 P – EU:C:2017:999 – Comunidad Autónoma del País Vasco u.a./Kommission, Rz. 98). Dagegen fällt die im Rahmen eines Rechtsmittels vorgenommene Überprüfung der rechtlichen Qualifizierung des nationalen Rechts durch das Gericht anhand einer Bestimmung des Unionsrechts, da sie eine Rechtsfrage darstellt, in die Zuständigkeit des Gerichtshofs (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 3.4.2014 – C-559/12 P – EU:C:2014:217 – Frankreich/Kommission, Rz. 83; v. 21.12.2016 – C-524/14 P – EU:C:2016:971 – Kommission/Hansestadt Lübeck, Rz. 61 – 63).

79 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass sich HBH mit dem ersten Teil ihres zweiten Rechtsmittelgrundes nicht gegen die Feststellungen des Gerichts zum Inhalt oder zur Tragweite des nationalen Rechts wendet, sondern gegen die vom Gericht, wie auch von der Kommission im streitgegenständlichen Beschluss, vorgenommene Einstufung der Regel des Verfalls von Verlusten als „Referenzsystem“.

80 Der Begriff „Referenzsystem“ bezieht sich jedoch auf den ersten Schritt der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Selektivität des Vorteils, das nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV gehört (EuGH v. 15.11.2011 – C-106/09 P u. C-107/09 P – EU:C:2011:732 – Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich, Rz. 74 und die dort angeführte Rspr.; v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 54).

81 Da das Vorbringen von HBH somit darauf abzielt, die vom Gericht vorgenommene rechtliche Einstufung der Tatsachen in Frage zu stellen, ist der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes zulässig.

82 In der Sache ist darauf hinzuweisen, dass nach st. Rspr. des Gerichtshofs die Einstufung einer nationalen Maßnahme als „staatliche Beihilfe“ i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV verlangt, dass alle nachfolgend genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss die Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein selektiver Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (EuGH v. 10.6.2010 – C-140/09 – EU:C:2010:335 – Fallimento Traghetti del Mediterraneo, Rz. 31 und die dort angeführte Rspr.; v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 53).

83 In Bezug auf die Voraussetzung der Selektivität des Vorteils geht aus einer ebenfalls st. Rspr. des Gerichtshofs hervor, dass bei der Beurteilung dieser Voraussetzung zu klären ist, ob die fragliche nationale Maßnahme im Rahmen einer konkreten rechtlichen Regelung geeignet ist, „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu begünstigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer ver-

gleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden und somit eine unterschiedliche Behandlung erfahren, die im Wesentlichen als diskriminierend eingestuft werden kann (EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 54 und die dort angeführte Rspr.).

84 Ist die in Rede stehende Maßnahme als Beihilferegelung und nicht als Einzelbeihilfe beabsichtigt, obliegt es außerdem der Kommission, darzutun, dass die Maßnahme, obwohl sie einen allgemeinen Vorteil vorsieht, diesen allein bestimmten Unternehmen oder Branchen verschafft (EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 55 und die dort angeführte Rspr.).

85 Insbesondere in Bezug auf nationale Maßnahmen, die einen Steuervorteil verschaffen, ist darauf hinzuweisen, dass eine derartige Maßnahme, die zwar nicht mit der Übertragung staatlicher Mittel verbunden ist, die Begünstigten aber finanziell besser stellt als die übrigen Steuerpflichtigen, den Empfängern einen selektiven Vorteil verschaffen kann und daher eine staatliche Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Dagegen stellt ein Steuervorteil, der sich aus einer unterschiedslos auf alle Wirtschaftsteilnehmer anwendbaren allgemeinen Maßnahme ergibt, keine Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung dar (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 15.11.2011 – C-106/09 P u. C-107/09 P – EU:C:2011:732 – Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich, Rz. 72 u. 73 sowie die dort angeführte Rspr.; vgl. auch EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 56).

86 In diesem Kontext muss die Kommission, um eine nationale steuerliche Maßnahme als „selektiv“ einzustufen, in einem ersten Schritt die im betreffenden Mitgliedstaat geltende allgemeine oder „normale“ Steuerregelung ermitteln und in einem zweiten Schritt dartun, dass die in Rede stehende steuerliche Maßnahme insofern vom allgemeinen System abweicht, als sie Differenzierungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern schafft, die sich im Hinblick auf das mit der allgemeinen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden (EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 57 und die dort angeführte Rspr.).

87 Der Begriff „staatliche Beihilfe“ erfasst jedoch nicht die Maßnahmen, mit denen eine Differenzierung zwischen Unternehmen geschaffen wird, die sich im Hinblick auf das mit der in Rede stehenden rechtlichen Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden und damit *a priori* selektiv sind, sofern der betreffende Mitgliedstaat in einem dritten Schritt nachweisen kann, dass diese Differenzierung gerechtfertigt ist, weil sie sich aus der Natur oder dem Aufbau des Systems ergibt, in das sich die Maßnahmen einfügen (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 6.9.2006 – C-88/03 – EU:C:2006:511 – Portugal/Kommission, Rz. 52; vgl. auch EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 58 und die dort angeführte Rspr.).



88 Die Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Selektivität impliziert somit grundsätzlich in einem ersten Schritt die Bestimmung des Referenzsystems, in das sich die betreffende Maßnahme einfügt. Ihr kommt im Fall von steuerlichen Maßnahmen erhöhte Bedeutung zu, da das tatsächliche Vorliegen einer Vergünstigung nur im Verhältnis zu einer sog. „normalen“ Besteuerung festgestellt werden kann (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 6.9.2006 – C-88/03 – EU:C:2006:511 – Portugal/Kommission, Rz. 56; v. 21.12.2016 – C-524/14 P – EU:C:2016:971 – Kommission/Hansestadt Lübeck, Rz. 55).

89 Somit hängt die Bestimmung aller Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, von der vorherigen Definition der rechtlichen Regelung ab, anhand von deren Ziel gegebenenfalls die Vergleichbarkeit der jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Situation der durch die fragliche Maßnahme begünstigten Unternehmen und der durch sie nicht begünstigten Unternehmen zu prüfen ist (EuGH v. 21.12.2016 – C-524/14 P – EU:C:2016:971 – Kommission/Hansestadt Lübeck, Rz. 60).

90 Die Einstufung eines Steuersystems als „selektiv“ ist jedoch nicht davon abhängig, dass es so konzipiert ist, dass die Unternehmen, denen möglicherweise eine selektive Begünstigung zugutekommt, im Allgemeinen denselben steuerlichen Belastungen unterliegen wie die übrigen Unternehmen, aber von Ausnahmenvorschriften profitieren, so dass die selektive Begünstigung im Unterschied zwischen der normalen steuerlichen Belastung und der Belastung der erstgenannten Unternehmen erblickt werden kann (EuGH v. 15.11.2011 – C-106/09 P u. C-107/09 P – EU:C:2011:732 – Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich, Rz. 91).

91 Ein solches Verständnis des Kriteriums der Selektivität würde nämlich voraussetzen, dass eine Steuerregelung, um als „selektiv“ eingestuft werden zu können, mittels einer bestimmten Regelungstechnik konzipiert ist, was dazu führen würde, dass nationale Steuervorschriften der Kontrolle auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen von vornherein allein deshalb entzogen sind, weil sie auf einer anderen Regelungstechnik beruhen, obwohl sie rechtlich und/oder tatsächlich durch die Anpassung oder Verknüpfung verschiedener Steuervorschriften dieselben Wirkungen entfalten. Es verstieße damit gegen die ständige Rechtsprechung, wonach Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nach den Gründen und Zielen der staatlichen Maßnahmen unterscheidet, sondern sie anhand ihrer Wirkungen und somit unabhängig von den verwendeten Techniken beschreibt (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 15.11.2011 – C-106/09 P u. C-107/09 P – EU:C:2011:732 – Kommission und Spanien/Government of Gibraltar und Vereinigtes Königreich, Rz. 87, 92 u. 93 sowie die dort angeführte Rspr.).

92 Wenn nach dieser Rspr. nationale Steuervorschriften nicht durch den Rückgriff auf eine bestimmte Regelungstechnik von vornherein der im AEU-Vertrag vorgesehenen Kontrolle im Bereich der staatlichen Beihilfen entzogen werden können, kann der Rückgriff auf die verwendete Regelungstechnik auch nicht zur Bestimmung des für

die Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Selektivität maßgebenden Referenzsystems ausreichen, da sonst die Form der staatlichen Maßnahmen in entscheidender Weise Vorrang vor ihren Wirkungen genösse. Wie im Wesentlichen auch der Generalanwalt in Nr. 108 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, kann die verwendete Regelungstechnik daher kein für die Bestimmung des Referenzsystems ausschlaggebender Gesichtspunkt sein.

93 Aus derselben Rspr. geht allerdings hervor, dass die verwendete Regelungstechnik zwar nicht für den Nachweis der Selektivität einer steuerlichen Maßnahme ausschlaggebend ist, so dass es nicht immer erforderlich ist, dass sie von einer allgemeinen Steuerregelung abweicht, doch ist der Umstand, dass sie durch die Verwendung dieser Regelungstechnik einen solchen Charakter aufweist, für diese Zwecke relevant, wenn sich daraus ergibt, dass zwei Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern voneinander unterschieden werden und *a priori* unterschiedlich behandelt werden – und zwar diejenigen, die unter die abweichende Maßnahme fallen, und diejenigen, die weiterhin unter die allgemeine Steuerregelung fallen –, obwohl sich diese beiden Gruppen im Hinblick auf das mit der Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren Situation befinden (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 77).

94 Überdies ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass nur Steuerpflichtige, die die Voraussetzungen für die Anwendung einer Maßnahme erfüllen, diese in Anspruch nehmen können, als solcher dieser Maßnahme keinen selektiven Charakter verleihen kann (EuGH v. 29.3.2012 – C-417/10 – EU:C:2012:184 – 3M Italia, Rz. 42; v. 21.12.2016 – C-20/15 P u. C-21/15 P – EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group u.a., Rz. 59).

95 Im Licht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob das Gericht, wie HBH und die Bundesrepublik Deutschland vorbringen, im vorliegenden Fall Art. 107 Abs. 1 AEUV in seiner Auslegung durch den Gerichtshof verkannt hat, indem es entschieden hat, dass die Kommission keinen Rechtsfehler begangen habe, als sie davon ausgegangen sei, dass das für die Beurteilung des selektiven Charakters der streitigen Maßnahme maßgebende Referenzsystem allein aus der Regel des Verfalls von Verlusten bestehe.

96 Insoweit ist festzustellen, dass das Gericht in Rz. 103 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen hat, dass *„die Kommission im [streitgegenständlichen] Beschluss die Regel des Verfalls von Verlusten ... als die allgemeine Regel bezeichnet hat, nach der zu prüfen sei, ob zwischen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Lage befänden, differenziert worden sei. [HBH] bezieht sich demgegenüber auf die allgemeinere, für jede Besteuerung geltende Regel des Verlustvortrags.“*

97 In Rz. 104 seines Urteils hat das Gericht ferner darauf hingewiesen, dass *„die Regel des Verlustvortrags eine Möglichkeit ist, in deren Genuss alle Unternehmen bei der Anwendung der Körperschaftsteuer kommen“*, und dass *„die Regel des Verfalls von Verlusten diese Möglichkeit beim Erwerb einer Beteiligung von 25 % oder*

*mehr einschränkt und beim Erwerb einer Beteiligung von mehr als 50 % ausschließt“.* Es hat sodann festgestellt, dass *„[d]ie letztgenannte Regel ... demnach systematisch für alle Fälle eines Wechsels der Anteilseigner [gilt], die 25 % oder mehr der Anteile halten, unbeschadet der Art oder der Merkmale der betreffenden Unternehmen“.*

98 In Rz. 105 des angefochtenen Urteils hat das Gericht Folgendes hinzugefügt: *„Außerdem ist die Sanierungsklausel ihrem Wortlaut nach eine Ausnahme von der Regel des Verfalls von Verlusten und gilt nur in genau definierten Situationen, die unter die letztgenannte Regel fallen.“*

99 Hieraus hat das Gericht in Rz. 106 seines Urteils abgeleitet, dass *„festzustellen [ist], dass die Regel des Verfalls von Verlusten ebenso wie die Regel des Verlustvortrags zum rechtlichen Rahmen der streitigen Maßnahme gehört. Mit anderen Worten besteht der im vorliegenden Fall relevante rechtliche Rahmen aus der allgemeinen Regel des Verlustvortrags, die durch die Regel des Verfalls von Verlusten eingeschränkt wird, und in eben diesem Rahmen ist zu prüfen, ob die streitige Maßnahme Differenzierungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern schafft, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Lage im Sinne der Rechtsprechung befinden.“*

100 In Rz. 107 des angefochtenen Urteils hat das Gericht daraus den Schluss gezogen, dass *„die Kommission keinen Fehler begangen hat, als sie unter gleichzeitiger Anerkennung der Existenz einer allgemeineren Regel, nämlich der des Verlustvortrags, zu dem Ergebnis kam, dass der bei der Beurteilung der Selektivität der streitigen Maßnahme angelegte rechtliche Bezugsrahmen in der Regel des Verfalls von Verlusten zu sehen sei“.*

101 Wie HBH und die Bundesrepublik Deutschland vorbringen, hat diese Argumentation dazu geführt, dass das Gericht fälschlich allein die Regel des Verfalls von Verlusten als Referenzsystem im Sinne der Rspr. zu Art. 107 Abs. 1 AEUV eingestuft und die allgemeine Regel des Verlustvortrags von diesem Referenzsystem ausgenommen hat.

102 Aus dieser Argumentation geht nämlich hervor, dass das Gericht trotz seiner Feststellung, dass es eine für alle körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen geltende allgemeine Steuerregel, nämlich die Regel des Verlustvortrags, gebe, gleichwohl entschieden hat, dass die Kommission keinen Fehler begangen habe, als sie davon ausgegangen sei, dass das für die Beurteilung des selektiven Charakters der streitigen Maßnahme maßgebende Referenzsystem allein aus der Regel des Verfalls von Verlusten bestehe, obwohl die letztgenannte Regel selbst unstrittig eine Ausnahme von der Regel des Verlustvortrags darstellte und obwohl die Prüfung des gesamten Inhalts dieser Bestimmungen die Feststellung hätte ermöglichen müssen, dass die Sanierungsklausel dazu führte, eine unter die allgemeine Regel des Verlustvortrags fallende Situation zu definieren.

103 Wie auch der Generalanwalt in Nr. 109 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, geht jedoch aus der in den Rz. 90 – 93 des vorliegenden Urteils

angeführten Rspr. des Gerichtshofs hervor, dass die Selektivität einer steuerlichen Maßnahme anhand eines Referenzsystems, das aus einigen Bestimmungen besteht, die aus einem breiteren rechtlichen Rahmen künstlich herausgelöst wurden, nicht zutreffend beurteilt werden kann. Durch den Ausschluss der allgemeinen Regel des Verlustvortrags von dem im vorliegenden Fall maßgebenden Referenzsystem hat das Gericht somit dieses System offensichtlich zu eng definiert.

104 Soweit das Gericht diese Schlussfolgerung darauf gestützt hat, dass die streitige Maßnahme ihrem Wortlaut nach eine Ausnahme von der Regel des Verfalls von Verlusten sei, ist darauf hinzuweisen, dass die verwendete Regelungstechnik, wie bereits in Rz. 92 des vorliegenden Urteils ausgeführt, kein für die Bestimmung des Referenzsystems ausschlaggebender Gesichtspunkt sein kann.

105 Auch dem Urt. des EuGH v. 18.7.2013 – C-6/12 – EU:C:2013:525 – P, kann im vorliegenden Fall kein stichhaltiges Argument zur Stützung des angefochtenen Urteils entnommen werden, da sich der Gerichtshof in diesem Urteil nicht dazu geäußert hat, was in der ihm unterbreiteten Rechtssache das Referenzsystem darstellen musste.

106 Nach alledem ist der erste Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes von HBH begründet, ohne dass insoweit die übrige zu seiner Stützung vorgebrachte Argumentation geprüft zu werden braucht. Ferner ist festzustellen, dass das Gericht auf der Grundlage seiner rechtsfehlerhaften Würdigung, wonach die Kommission mit ihrer Feststellung, dass das im vorliegenden Fall für die Beurteilung des selektiven Charakters der streitigen Maßnahme maßgebende Referenzsystem allein aus der Regel des Verfalls von Verlusten bestehe, keinen Fehler begangen habe, das weitere Vorbringen von HBH geprüft hat, mit dem zum einen das Fehlen eines *prima facie* selektiven Charakters der streitigen Maßnahme und zum anderen ihre Rechtfertigung mit der Natur und dem Aufbau des Steuersystems dargetan werden sollte.

107 Wie sich aus der in den Rz. 83 u. 86 – 89 des vorliegenden Urteils dargestellten Rspr. ergibt, führt aber ein Fehler bei der Bestimmung des Referenzsystems, anhand dessen der selektive Charakter einer Maßnahme zu beurteilen ist, zwangsläufig dazu, dass die gesamte Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Selektivität mit einem Mangel behaftet ist. Unter diesen Umständen ist dem Rechtsmittel stattzugeben, und die Nr. 2 u. 3 des Tenors des angefochtenen Urteils sind aufzuheben, ohne dass der zweite und der dritte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes oder der erste Rechtsmittelgrund geprüft zu werden brauchen.

### **Zur Klage vor dem Gericht**

108 Nach Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann der Gerichtshof im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Gerichts den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist.

109 Das ist hier der Fall. In diesem Rahmen genügt der Hinweis, dass aus den in den Rz. 82 – 107 des vorliegenden Urteils genannten Gründen der erste Teil des ersten Klagegrundes von HBH begründet ist, da mit ihm gerügt wird, dass die Kommission fälschlich allein die Regel des Verfalls von Verlusten als das für die Beurteilung des selektiven Charakters der streitigen Maßnahme maßgebende Referenzsystem angesehen habe. Da der selektive Charakter der streitigen Maßnahme von der Kommission somit anhand eines fehlerhaft bestimmten Referenzsystems beurteilt wurde, ist der streitgegenständliche Beschluss für nichtig zu erklären.

## **Kosten**

110 Nach Art. 184 Abs. 2 seiner Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel unbegründet ist oder wenn das Rechtsmittel begründet ist und er den Rechtsstreit selbst endgültig entscheidet.

111 Gemäß Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung, der nach deren Art. 184 Abs. 1 auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

112 Da die Kommission beim Anschlussrechtsmittel und beim Rechtsmittel unterlegen ist, der streitgegenständliche Beschluss für nichtig erklärt wird und HBH beantragt hat, der Kommission die Kosten aufzuerlegen, sind ihr neben ihren eigenen Kosten die Kosten aufzuerlegen, die HBH durch das Verfahren im ersten Rechtszug und durch das Rechtsmittelverfahren entstanden sind.

113 Nach Art. 184 Abs. 4 der Verfahrensordnung können einer erstinstanzlichen Streithilfepartei, wenn sie das Rechtsmittel nicht selbst eingelegt hat, im Rechtsmittelverfahren nur dann Kosten auferlegt werden, wenn sie am schriftlichen oder mündlichen Verfahren vor dem Gerichtshof teilgenommen hat. Nimmt eine solche Partei am Verfahren teil, so kann der Gerichtshof ihr ihre eigenen Kosten auferlegen.

114 Die Bundesrepublik Deutschland, die als erstinstanzliche Streithilfepartei am mündlichen Verfahren vor dem Gerichtshof teilgenommen hat, hat nicht beantragt, der Kommission die Kosten aufzuerlegen. Unter diesen Umständen ist zu entscheiden, dass sie ihre eigenen durch das Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten trägt.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Das Anschlussrechtsmittel wird zurückgewiesen.
2. Die Nr. 2 u. 3 des Tenors des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 4.2.2016 – T-287/11 – Heitkamp BauHolding/Kommission – EU:T:2016:60 = GmbHR 2016, 384 (LS), werden aufgehoben.
3. Der Beschluss 2011/527/EU der Kommission vom 26.1.2011 über die staatliche Beihilfe Deutschlands

C 7/10 (ex CP 250/09 u. NN 5/10) „KStG, Sanierungsklausel“ wird für nichtig erklärt.

4. Die Europäische Kommission trägt neben ihren eigenen Kosten die Kosten, die Herrn Dirk Andres, Insolvenzverwalter über das Vermögen der Heitkamp BauHolding GmbH, durch das Verfahren im ersten Rechtszug und durch das Rechtsmittelverfahren entstanden sind.

5. Die Bundesrepublik Deutschland trägt ihre eigenen durch das Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten.