

EG-beihilfenrechtliche Anforderungen an staatliche globale Rückbürgschaften*

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE), Bonn, und
Priv.-Doz. Dr. Andreas Haratsch, Konstanz/Potsdam

A. Einleitung

Eine besondere Form der staatlichen Bürgschaft stellt die globale Rückbürgschaft dar. Wie auch an „gewöhnliche“ staatliche oder kommunale Bürgschaften¹ stellt das EG-Beihilfenrecht besondere Anforderungen an staatliche Rückbürgschaften. Insbesondere ist fraglich, ob globale Rückbürgschaften überhaupt als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG zu qualifizieren sind, mit der Folge, dass sie, sofern kein Freistellungstatbestand erfüllt ist, der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EG zu notifizieren sind. Das Verbot, nicht genehmigte Beihilfenmaßnahmen durchzuführen (Art. 88 Abs. 3 Satz 2 EG), stellt nach der BGH-Rechtsprechung ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des zur Gewährung der Beihilfe abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrags führt². Der folgende Beitrag geht der Frage nach, ob staatliche globale Rückbürgschaften, die Bürgschaftsbanken gewährt werden, Beihilfen im Sinne des Europäischen Gemeinschaftsrechts darstellen. Dies wird insbesondere am Beispiel von Rückbürgschaften zugunsten der Finanzierung sozialer Projekte untersucht.

Der Bund und die Länder gewähren einigen Bürgschaftsbanken unentgeltlich globale Rückbürgschaften für von den Bürgschaftsbanken übernommene Ausfallbürgschaften. Üblich sind Rückbürgschaften für Ausfallbürgschaften für Kredite von Kreditinstituten, Leasinggesellschaften und Versicherungen an kleine und mittlere Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft. Sie werden jedoch auch übernommen für Ausfallbürgschaften für Kredite an soziale Organisationen und soziale Einrichtungen. Eine staatliche Rückbürgschaft umfasst dabei nur diejenigen Ausfallbürgschaften einer Bürgschaftsbank, die durch eine ausdrückliche schriftliche Erklärung des staatlichen Rückbürgen und durch Aushängung der Bürgschaftsurkunde der Bürgschaftsbank an den Kreditgeber in die Globalrückbürgschaft einbezogen werden. Die globalen Rückbürgschaften des Bundes und der Länder sind regelmäßig auf einen Höchstbetrag beschränkt. Während die globalen Rückbürgschaften eines Landes jeweils nur Projekte erfassen, die innerhalb des jeweiligen Landes belegen sind, können Rückbürgschaften des Bundes Vorhaben im gesamten Bundesgebiet abdecken. Satzungsmäßiger Zweck von Bürgschaftsbanken ist regelmäßig die Übernahme von Bürgschaften zur Absicherung von Krediten an Unternehmen, die selbst nicht über ausreichende Sicherheiten verfügen. Für die Übernahme einer Bürgschaft erhält die Bürgschaftsbank ein Entgelt, das regelmäßig aus einem einmaligen Bearbeitungsentgelt und einem laufenden Bürgschaftsentgelt besteht. Im Falle der Kündigung eines Kreditvertrags haftet die Bürgschaftsbank gegenüber der Hausbank des Kreditnehmers für das verbürgte Kapital, wenn die Bank ihre Forderungen aus dem Vermögen des Kreditnehmers nicht

befriedigen kann. Bund und Länder übernehmen ihrerseits mit ihren Rückbürgschaften einen Teil des wirtschaftlichen Risikos im Falle eines Kreditausfalls.

B. Der Beihilfencharakter staatlicher globaler Rückbürgschaften

Fraglich ist, ob staatlichen globalen Rückbürgschaften Beihilfencharakter im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG zukommt. Gemäß dieser Bestimmung sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

I. Begünstigung

Das Merkmal der Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH³ und allgemeiner Auffassung weit auszulegen⁴. Eine staatliche Maßnahme ist dann als Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG anzusehen, wenn das Unternehmen eine Leistung, d. h. einen geldwerten Vorteil, ohne angemessene, marktübliche Gegenleistung erlangt. In ihrer „Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften“ aus dem Jahr 2000⁵ hat die Kommission deutlich gemacht, dass eine Beihilfe auch in Form einer Übernahme einer Bürgschaft durch den Staat vorliegen kann. Dies gilt in entsprechender Weise für die Übernahme von Rückbürgschaften durch staatliche Stellen zugunsten eines Unternehmens.

Fraglich kann bei einer staatlichen globalen Rückbürgschaft sein, wer als Begünstigter anzusehen ist. In Betracht kommen einerseits die einzelnen Kreditnehmer, andererseits die jeweilige Bürgschaftsbank. Gemäß Ziffer 2.1 der Bürgschaftsmitteilung der Kommission ist gewöhnlich der Kreditnehmer Begünstigungsempfänger einer staatlichen Bürgschaft. Dies setzt allerdings voraus, dass die staatliche Garantie ihn in die Lage versetzt, Gelder zu günstigeren finanziellen Kon-

* Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten. - Für wertvolle Hilfe danken wir Frau stud. iur. *Sonja Fechner*.

¹ Vgl. dazu *Koenig/Haratsch*, ZHR 169 (2005), 77 ff.

² BGH WM 2003, 1491 = EuZW 2003, 444, 445; BGH WM 2004, 468 = NVwZ 2004, 636, 637.

³ Vgl. schon EuGH Slg. 1961, 1, 43 - Steenkolenmijnen.

⁴ S. nur *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EGV Rdn. 7; *Evans*, EC Law of State Aid, 1997, S. 27 ff.; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 40.

⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. EG 2000 C 71/14.

ditionen aufzunehmen, als normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar wären. Bezogen auf staatliche Rückbürgschaften ist mithin zu fragen, ob ein Kreditnehmer eine Ausfallbürgschaft einer Bürgschaftsbank aufgrund einer staatlichen globalen Rückbürgschaft zu günstigeren Konditionen erhält, als dies unter „normalen“ Marktbedingungen möglich wäre. Dafür könnte sprechen, dass die Bürgschaftsbanken mit einer staatlichen Rückbürgschaft erst in die Lage versetzt werden sollen, ihrerseits Bürgschaften für Kredite von Unternehmen zu übernehmen, wenn sonstige Sicherheiten nicht oder nicht im erforderlichen Umfang zur Verfügung stehen. Da derzeit aber alle Bürgschaftsbanken in Deutschland über staatliche globale Rückbürgschaften verfügen, ist nur schwer zu ermitteln, ob ein Unternehmen eine Ausfallbürgschaft einer Bürgschaftsbank zu günstigeren Konditionen erhält, als dies ohne eine staatliche Rückbürgschaft der Fall wäre. Dies kann jedoch auch a priori nicht ausgeschlossen werden. In diesem Fall müssten die kreditnehmenden Unternehmen als Begünstigte angesehen werden.

Es kann aber - entweder alternativ oder auch kumulativ - eine beihilfenrelevante Begünstigung der jeweiligen Bürgschaftsbank selbst vorliegen. Hierzu zählen etwa Fälle, in denen für einen bereits gewährten Kredit oder eine sonstige bereits eingegangene finanzielle Verpflichtung eine staatliche Garantie übernommen wird, ohne dass die Konditionen des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung entsprechend angepasst werden⁶. Dies ist jedoch regelmäßig auszuschließen, da die Bürgschaftsbanken ausweislich ihrer Bürgschaftsrichtlinien keine nachträglichen Bürgschaften für Kredite übernehmen, die bereits vor der Bürgschaftsbeantragung gewährt worden sind. Jedenfalls ausgeschlossen wäre eine Begünstigung der Bürgschaftsbanken, wenn sie für die staatlichen Rückbürgschaften marktübliche Entgelte an den Staat entrichten. Sämtliche staatlichen globalen Rückbürgschaften werden derzeit jedoch unentgeltlich eingeräumt. Andere als staatliche Rückbürgschaften sind derzeit auf dem Kapitalmarkt nicht erhältlich. Ein marktübliches Entgelt kann daher anhand konkreter Marktdaten nicht ermittelt werden. Fehlen, wie zuweilen in der Daseinsvorsorge, wettbewerblich strukturierte Referenzmärkte, denen Vergleichspreise zu entnehmen sind, so spricht - laut Kommission - eine Vermutung gegen eine Beihilfengewährung, wenn die Höhe der Gegenleistung in einem „objektiven Verfahren“ bestimmt worden ist. Als solches sieht die Kommission ein offenes Ausschreibungsverfahren oder (hilfsweise) die Erstellung eines objektiven Wertgutachtens durch unabhängige Sachverständige an⁷.

II. Kompensation für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Nach Auffassung der Kommission kann auch der detaillierte Nachweis der Kosten für die Erbringung bestimmter Leistungen eine Begünstigung ausschließen⁸. Der EuGH hat in seinem *Altmark Trans*-Urteil vom 24. Juli 2003⁹ die Voraussetzungen, unter denen der Beihilfentatbestand zu verneinen ist, in vier qualifizierten Bedingungen zusammengefasst, die kumulativ erfüllt sein müssen¹⁰. Danach muss das begünstigte Unternehmen (1) mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, müssen (2) zuvor objektiv und transparent aufge-

stellt werden. Der Ausgleich darf (3) nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, ist (4) die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

1. Auferlegung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

a) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Zunächst müsste eine Bürgschaftsbank mit der Erbringung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein¹¹. Der Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ist dabei weit zu verstehen¹². Die Kommission definiert Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Auf die steuerrechtliche Gemeinnützigkeit des betrauten Unternehmens kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Zwar kann ein Unternehmen aufgrund der Tatsache, dass es mit der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen betraut ist, in den Genuss einer Steuerbegünstigung kommen, diese stellt sich dann jedoch als mittelbare Folge ihrer Betrauung dar. Die - unter Umständen EG-beihilfenrechtsrelevante - steuerliche Begünstigung von Unternehmen seitens des Staates ist allenfalls die Folge der Qualifikation einer Geschäftstätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, nicht jedoch die Voraussetzung für eine derartige Einstufung.

Übernimmt eine Bürgschaftsbank etwa Ausfallbürgschaften für Kredite zur Gründung oder zum Ausbau sozialer Einrichtungen oder sozialer Organisationen, liegt hierin die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Europäischen Gemeinschaftsrechts. In jüngster Zeit ist zu beobachten, dass sich viele Geschäftsbanken aus dem Bereich der Finanzierung sozialer Projekte - nicht zuletzt unter dem Eindruck des in der Folge der so genannten „Basel II-Vereinbarung“ eingeführten neuen Eigenkapitalregimes¹³ - weitgehend zurückziehen. Das

⁶ Vgl. Ziff. 2.2.2 der Bürgschaftsmittteilung der Kommission, a.a.O. (Fn. 5).

⁷ Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. EG 1997 C 209/3, II.2.a); abgedruckt in: Koenig/Kühling/Ritter, a.a.O. (Fn. 4), S. 275; zum Bietverfahren Koenig, EuZW 2001, 580.

⁸ Vgl. Pressemitteilung IP/96/882 der Kommission v. 10. Februar 1998 und die nicht veröffentlichte Entscheidung der Kommission, Beihilfe NN 141/95, *Auxílio estatal - Financiamento dos canais públicos de televisão*, insb. Rdn. 5; sowie EuG Slg. 2000, II-2125 Rdn. 75 ff. - SIC; vgl. ferner Koenig/Kühling, EuZW 2000, 197, 198.

⁹ EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 86 f. - *Altmark Trans GmbH*.

¹⁰ EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 87 - *Altmark Trans GmbH*.

¹¹ Siehe EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 89 - *Altmark Trans GmbH*.

¹² Siehe bereits Schlussanträge GA de Lamothe in der Rs. 10/71, Slg. 1971, 723/732, 739 - *Hafen von Mertert*.

¹³ Vgl. Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Überarbeitete Rahmenvereinbarung vom Juni 2004; Text im Internet abrufbar unter: www.bundesbank.de/download/bankenaufsicht/pdf/eigenkapitalempfehlung_de.pdf.

neue Regelwerk ersetzt „Basel I“ aus dem Jahre 1988 und wurde vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, der sich aus Finanzaufsichtern aus den OECD-Ländern zusammensetzt, ausgearbeitet. Ziel der Vereinbarung ist es, die Eigenkapitalanforderungen an Banken stärker als bisher vom ökonomischen Risiko abhängig zu machen und neuere Entwicklungen an den Finanzmärkten sowie im Risikomanagement der Institute zu berücksichtigen. Bislang erhielt ein Kreditnehmer in seiner Schuldnerklasse (Länder, Unternehmen, Kreditinstitute) die gleiche Bonitätsgewichtung, egal ob er über eine hervorragende Bonität mit einem geringen Ausfallrisiko oder über eine schlechte Bonität verfügte. Jedem Kreditnehmer der gleichen Schuldnerklasse wurde daher weitgehend der gleiche Kreditzins zugewiesen. Konsequenz war, dass die bonitätsstarken Schuldner die Kreditzinsen der bonitätsschwachen quersubventionierten¹⁴. Im Unterschied dazu sieht „Basel II“ nunmehr vor, dass die Höhe der Unterlegung von Krediten mit Eigenkapital bei den kreditausreichenden Banken von der individuellen Bonität der Kreditnehmer abhängig gemacht wird¹⁵. Die Bonität wird in einem Rating festgestellt, dessen Ziel die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit einer zeitgerechten und vollständigen Bezahlung von Zins- und Tilgungsverpflichtung eines Schuldners ist¹⁶. Ursprünglich sollten Ratings externer Agenturen als Basis für die Ermittlung der bankenaufsichtlich erforderlichen Eigenkapitalunterlegung herangezogen werden¹⁷. Dies hätte allerdings dazu geführt, dass allein in Deutschland ca. 3 Mio. Unternehmen hätten extern geratet werden müssen, wobei dies insbesondere für die meisten Einrichtungen und Organisationen der Sozialwirtschaft nicht bezahlbar gewesen wäre¹⁸. Die Kosten eines Erst-Ratings belaufen sich nach Einschätzung von Rating-Agenturen ungeachtet der Größe des zu bewertenden Unternehmens auf etwa 40.000 bis 80.000 EUR¹⁹. So werden nun sowohl bankinterne²⁰ als auch externe²¹ Ratings gestattet. Damit die Ergebnisse der unterschiedlichen Systeme und Rating-Skalen vergleichbar sind, gibt „Basel II“ gewisse generelle Mindestkriterien vor²². Die relevanten Faktoren lassen sich in qualitative und quantitative einteilen: bei letzteren handelt es sich um Informationen aus Zahlenmaterial (Jahresabschluss, Cashflow, Rentabilität, Lageberichte oder Finanzpläne). Qualitative, so genannte weiche Faktoren sind gekennzeichnet durch Informationen über das Marktumfeld, Standort, Strategien oder Management²³. Wenngleich der Trend laut Aussage von Banken dahin gehen soll, dass in ihren Rankings auch „weiche Faktoren“ mehr Berücksichtigung finden sollen, liegt der Schwerpunkt der Ratings auf der Erfassung und Auswertung quantitativer Faktoren; i.d.R. sind dies Bilanzkennzahlen²⁴. In der Sozialwirtschaft häufigere Formen kleinerer Unternehmenseinheiten sind aber regelmäßig gesetzlich gar nicht verpflichtet, eine Bilanz zu erstellen. So erstellen beispielsweise zahlreiche eingetragene Vereine lediglich eine „Einnahme-Überschuss-Rechnung“ und sind damit aufgrund fehlender aussagefähiger Steuerungsinstrumente für viele Banken erst gar nicht kreditwürdig. Das Problem der Sozialwirtschaft liegt zudem in ihrer Sonderstellung am Markt. Einrichtungen und Organisationen aus dem Sozialwesen sind nur bedingt mit erwerbswirtschaftlich geführten Unternehmen zu vergleichen. Sie unterliegen zwar grundsätzlich normalen betriebswirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten, nur sind ihre Konzeptionen nicht immer mit gewerblichen Konzepten vergleichbar. Ferner sind auch die Zielsetzungen von sonstigen Gewerbetreibenden nicht uneinge-

schränkt übertragbar. Überdies erfahren Unternehmen der Sozialwirtschaft regelmäßig Beschränkungen durch Rahmenbedingungen ihrer „Kunden“, z. B. besondere Bindungen infolge der Inanspruchnahme von öffentlichen Fördermitteln²⁵. Erschwerend kommt hinzu, dass gemeinnützigen Organisationen besondere Verpflichtungen durch Gesetz auferlegt sind. Sie dürfen nur eingeschränkt Gewinne erzielen. Sie dürfen diese Gewinne nur gemeinnützig verwenden. Und sie dürfen nur eingeschränkt Eigenkapital bilden. Mit den Faktoren für gewerbliche Unternehmen lassen sich sozialwirtschaftliche Organisationen folglich nur sehr eingeschränkt bewerten, da schon allein die gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien zu einem schlechteren Rating führen. Den Banken fehlt in diesem Zusammenhang auch eine ausreichende Datenmenge, um die Ausfallwahrscheinlichkeit mit hinreichender Genauigkeit auf der Grundlage mathematisch-statistischer Verfahren zu bestimmen. Beispielsweise verfügt die Sozialwirtschaft über spezielle Sicherheiten, vor allem über Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand, den Sozialleistungsträgern sowie den Sozialversicherungsträgern. Diese Sicherheiten werden von Banken oftmals aber gar nicht berücksichtigt. Bei bankinternen Ratings ist eine umfassende Analyse aller Kreditkunden allein schon aufgrund der hohen Anzahl der zu bewertenden Adressen nicht durchführbar; selbst den großen Banken fehlt es insoweit an qualifiziertem Personal in ausreichendem Umfang, so dass sie sich primär auf die Auswertung von Bilanzkennzahlen beschränken²⁶. Berücksichtigt man ferner, dass soziale Einrichtungen die „Exoten“ in ihrem Portfolio sind, so überrascht es nicht, dass es sich für viele Banken, für die der Zukauf von Branchenexpertise von außen wohl unverzichtbar wäre, schlichtweg nicht rechnet, spezielle Rating-Kriterien für die Sozialwirtschaft zu entwickeln. Die Tatsache, dass viele Banken schon heute nicht mehr dazu bereit sind, Kredite und Bürgschaften an soziale Organisationen und Einrichtungen zu vergeben, ist mitunter damit zu erklären, dass bereits jetzt unter dem Einfluss der öffentlichen Diskussion eine geschäftspolitische Neuausrichtung im Firmenkundengeschäft vorgenommen wird²⁷.

Nimmt sich eine Bürgschaftsbank gerade diesem von vielen Geschäftsbanken kaum mehr beachteten Bereich sozialer Einrichtungen an, handelt es sich hierbei

¹⁴ Jungmichel, WM 2003, 1201, 1202 ff.

¹⁵ Dazu Wambach/Kirchmer, BB 2002, 400, 400 f.

¹⁶ Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, a.a.O. (Fn. 13), Teil 2 II-V; vgl. auch Kleine/Anclam, Basel II und die Folgen für das Management und die Steuerung kleiner und mittelständischer Unternehmen, in: Hofmann, Auf dem Weg zu Basel II - Konzepte, Modelle, Meinungen, 2001, S. 161, 164; Wambach/Kirchmer, BB 2002, 400, 402.

¹⁷ Kleine/Anclam, a.a.O. (Fn. 16), S. 161, 164.

¹⁸ Becker, Die Folgen für das Bankenwesen, in: Der Arbeitgeber, Das BDA-Magazin zur unternehmerischen Sozialpolitik, Januar 2002 (Beitrag im Internet abrufbar unter: http://www.iwk-muenchen.de/institut/presse/pdf/artikel_bda.pdf).

¹⁹ Vgl. Kleine/Anclam, a.a.O. (Fn. 16), S. 161, 165.

²⁰ Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, a.a.O. (Fn. 13), Teil 2 III.

²¹ Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, a.a.O. (Fn. 13), Teil 2 II.

²² Vgl. Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, a.a.O. (Fn. 13), Teil 2 III, H.

²³ Wambach/Kirchmer, BB 2002, 400, 400.

²⁴ Becker, a.a.O. (Fn. 18).

²⁵ Vgl. Karis, § 18 Kreditwesengesetz - Auswertung von Unterlagen über die wirtschaftlichen Verhältnisse sozialer Einrichtungen und Organisationen, in: Bürgschaftsbank für Sozialwirtschaft (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet der Finanzierung sozialer Vorhaben, 2002, S. 37, 41.

²⁶ Becker, a.a.O. (Fn. 18).

²⁷ Schmoll, Die Bank 2004, 23.

um eine marktbezogene Tätigkeit, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht wird und die daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden kann. Das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist mithin zu bejahen.

b) Akt der Betrauung

aa) Die Bürgschaftsbank als Begünstigungsempfängerin

Weiterhin müsste die betreffende Bürgschaftsbank mit der Erbringung dieser Dienstleistungen durch einen öffentlichen Betrauungsakt beauftragt sein²⁸. Dieser Betrauungsakt könnte im Falle einer staatlichen globalen Rückbürgschaft - zumindest konkludent - in der Rückbürgschaftserklärung zu sehen sein, die die staatliche Rückbürgschaft ausdrücklich an bestimmte Bedingungen knüpfen, etwa daran, dass soziale Organisationen oder soziale Einrichtungen Träger der geförderten Projekte sind. Das Europäische Gemeinschaftsrecht fordert keinen hoheitlichen Betrauungsakt in Form einer gesetzlichen Bestimmung. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Betrauungsakt nicht um eine Rechtsvorschrift handeln muss²⁹. So kann z. B. eine öffentlich-rechtliche Konzession ausreichen³⁰. Die Kommission hat in ihrer Daseinsvorsorgemitteilung aus dem Jahr 2000 festgestellt, dass auch Verträge für eine Betrauung genügen können³¹. Eine öffentliche Beauftragung in Form eines mit einer öffentlichen Stelle geschlossenen Vertrags bindet den privaten Vertragspartner rechtlich und ist mithin geeignet, eine Gemeinwohlverpflichtung festzulegen. Staatliche Rückbürgschaftserklärungen, die gegenüber einer Bürgschaftsbank und damit gegenüber einem bestimmten Unternehmen abgegeben werden, erfüllen somit die formalen Anforderungen an einen Betrauungsakt im Sinne der *Altmark Trans*-Rechtsprechung des EuGH.

Zu beachten ist dabei jedoch, dass eine staatliche globale Rückbürgschaftserklärung eine Allgemeinwohlverpflichtung festlegen muss. Die bislang vorliegenden staatlichen Rückbürgschaftserklärungen nehmen zwar jeweils eine ausdrückliche Zweckbindung der Rückbürgschaften vor. So kann die Übernahme einer globalen staatlichen Rückbürgschaft ausdrücklich an die Bedingung geknüpft sein, dass sie Ausfallbürgschaften für Kredite umfasst, die an soziale Organisationen und soziale Einrichtungen gewährt werden. Darin kann - zumindest konkludent - eine öffentliche Betrauung mit der Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse erblickt werden. Allerdings verlangt der EuGH eine klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen³². Auch die Kommission fordert, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag „so präzise wie möglich definiert“ werden soll³³. Vor dem Hintergrund dieses Klarheitsgebots sollte bei künftigen Rückbürgschaftserklärungen auf deren Präzisierung und eine ausdrückliche Beauftragung mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hingewirkt werden. Dieser ausdrückliche Betrauungsakt sollte integraler Bestandteil einer staatlichen Rückbürgschaftserklärung sein und zum Ausdruck bringen, dass die Rückbürgschaftserklärung darauf gründet, dass die betreffende Bürgschaftsbank mit der Übernahme von Ausfallbürgschaften für bestimmte Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt.

bb) Die jeweiligen Kreditnehmer als Begünstigungsempfänger

Stellt man nicht auf die Bürgschaftsbank als Vorteilsempfängerin einer staatlichen Rückbürgschaft ab, sondern auf die einzelnen Unternehmen, deren Kredite von einer Bürgschaftsbank aufgrund einer staatlichen globalen Rückbürgschaft verbürgt werden, ist zur Erfüllung der *Altmark Trans*-Kriterien erforderlich, dass die Kreditnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse öffentlich betraut sind. Unproblematisch sind dabei die Fälle, in denen ein öffentlicher Betrauungsakt direkt gegenüber dem betreffenden Unternehmen vorliegt, dessen Vorhaben durch eine Bürgschaft einer Bürgschaftsbank abgesichert wird. Zu denken ist im sozialen Bereich etwa an Projekte von Krankenhäusern, Altenwohnheimen oder Schulen, die von Gesetzes wegen zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verpflichtet sind. Möglicherweise kann ein öffentlicher Betrauungsakt auch vorliegen, wenn ein Unternehmen bereits anderweitig staatliche Förderung erfährt und es in diesem Zusammenhang zu einer Betrauung gekommen ist. Sollte es im Einzelfall an einem ausdrücklichen öffentlichen Betrauungsakt gegenüber dem begünstigten Kreditnehmer fehlen, ist zu überlegen, ob die Betrauung gegenüber der Bürgschaftsbank auf die einzelnen von dieser geförderten Projekte „durchschlägt“. Hierbei ist vor allem von Bedeutung, dass eine staatliche Rückbürgschaft jeweils nur für diejenigen Ausfallbürgschaften einer Bürgschaftsbank gilt, die durch eine ausdrückliche schriftliche Erklärung des staatlichen Rückbürgen und durch Aushändigung der Bürgschaftsurkunde der Bürgschaftsbank an den Kreditgeber in die Globalrückbürgschaft einbezogen worden sind. Diese ausdrückliche staatliche Einbeziehungserklärung ergeht, wie dies gemeinschaftsrechtlich gefordert wird, ausdrücklich gegenüber dem jeweiligen Projektträger und damit gegenüber einem bestimmten Unternehmen. Legt man keine formale, sondern eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde, kann davon ausgegangen werden, dass die in den Bürgschaftserklärungen zumindest konkludent enthaltene Beauftragung der Bürgschaftsbank gerade im Hinblick auf die Verwirklichung gemeinwirtschaftlicher Projekte erfolgt. Der gegenüber der Bürgschaftsbank abgegebene Betrauungsakt muss daher in Verbindung mit der ausdrücklichen schriftlichen Einbeziehungserklärung des Rückbürgen auch eine unmittelbare Wirkung zugunsten der Daseinsvorsorgeprojektträger entfalten. Auch insoweit sind daher die Anforderungen der *Altmark Trans*-Rechtsprechung erfüllt.

2. Vorherige, objektive und transparente Aufstellung der Ausgleichsparameter

Der EuGH verneint das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nur, sofern die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind³⁴. Da die Ausgleichspara-

²⁸ Vgl. EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 89 - *Altmark Trans GmbH*.

²⁹ EuGH Slg. 1997, I-5815 Rdn. 66 - *Kommission/Frankreich*.

³⁰ EuGH Slg. 1994, I-1477 Rdn. 47 - *Almelo*.

³¹ Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20. September 2000, ABl. EG 2001 C 17/4, Rdn. 22.

³² EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 89 - *Altmark Trans GmbH*.

³³ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk v. 15. November 2001, ABl. EG 2001 C 320/5, Ziff. 37.

³⁴ EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 90 - *Altmark Trans GmbH*.

meter vorab festgelegt werden müssen, reicht es nicht aus, wenn die Konditionen einer Einzelbürgschaft erst in der Bürgschaftszusage und im Bürgschaftsvertrag von Fall zu Fall fixiert werden. Vielmehr müssen generell-abstrakte Maßstäbe erarbeitet werden, die transparent und nachvollziehbar sind und aus denen sich die spezifischen Konditionen einer konkreten Bürgschaftsübernahme im Einzelfall objektiv ermitteln lassen, insbesondere die Höhe der verbürgten Summe verknüpft mit den Koeffizienten der Leistungs-/Gegenleistungsausgleichsrelation und die für den nicht kompensationsfähigen (überschießenden) Betrag zu zahlende Avalprovision. Diese gemeinschaftsrechtlich gebotene vorherige Fixierung von Ausgleichsparametern muss, sofern es sich um die Konditionen von Einzelbürgschaften handelt, etwa in den allgemeinen Bürgschaftsrichtlinien des jeweiligen Landes³⁵ oder des Bundes erfolgen³⁶.

Dies stellt sich bei einer globalen Rückbürgschaft eines Landes oder des Bundes jedoch anders dar. Eine globale Rückbürgschaft erfasst eine unbestimmte Vielzahl von Ausfallbürgschaften einer Bürgschaftsbank, die, um in die Globalrückbürgschaft einbezogen zu werden, u. a. einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung des globalen Rückbürgen bedürfen. Die Parameter für die einzelnen Rückbürgschaften sind daher vorab in den jeweiligen globalen Rückbürgschaftserklärungen enthalten. Dort ist niedergelegt, dass der staatliche Rückbürge Rückbürgschaften bis zur Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der von der Bürgschaftsbank übernommenen Ausfallbürgschaften übernimmt. Zusätzlich ist jeweils ein Gesamthöchstbetrag der staatlichen globalen Rückbürgschaft festgelegt. Zudem ist den staatlichen Rückbürgschaftserklärungen zu entnehmen, dass keine Avalprovisionen oder Gebühren für die Gewährung der globalen Rückbürgschaft oder die Einbeziehung einer Ausfallbürgschaft in die globale Rückbürgschaft erhoben werden. Dem Erfordernis der vorherigen Aufstellung objektiver und transparenter Parameter für die Gewährung der staatlichen Leistung wird damit entsprochen.

3. Ausgleich in Höhe der Nettomehrkosten

Weiterhin darf nach den Grundsätzen des Altmark Trans-Urteils der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken³⁷.

a) Identifizierung und Ermittlung der Nettomehrkosten

Dabei sind im Rahmen des Nettomehrkostenausgleichs nur die Kosten berücksichtigungsfähig, die durch die Erbringung der Daseinsvorsorgedienste selbst und die Art ihres Angebots entstehen. Abzustellen ist auf die „zusätzlichen Kosten“, die einem Unternehmen aus der Erfüllung der ihnen auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen³⁸. Die Berechnung der Nettomehrkosten hat nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen. Danach werden nur die Nettomehrkosten für diejenigen Dienste in Ansatz gebracht, die ohne eine Ausgleichszahlung an den öffentlich Betrauten gar nicht oder nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt (freiwillig) von dem Betrauten angeboten

werden³⁹. Die kompensationsfähigen Kosten, d. h. die durch die Rückbürgschaft aufgefangenen Risiken, bestehen vorliegend im Eintrittsrisiko des Bürgschaftsfalls, das sich seinerseits im Ausfallrisiko des Darlehens realisiert. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Kompensation sind die der Bürgschaftsbank aufgrund der Erbringung der ihr übertragenen gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung entstehenden Mehrkosten zu berücksichtigen. Diese Mehrkosten können etwa aufgrund besonderer Anforderungen beim Rating von Unternehmen im Sozialbereich entstehen.

Wird etwa ein Projekt im Bereich der stationären Altenhilfe und des betreuten Wohnens durch eine Bürgschaftsübernahme einer Bürgschaftsbank abgesichert, ist es für eine Bürgschaftsbank kaum möglich, bei der branchenbezogenen Risikobeurteilungen auf gesicherte Datenbestände in aufbereiteten Datenbanken zurückzugreifen, wie dies bei „normalen“ Kreditvergaben von Geschäftsbanken üblich ist. Hier hat eine aufwendigere spezifische Risikobeurteilung zu erfolgen, die zahlreiche Parameter abprüft, die bei anderen Projekten nicht zu berücksichtigen sind. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich um eine Neugründung einer bestehenden Altenhilfeeinrichtung handelt oder um ein Vorhaben, das sich in ein bereits bestehendes Altenhilfe-projekt einbindet, etwa um die Erweiterung oder Modernisierung einer bestehenden Altenhilfeeinrichtung. Anschließend ist zu fragen, ob in dem betreffenden Bundesland, in dem die Einrichtung ansässig ist oder angesiedelt werden soll, bezüglich der Ausführungs-gesetze zur Pflegeversicherung, Rechtsverordnungen und Durchführungsrichtlinien Besonderheiten bestehen. Zu untersuchen ist, ob die jeweils einschlägigen rechtlichen Voraussetzungen bei der Planung des Vorhabens berücksichtigt worden sind. Zudem ist zu fragen, ob die Marktlage das Projekt als sinnvoll erscheinen lässt. Dabei muss geprüft werden, ob statistische Angaben zur Region vorliegen, etwa eine Bevölkerungsstatistik sowie Übersichten zu bestehenden und geplanten stationären Einrichtungen in der Region. Auf der Grundlage dieser zu ermittelnden Daten ist zu prüfen, ob ein Bedarf an diesem Standort vorhanden ist. Weiterhin ist einzuschätzen, ob der Standort der Einrichtung unter dem Blickwinkel ihrer Erreichbarkeit und der Infrastruktur günstig ist. Außerdem ist zu ermitteln, ob die kalkulierten Pflegesätze (Entgelt Pflege, Unterkunft und Verpflegung, Investitionskosten) betriebswirtschaftlich tragfähig sind. In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, ob die baulichen Voraussetzungen der Heimmindestbauverordnung entsprechen. Zu fragen ist auch, ob die kalkulierten Kosten pro Platz in etwa den Richtwerten entsprechen und ob die kalkulierten Pflegestufen und deren Verteilung den Orientierungsgrößen entsprechen⁴⁰. Zudem ist zu prüfen, ob die für das Betreiben einer Einrichtung erforderlichen personellen Voraussetzungen erfüllt sind (z.B. Heimleiterqualifikation). Letztlich ist zu untersuchen, ob die kalkulierten Sachkosten in etwa den Richtwerten entspre-

³⁵ Vgl. etwa die Bürgschaftsrichtlinien des Landes Nordrhein-Westfalen für die Wirtschaft und die freien Berufe sowie die Land- und Forstwirtschaft, RdErl. des Finanzministers v. 11. August 1988 - VV 4724 - 1 - 1 - III A 1 -, MBl. NW 1988 S. 1314; geändert durch RdErl. v. 14. Februar 1990 (MBl. NW 1990 S. 297), RdErl. v. 31. Mai 1999 (MBl. NW 1999 S. 872), RdErl. v. 6. Dezember 2000 (MBl. NW 2000 S. 1573); Allgemeine Bürgschaftsrichtlinien des Landes Niedersachsen, RdErl. des Ministeriums der Finanzen v. 26. Januar 2001 - 45 22 21 -, Nds. MBl. Nr. 40/2001, S. 854.

³⁶ So Koenig/Haratsch, ZHR 169 (2005), 77, 82.

³⁷ EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 92 - Altmark Trans GmbH.

³⁸ Vgl. EuGH Slg. 2001, I-9067 Rdn. 29 - Ferring; EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 86 und 87 - Altmark Trans GmbH.

³⁹ Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), 656, 680 ff.

⁴⁰ Orientierungsgröße ist je 1/3 in den Pflegestufen I, II und III.

chen. Auf der Grundlage dieser umfangreichen Prüfung kann ein Rating-Teilergebnis ermittelt werden, welches die Grundlage für die Übernahme einer Bürgschaft bildet. Diese Prüfungsanforderungen gehen weit über die gewöhnliche Prüfung im Rahmen einer Bonitätsprüfung und eines Ratings hinaus und bedingen einen deutlichen Mehraufwand, der unmittelbar darauf zurückzuführen ist, dass es sich um Bürgschaften für Projekte im Bereich der Sozialwirtschaft handelt.

b) Abgleich mit der tatsächlichen staatlichen Kompensationsleistung

Den kompensationsfähigen Kosten ist die tatsächliche staatliche Kompensationsleistung gegenüberzustellen. Die staatliche Leistung darf dabei nicht höher sein als die festgestellten Mehrkosten. Die Kompensation besteht in der Gewährung einer staatlichen globalen Rückbürgschaft. Nach Ziffer 3.2 Spiegelstrich 2 der Bürgschaftsmitteilung der Kommission lässt sich das Barzuschussäquivalent einer staatlichen (Rück-)Bürgschaft als Differenz zwischen dem ausstehenden (rück-)verbürgten Betrag, multipliziert mit dem Risikofaktor (Ausfallwahrscheinlichkeit), und allen gezahlten Garantieprämien darstellen. Kann für eine Bürgschaftsbank eine durchschnittliche Ausfallquote ermittelt werden, so ist diese Ausfallquote der Berechnung des Barzuschussäquivalents zugrunde zu legen. Im Übrigen akzeptiert die Kommission in der Praxis unter Rückgriff auf Ziffer 3.2 Spiegelstrich 3 ihrer Bürgschaftsmitteilung eine pauschale Berechnungsmethode zur Bestimmung des Barzuschussäquivalents einer (Rück-)Bürgschaft. Danach ist der Beihilfenwert einer staatlichen Bürgschaft unabhängig von der Laufzeit des gesicherten Darlehens pauschal mit 0,5 % des (Rück-)Bürgschaftsbetrags anzusetzen⁴¹. Diese pauschale Methode zur Berechnung des Barzuschussäquivalents von (Rück-)Bürgschaften besitzt jedoch nur Gültigkeit für so genannte gesunde Unternehmen. Bei Unternehmen in Schwierigkeiten bestimmt sich das Barzuschussäquivalent einer (Rück-)Bürgschaft nach der Ausfallwahrscheinlichkeit des verbürgten Kredits zum Zeitpunkt der (Rück-)Bürgschaftsentscheidung⁴². Der Wert der (Rück-)Bürgschaft kann daher, sofern sehr wahrscheinlich ist, dass der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen nicht wird nachkommen können, genauso hoch sein, wie der Betrag, der durch die (Rück-)Bürgschaft effektiv gedeckt ist⁴³. Praktisch wird die Übernahme einer Ausfallbürgschaft durch eine Bürgschaftsbank zugunsten eines Unternehmens in Schwierigkeiten jedoch auszuschließen sein aufgrund der Vorgaben der jeweiligen Bürgschaftsrichtlinien der Bürgschaftsbanken, die ein Rating und eine intensive Bonitätsprüfung vorschreiben. Gerät ein Kreditnehmer erst nachträglich in finanzielle Schwierigkeiten, d. h. nach Übernahme der Ausfallbürgschaft durch die Bürgschaftsbank und nach deren Einbeziehung in die staatliche Globalrückbürgschaft, hat dies keinen Einfluss auf die Berechnung des Barzuschussäquivalents der staatlichen Rückbürgschaft, da der maßgebliche Zeitpunkt der Einbeziehung in die globale Rückbürgschaft ist.

4. Objektiver Kostenvergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen

Sofern die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen be-

traut wird, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, verlangt der EuGH als vierte Kompensationsvoraussetzung, dass die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte⁴⁴. Fehlt es für einen solchen Vergleich an Daten von durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, kann auf ein analytisches Kostenmodell⁴⁵ zurückgegriffen werden. Dabei ist ein Benchmarking anhand simulierter Wettbewerbsbedingungen durchzuführen. Dies müsste auf betriebswirtschaftlicher Grundlage in einer detaillierten Kostenrechnung geleistet werden. Hier wären Kostendaten anderer, nicht ausschließlich im Daseinsvorsorgebereich tätiger Bürgschaftsbanken auf die Hypothese zu beziehen, nach der diese Bürgschaftsbanken ausschließlich im Bereich der Daseinsvorsorge tätig wären.

Sind die vier geschilderten *Altmark Trans*-Voraussetzungen kumulativ erfüllt, liegt keine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung vor. Es handelt sich dann bei einer staatlichen globalen Rückbürgschaft nicht um eine tatbestandsmäßige Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG.

C. Fazit

Globale Rückbürgschaften des Bundes oder der Länder zugunsten von Bürgschaftsbanken erscheinen unter Lupe der *Altmark Trans*-Kriterien des EuGH beihilfenrechtlich unbedenklich und sind nicht als tatbestandsmäßige Beihilfen einzustufen, sofern im Zuge der Gewährung der Rückbürgschaften darauf geachtet wird, dass die begünstigten Bürgschaftsbanken mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Bei der Formulierung der staatlichen Rückbürgschaftserklärungen ist daher zum einen auf eine klare Umschreibung der zu erbringenden Dienstleistungen zu achten, zum anderen auf eine deutlich erkennbare Beauftragung der betreffenden Bürgschaftsbank. Im Hinblick auf den Umfang der staatlichen Ausgleichsleistungen sind zudem zunächst die kompensationsfähigen Nettomehrkosten der jeweiligen zu beauftragenden Bürgschaftsbank zu bestimmen. Dieser Betrag gibt die maximal zulässige Höhe des in einer staatlichen globalen Rückbürgschaft liegenden Barzuschussäquivalents an. Werden diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bei der Gewährung von globalen Rückbürgschaften nicht beachtet, kann dies dazu führen, dass eine staatliche globale Rückbürgschaft, sofern kein Freistellungstatbestand erfüllt ist, als tatbestandliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG unterfällt.

⁴¹ Vgl. Schreiben der Kommission, KOM D/54570 v. 11. November 1998; siehe auch Meier, VR 2003, 415, 416.

⁴² Vgl. auch Bund/Länder AG Bürgschaften/staatliche Beihilfen, Prüfraster für staatliche Bürgschaften aus den Bürgschaftsrichtlinien des Bundes und der Länder v. 6. Oktober 2004, Ziff. 1.5.

⁴³ Vgl. Ziff. 3.2 a. E. der Bürgschaftsmitteilung der Kommission, a.a.O. (Fn. 5).

⁴⁴ EuGH Slg. 2003, I-7747 Rdn. 93 - *Altmark Trans GmbH*.

⁴⁵ Vgl. dazu etwa Stamm, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, 2001, S. 174 ff.; Vogelsang, MMR 1998, 594 ff.