

# Staatliche und kommunale Bürgschaften auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts – Neue Tendenzen

Von Christian Koenig\* und Andreas Haratsch\*\*

ZHR 169 (2005) 77–93

## I. Einleitung

Die Übernahme von Bürgschaften durch die öffentliche Hand zur Absicherung von Darlehen, welche Geschäftsbanken an Unternehmen ausreichen, ist eine typische Form staatlicher und kommunaler Wirtschaftsförderung.<sup>1</sup> Zwei Rechtsprechungsentwicklungen haben zuletzt aus EG-beihilfenrechtlicher Sicht Einfluss auf das Recht staatlicher und kommunaler Bürgschaften gewonnen. Zum einen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem *Altmark Trans*-Urteil vom Juli 2003 Voraussetzungen aufgestellt, die kumulativ erfüllt sein müssen, um eine staatliche Ausgleichsleistung für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste durch ein Unternehmen nicht als tatbestandmäßige Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG einzustufen.<sup>2</sup> Zum anderen hat der Bundesgerichtshof (BGH) im April 2003 entschieden, dass ein Vertrag, der eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG gewährt, die ohne die nach Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG erforderliche Notifizierung durchgeführt wird, aufgrund eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB nichtig ist.<sup>3</sup> Sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch die Rechtsprechung des BGH wirken sich auf die beihilfenrechtliche Behandlung von öffentlichen Bürgschaften aus.

## II. Die Auswirkungen der *Altmark Trans*-Rechtsprechung

Zunächst ist beim Tatbestand der Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG anzusetzen und nach der Bedeutung der *Altmark Trans*-Rechtsprechung in

\* Professor Dr. iur., LL.M., Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

\*\* Dr. iur. habil., wissenschaftlicher Referent, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, und Privatdozent, Universität Potsdam. – Für wertvolle Hilfe danken wir Frau stud. iur. *Sonja Fechtner*.

1 Staatliche Bürgschaften haben von 2000 bis 2002 rund 3 % des Gesamtbeihilfenvolumens in der Europäischen Union ausgemacht; vgl. KOM (2004) 256 endg. v. 20. 4. 2004, S. 44.

2 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Tz. 89–93, 95.

3 BGH, Urt. v. 4. 4. 2003 – V ZR 314/02 (Naumburg), EuZW 2003, 444, 445.

Bezug auf Bürgschaften zu fragen, die von der öffentlichen Hand übernommen werden.

Nach Art. 87 Abs. 1 EG „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“. Unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung ist eine staatliche Maßnahme dann als beihilfenrelevante Begünstigung anzusehen, wenn das Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche, Gegenleistung (Kompensation) erlangt.<sup>4</sup> Dabei ist das Merkmal der „Begünstigung“ weit auszulegen. 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 2000<sup>5</sup> hat die Kommission deutlich gemacht, dass eine Beihilfe auch in Form der Übernahme einer Bürgschaft durch den Staat vorliegen kann.

Gemäß Ziffer 2.1 der Bürgschaftsmittteilung der Kommission ist dabei gewöhnlich der Kreditnehmer als Begünstigungsempfänger anzusehen. Dies setzt allerdings voraus, dass die staatliche Garantie ihn in die Lage versetzt, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditionen aufzunehmen, als normalerweise auf den Finanzmärkten ohne entsprechende Sicherheit erhältlich wären. So kann der Kreditnehmer aufgrund einer staatlichen Garantie einen niedrigeren Zinssatz erhalten oder er braucht weniger eigene Sicherheiten zu leisten. In einigen Fällen würde der Kreditnehmer ohne eine staatliche Garantie überhaupt kein kreditwilliges Finanzinstitut finden. Staatliche Garantien können den Aufbau eines Unternehmens erleichtern oder es in die Lage versetzen, Gelder aufzunehmen, um seinen Geschäftsbereich auszuweiten oder überhaupt weiter im Geschäft zu bleiben, anstatt umstrukturiert oder aufgelöst zu werden. Darüber hinaus können öffentliche Bürgschaften zu wettbewerbswidrigen Quersubventionen missbraucht werden. Möglich ist dies beispielsweise bei einem über eine Holding vertikal integrierten öffentlichen Versorgungsunternehmen in Deutschland, das etwa im monopolisierten Wasserbereich tätig ist und von einer kommunalen Bürgschaft begünstigt wird. Dieses Unternehmen könnte die Begünstigung dazu nutzen, in dem Wettbewerb geöffneten Bereichen, wie etwa in der Strom- oder der Gasversorgung, verbundene Unternehmen quersubventionieren.

Auch wenn eine Beihilfe gewöhnlich den Kreditnehmer begünstigt, ist – so die Kommission in Ziffer 2.2 ihrer Bürgschaftsmittteilung – nicht auszuschlie-

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, Rs. 30/59, *Steenkolenmijnen*, Slg. 1961, I, 43; EuGH, Rs. 240/83, *AB-DHU*, Slg. 1985, 531 Tz. 17f.; vgl. auch Calliess/Ruffert/Cremers, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 87 EGV Rdn. 7; Evans, State Aid, S. 27 ff.; Lenz/Borchardt/Rawlinson, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 87 EGV Rdn. 3; Schwarze/Bär-Bouysnière, EU-Kommentar, 2000, Art. 87 EGV Rdn. 27; Streinz/Koenig/Kühling, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV Rdn. 27.

<sup>5</sup> ABl. EG 2000 C 71/14.

ßen, dass unter bestimmten Umständen (auch) der Kreditgeber von der Beihilfe profitiert. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen etwa für einen bereits gewährten Kredit oder eine sonstige bereits eingegangene finanzielle Verpflichtung nachträglich eine staatliche Bürgschaft übernommen wird, ohne dass die Konditionen des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung entsprechend angepasst werden. Der Kreditgeber kann ferner begünstigt sein, wenn ein mit einer staatlichen oder kommunalen Bürgschaft abgesicherter Kredit dazu benutzt wird, einen anderen, nicht mit einer Garantie ausgestatteten Kredit an dasselbe Kreditinstitut zurückzuzahlen.

Eine Begünstigung ist allerdings ausgeschlossen, wenn der geldwerten Leistung eine angemessene Gegenleistung (Kompensation) gegenübersteht. Umstritten waren dabei bislang die Fälle, in denen ein Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG betraut ist und hierfür eine Gegenleistung erhält. Während einmal vertreten wurde, ein angemessenes Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis lasse bereits den Beihilfentatbestand entfallen,<sup>6</sup> bejahte die Gegenauffassung das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe und griff auf die Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG im Sinne einer Rechtfertigung zurück.<sup>7</sup> In seinem *Altmark Trans*-Urteil vom 24. 7. 2003 hat der EuGH nunmehr ausdrücklich festgestellt, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter den Beihilfentatbestand fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.<sup>8</sup> Der EuGH hat vier qualifizierte Voraussetzungen formuliert, bei deren kumulativem Vorliegen der Beihilfentatbestand zu verneinen ist<sup>9</sup>:

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, wobei diese Verpflichtungen klar definiert sein müssen.
- Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

<sup>6</sup> Streinz/Koenig/Kühling, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV Rdn. 12; vgl. auch Grabitz/Hilf/Pernice/Wernicke, Das Recht der EU, Stand: April 2003, Art. 86 EGV Rdn. 95.

<sup>7</sup> Schwarze/v. Burchard, EU-Kommentar, 2000, Art. 86 EGV Rdn. 54.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Tz. 87. – In dieser Rechtsache hat der EuGH entschieden, dass es sich bei staatlichen Zuschüssen zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr nicht um Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG handelt, sofern vier Voraussetzungen erfüllt sind; vgl. dazu u. Fn. 9.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Tz. 89–93, 95; vgl. auch EuGH, Urt. v. 27. 11. 2003, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse SpA*, EWS 2004, 26, Tz. 32 ff.

unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.

- Viertens ist 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, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind. Der EuGH verlangt die Erfüllung dieser letzten Kompensationsvoraussetzung jedoch nur, sofern 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.

Bei der Prüfung, ob es sich bei einer öffentlichen Bürgschaft um eine Kompensationsleistung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt, sind *ratione personae* zwei Anknüpfungspunkte zu unterscheiden. Zum einen könnte auf den Kreditnehmer abzustellen sein, wenn dieser durch eine Bürgschaft der öffentlichen Hand begünstigt wird, zum anderen könnte auf die darlehensvergebende Bank abzustellen sein, wenn diese durch die Bürgschaft begünstigt wird. In jeder Konstellation ist danach zu fragen, ob es sich dabei um eine Kompensation für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt. Im ersten Fall müsste das begünstigte kreditnehmende Unternehmen Daseinsvorsorgedienstleister sein, im zweiten Fall müsste die begünstigte Bank eine gemeinwirtschaftliche Dienstleistung erbringen.

### 1. Auferlegung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

Um eine staatliche oder kommunale Bürgschaft nicht als tatbestandliche Beihilfe qualifizieren zu können, müsste der Begünstigungsempfänger mit der Erbringung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein. Der Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ist weit zu verstehen.<sup>10</sup> Die Gemeinschaftsgerichte enthalten sich bislang einer umfassenden Definition. Die Kommission definiert die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, „die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden“.<sup>11</sup>

Erbringt das kreditnehmende Unternehmen eine gemeinwirtschaftliche Dienstleistung und dient die öffentliche Bürgschaft als Ausgleich für die Erbringung dieser Dienste, muss dieses Unternehmen mit der Erbringung dieser

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

<sup>11</sup> ABl. EG 1996 C 281/3, *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa*; ebenso Anhang II der Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20. 9. 2000, ABl. EG 2001 C 17/4.

Dienstleistung öffentlich betraut sein. Der Betrauungsakt könnte dabei entweder ausdrücklich oder zumindest konkludent in der jeweiligen Bürgschaftserklärung zu sehen sein, sofern die Übernahme der Bürgschaft an die Bedingung geknüpft ist, dass der abzusichernde Kredit der Finanzierung der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dient. Enthält die Bürgschaftserklärung keine ausdrückliche oder konkludente Beauftragung mit der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste, ist danach zu fragen, ob eine anderweitige, beispielsweise eine gesetzliche Betrauung dieses Unternehmens vorliegt.

Ist nicht der Darlehensnehmer, sondern auch oder gar ausschließlich die darlehensvergebende Bank Begünstigungsempfängerin der staatlichen oder kommunalen Bürgschaft, müsste die Bank selbst mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sein. Man kann etwa daran denken, eine Betrauung insofern anzunehmen, als die öffentliche Bürgschaftsübernahme es der Bank ermöglichen soll, ein Darlehen an ein gemeinwirtschaftliches Projekt, etwa eines Sozialträgers, zu vergeben. Der Betrauungsakt könnte dann im Bürgschaftsvertrag zu sehen sein, sofern die Bank darin ausdrücklich zur Erbringung einer solchen gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung verpflichtet wird.

Eine öffentliche Betrauung einer Bank dürfte jedoch regelmäßig nicht vorliegen, da es sich bei der Vergabe von Darlehen an Unternehmen regelmäßig nicht um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt. Die Vergabe von Darlehen an Unternehmen, auch an gemeinwirtschaftliche Unternehmen, zählt zum gewöhnlichen Bankgeschäft. Um eine Bank zu einer Kreditvergabe zu bewegen, dürfte in aller Regel deren Aussicht auf eine marktübliche Rendite aus dem Kreditgeschäft genügen. Eines öffentlichen Auftrags, der die Bank zur Erbringung solcher Dienste ausdrücklich verpflichtet, d. h. eines öffentlichen Betrauungsakts, bedarf es daher regelmäßig nicht.

Dies mag ausnahmsweise anders zu beurteilen sein im Fall von staatlichen Rückbürgschaften. Ist eine private Bürgschaftsbank etwa ausschließlich mit der Finanzierung von sozialen, gemeinwirtschaftlichen Projekten befasst und erhält sie ausdrücklich zu diesem Zweck Rückbürgschaften eines Landes oder des Bundes, kann in der gegenüber der Bürgschaftsbank abgegebenen Rückbürgschaftserklärung ein auf die Daseinsvorsorgeleistungserbringung bezogener, öffentlicher Betrauungsakt gesehen werden. Der privaten Bürgschaftsbank wird hiermit eine regelmäßig mit Mehrkosten verbundene Aufgabe übertragen, ihrerseits die Darlehensvergabe durch Geschäftsbanken an Träger von Sozialprojekten abzusichern und damit erst zu ermöglichen. Daher kann in diesen Fällen vom Vorliegen eines Betrauungsaktes in Form der vom Bund oder vom Land an die Bürgschaftsbank abgegebenen, an soziale Zwecke gebundenen Rückbürgschaftserklärung ausgegangen werden.

## 2. Vorherige, objektive und transparente Aufstellung der Parameter der Ausgleichsberechnung

Der EuGH verneint das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nur, sofern die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind. Dadurch soll verhindert werden, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.

Da die Ausgleichsparameter vorab festgelegt werden müssen, reicht es nicht aus, wenn die Konditionen einer Bürgschaft 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. Die Festlegung der konkreten Einzelheiten einer Bürgschaftsübernahme anhand der allgemeinen, vorab aufgestellten Parameter darf nicht von subjektiven Einschätzungen der öffentlichen Entscheidungsträger abhängig sein. Diese gemeinschaftsrechtlich gebotene vorherige Fixierung von Ausgleichsparametern könnte etwa in den allgemeinen Bürgschaftsrichtlinien der Kommunen, der Länder und des Bundes erfolgen.

## 3. Ausgleich in Höhe der Nettomehrkosten

Weiterhin darf nach den Grundsätzen des *Altmark Trans*-Urteils der staatliche 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 decken. Diese Voraussetzung verlangt einen so genannten Nettomehrkostentest. Dabei sind nur die Kosten berücksichtigungsfähig, die durch die Erbringung der Daseinsvorsorgedienste selbst und die Art ihres Angebots entstehen. Die Berechnung der Nettomehrkosten hat nach dem Grundsatz einer marktorientierten Differenzhypothese zu erfolgen. Es dürfen nur die Nettomehrkosten für diejenigen Dienste in Ansatz gebracht werden, die ohne eine Ausgleichsleistung an den öffentlich Betrauten, hier ohne die staatliche oder kommunale Bürgschaft, gar nicht oder nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt (freiwillig) von dem Betrauten angeboten werden. Die mit dem Betrauungsakt verbundene Ausgleichszahlung muss sich darauf beschränken, das Angebot eines Dienstes von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch das betraute Unternehmen, den Darlehensempfänger, erst zu induzieren.<sup>12</sup> Nach dem Netto-

<sup>12</sup> Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), 656, 680 ff.

mehrkostenprinzip dürfen nur diejenigen Kosten kompensiert werden, die bei der Leistungsbereitstellung durch den Darlehensnehmer entstehen, abzüglich der Einnahmen, die dieser dabei erzielt.<sup>13</sup> Es ist mithin kostenrechnerisch darzustellen, dass eine öffentliche Bürgschaft das kalkulatorische Minimum dessen ist, was staatlicherseits geleistet werden muss, um die von dem geförderten Unternehmen angebotenen Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hervorzubringen.

Den kompensationsfähigen Nettomehrkosten ist die tatsächliche staatliche Kompensationsleistung gegenüberzustellen. Die Kompensation besteht in der Übernahme der Bürgschaft, d. h. dem darin liegenden Barzuschussäquivalent im Sinne von Ziffer 3.2 der Bürgschaftsmitteilung der Kommission. Dieses Barzuschussäquivalent berechnet sich entweder als Differenz zwischen dem marktüblichen Darlehenszins und dem Zins, der aufgrund der staatlichen Bürgschaft vereinbart wurde abzüglich etwaiger Prämienzahlungen<sup>14</sup>, oder als Differenz zwischen dem ausstehenden verbürgten Darlehensbetrag, multipliziert mit dem Risikofaktor (Ausfallwahrscheinlichkeit) abzüglich der gezahlten Prämien.<sup>15</sup> Erweist sich im konkreten Fall das Barzuschussäquivalent als höher als die gemäß der Nettomehrkostenrechnung kompensationsfähigen Kosten, d. h. verbleibt ein „Überkompensationsdelta“, kann der Beihilfentatbestand nicht anhand der *Altmark Trans*-Kriterien ausgeschlossen werden.

## 4. Objektiver Kostenvergleich (Benchmarking) mit einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“

Sofern die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut wird, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, verlangt der EuGH als vierte Kompensationsvoraussetzung im *Altmark Trans*-Urteil, 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 hätte.<sup>16</sup> Der EuGH entscheidet sich für einen objektiven Kostenmaßstab.<sup>17</sup> Das Urteil in der Rechtssache *Ferring*<sup>18</sup> im Jahr 2001 hatte noch offen gelassen, ob die subjektiven, d. h. tatsächlichen Kosten des die gemeinwirtschaftliche Aufgabe erfüllenden Unternehmens ersetzt werden dürfen. Nunmehr stellt der EuGH ersichtlich auf einen objektiven Maßstab ab, nämlich den eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Denn auch bei sonstigen Austauschgeschäften der öffentlichen

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Tz. 92, 93.

<sup>14</sup> Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, 165, 180.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Meier, VR 2003, 415 ff.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Tz. 93.

<sup>17</sup> Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 810.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067.

Hand mit Privaten können nicht die dem Leistung erbringenden Unternehmen tatsächlich entstandenen bzw. entstehenden Kosten, sondern nur die marktüblichen Preise geltend gemacht werden („market economy-Test“).<sup>19</sup> Allerdings stellt der EuGH nicht auf ein Idealunternehmen ab, sondern verlangt einen Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen.

Fehlen Vergleichsmaßstäbe, etwa weil aufgrund von erheblichen Skalener Unterschieden keine vergleichbaren Unternehmen vorhanden sind, kann eine Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens und damit ein Benchmarking nur im Rahmen eines analytischen Kostenmodells<sup>20</sup> auf der Grundlage einer „Wettbewerbssimulation“ durchgeführt werden. In der *Chronopost*-Entscheidung aus dem Juli 2003 verlangt der EuGH bei einer fehlenden tatsächlichen Vergleichsmöglichkeit am Markt, die „normalen Marktbedingungen“ anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbareren Faktoren zu ermitteln.<sup>21</sup> Hierbei kann, wie auch bei einem tatsächlichen Benchmarking, allenfalls auf eine durchschnittlich kosteneffiziente Leistungsbereitstellung abgestellt werden.

##### 5. Zwischenergebnis

Sind im Falle einer staatlichen oder kommunalen Bürgschaft alle vier vom EuGH entwickelten Voraussetzungen erfüllt, liegt in der Bürgschaftsübernahme bereits tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG. Die Bürgschaftsmittelteilung der Kommission aus dem Jahr 2000, die eine maßgebliche Grundlage für die beihilfenrechtliche Behandlung von staatlichen Bürgschaften bildet, befindet sich auf dem Stand vor der *Altmark Trans*-Entscheidung des EuGH. Zwar stellt auch die Kommission in ihrer Bürgschaftsmittelteilung Voraussetzungen auf, bei deren Vorliegen eine öffentliche Bürgschaft keine Beihilfe darstellt. Dies ist gemäß Ziffer 4. 2. etwa der Fall, wenn sich der Kreditnehmer nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, wenn er grundsätzlich in der Lage wäre, ohne Eingreifen des Staates auf den Finanzmärkten Gelder aufzunehmen, wenn die Bürgschaft an eine bestimmte Finanztransaktion geknüpft und auf einen festen Höchstbetrag beschränkt ist, der höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrags deckt, und wenn eine marktübliche Prämie gezahlt wird. Diese Bedingungen sind keineswegs überholt, sie sind jedoch vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung um die vier *Altmark Trans*-Voraussetzungen zu ergänzen und zu präzisieren. Es ist bedauerlich, dass die Kommission in ihrem kürzlich vorgelegten Maßnahmenpaket, mit

dem sie ihre Praxis an die Vorgaben der Rechtsprechung anpassen will<sup>22</sup>, nicht zugleich einen Neuentwurf einer Bürgschaftsmittelteilung zur Diskussion gestellt hat.

### III. Die „Nichtigkeitsrechtsprechung“ des BGH und ihre Auswirkungen auf staatliche und kommunale Bürgschaften

#### 1. Die neuere BGH-Rechtsprechung zur Nichtigkeit von beihilfengewährenden Verträgen

Die Durchführung des EG-Beihilfenrechts liegt auch in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und unterliegt insoweit der Jurisdiktion nationaler Gerichte. In diesem Bereich der mitgliedstaatlichen Durchführung des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes bewegt sich die auch für die Behandlung von gemeinschaftsrechtswidrigen öffentlichen Bürgschaften relevante deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung. Nach dieser neuen Rechtsprechung ist ein privatrechtlicher Vertrag, auf dessen Grundlage eine Beihilfe entgegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG gewährt wird, nichtig. Gemäß dieser Bestimmung darf ein Mitgliedstaat eine Beihilfenmaßnahme nicht durchführen, bevor die Maßnahme gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG bei der Kommission notifiziert ist und die Kommission eine abschließende (positive) Entscheidung erlassen hat. Die Notifizierungspflicht und damit das Durchführungsverbot greifen allerdings nicht, sofern eine Beihilfe in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fällt.<sup>23</sup> Art. 88 Abs. 3 S. 2 EG stellt, so der BGH, ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des zur Gewährung der Beihilfe abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrags führt.<sup>24</sup> Der Anwendbarkeit von § 134 BGB stehe nicht entgegen, dass sich das gesetzliche Verbot nur an eine Vertragspartei, nämlich hier an den Mitgliedstaat, wendet, da der Zweck des Gesetzes nicht anders erreicht werden könne als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung.<sup>25</sup>

Der BGH wendet sich damit gegen eine bislang vertretene Auffassung, wonach nicht notifizierte staatliche Durchführungsmaßnahmen bis zur Entscheidung der Kommission schwebend unwirksam sein sollten.<sup>26</sup> Die Aussagen des

22 Abrufbar im Internet unter [http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/#compensation](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/#compensation).

23 Vgl. dazu Streinz/Kühling, EUV/EGV, 2003, Art. 89 EGV Rdn. 8ff.; Lenz/Borchardt/Rawlinson, EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 89 EGV Rdn. 1.

24 BGH, Urt. v. 4. 4. 2003 – V ZR 314/02 (Naumburg), EuZW 2003, 444, 445; BGH, Urt. v. 24. 10. 2003 – V ZR 48/03 (OLG Dresden), EuZW 2004, 254, 255; BGH, Urt. v. 20. 1. 2004 – XI ZR 53/03 (OLG Hamm), NVwZ 2004, 636, 637.

25 BGH, Urt. v. 20. 1. 2004 – XI ZR 53/03 (OLG Hamm), NVwZ 2004, 636, 637; vgl. bereits BGHZ 131, 385, 389; BGHZ 139, 387, 392.

26 So etwa *Schneider*, NJW 1992, 1197 ff.; *Habersack*, ZHR 159 (1995), 663, 683.

19 Dazu Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 43 ff.

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

21 EuGH, verb. Rs. C-83/01 P, C-94/01 P und C-94/01 P, *Chronopost u. a.*, Slg. 2003, I-6993 Tz. 38.

BGH sind insoweit eindeutig. Eine Urteilsauslegung, wonach der BGH trotz der ausdrücklichen Berufung auf § 134 BGB nur von einer schwebenden Unwirksamkeit der Beihilfenmaßnahmen ausgeht<sup>27</sup>, ist nicht haltbar.<sup>28</sup> Die Auffassung des BGH entspricht der vergleichbaren Rechtsprechung des EuGH, der eine Heilung einer von ihm für ungültig erklärten Durchführungsmaßnahme durch eine nachfolgende Genehmigungsentscheidung der Kommission ausdrücklich ausgeschlossen hat.<sup>29</sup>

## 2. Die Auswirkungen auf staatliche und kommunale Bürgschaften

Bisher war in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob Bürgschaftsverträge, die zu einer Beihilfe entweder zugunsten des Kreditnehmers oder zugunsten des Kreditgebers führen, nach § 134 BGB nichtig sind. Die BGH-Rechtsprechung greift nun in diesen Meinungsstreit ein und zwingt zu einer Neubeurteilung und Neugewichtung der vorgetragenen Argumente.

Zu beachten gilt es dabei, dass hier – anders als in den bislang vom BGH entschiedenen Fällen – kein Zweipersonenverhältnis vorliegt, vielmehr bei einer Bürgschaft ein Dreiecksverhältnis gegeben ist. Zwischen dem beihilfengewährenden Staat als Bürgen und der Bank als Darlehensgläubigerin besteht gemäß der deutschen Zivilrechtsdogmatik das durch den Bürgschaftsvertrag begründete Deckungsverhältnis. Zwischen dem Bürgen und dem kreditnehmenden Unternehmen besteht das durch die Bürgschaftszusage vermittelte Valutaverhältnis. Zwischen der Bank und dem Kreditnehmer besteht das Ausführungsverhältnis in Form eines Darlehensvertrags.<sup>30</sup>

Zusätzlich kompliziert wird die rechtliche Beurteilung dadurch, dass zwei Konstellationen zu unterscheiden sind: Es ist nämlich danach zu differenzieren, ob der Kreditnehmer, also das Unternehmen, oder der Kreditgeber, also die Bank, Begünstigter einer öffentlichen Bürgschaft ist.

### a) Das Unternehmen (Darlehensschuldner) als Beihilfenempfänger

Wenden wir uns zunächst der Variante zu, in welcher der Darlehensnehmer Beihilfenempfänger im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG ist. Gemäß der BGH-Rechtsprechung erfasst die Nichtigkeitsfolge „beihilfengewährende Verträge“, die, sofern kein Freistellungsgrund erfüllt ist, ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende positive Kommissionsentscheidung durchge-

27 So wohl *Pütz*, NJW 2004, 2199, 2200f.; kritisch auch *Quardt/Nielandt*, EuZW 2004, 201, 202 ff.

28 Zutreffend *Pechstein*, EuZW 2003, 447, 447; auch *Koenig*, EuZW 2003, 417.

29 EuGH, Rs. C-354/90, *FNCE*, Slg. 1991, I-5505 Tz. 16.

30 Vgl. *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 802; *Fischer*, WM 2001, 277, 284; *Klanten*, ZIP 1995, 535, 537; *Hadding*, in: Haarmeyer/Hirte/Kirchhof/Graf von Westphalen (Hrsg.), *Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz*, FS Krefz, 2004, S. 65, 70f.

führt worden sind.<sup>31</sup> Fraglich ist, worin im Falle einer Bürgschaft die beihilfengewährende Maßnahme zu sehen ist.

### aa) Rechtsfolgen in Bezug auf die Bürgschaftszusage (Valutaverhältnis)

Beihilfengewährender Charakter kommt jedenfalls der Bürgschaftszusage des Staates oder der Kommune an das Darlehen empfangende Unternehmen zu. Diese Bürgschaftszusage erfolgt entweder durch einen Verwaltungsakt oder auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.<sup>32</sup> Geht man von einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis aus, gelangt man unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung zur Nichtigkeit dieses Vertrages. Die Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB gilt gleichermaßen für zivilrechtliche Verträge wie für öffentlich-rechtliche Verträge, bei denen § 134 BGB über die Verweisungsnorm des § 59 Abs. 1 VwVfG oder über die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangt.<sup>33</sup> Ist die Bürgschaftserklärung nichtig, hat der Darlehensschuldner keinen Anspruch auf Gewährung der Bürgschaft durch den Bürgen.

Erfolgt die Bürgschaftszusage im Valutaverhältnis durch einen Bewilligungsbescheid, d. h. durch Verwaltungsakt, so ist dieser bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG nach § 48 VwVfG rechtswidrig und damit aufhebbar.<sup>34</sup> Um den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu genügen, ist eine Rücknahme des Verwaltungsakts rechtlich geboten. Die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes kommt gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG oder gemäß den entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen nur in Betracht, wenn der Verwaltungsakt an einem offenkundigen, besonders schwerwiegenden Fehler leidet. Bei einer fehlenden Notifizierung einer Bürgschaft kann nach bisherigem Rechtsprechungsstand nicht ohne weiteres von einem offenkundigen schweren Fehler ausgegangen werden. Im Bereich der Daseinsvorsorge bewirkt die *Altmark Trans*-Rechtsprechung, dass bei Erfüllung der vier komplexen, vom EuGH aufgestellten Kriterien bereits tatbestandlich keine Beihilfe vorliegt und eine Notifizierungspflicht mithin nicht besteht. Wird eine Bürgschaft der öffentlichen Hand im Bereich der Daseinsvorsorge nicht notifiziert, indiziert dies folglich nicht notwendig einen formellen Verstoß gegen das EG-Beihilfenrecht. Eine fehlende Notifizierung bedingt daher keine offensichtliche Fehlerhaftigkeit des Bewilligungsbescheids im Sinne von § 44 Abs. 1 VwVfG.

31 BGH, Urt. v. 4. 4. 2003 – V ZR 314/02 (Naumburg), EuZW 2003, 444, 445.

32 *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165, 179; *Klanten*, ZIP 1995, 535, 537.

33 *Kühling*, ZWeR 2004, 498, 502.

34 *Möller*, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilfenrechts, 2001, S. 184 ff.; *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165, 182; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 803, 805.

bb) Rechtsfolgen in Bezug auf den Bürgschaftsvertrag (Deckungsverhältnis)

Fraglich ist, ob die Nichtigkeit der Bürgschaftserklärung im Valutaverhältnis gegenüber dem begünstigten Unternehmen vor dem Hintergrund des Europäischen Gemeinschaftsrechts und der neueren BGH-Rechtsprechung auch die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Bürgen und der Darlehensgeberin zur Folge hat.

Grundsätzlich gilt, dass ein Bürgschaftsvertrag ein eigenständiges, abstraktes Rechtsgeschäft darstellt, das seinen Rechtsgrund in sich trägt.<sup>35</sup> Die Bürgschaft ist in ihrem rechtlichen Bestand unabhängig von einem weiteren rechtsgeschäftlichen Grund, der den Bürgen zur Übernahme seiner Verpflichtung veranlasst hat.<sup>36</sup> Ob ein solches Grundverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Darlehensschuldner besteht oder welcher Art es ist, ist für Bestand und Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung gleichgültig.<sup>37</sup> Der Bürgschaftsvertrag wird daher vom Wegfall oder Fehlen des Valutaverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Darlehensschuldner nicht berührt. Der Wegfall des Valutaverhältnisses bedeutet insbesondere keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage des Bürgschaftsvertrages.<sup>38</sup> Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Bürgschaftsvertrag konkludent auflösend bedingt wäre für den Fall, dass sich die öffentliche Bürgschaftszusage an den Kreditnehmer als nichtig erweisen sollte. Auf eine solche auflösende Bedingung dürfte sich eine Bank weder ausdrücklich noch konkludent einlassen wollen. Ohne Berücksichtigung des EG-Beihilfenrechts schlägt mithin die Nichtigkeit oder Rücknahme einer Bürgschaftszusage (Valutaverhältnis) nicht auf das Deckungsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger durch.

Es fragt sich jedoch, ob der Bürgschaftsvertrag seinerseits ein beihilfengewährender Vertrag im Sinne des Europäischen Gemeinschaftsrechts und der BGH-Rechtsprechung ist. Einer Auffassung zufolge handelt es sich bei der Bürgschaftszusage zwar um die eigentlich notifizierungsbedürftige Maßnahme, der Abschluss des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis stelle jedoch ebenso wie die Gewährung des Darlehens eine Maßnahme zur Durchführung der gewährten Beihilfe dar. Legt man diese Auffassung zugrunde, müsste sich die vom BGH angenommene Nichtigkeitsfolge gemäß § 134 BGB auch auf den Bürgschaftsvertrag im Deckungsverhältnis erstrecken. Zur Stützung dieser Ansicht könnte auf die EuGH-Rechtsprechung verwiesen werden, wonach die eigentliche Beihilfe nicht von ihrer Finanzierungsweise ge-

35 Vgl. BGHZ 139, 214, 217; BGHZ 147, 99, 101; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 3; *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 8. Aufl. 1998, S. 344.

36 *Staudinger/Horn*, Kommentar zum BGB, 13. Bearbeitung, April 1997, Vorbem. zu §§ 765 ff. Rdn. 8.

37 BGH, Urt. v. 5. 3. 1975 – VIII ZR 200/73 (München), WM 1975, 348, 349; *Staudinger/Horn*, (Fn. 36), Vorbem. zu §§ 765 ff. Rdn. 9; so auch bereits RGZ 59, 10, 11.

38 *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, S. 3.

trennt werden kann.<sup>39</sup> Zudem könne das Erfordernis einer möglichst effektiven Durchsetzung von Durchführungsverbot und Rückforderungsgebot eine Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags bedingen.<sup>40</sup> Art. 88 Abs. 3 EG bezwecke, der Kommission eine umfassende Prüfung der Beihilfe unter möglichst vollständiger Kenntnis der zugrunde liegenden Tatsachen und Rechtsbeziehungen zu ermöglichen. Der Verwirklichung dieses effet utile-Anliegens könne nur durch die Nichtigkeit auch des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis Rechnung getragen werden.<sup>41</sup>

Diese Argumentation erscheint jedoch nicht zwingend. Wenn der EuGH ausführt, dass eine Beihilfe nicht von der Art und Weise ihrer Finanzierung getrennt werden kann, so beziehen sich diese Ausführungen auf Konstellationen, bei denen die Finanzierungsweise ihrerseits gemeinschaftsrechtswidrig war oder die durch eine Beihilfenmaßnahme hervorgerufene wettbewerbsverzerrende Wirkung verstärkt hat.<sup>42</sup> Dies ist bei einer öffentlichen Bürgschaft aber nicht gegeben. Der Bürgschaftsvertrag leitet den Vorteil lediglich an das begünstigte kreditnehmende Unternehmen weiter, bewirkt aber seinerseits keine zusätzliche Wettbewerbsverzerrung. Auch ein Vertrag über die Beauftragung eines Geldboten, der einen Betrag in Höhe des Barzuschussäquivalents an den eigentlichen Beihilfenempfänger übermitteln soll, würde weder eine eigenständige Wettbewerbsverzerrung bewirken noch eine bestehende Wettbewerbsverzerrung vertiefen. Nicht der (transportierende) Bürgschaftsvertrag im Deckungsverhältnis zwischen Staat und Bank ist die eigentliche Ursache der Verfälschung des Wettbewerbs, sondern die vom begünstigten Unternehmen im Valutaverhältnis gezogenen Vorteile. Sinn und Zweck des EG-Beihilfenregimes ist die Verhinderung oder Beseitigung wettbewerbsverfälschender Wirkungen, die von staatlichen Fördermaßnahmen ausgehen können. Abgrenzungstest ist daher nicht die Frage, ob die Wettbewerbsverzerrung im Deckungsverhältnis durch den Bürgschaftsvertrag zwischen staatlichem Bürgen und darlehensgewährender Bank transportiert wird, vielmehr ist auf die praktische Wirksamkeit der Rückforderung wettbewerbswidriger Vorteile abzustellen. Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ist, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont, die logische Restitutionsfolge der sich in der Wettbewerbsverfälschung entfaltenden Rechtswidrigkeit der Beihilfe.<sup>43</sup> Der rechtswidrige Zustand wird beseitigt, indem der durch die Beihilfe verursachten Wettbewerbsverfälschung abgeholfen wird.<sup>44</sup>

39 EuGH, Rs. 47/69, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1970, 487 Tz. 4; EuGH, verb. Rs. C-261/01 u. C-262/01, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249, Tz. 46; EuGH, Urt. v. 27. 11. 2003, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse SpA*, EWS 2004, 26, Tz. 44.

40 So *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 9f., 13.

41 So *Tollmann*, WM 2000, 2030, 2036f.

42 EuGH, verb. Rs. C-261/01 u. C-262/01, *van Calster*, Slg. 2003, I-12249, Tz. 47.

43 So etwa EuGH, Rs. C-142/87, *Tubemense*, Slg. 1990, I-959 Tz. 66; EuGH, Rs. C-305/89, *Alfa Romeo*, Slg. 1991, I-1603 Tz. 41.

44 *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 216.



Die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis ist nicht erforderlich, um die Rückforderung einer rechtswidrig gewährten Beihilfe im Valutaverhältnis zu ermöglichen. Die Rückforderung der beihilfenrechtswidrigen Begünstigung vom kreditnehmenden Unternehmen als Beihilfempfangener kann unabhängig vom rechtlichen Bestand des Bürgschaftsvertrags erfolgen.<sup>45</sup>

Der Konkurrentenschutz verlangt gleichfalls nicht nach einer Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags. Für einen Konkurrenten des beihilfenbegünstigten Unternehmens ist es unbeachtlich, ob die Bank mit der staatlichen oder kommunalen Bürgschaft ihre Sicherheit verliert und bei einer Insolvenz des Begünstigten mit einem Kreditausfall rechnen muss.<sup>46</sup> Dem Konkurrenten des begünstigten Unternehmens geht es vielmehr um die Beseitigung des beihilfenrechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils zugunsten des Darlehensnehmers.<sup>47</sup> Die Rechtsgültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist mithin aus der Sicht eines mit dem begünstigten Darlehensnehmer konkurrierenden Unternehmens ohne Bedeutung.

Im Falle einer öffentlichen Bürgschaft wird die beihilfenrelevante Begünstigung vom Staat, der sich dazu eines Dritten, der kreditgewährenden Bank, bedient, an den Beihilfempfangener geleitet. Es erscheint nicht sachgerecht, die Bank als bloße „Durchleitungsstelle“ des Wettbewerbsvorteils mit dem Risiko der Beihilfenrechtswidrigkeit zu belasten. Die Bank selbst erlangt aus der Beihilfenmaßnahme keinen wettbewerbswidrigen Vorteil, der die Auferlegung eines Risikos rechtfertigen könnte. Ein derartiges Risiko würde die Bank jedoch tragen, wenn man auch von einer Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis ausginge. Gegen dieses Risiko könnte die Bank sich freilich dadurch absichern, dass sie ihrerseits zumindest die formelle Beihilfenrechtskonformität der staatlichen Bürgschaftszusage an den Kreditnehmer überprüft, indem sie sich im Vorfeld der Darlehensvergabe vergewissert, ob die Maßnahme notifiziert wurde oder von einem Freistellungstatbestand erfasst wird. Die Bank – als Drittbeteiligte – würde so für die Durchsetzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts instrumentalisiert.<sup>48</sup> Allein der Verweis auf die solchermaßen gewährleistete effektive Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts kann jedoch nicht zu einer Belastung eines Dritten führen.<sup>49</sup> Die hier vorliegende Situation ist nicht mit der Situation eines Unternehmers vergleichbar, in der diesen eine Erkundigungsobliegenheit trifft, ob eine in Anspruch zu nehmende Vergünstigung bei der Kommission notifiziert ist oder einer Freistellungsregelung unterfällt.<sup>50</sup> Auch diese Überlegungen sprechen

45 Fischer, WM 2001, 277, 284.

46 Ähnlich Bartosch, EuZW 2001, 650, 656.

47 Fischer, WM 2001, 277, 284.

48 Dies befürwortet z. B. Tollmann, WM 2000, 2030, 2037.

49 Dies befürchtet aber Witting, Börsen-Zeitung Nr. 225 v. 21. 11. 2003, S. 10.

50 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-5/89, Kommission/Deutschland, Slg. 1990, I-3437 Tz. 14; EuGH, Rs. C-24/95, Alcan, Slg. 1997, I-1591 Tz. 25; EuGH, Rs. C-334/99,

mithin gegen eine Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis bei einer beihilfenrechtswidrigen und damit nichtigen Bürgschaftszusage im Valutaverhältnis.

Letztlich bleibt es daher bei der Abstraktionsdoktrin des deutschen Bürgschaftsrechts im Hinblick auf das Deckungs- und das Valutaverhältnis. Beide Rechtsverhältnisse sind voneinander unabhängig und folgen jeweils eigenen Regeln.<sup>51</sup> Es gilt auch unter Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts der Grundsatz, dass ein Mangel im Valutaverhältnis sich nicht auf das Deckungsverhältnis erstreckt und dass jedes dieser Rechtsverhältnisse für sich und nur dann abzuwickeln ist, wenn es seinerseits gestört ist.<sup>52</sup>

Die Auffassung, wonach sich das Schicksal des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis nach nationalem deutschem Recht bestimmt, wird durch die Bürgschaftsmittelteilung der Kommission gestützt. Nach Ziffer 6.5 der Mitteilung ist die Frage, ob die Rechtswidrigkeit der Beihilfe das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und Dritten berührt, nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen. Nationale Gerichte müssen hierbei prüfen, ob innerstaatliche Rechtsvorschriften der Einhaltung der Bürgschaftsverträge entgegenstehen; bei der Prüfung dieser Frage müssen sie die praktische Wirksamkeit der Art. 87 ff. EG gewährleisten. Daraus folgt, dass die Kommission nicht davon ausgeht, dass Bürgschaftsverträge von der Nichtigkeit einer Bürgschaftszusage erfasst werden müssen. Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG fordert die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags nicht.<sup>53</sup> Ein Übergreifen der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB vom Valutaverhältnis auf das Deckungsverhältnis, d. h. den Bürgschaftsvertrag, ist mithin gemeinschaftsrechtlich nicht geboten.<sup>54</sup>

#### cc) Rechtsfolgen in Bezug auf den Darlehensvertrag (Ausführungsverhältnis)

Es bleibt der Blick auf den Darlehensvertrag. Zwar könnte auch hier geltend gemacht werden, dass der Darlehensvertrag nur der Durchführung einer staatlichen Beihilfenmaßnahme diene und ihn daher ebenfalls die Nichtigkeitsfolge gemäß § 134 BGB treffen müsse. Jedoch ist der Darlehensvertrag für sich betrachtet keine beihilfenrechtswidrige Maßnahme, da nur staatliche Begünstigungen Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellen. Es wäre beihilfenrechtlich unbedenklich, wenn die Bank – bei einem Wegfall der Bürg-

Deutschland/Kommission, Slg. 2003, I-1139 Tz. 41; EuG, Rs. T-288/97, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, Slg. 2001, II-1169 Tz. 107f.

51 Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 802.

52 Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 802; vgl. auch Verse/Wurmnest, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilfenrecht, erscheint demnächst in AcP 204 (2004), Heft 6.

53 Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 805.

54 Fischer, WM 2001, 277, 284; Frbr. v. Palombini, Staatsbürgschaften und Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 128; Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 753, 761; dies., WM 1996, 801, 806f.; Klanten, ZIP 1995, 535, 543; Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, 165, 183f.; Hadding, FS Kreft (Fn. 30), S. 65, 72f.



schaftszusage – an dem zinsvergünstigten Darlehensvertrag festhielte. In diesem Fall würde es sich nicht um eine Begünstigung handeln, die aus staatlichen Mitteln gewährt wird. Der Darlehensvertrag besteht – vorbehaltlich eines vertraglichen Kündigungsrechts – unabhängig von einer nichtigen oder rechtswidrigen Bürgschaftszusage.<sup>54a</sup>

#### b) Die Bank als Beihilfenempfänger

Anders stellt sich die Rechtslage allerdings dar, wenn nicht (nur) der Kreditnehmer, sondern (zumindest auch) die kreditgebende Bank als Beihilfenempfängerin zu klassifizieren ist. In diesem Fall muss auch der Bürgschaftsvertrag selbst als beihilfengewährende Maßnahme eingestuft werden. Dies hat zur Folge, dass dann den Bürgschaftsvertrag die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB i.V.m. Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG trifft. Profitieren sowohl der Kreditnehmer als auch der Kreditgeber von einer staatlichen oder kommunalen Bürgschaft, sind im Valutaverhältnis die vertragliche Bürgschaftszusage ebenso wie im Deckungsverhältnis der Bürgschaftsvertrag nichtig. Ist die Bürgschaftszusage in der Form eines Bewilligungsbescheids erteilt worden, ist dieser Verwaltungsakt nicht nichtig, sondern gemäß § 48 VwVfG rechtswidrig und aufhebbar. Den Bestand des Darlehensvertrags lässt dies – vorbehaltlich vertraglicher Kündigungsrechte – unberührt.

#### 3. Zwischenergebnis

Diese Ausführungen haben gezeigt, dass die Auswirkungen der neueren BGH-Rechtsprechung auf den Bereich staatlicher und kommunaler Bürgschaften, die als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG einzustufen sind, begrenzt sind. Allein die Bürgschaftszusage ist, sofern diese in (privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher) Vertragsform gegeben wurde, gemäß § 134 BGB (gegebenenfalls i.V.m. § 59 Abs. 1 VwVfG) nichtig, wohingegen der Bürgschaftsvertrag sowie der Darlehensvertrag ihre rechtliche Gültigkeit behalten. Zwar wirft die neue Rechtsprechung durchaus Probleme auf, diese betreffen in ihrem Kern jedoch weniger den Bereich staatlicher und kommunaler Bürgschaften. Verwiesen sei hier nur auf die ungeklärte Frage, ob der BGH künftig grundsätzlich von einer Gesamtnichtigkeit einer Beihilfenmaßnahme ausgehen wird oder ob auch die Möglichkeit einer Teilnichtigkeit in Betracht gezogen wird.<sup>55</sup> Teilweise wird sogar versucht, nur in Höhe des beihilfenausfüllenden Barzuschussäquivalents einen Schenkungsvertrag zu fingieren, der allein nach § 134 BGB nichtig sei, während das beihilfenrechtskonforme „Rest-Rechtsgeschäft“ weiterhin Rechtsgültigkeit besitzen solle.<sup>56</sup> Die zu-

54a *Hadding*, FS Krefl (Fn. 30), S. 65, 73.

55 Dazu *Koenig*, EuZW 2003, 417; eingehend *Verse/Wurmest*, AcP 204 (2004), Heft 6 (im Erscheinen).

56 So *Martin-Ehlers*, WM 2003, 1598, 1603 ff.; kritisch dazu *Verse/Wurmest*, AcP 204 (2004), Heft 6 (im Erscheinen).

künftige Rechtsprechung wird zeigen, ob rechtsdogmatische Kreativität belohnt wird.

#### IV. Fazit

Während das *Altmark Trans*-Urteil des EuGH die Konturen des Beihilfenartbestandes schärft und Kriterien für die beihilfenrechtsverträgliche Gewährung von staatlichen Ausgleichleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aufstellt, bewegt sich die BGH-Rechtsprechung im Bereich der nationalen Ausführung und Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts. Die *Altmark Trans*-Kriterien erstrecken ihre innovative Kraft durch („kreative“) Kostenrechnung auch auf staatliche und kommunale Bürgschaften und führen auch hier zu maßgeblichen Veränderungen im Vorfeld einer Beihilfenvergabe sowie bei der gemeinschaftsrechtlichen Einstufung von staatlichen Ausgleichsmaßnahmen. Ein rechtliches Desiderat ist insoweit die Anpassung und Modifizierung der Bürgschaftsmittelung der Kommission unter Berücksichtigung der Weiterentwicklung und Schärfung des Beihilfenbegriffs.

Die Auswirkungen der nationalen Rechtsprechung die Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge betreffend sind für die öffentliche Bürgschaftsvergabe hingegen gering. Das Ziel des EG-Beihilfenregimes ist im Hinblick auf gemeinschaftsrechtswidrig gewährte Begünstigungen die effektive Entziehung dieses wettbewerbsverzerrenden Vorteils in der Person des Beihilfenempfängers. Dieses Ziel kann dadurch erreicht werden, dass die Bürgschaftszusage im Vertragsfall nach § 134 BGB nichtig, im Fall eines Verwaltungsakts nach § 48 VwVfG aufhebbar ist. Die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis gemäß § 134 BGB ist gemeinschaftsrechtlich nicht gefordert, da die Rechtsgültigkeit dieses Vertrags keine negativen Auswirkungen auf die Effektivität der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts hat. Bildlich gesprochen: Der den Vorteil lediglich (an das Ausführungsverhältnis) weiter transportierende Bürgschaftsvertrag ist ebenso wenig nichtig wie ein Rechtsverhältnis, das den physischen Transport des Beihilfenbarzuschussäquivalents regelt, wenn etwa ein Sicherheitstransportdienstleister beauftragt wird, den entsprechenden Bargeldbetrag über die Straße zu transportieren.