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.1 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 tatbestandsmäßige Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG einzustufen.2 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 Verstößes gegen ein Verbotsge setz gemäß § 134 BGB nichtig ist.3 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
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.4 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 20005 hat die Kommission deutlich gemacht, dass eine Beihilfe auch in Form der Übernahme einer Bürgschaft durch den Staat vorliegen kann.


Auch wenn eine Beihilfe gewöhnlich den Kreditnehmer begünstigt, ist so die Kommission in Ziffer 2.2 ihrer Bürgschaftsmitteilung – nicht auszuschließen, 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 Bedingungen 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 allgemein wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG betraut ist und hierfür eine Gegenleistung erhält. Während einmal vertretet wurde, ein angemessen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis lasse bereits den Beihilfentatbestand entfallen,6 bejahte die Gegenäussung das tabulouverheil Permanente der Beihilfe und griff auf die Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG im Sinne einer Rechtsfertigung zurück.7 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 anzuzeige ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.8 Der EuGH hat vier qualifizierte Voraussetzungen formuliert, bei deren kumulativem Vorliegen der Beihilfentatbestand zu verneinen ist:

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

7 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Slg. 2003, 1-7747 Tz. 89-93, 95; vgl. auch EuGH, Unt. v. 27. 11. 2003, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, Ensirisorse SpA, EWS 2004, 26, Tz. 32 ff.
Christian Koenig und Andreas Harstsch

unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemes-
enen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise
duzen.
- Viertens ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage
er 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 ver-
langt die Erfüllung dieser letzten Kompensationsvoraussetzung jedoch nur,
sofern die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirt-
schaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht
im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt ist.
Beider Prüfung, ob es sich bei einer öffentlichen Bürgschaft um eine Komp-
ensationsleistung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem
wirtschaftlichen Interesse handelt, sind rationale personale zwei Anknüpfungs-
punkte zu unterscheiden. Zum einen könnte auf den Kreditnehmer abzustel-
len 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 Daseinsvor-
sorgedienstleister sein, im zweiten Fall müsste die begünstigte Bank eine ge-
meinwirtschaftliche Dienstleistung erbringen.

1. Auferlegung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

Um eine staatliche oder kommunale Bürgschaft nicht als tatbestandliche
Beihilfe qualifizieren zu können, müsste der Begrügungsempfänger mit der
Erbringung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut
sein. Der Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses ist weit zu verste-
hen. Die Gemeinschaftsgerichte enthalten sich bislang einer umfassenden
Definition. Die Kommission definiert die Dienstleistungen von allgemeinem
wirtschaftlichen Interesse als marktbezogene Tätigkeiten, „welche an der
ihrer Allgemeinheit erbrach und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen
Gemeinwohlsverpflichtungen verbunden werden“. Erbringt das kreditnehmende Unternehmen eine gemeinwirtschaftliche Dienstleistung und dient die öffentliche Bürgschaft als Ausgleich für die Er-
bringung dieser Dienste, muss dieses Unternehmen mit der Erbringung dieser

11 ABl. EG 1996 C 281/3, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa; ebenso Anhang II der Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Euro-
Vorübergehige, 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.


Auszug in Höhe der Nettomehrkosten


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. Der EuGH entscheidet sich für einen objektiven Kostenmaßstab. Das Urteil in der Rechtssache Ferring im Jahr 2001 hatte noch offen gelassen, ob die subjektiven, d. h. tatsächlichen Kosten des die gemeinwirtschaftliche Aufgabe erfüllenden Unternehmens er- setzt werden dürfen. Nunmehr stellt der EuGH erstmals auf einen objektiven Maßstab ab, nämlich den eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Denn auch bei sonstigen Ausstiegsgründen der öffentlichen

12 Koenig/Kühling, ZHR 166 (2002), 656, 680 ff.
13 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747 Tz. 92, 93.
16 EuGH, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747 Tz. 93.
17 Koenig/Haratsch, ZUM 2003, 804, 810.
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“). Allerdings stellt der EuGH nicht auf ein Idealunternehmen ab, sondern verlangt einen Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen.


5. Zwischenergebnis

Sind im Falle einer staatlichen oder kommunalen Bürgschaft alle vier vom EuGH entwickelten Voraussetzungen erfüllt, liegt in der Bürgschaftsübernahme bereits tatbestandsmäßig die Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG. Die Bürgschaftsmitteilung 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 Almark-Trans-Entscheidung des EuGH. Zwar stellt die Kommission in ihrer Bürgschaftsmitteilung Voraussetzungen auf, bei der Voraussetzung 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 Höchstbetrug 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 Almark Trans-Voraussetzungen zu ergänzen und zu präzisieren. Es ist bedauerlich, dass die Kommission in ihrem kürzlich vorgelegten Maßnahmenpaket, mit
BGH sind insoweit eindeutig. Eine Urteilsauslegung, wonach der BGH trotz der ausdrücklichen Berufung auf § 134 BGB nur von einer schwebenden Unwirksamkeit der Beihilfemaßnahmen ausgehe\textsuperscript{27}, ist nicht halbar.\textsuperscript{28} Die Auflassung des BGH entspricht der vergleichbaren Rechtsprechung des EuGH, der eine Heilung einer von ihm für ungültig erklärten Durchführungsmaßnahme durch eine nachfolgende Genehmigungseinscheidung der Kommission ausdrücklich ausgeschlossen hat.\textsuperscript{29}

2. Die Auswirkungen auf staatliche und kommunale Bürgschaften


Zu beachten gilt es dabei, dass hier – anders als in der bislang vom BGH entschiedenen Fälle – kein Zweipersonenverhältnis vorliegt, vielmehr bei einer Bürgschaft ein Dreiecksverhältnis gegeben ist. Zwischen dem beihilfengewährenden Staat als Bürger und der Bank als Darlehensgläubigerin besteht gemäß der deutscher Zivilrechtsdogmatik das durch den Bürgschaftsvertrag begründete Deckungsverhältnis. Zwischen dem Bürge und dem kreditnehmenden Unternehmen besteht das durch die Bürgschaftszusage vermittelte Valutaverhältnis. Zwischen der Bank und dem Kreditnehmer besteht das Ausführungsverhältnis in Form eines Darlehensvertrags.\textsuperscript{30}

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, Begünstiger 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 Nichtigkeitstext „beihilfengewährende Verträge“, die, sofern kein Freistellungsurteil erteilt ist, ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende positive Kommissionseinscheidung durchge-

\textsuperscript{27} So wohl Pütz, NJW 2004, 2199, 2200f.; kritisch auch Quadri/Nielandt, EuZW 2004, 201, 202ff.

\textsuperscript{28} Zutreffend Pechstein, EuZW 2003, 447, 447; auch Koenig, EuZW 2003, 417.

\textsuperscript{29} EuGH, Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505 Tz. 16.


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


\textsuperscript{33} Kübling, ZWR 2004, 498, 502.

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.


37 BGH, Urt. v. 3. 1975 - VIII ZR 200/73 (München), WM 1975, 348, 349; Staudinger/Horn, (Fn. 36), Vorbem. zu § 745 ff. Rdn. 9; so auch bereits RGZ 59, 10, 11.

41 So Tollmann, WM 2000, 2030, 2036f.
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 Beihilfenempfänger kann unabhängig vom rechtlichen Bestand des Bürgschaftsvertrags erfolgen.\(^{45}\)

Der Konkurrentenschutz verlangt gleichfalls nicht nach einer Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags. Für einen Konkurrenten des beihilfenbegünstigten Unternehmens ist es unbestechlich, ob die Bank mit der staatlichen oder kommunalen Bürgschaft ihre Sicherheit verliert und bei einer Insolvenz des beihilfenbegünstigten Unternehmens mit einem Kreditausfall rechnen muss.\(^{46}\) Dem Konkurrenten des beihilfenbegünstigten Unternehmens geht es vielmehr um die Bestätigung des beihilfenrechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils zugunsten des Darlehensnehmers.\(^{47}\) Die Rechtsfolgen des Bürgschaftsvertrags sind mitinh aus der Sicht eines mit dem begünstigten Darlehensnehmer konkurrierenden Unternehmens ohne Bedeutung.

Im Falle einer öffentlichen Bürgschaft wird die beihilfernrelevante Begünstigung vom Staat, der sich dazu eines Dritten, der kreditgewährenden Bank, bedient, an den Beihilfenempfänger 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 Beihilfenlastung 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 es die Bank – als Drittbeihilfegeber – würde so für die Durchsetzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts instrumentalisieren.\(^{48}\) Allein der Verweis auf die solchermaßen gewährleistete effektive Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts kann jedoch nicht zu einer Belastung eines Dritten führen.\(^{49}\) Die hier vorliegende Situation ist nicht mit der Situation eines Unternehmers vergleichbar, in der diesen eine Erkündigungsobliegenheit trifft, ob eine in Anspruch zu nehmende Vergünstigung bei der Kommission notifiziert ist oder einer Freistellungsregelung unterliegt.\(^{50}\) Auch diese Überlegungen sprechen 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.\(^{51}\) 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.\(^{52}\)

Die Auffassung, wonach sich das Schicksal des Bürgschaftsvertrags im Deckungsverhältnis nach nationalem deutschen Recht bestimmt, wird durch die Bürgschaftsmitteilung 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 ausgehen darf, dass Bürgschaftsverträge von der Nichtigkeit einer Bürgschaftszusage erfasst werden müssen. Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG fordert die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags nicht.\(^{53}\) Ein Übergreifen der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB vom Valutaverhältnis auf das Deckungsverhältnis, d. h. den Bürgschaftsvertrag, ist mithin gemeinschaftsrechtlich nicht geboten.\(^{54}\)

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 ihm 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-

\(^{45}\) Fischer, WM 2001, 277, 284.
\(^{46}\) Ahnlich Bartosch, EuZW 2001, 650, 656.
\(^{47}\) Fischer, WM 2001, 277, 284.
\(^{48}\) Dies beurwörtet z. B. Tollmann, WM 2000, 2030, 2037.
b) Die Bank als Beihilfenempfänger


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 einzusruhen 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 Beihilfenaufnahme ausgehen wird oder ob auch die Möglichkeit einer Teilnichtigkeit in Betracht gezogen wird.53 Teilweise wird versucht, auf die Höhe des beihilfenausfallenden Barzuschussäquivalents einen Schenkungsvertrag zu fügen, der allein nach § 134 BGB nichtig sei, während das beihilfenrechtliche Konf orm „Rest-Rechtsgeschäft“ weiterhin Rechtsgültigkeit besitzen solle.54 Die zu-

54a Hadding, FS Kreft (Fn. 30), S. 65, 73.
55 Dazu Koenig, EuZW 2003, 417; eingehend Verse/Wurmest, AcP 204 (2004), Heft 6 (im Erscheinen).
56 So Martin-Ebers, WM 2003, 1598, 1603 ff.; kritisch dazu Verse/Wurmest, AcP 204 (2004), Heft 6 (im Erscheinen).

54a Hadding, FS Kreft (Fn. 30), S. 65, 73.
55 Dazu Koenig, EuZW 2003, 417; eingehend Verse/Wurmest, AcP 204 (2004), Heft 6 (im Erscheinen).
56 So Martin-Ebers, WM 2003, 1598, 1603 ff.; kritisch dazu Verse/Wurmest, AcP 204 (2004), Heft 6 (im Erscheinen).