

VII StGB sowie das Merkmal der Beihilfe i. S. d. Art. 87 I EG. Im konkreten Fall ist bei staatlichen Ausführungsgewährleistungen sowohl der strafrechtliche Subventionstatbestand des § 264 VII StGB als auch der Beihilfentatbestand des Art. 87 I EG eröffnet, wenn zwischen der Leistung des Staates und der Gegenleistung des Exportunternehmers keine wirtschaftliche Äquivalenz besteht. In der juristischen Literatur wird die Methodik zur Bestimmung einer Äquivalenz des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses jedoch nur unzureichend behandelt. Erläuternde Ausführungen zum Subventionsbegriff i. S. d. § 264 VII StGB enthalten zwar den Hinweis, dass die Einordnung als „Subvention“ umstritten ist, wenn es sich um mittel- und langfristige staatliche Exportkreditgewährleistungen handelt. Doch erschöpfen sich die Kommentierungen oftmals in der Feststellung, dass eine strafrechtlich relevante Subvention jedenfalls dann ausscheidet, wenn sich das staatliche Exportkreditversicherungssystem langfristig selbst trage bzw. wenn die über Jahre gezahlten Gegenleistungen nicht nur den Verwaltungsaufwand deckten, sondern unter Berücksichtigung der Ausfälle auch zu Überschüssen und Gewinnen führten¹. Dieser – dem WTO-/GATT-Regime² entlehnte – sog. Selbsttragungsgrundsatz ist jedoch kein Maßstab für die Auslegung des Subventionsbegriffes i. S. d. § 264 VII StGB.

Vorliegende Abhandlung beginnt mit einer Abgrenzung des deutschen Subventionsbegriffes i. S. d. § 264 VII StGB vom autonomen Rechtsbegriff der Subvention im Sinne des WTO-/GATT-Regimes sowie vom gemeinschaftsrechtlichen Beihilfentatbestand (Art. 87 I EG) (II.). Im weiteren werden Methoden aufgezeigt, nach denen sich die Äquivalenz des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses zum Ausschluss bzw. zur Feststellung eines nicht marktmäßigen Begünstigungstatbestandes i. S. v. § 264 VII StGB bei langfristigen staatlichen Exportkreditgewährleistungen bestimmen lässt (III.).

II. Die Bestimmung des Subventionsbegriffes im Sinne des § 264 VII StGB in Abgrenzung zum Begriff der EG-Beihilfe gemäß Art. 87 I EG

1. Subvention gemäß § 264 VII StGB

Das Merkmal „Subvention“ im Sinne des Subventionsbetrugstatbestandes (§ 264 StGB) ist legaldefiniert in § 264 VII StGB. Subvention im Sinne dieser Vorschrift ist gemäß Satz 1 Nr. 1 eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil a) ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und b) der Förderung der Wirtschaft dienen soll. Gemäß § 264 VII 1 Nr. 2 StGB ist als Subvention auch eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften zu qualifizieren, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird. Da der Empfänger im Fall des § 264 VII 1 Nr. 2 StGB kein Unternehmen sein muss, erfasst der Subventionsbegriff bei Zuwendungen nach dem

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Die Co-Autorin ist wissenschaftliche Referentin an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

1) So etwa Göhler Prot. des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform, Prot. 7/2717 f.; Tröndle/Fischer 51. Aufl., § 264 Rn 9; S/S-Lenckner/Perron 26. Aufl., § 264 Rn 12; Wassmann Strafrechtliche Risiken bei Subventionen, Kommentar zu § 264 StGB mit Rechtsprechungsanhang, 1995, S. 27; Müller-Emmert/Maier NJW 1976, 1657, 1659; Lackner/Kühl StGB, 24. Aufl., § 264 Rn 6.

2) Eingehend zum Selbsttragungsgrundsatz Greuter/Kuhn Garantien und Bürgschaften der Bundesrepublik Deutschland zur Förderung der Ausfuhr, Stand: Oktober 1998, Abschnitt I, S. 18 b, Rn 31 ff.

Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M., Bonn
und Dr. Eva-Maria Müller, Berlin*

Der strafrechtliche Subventionstatbestand des § 264 VII StGB am Beispiel langfristiger staatlicher Ausführungsgewährleistungen (sog. Hermes-Deckungen)

I. Einleitung

Staatliche Exportkreditversicherungen zur Abdeckung mittel- und langfristiger Ausfuhrisiken (sog. Hermes-Deckungen) tangieren das Subventionsmerkmal i. S. d. § 264

Gemeinschaftsrecht auch Leistungen an Private sowie Leistungen zu anderen Zwecken als der Wirtschaftsförderung.

Im Lichte des Art. 103 II GG ist zur Begriffsbestimmung der „Subvention“ i. S. d. § 264 VII StGB jedoch kein Rückgriff auf das EG-Beihilfenrecht (Art. 86 ff. EG) angezeigt. Der Tatbestand des § 264 StGB enthält keine dynamische Verweisung auf die Vorschriften des EG-Beihilfenrechts oder die Kontrollpraxis der Europäischen Kommission. Der Kreis in Betracht kommender Leistungen, deren zweckentsprechende Vergabe strafrechtlich durch § 264 StGB geschützt ist, ist durch die Einordnungskriterien des autonomen materiellen Subventionsbegriffes i. S. d. Absatzes 7 abschließend geregelt. Ein Subventionsnehmer kann allein auf Grundlage der Merkmale des § 264 VII StGB in Verbindung mit dem Subventionengesetz (SubvG) sowie der jeweiligen Entscheidung des Subventionsgebers durch Gesamtschau erkennen, bei welchen staatlichen Leistungen Täuschungshandlungen strafbarkeitsbegründend sein können. Jede gegenteilige Auslegung würde gegen den in Art. 103 II GG verankerten Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (vgl. auch § 1 StGB) verstoßen, wonach im Rechtsstaat eine Tat aufgrund eines Gesetzes nur dann bestraft werden kann, wenn ihre Strafbarkeit und Strafhöhe durch dieses (Straf-)Gesetz(-buch) bestimmt waren, bevor die Tat begangen wurde³. Ein dynamischer Rückverweis auf die EG-beihilfenrechtliche Kontrollpraxis würde die Einheit des materiellen Subventionsbegriffes sprengen und entgegen dem Grundsatz aus Art. 103 II GG zu einer Verwischung der Konturen des § 264 StGB führen. Gleichwohl kann eine Beihilfe i. S. v. Art. 87 I EG durch aus dem Subventionstatbestand des § 264 VII StGB unterfallen.

2. Beihilfe gemäß Art. 87 I EG

Nach Art. 87 I 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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Zentrales Merkmal des Beihilfentatbestandes ist die „Begünstigung“. Unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung ist eine staatliche Maßnahme dann als Begünstigung i. S. d. Art. 87 I EG anzusehen, wenn das Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche, Gegenleistung (Kompensation) erlangt⁴. Das Begünstigungsmerkmal ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁵ weit auszulegen⁶. Als Leistung in diesem Sinne gilt jeder geldwerte Vorteil für den Empfänger. Dementsprechend hat die Kommission in ihrer „Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften“ aus dem Jahr 2000⁷ deutlich gemacht, dass eine Beihilfe auch in Form der Übernahme staatlicher Garantien und Bürgschaften (vgl. Ziff. 1.1. der Mitteilung) vorliegen kann.

3. Subvention im Sinne des WTO-/GATT-Regimes

Staatliche Exportkreditfinanzierungssysteme sind ein spezieller Regelungsgegenstand der internationalen Bestimmungen des Welthandelsrechts nach dem zum WTO-System weiterentwickelten GATT-Regime. Das GATT 1994 strebt neben den Primärzielen der Reduzierung staatlicher Zölle und sonstiger Handelshemmnisse auch den Abbau staatlicher Subventionen an⁸. Mit Subventionen befassen sich dessen Art. VI, XVI und XXVIII, welche Voraussetzungen für Anti-Subventionsmaßnahmen

sowie Ausnahmen bezüglich der Subventionierung regeln⁹. Der Subventionsbegriff ist im GATT 1994 allerdings nicht legaldefiniert. Bei der Auslegung der Art. VI, XVI und XXVIII GATT ist das „*Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade*“ aus dem Jahr 1979 (sog. Subventions-Kodex)¹⁰ ergänzend heranzuziehen. Zwar enthält auch dieses Übereinkommen keine präzise Bestimmung des Subventionsbegriffes. Mittels Rückgriffs auf die in Anhang I des Übereinkommens beigefügte Beispielliste für Ausfuhrsubventionen (sog. Illustrative List of Export Subsidies), insbesondere deren Buchstaben j) und k), lässt sich das Subventionsmerkmal im Sinne des GATT-Regimes jedoch eingrenzen:

„j) Einführung von Programmen für Exportrisikogarantien oder -versicherungen durch den Staat (oder von ihm kontrollierte Sondereinrichtungen), von Versicherungs- oder Garantieprogrammen zum Schutz vor Preissteigerungen bei Waren für die Ausfuhr¹¹ oder von Programmen zur Abdeckung von Währungsrisiken zu Prämiensätzen, die offensichtlich nicht ausreichen, um die Betriebskosten und Verluste bei der Ausführung der betreffenden Programme auf lange Sicht zu decken¹².

k) Gewährung von Exportkrediten durch den Staat (oder von ihm kontrollierte und oder ihm unterstellte Sondereinrichtungen) zu Sätzen, die unter jenen liegen, welche die Exporteure zahlen müssen, um sich die Mittel zu verschaffen, die sie dafür aufwenden (oder zahlen müssten, wenn sie internationale Kapitalmärkte in Anspruch nähmen, um Gelder derselben Fälligkeit und auf dieselbe Währung wie der Exportkredit lautend zu erhalten), oder staatliche Übernahme aller oder eines Teils der Kosten, die den Exporteuren oder den Finanzinstituten bei der Beschaffung von Krediten erwachsen, soweit sie dazu dienen, auf dem Gebiet der Exportkreditbedingungen einen wesentlichen Vorteil zu erlangen.“

Ausfuhrleistungsgewährleistungen lassen sich demzufolge als Subventionen im Sinne des GATT 1994 beschreiben, wenn sie zu nicht marktüblichen Bedingungen gewährt werden. Dies ist bei Exportkreditversicherungen dann der Fall, wenn die seitens der Gewährleistungsnehmer zu zahlenden Prämienraten die Kosten und Schadenszahlungen der staatlichen Exportkreditversicherungssysteme auf lange Sicht nicht decken können (sog. Selbstfinanzierungs- oder Selbsttragungsprinzip des GATT).

4. Abgrenzung

In ökonomischer Hinsicht deckt sich das Begünstigungsmerkmal des EG-Beihilfentatbestandes mit dem Merkmal der Subvention i. S. d. § 264 VII StGB sowie mit dem autonomen Subventionsbegriff im Sinne des GATT. Anders als die Subventionsbegriffe stellt der EG-Beihilfentatbestand jedoch nicht allein auf eine Begünstigung ab. Er enthält vielmehr noch weitere Merkmale, wie die (drohende)

3) BVerfGE 73, 206, 234 ff.; Köbler Juristisches Wörterbuch, 11. Aufl., S. 350, Stw.: „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“.

4) Müller-Graff ZHR 152 (1988), 403, 418, spricht insoweit von einer „marktrelativen Günstigkeit für den Nutznießer“.

5) Vgl. schon EuGH Rs. 30/59, *Steenkolenmijnen* Slg. 1961, 1 (43).

6) S. nur Cremer in Calliess/Ruffert Komm. zu EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl., Art. 87 EG Rn 7; Evans State Aid, European Community law of state aid, Oxford European Community law series, Oxford 1997, S. 27 ff.; Geiger EGV, 3. Aufl., Art. 92 Rn 9.

7) ABIEG 2000 C 71, 14-18.

8) Doebring VölkerR, 1999, Rn 1218.

9) Dazu etwa Scheffler RIW 1993, 401, 403 f.

10) Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade v. 12. 4. 1979, im Internet unter: www.wto.org.

11) Die Unterzeichner sind sich darin einig, dass dieser Absatz in keinem Punkt die Beratungen der vom Rat des GATT am 6. 6. 1978 eingesetzten Sondergruppe (C/M 126) berührt oder beeinflusst.

12) Für die Feststellung, ob die Prämiensätze, Kosten und Verluste von Versicherungsprogrammen langfristig angemessen sind, werden im Prinzip nur solche Verträge berücksichtigt, die nach dem Inkrafttreten dieses Übereinkommens abgeschlossen wurden.

Wettbewerbsverfälschung sowie eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Denn eine Beihilfe muss ein „Unternehmen“ im wettbewerbsrechtlich-technischen Sinne begünstigen. Da die autonomen Subventionsbegriffe des Strafgesetzbuches sowie des GATT-Regimes das Merkmal der Wettbewerbsverzerrung nicht enthalten, geht der Beihilfentatbestand in seinen Voraussetzungen über die Subventionstatbestände hinaus. Beihilfen- und Subventionstatbestand müssen daher unabhängig voneinander bestimmt werden.

Aber auch die Subventionsbegriffe des § 264 VII StGB bzw. des GATT-Regimes sind strikt voneinander zu trennen. Im Rahmen der Prüfung des Subventionsbetrugstatbestandes gemäß § 264 StGB ist kein Rückgriff auf den Subventionsbegriff des GATT und das zu seiner Begriffsbestimmung ergänzend heranzuziehende Selbsttragungsprinzip statthaft. Von Relevanz im Rahmen des § 264 StGB ist vielmehr allein die Auslegung des in Absatz 7 legaldefinierten Subventionsbegriffes. Denn der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ aus Art. 103 II GG verbietet auch für die Beurteilung des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses einen Verweis auf das GATT-Regime. Ein auslegungsbedingter Rückgriff auf das Selbsttragungsprinzip des GATT liefe diesem Grundsatz entgegen.

III. Methodik zum Ausschluss bzw. zur Feststellung eines nicht marktmäßigen Begünstigungstatbestandes i. S. d. § 264 VII StGB

1. Die unternehmensspezifische Erbringung von Leistungen durch den Bund im Fall der Hermes-Gewährleistungen am Maßstab des § 264 VII StGB

Von den Voraussetzungen des Subventionstatbestandes gemäß § 264 VII StGB ist die Gewährung einer „Leistung“ nach Bundes-/Landesrecht oder dem Recht der Europäischen Gemeinschaften an Betriebe oder Unternehmen regelmäßig unproblematisch. Je nach Art des im Einzelfall gewährten Vorteils und unabhängig von der konkreten Bezeichnung kommen als staatliche Leistungen Beihilfen, Prämien, Finanzhilfen, Unterstützungen, Zuschüsse, Beiträge und Erstattungen in Betracht. Gleiches gilt für die Übernahme oder Absicherung besonderer Risiken durch Kredite bzw. Ausfuhrbürgschaften und Garantieerklärungen zur Exportfinanzierung. Auch diese können Gegenstand staatlicher Leistungen i. S. d. § 264 VII StGB sein.

a) Rechtlich relevante Grundlagen des Exportfinanzierungsgeschäftes sowie des Hermes-Deckungssystems als Sicherungsinstrument

Beim Exportgeschäft erwirbt der inländische Exporteur einen Zahlungsanspruch (z. B. aus Kauf- oder Werkvertrag) gegen den Schuldner der Exportforderung mit Sitz in einem Drittstaat. Dieser Zahlungsanspruch des Exporteurs kann Grundlage unterschiedlicher Kreditformen sein. Aufgrund seines Auslandsbezugs ist das Exportgeschäft jedoch regelmäßig größeren Risiken bei der Finanzierung ausgesetzt als Geschäfte mit Inlandscharakter. Ein typisches Auslandsrisiko sind ungünstige Wechselkurse der Fremdwährung. Je nachdem, in welchem Drittstaat sich der Sitz des Vertragsunternehmens befindet, treten spezifische Länderrisiken hinzu, die einer späteren Erfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeiten gegenüber dem Exporteur entgegenstehen könnten. Diese Länderrisiken können wirtschaftliche Ursachen haben, wie z. B. andauernder Zahlungsverzug oder Insolvenz des Kunden, aber auch politisch begründet sein (z. B. Devisenknappheit, Unruhen, Ausfuhr-/Zahlungsverbote). Neben

den Kreditformen, die private Kreditinstitute zur Finanzierung des Exportgeschäfts anbieten (z. B. Bevorschussung des Inkassoerlöses, Cross-Border-Leasing, Fortfaitierung und Factoring, Sicherungsübereignung der Exportgüter¹³), sind die Ausfuhrbürgschaften des Bundes, vertreten durch die Euler Hermes Kreditversicherungs-AG (sog. Hermes-Deckungen), ein häufig genutztes Sicherungsinstrument. Sie bestehen nicht in der Gewährung von Exportkrediten, sondern in der Absicherung gegen politisch oder wirtschaftlich bedingte Forderungsausfälle. Sinn und Zweck ist die Unterstützung von Exporteuren bei der Erschließung ausländischer Absatzmärkte trotz erhöhter Risiken bzw. die Aufrechterhaltung bestehender Handelsbeziehungen mit dem Ausland. Hermes-Gewährleistungen erfolgen in Form von Ausfuhrbürgschaften, Ausfuhrgarantien und Ausfuhr-Pauschal-Gewährleistungen.

Bei *Ausfuhrbürgschaften* übernimmt der Bund zugunsten deutscher Exporteure und Kreditinstitute die Deckung auslandsbezogener Risiken, wenn der ausländische Vertragspartner des deutschen Deckungsnehmers oder ein aufgrund von Gesetzen oder durch Garantieübernahme für das Forderungsrisiko eines privaten Käufers voll haftender Garant ein Staat, eine Gebietskörperschaft oder eine vergleichbare Institution ist [Ziff. 1.1.1. der Richtlinien für die Übernahme von Ausfuhrbürgschaften vom 30. 12. 1983¹⁴ (im folgenden: Übernahmerichtlinien)]. Ausfuhrbürgschaften sind – trotz der irreführenden Bezeichnung – nicht von einer Forderung abhängig und daher wegen fehlender Akzessorität keine Bürgschaften im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ihrer Rechtsnatur nach unterscheidet sich die Ausfuhrbürgschaft nicht von der Ausfuhrgarantie.

In Form einer *Ausfuhrgarantie* übernimmt der Bund die Deckung, wenn der ausländische Vertragspartner eine Privatperson oder eine nach zivil- oder handelsrechtlichen Vorschriften organisierte Gesellschaft ist (Ziff. 1.1.2. der Übernahmerichtlinien). Garantien schließen das sogenannte Insolvenzrisiko ein, das es wegen der fehlenden Konkursfähigkeit staatlicher Schuldner bei Ausfuhrbürgschaften nicht geben kann. Beide Deckungsformen unterscheiden sich daher in der Höhe des Entgelts¹⁵. Die unterschiedliche Terminologie wiederum beruht auf historischen Gründen und dient nur der systematischen Unterscheidung nach Bestellkategorien¹⁶.

Mit einer *Ausfuhr-Pauschal-Gewährleistung* (APG) kann ein deutscher Exporteur, welcher mehrere Besteller in unterschiedlichen Ländern beliefert, Forderungen mit einer Kreditlaufzeit von maximal 12 Monaten absichern: Die Ausfuhr-Pauschal-Gewährleistung „bietet Schutz gegen Zahlungsausfall, insbesondere aufgrund der Insolvenz des Bestellers, der Nichtzahlung der Forderung innerhalb von 6 Monaten nach Fälligkeit, staatlicher Maßnahmen und kriegerischer Ereignisse, der Nichtkonvertierung/-transferierung von Landeswährungsbeträgen, der Beschlagnahme der Ware infolge politischer Umstände oder der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung infolge politischer Umstände“¹⁷.

Der Nachweis von Ausfuhrbürgschaften ist neben der Abtretung der Entschädigungsansprüche regelmäßig Bedingung seitens kreditgewährender Banken für die Finanzierung von Exportgeschäften. Gesondert für bestimmte Staaten setzen die Kreditinstitute intern ihre Geschäftsvolumina fest und überprüfen vor einer Kreditgewährung die sich im Einzelfall stellenden Kreditrisiken.

13) Dazu näher von Bernstorff RIW 1987, 889, 891; Kümpel Bank- und KapitalmarktR, 2. Aufl., S. 1113 ff.

14) BAnz Nr. 42 v. 29. 2. 1984, 1861. Die Richtlinien wurden erlassen auf Grund § 9 I Nr. 1 des Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplanes für das Haushaltsjahr 1984 vom 22. 12. 1983, BGBl I 1983, 1516. Dazu Frhr. v. Spiegel NJW 1994, 2005 ff.

15) Euler Hermes Kreditversicherungs AG, im Internet unter: <http://www.agaportal.de/pages/aga/service-center/faq.html#26> (Auslandsgeschäftsabsicherung der Bundesrepublik Deutschland).

16) Schetting Rechtspraxis der Subventionierung, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 206, 1973, S. 45 f.

17) Vgl. o. Fn 15.

b) Rechtsgrundlagen und Verfahren zur Begründung des Hermes-Sicherungsverhältnisses

Hermes-Deckungen finden ihre Rechtsgrundlage im Haushaltsgesetz des Bundes sowie dem darin jährlich bestimmten Finanzierungsrahmen i. V. m. den Richtlinien für die Übernahme von Ausfuhrleistungsgewährleistungen. Ihre Gewährung erfolgt in einem zweistufigen Verfahren: Auf der 1. Stufe wird eine Prüfung hinsichtlich des „ob“ einer Deckungsübernahme nach den Regeln des Verwaltungsverfahrenrechts durchgeführt. Nach dem Grundsatz der Subsidiarität gemäß Ziffer 1.2. der Übernahmerichtlinien sollen Ausfuhrdeckungen, die auf dem privaten Versicherungsmarkt allgemein in derselben Art und in demselben Umfang angeboten werden, regelmäßig *nicht* als staatliche Ausfuhrleistungsgewährleistungen übernommen werden¹⁸. Endet das Verfahren auf der 1. Stufe mit einer positiven Entscheidung (Bewilligungsbescheid), so begründet diese einen Anspruch des Exporteurs auf Absicherung eines Gewährleistungsvertrages. Sodann erfolgt auf der 2. Stufe die nähere Ausgestaltung der Ausfuhrgarantie- oder Ausfuhrbürgschaftsvereinbarung nach zivilrechtlichen Maßstäben¹⁹.

Die Prämienberechnung bei Ausfuhrleistungsgewährleistungen geht von der sog. OECD-Entgeltkategorisierung aus. Diese ist dem „Übereinkommen über Leitlinien für öffentlich unterstützte Exportkredite“ (OECD-Konsensus) vom 10. 7. 1997²⁰ entlehnt, welches durch die Entscheidung des Rates 2001/76/EG²¹ vom 22. 12. 2000 in Europäisches Gemeinschaftsrecht umgesetzt worden ist. Das Übereinkommen schreibt länderbezogene Mindestprämienbenchmarks für die Exportkreditversicherung fest. In Anwendung des Grundsatzes des risikoabhängigen Entgeltsystems²² werden bei der Einstufung zur Prämienbemessung von Hermes-Gewährleistungen unternehmensbezogen die Art der Ausfuhrgeschäfte, die Art der Kreditgewährung sowie die jeweiligen Absatzländer berücksichtigt²³. Als Entgelt für das sog. politische (Länder-)Risiko wird ein prozentualer Anteil des gedeckten Forderungsbetrages erhoben, wobei die Risikolaufzeit sowie die Qualität der übernommenen Deckung berücksichtigt werden. Dieses Entgelt erhöht sich je nach Risikokategorie des ausländischen Schuldners um spezielle Zuschläge auf den Basiswert, die das wirtschaftliche (Käufer-)Risiko des Schuldners abdecken sollen (prozentual ansteigend je nachdem, ob staatliche Besteller/Garanten, eine akzeptierte Bank als Schuldner bzw. Garant oder private Besteller ohne Bankgarantie als Schuldner auftreten). Addiert werden schließlich Kosten für die Inanspruchnahme von Personal- und Sachmitteln, die in Form von Verwaltungsgebühren erhoben werden²⁴.

c) „Langfristige“ Ausfuhrkreditrisiken als Voraussetzung der Hermes-Gewährleistungen

Für die auf der 1. Stufe zu prüfende Frage, ob überhaupt eine staatliche Exportkreditversicherung eintreten darf, ist von entscheidender Bedeutung, ob sog. kurz- oder langfristige Ausfuhrkreditrisiken gedeckt werden sollen. Denn Hermes-Gewährleistungen sollten nach dem Grundsatz der Subsidiarität (Ziffer 1.2. der Übernahmerichtlinien) nur mittel- und langfristige Risiken decken. Der Begriff des mittel- bzw. langfristigen Risikos ergibt sich als Negativdefinition aus der „Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten nach Art. 93 I EG-Vertrag (jetzt: Art. 87 I EG) zur Anwendung der Art. 92 und 93 EG-Vertrag (jetzt: Art. 86 und 87 EG) auf die kurzfristige Exportkreditversicherung“ vom 17. 9. 1997 in der Fassung der Mitteilung vom 2. 8. 2001²⁵. Diese Kommis-

sionsmitteilung bezieht sich ausschließlich auf sog. kurzfristige Risiken, welche als „marktfähige“ Risiken bezeichnet werden. „Marktfähige Risiken“ sind gemäß Ziff. 2.5 der Kommissionsmitteilung definiert als

„wirtschaftliche und politische Risiken öffentlicher und nicht öffentlicher Schuldner, die in den im Anhang aufgeführten Ländern niedergelassen sind. Bei diesen Risiken beträgt die Höchsterisikodauer (d. h. Fabrikationsdauer zuzüglich Kreditlaufzeit mit normalem Ausgangspunkt entsprechend dem Berner Verband und üblichen Kreditbedingungen) weniger als 2 Jahre. Alle anderen Risiken [d. h. Katastrophenrisiken (d. h. Krieg, Revolutionen, Naturkatastrophen, nukleare Unfälle usw.), nicht aber sogenannte wirtschaftliche Katastrophenrisiken (katastrophale Kumulierung von Verlusten bei einzelnen Käufern oder Ländern), die durch Schadensexzedentenrückversicherung gedeckt werden können und wirtschaftliche Risiken darstellen, und wirtschaftliche und politische Risiken in bezug auf Länder, die nicht im Anhang aufgeführt sind] werden als noch nicht marktfähig angesehen“²⁶.

„Nicht marktfähige“ Risiken i. S. d. Ziff. 2.5, Satz 3 der Kommissionsmitteilung sind Gegenstand der sog. langfristigen Exportkreditversicherung. Die Beschränkung der Mitteilung der Kommission auf kurzfristige Risiken liegt darin begründet, dass im Bereich der Versicherung kurzfristiger Ausfuhrkreditrisiken Wettbewerb zwischen öffentlichen bzw. öffentlich unterstützten und privaten Ausfuhrkreditversicherern besteht. Würde auch für kurzfristige Ausfuhrkreditrisiken eine staatliche Exportkreditgarantie ohne marktübliches Entgelt übernommen, so drohten Beeinträchtigungen des bestehenden Wettbewerbs zwischen privaten und öffentlichen Ausfuhrkreditversicherern²⁷. Derartige Wettbewerbsverzerrungen wiederum rechtfertigten in der Gemeinschaft ein Handeln der Kommission auf Grundlage der Vorschriften über staatliche Beihilfen. Im Bereich der mittel- und langfristigen Exportkreditversicherung hingegen hat die Kommission bislang davon abgesehen, ihre Kontrollbefugnis auf der Grundlage der Vorschriften über staatliche Beihilfen des EG-Vertrags, d. h. der Art. 86 ff. EG (Ex-Art. 92, 93 und 94) auszuüben. Gründe für diese politisch motivierte Haltung sind der Mitteilung der Kommission wie folgt zu entnehmen:

18) Dazu Greuter/Kuhn (o. Fn 2), Stand: 1999, Abschnitt I, S. 16 a Rn 25; Stewing EWS 1993, 237, 239.

19) Kümpel Bank- und KapitalmarktR, 2. Aufl., S. 1119 f.; im Einzelnen Achterberg/Püttner/Schmidt Besonderes VerwaltungsR, Bd. I, 1990, Rn 148 f.

20) OECD-Dokument TD/Consensus (1997) 30 v. 10. 7. 1997: „Guiding Principles for Setting Premia“ (Leitlinien für öffentlich unterstützte Exportkredite), im Internet unter: www.oecd.org.

21) Council Decision of 22 December 2000 replacing the Decision of 4. 4. 1978 on the application of certain guidelines in the field of officially supported export credits, AblEG Nr. L 32 v. 2. 2001, 1 ff.

22) Vgl. Bek. der Entgeltsätze für Ausfuhrgarantien und Ausfuhrbürgschaften des Bundes, BANz Nr. 65 v. 3. 4. 1998. Dazu Janus in Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Hdb., Bd. III, 2001, § 122 Rn 77 ff.

23) Vgl. auch die Bek. der Entgeltsätze für Ausfuhrgarantien und Ausfuhrbürgschaften des Bundes (o. Fn 22). Näher Greuter/Kuhn (o. Fn 2), Stand: 1997, Abschnitt I, S. 20 Rn 32.

24) Zum ganzen Janus (o. Fn 22).

25) ABIEG Nr. C 281 v. 17. 9. 1997, 4 – 10.

26) Diese Risikodefinition ist nicht statisch, sondern kann ausweislich der Kommissionsmitteilung zur Anpassung überarbeitet werden. Laut Ziffer 2.6. der Kommissionsmitteilung aus dem Jahr 1997 werde die Kommission die Definition in regelmäßigen Abständen (mindestens einmal jährlich) überprüfen und die Mitgliedstaaten und sonstige Betroffene im Hinblick auf diese Überprüfung konsultieren. Soweit erforderlich sei dabei der Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zur Exportkreditversicherung zu berücksichtigen, um jegliche Kollision oder Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

27) S. aber Kersting Deutsche Wirtschaft fordert niedrigere Hermes-Prämien (Handelsbl. v. 16. 8. 2004), wonach Hermes-Deckungen auch im Kurzfristgeschäft für Osteuropa angeboten werden.

„In diesem Bereich sprechen die Faktoren, die die Kommission veranlasst haben, von einer ausgedehnten Ausübung ihrer Befugnisse zur Kontrolle staatlicher Beihilfen abzusehen, weiterhin gegen ein solches Vorgehen. (...) Erstens finden die Bestimmungen des EG-Vertrags über den Außenhandel, d. h. die Art. 112 und 113, zum Teil auf diesen Bereich Anwendung, und Art. 112 sieht in der Tat die Vereinheitlichung der Ausfuhrbeihilfen vor. Zweitens wird nicht nur der Wettbewerb in der Gemeinschaft durch Beihilfen für Ausfuhren außerhalb der Gemeinschaft beeinträchtigt, sondern auch die Wettbewerbsfähigkeit der Exporteure der Gemeinschaft gegenüber den Handelspartnern der Gemeinschaft, die ähnliche Beihilfen vergeben. Schließlich wurden Fortschritte bei der Kontrolle der Beihilfen auf der Grundlage der Handelsbestimmungen des Vertrags sowie in der OECD und der WTO erzielt.“

Die Nichtwahrnehmung der EG-Beihilfenkontrolle durch die Kommission erklärt sich dadurch, dass im Bereich der langfristigen Exportkreditfinanzierung offenbar kein Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Exportkreditversicherern besteht und daher auch keine Wettbewerbsverzerrungen bestehen bzw. drohen, wie sie der EG-Beihilfentatbestand voraussetzt (vgl. Art. 87 I EG).

Beim Subventionsbegriff des § 264 VII StGB kommt es jedoch auf das Vorliegen von Wettbewerbsverzerrungen nicht an. Im Gegenteil, der Umstand, dass kein privater Versicherer entsprechende Deckungen anbietet, sondern nur der Staat, weist darauf hin, dass der Staat günstigere Prämien in Rechnung stellt, auf die keine marktüblichen Kosten im Sinne einer unternehmensbezogenen Kostenrechnung für Rückversicherungsprämien (Rückversicherungskosten) bzw. Rückstellungen (Rückstellungskosten) zuzüglich eines angemessenen Eigenkapitalrenditeanteils abgewälzt worden sind. Die Frage, ob im Fall der Hermes-Deckungen eine Äquivalenz des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses – auf Grundlage betriebswirtschaftlich anerkannter Kosten- und Ertragsrechnungsgrundsätze – besteht, ist daher entscheidend für den Ausschluss bzw. die Feststellung eines nicht marktmäßigen Begünstigungstatbestandes.

2. Kein Ausschluss der Begünstigung bestimmter Unternehmen durch ein marktwirtschaftliches Verhalten des Bundes – Äquivalenz des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses bei Hermes-Gewährleistungen

a) „Ohne marktmäßige Gegenleistung“ i. S. d. § 264 VII 1 Nr. 1 a StGB

Im Rahmen der Prüfung des Subventionstatbestandes des § 264 VII StGB kommt es maßgeblich darauf an, ob die staatliche Leistung wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wurde (§ 264 VII 1 Nr. 1 a StGB). Denn eine Begünstigung und damit auch eine Subvention i. S. d. § 264 VII StGB ist ausgeschlossen, wenn einer geldwerten Leistung eine Gegenleistung (Kompensation) gegenübersteht, die unter marktwirtschaftlichen Bedingungen als angemessen zu bewerten ist. „Gegenleistung“ ist das in einem zweiseitigen Rechtsverhältnis der Leistung gegenüberstehende Äquivalent (Entgelt), nicht bereits die intendierte Verwirklichung des wirtschaftlichen Förderungszwecks. Sie ist „marktmäßig“, wenn sie nach ihrem objektiven Wert dem entspricht, was auch unter den konkreten Verhältnissen des Marktes für die Leistung normalerweise aufgewendet werden muss. Soweit sich Leistung und Gegenleistung decken, besteht ein Austauschverhältnis, ergibt sich darüber hinaus eine Differenz, so entspricht jedenfalls diese²⁸ einer Subvention i. S. v. § 264 VII StGB. Nach Ansicht des BGH sind sogar die „gesamten ... erwirkten Zahlungen als ungerechtfertigt erlangte Subvention“ anzusehen²⁹. Nicht nur bei einseitiger Vorteilsgewährung ist daher von einer Subvention

auszugehen, sondern auch dann, wenn das begünstigte Unternehmen zwar eine marktmäßige Gegenleistung erbringt, diese aber der staatlichen Leistung im Wert nicht entspricht (sog. verdeckte Subvention)³⁰. Für die Feststellung einer teilweisen Begünstigung bedarf es allerdings eines mit prozessualen Mitteln eindeutig feststellbaren Zurückbleibens der wirklichen hinter der marktmäßigen Gegenleistung³¹.

Zur Ermittlung des konkreten Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses ist stets eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vor dem Hintergrund „normaler Marktbedingungen“ anzustellen. Denn erst ein Vergleich mit den „auf dem relevanten Markt üblichen“ Leistungen zeigt, ob die staatliche Ausfuhrleistung – wenn auch nur zum Teil – unentgeltlich bzw. ohne Äquivalent erfolgt ist. Dementsprechend stellt auch der Wortlaut des § 264 VII StGB auf die (fehlende) Marktmäßigkeit einer Gegenleistung ab. Ob es im Fall staatlicher Exportkreditgarantien bezogen auf mittel- und langfristige Risiken (teilweise) an einer *marktmäßigen* Gegenleistung i. S. d. § 264 VII 1 Nr. 1 a StGB fehlt, ist indes problematisch. Denn es fehlt an Produkten seitens privater Kreditinstitute bzw. Versicherungsunternehmen, durch welche die staatlichen Hermes-Gewährleistungen substituiert werden könnten.

Anknüpfend an diese Problematik werden in der Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten: Nach einer Ansicht fehlt es bei der entgeltlichen Übernahme von staatlichen Ausfuhrbürgschaften oder -garantien zur Absicherung mittel- und langfristiger Exportrisiken bereits an einem Markt³². Daraus wird vereinzelt gefolgert, dass „keine Bewertung von Leistung und Gegenleistung nach den Grundsätzen des Wettbewerbs“ erfolgen könne, so dass der Tatbestand des § 264 StGB von vornherein nicht eingreife³³. Nach anderer Auffassung sei zwar ein Markt vorhanden, doch hätten staatliche Ausfuhrbürgschaften oder -garantien auf dem relevanten Markt keine unmittelbare privatwirtschaftliche Entsprechung, weil Privatanbieter für vergleichbare Leistungen fehlten³⁴.

Für den anzulegenden Vergleichsmaßstab muss zunächst feststehen, wie das Merkmal „marktmäßig“ bzw. „Markt“ i. S. d. § 264 StGB definiert ist. Nach der ökonomischen Marktdefinition liegt ein „Markt“ immer dann vor, wenn sich Angebot und Nachfrage sachlich, räumlich und zeitlich gegenüberstehen. Die Voraussetzungen dieser Marktdefinition sind auch dann erfüllt, wenn ein Exporteur die Versicherung langfristiger Exportrisiken nachfragt und der Staat ihm entsprechende Deckungen gewährt, *ohne dass* entsprechende Angebote von privaten Versicherungen oder Banken erreichbar sind. Dass staatliche Ausfuhrbürgschaften oder -garantien auf dem Markt „keine unmittelbare Entsprechung“ durch Angebote privater Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen haben, ist keine Frage des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Marktes, sondern vielmehr eine Frage des

28) Str.; vgl. BGHSt 36, 373, 376; a. A. Lüderssen wistra 1988, 43 ff. S. auch LK-Tiedemann 11. Aufl., § 264 Rn 37 mwN.

29) BGHSt 36, 373, 376.

30) EuGH Rs. T-14/96, BAI Slg. 1999, II-139 Rn 71 ff.; Hancherl/Ottavanger/Slot E. C. State Aids, London 1999, Rn 2-7.

31) Zum ganzen Köhl, in Lackner/Kühl (o. Fn 1); so auch Wassmann (o. Fn 1), S. 26; a. A. Schmidt GA, 1979, 121, 140.

32) Tröndle/Fischer (o. Fn 1), Rn 9; Graßmück Die Subventionserschleichung, 1988, S. 13; SK-StGB-Samson/Günther 5. Aufl., § 264 Rn 31; Göhler/Witte DB 1976, 1609, 1612.

33) Unter Verweis auf das Analogieverbot sowie den Bestimmtheitsgrundsatz SK-StGB-Samson/Günther (o. Fn 32), Rn 31 und 32; a. A. LK-Tiedemann (o. Fn 28), Rn 34.

34) Göhler (o. Fn 1).

(Nicht-)Bestehens von Wettbewerb. Da § 264 VII StGB gerade auf die „Marktmäßigkeit“ und nicht auf die „Wettbewerbsmäßigkeit“ abstellt, schließt das Fehlen privater Vergleichsangebote den Marktmäßigkeitsmaßstab und damit die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 264 StGB nicht aus.

b) *Kalkulationsmaßstäbe zur Berechnung der marktmäßigen Gegenleistung i. S. d. § 264 VII 1 Nr. 1 a StGB*

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Exporteur das mit der staatlichen Gewährleistung abgesicherte Risiko angemessen mit der Entrichtung von Verwaltungsgebühren und Prämien abdeckt oder ob eine Subvention i. S. d. § 264 VII StGB vorliegt, bedarf es der Anlegung eines ökonomischen (marktmäßigen) Kalkulationsmaßstabes³⁵. Allerdings hat sich der deutsche Gesetzgeber nicht auf eine spezielle Kalkulationsmatrix zur Berechnung der marktmäßigen Gegenleistung i. S. d. § 264 VII 1 Nr. 1 a StGB zum Ausschluss bzw. zur Feststellung des nicht marktmäßigen Subventionstatbestandes festgelegt.

Schon der „Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG) – Drucksache 7/3441“, enthält zu § 264 StGB nur ein vages Konzept: „Sofern eine staatliche Leistung auf dem Markt keine unmittelbare Entsprechung hat, was unter Umständen für staatliche Bürgschaften oder Garantien der Fall sein könnte, muss mit Hilfe allgemeiner wirtschaftlicher Grundsätze ermittelt werden, ob (teilweise) Unentgeltlichkeit vorliegt. Lässt sich z. B. feststellen, dass die für eine Garantie verlangte Gegenleistung zumindest die Verwaltungskosten und bei Anlegung versicherungsmathematischer Maßstäbe das Risiko abdeckt, so ist der Charakter teilweiser Unentgeltlichkeit zu verneinen, erst recht, wenn aus der Gegenleistung zusätzlich ein Gewinn erwirtschaftet werden kann“³⁶.

Wie in dem Bericht des Sonderausschusses anklingt, werden auch zur Bestimmung der „marktmäßigen Gegenleistung“ unterschiedliche Ansichten vertreten: Falls ein Vergleichsmarkt tatsächlich nicht existiere, solle zur Beurteilung entweder auf die Kosten oder auf den hypothetischen – gleichwohl kostenorientierten – Marktpreis eines fiktiven Privatbieters abgestellt werden³⁷.

aa) *Das unternehmensbezogene („marktübliche“) Kostenprinzip.* Nach dem unternehmensbezogenen Kostenprinzip ist im Einzelfall zu ermitteln, ob die für eine Leistung (hier: Absicherung von Exportrisiken) erbrachte Gegenleistung (hier: Prämien und Gebühren) marktüblich³⁸ kalkuliert sowie im Ergebnis kostendeckend ist. Kosten sind Produktionsfaktoreinsatzmengen, die mit Preisen bewertet werden. Stellt sich bei einer Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung heraus, dass die für die konkrete Leistungsbringung entstandenen Kosten nicht durch die Zahlungen des Gewährleistungnehmers abgegolten werden können, so liegt nach dem Kostenprinzip nur eine teilweise Gegenleistung und damit eine Subvention i. S. d. § 264 VII StGB vor. Erreichen die marktmäßig kalkulierten Zahlungen des Gewährleistungnehmers hingegen die Kostendeckungsgrenze bzw. gehen sie darüber hinaus (Bildung von Überschüssen), so scheidet eine Subvention i. S. d. § 264 VII StGB aus.

Da Hermes-Gewährleistungen in ihrer ökonomischen Substanz Versicherungen nahestehen, hat die kostenorientierte Beurteilung des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses auf der Grundlage des sog. *individuellen* Äquivalenzprinzips zu erfolgen. Das individuelle Äquivalenzprinzip bedeutet betriebswirtschaftlich eine Regel für die verursachungsgemäße Zurechnung des kollektiven Erwartungswertes der Schäden auf die einzelnen Risiken des Versicherungsbestandes und führt dazu, dass das einzelne Risiko eine Risikoprämie in Höhe seines individuellen

Schadenserwartungswertes aufbringt, in welcher zugleich der Beitrag des jeweils versicherten Einzelrisikos zur Deckung des kollektiven Schadens liegt³⁹. Die Prüfung der Äquivalenz eines Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses bei Hermes-Deckungen muss daher auf die anhand des *individuellen* Schadenserwartungswertes im Gewährungszeitpunkt kalkulierten Kosten gerichtet sein.

Nach dem Wortlaut des § 264 VII 1 Nr. 1 a StGB setzt der Subventionstatbestand voraus, dass die staatliche Leistung ganz oder teilweise ohne *marktmäßige* (d. h. unter marktwirtschaftlichen Bedingungen als angemessen zu bewertende) Gegenleistung gewährt wird. Bei der Tatbestandsprüfung sind daher die Unterschiede in der Preisfindung für staatliche Exportkreditgewährleistungen und private Versicherungsprodukte zu beachten: Im privaten Versicherungsbereich wird im wesentlichen differenziert zwischen Risikokosten (d. h. Schadenskosten für eigene Rechnung, eventuell aufgewandten Rückversicherungskosten, Kapitalkosten in Form von kalkulatorischen oder effektiven Zinsen für den Bestand an Kapitalanlagen für erwartete Versicherungsleistungen) sowie Betriebskosten (d. h. Personal-/Betriebsmittelkosten, Abschreibungen und Kapitalkosten in Form von kalkulatorischen oder effektiven Zinsen für den Bestand an Betriebsmitteln und immateriellen Vermögenswerten)⁴⁰. Diese Kosten zuzüglich eines angemessenen Anteils an Eigenkapitalrendite wälzt der private Versicherer im Wege der Prämienbemessung auf den Versicherungsnehmer ab. Demgegenüber erfolgt die Preisfindung bei staatlichen Exportkreditgewährleistungen regelmäßig auf *Selbstkostenbasis*, da dem Staat eine Gewinnerzielungsabsicht fremd ist. Zur Bestimmung des Selbstkostenbegriffes wird auf die Definition der sog. Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten zurückgegriffen, wonach der kalkulatorische Gewinn nicht zu den Selbstkosten gehört⁴¹. Das heißt, dass der Staat im Gegensatz zu auf Gewinnerzielung ausgerichteten Unternehmen insbesondere nicht die Kapitalkosten auf Grundlage eines „marktüblichen“ Renditezuschlags für das gebundene Kapital einkalkuliert.

Der Geeignetheit des Kostenprinzips zur Bestimmung der Äquivalenz von Leistung und „marktüblicher Gegenleistung“ i. S. d. § 264 VII StGB kann daher zu recht entgegengehalten werden, „der Marktpreis sei kein Kostenpreis“⁴². Denn ein unter normalen Marktbedingungen tätiger Versicherer würde seine Produkte gerade nicht zum Selbstkostenpreis anbieten, sondern seinen Über-

35) S/S-Lenckner/Perron (o. Fn 1), Rn 11.

36) BT-Dr 7/5291 v. 3. 6. 1976, S. 10.

37) LK-Tiedemann (o. Fn 28), Rn 34 f.; Wassmann (o. Fn 1), S. 26. Vgl. schon die sog. konkrete und abstrakte Methode für die Ermittlung des angemessenen Entgelts bei *Ebisch* WuW 1957, 448, 463 unter Verweis auf *BGH* v. 11. 6. 1953, WuW/E *BGH* 51; *OLG Hamm* v. 5. 11. 1953 – 2 Ws 176/53; *KG Berlin* v. 22. 7. 1953 – 1 a Ws 114/53; *Bay-ObLG* v. 22. 3. 1954 – 1 St 119/51; *OLG Celle* v. 16. 7. 1954 – Ws (B) 100/53.

38) A. A. Göhler/Wilts DB 1976, 1609, 1612.

39) Das individuelle Äquivalenzprinzip berücksichtigt auf diese Weise, dass Risiken mit hohem Schadenserwartungswert mehr Risikoprämien zum Kollektiv beitragen als solche mit geringem Schadenserwartungswert. Es kann auch auf die Bruttoprämien bzw. die Gesamtkosten erweitert werden, d. h. analog dem Äquivalenzprinzip kann auch eine verursachungsgemäße Zurechnung von Rückversicherungs-, Sicherheitskapital- und den gesamten Betriebskosten auf die versicherten Einzelrisiken zugerechnet werden. Zum ganzen eingehend *Farny* Versicherungslehre, 2. Aufl., S. 54. Zum Äquivalenzprinzip in seinen Ausgestaltungen eingehend *Innami* Ztschr. f. d. ges. Versicherungsw. 1966, 17 ff.; zur Prämien differenzierung *Braef* Ztschr. f. d. ges. Versicherungsw. 1958, 257, 261 ff.

40) *Farny* (o. Fn 39), S. 515.

41) *Dazu Janus* (o. Fn 22), Rn 70 f.

42) SK-StGB-Samson/Günther (o. Fn 32), Rn 31; *Wassmann* (o. Fn 1), S. 26; *LK-Tiedemann* (o. Fn 28), Rn 34.

legungen zur Preisbestimmung regelmäßig einen Gewinnaufschlag in Form einer angemessenen Vergütung der Eigenkapitalbindung zu Grunde legen.

Für die Feststellung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung i. S. d. § 264 VII StGB genügt es daher nicht, dass die Zahlungen des Gewährleistungnehmers lediglich die für die staatliche Leistungsbringung auf Selbstkostenbasis kalkulierten Risiko- und Verwaltungskosten abgelenken. Andernfalls würde – entgegen dem klaren Wortlaut des § 264 VII 1 Nr. 1 a StGB („marktmäßig“) – zu Gunsten des Gewährleistungnehmers unterstellt, dass seine Gegenleistung in Form von Prämien und Verwaltungsgebühren dem entspricht, was er auch unter marktüblichen Bedingungen für die Exportkreditversicherung hätte aufwenden müssen.

Das Kostenprinzip ist zur Feststellung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung i. S. d. § 264 VII StGB vielmehr nur dann geeignet, wenn neben den Risiko- und Verwaltungskosten des Staates im Sinne eines ökonomischen Prämien-Kosten-Modells zusätzlich⁴³ ein fiktiver angemessener Anteil an Eigenkapitalrendite berücksichtigt wird. Ergibt eine auf dieser Grundlage durchgeführte Gegenüberstellung, dass die Zahlungen des Exporteurs nicht die (marktmäßig) kalkulierten Risiko- und Verwaltungskosten des Staates einschließlich eines fiktiven Eigenkapitalrenditezuschlags abgelenken, so erfolgt die zur Wirtschaftsförderung gewährte staatliche Leistung teilweise ohne marktmäßige Gegenleistung i. S. d. § 264 VII StGB, und der Subventionstatbestand des § 264 VII StGB ist erfüllt.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine Bezugnahme auf die internationale Subventionsdefinition des GATT 1994 unter Zugrundelegung eines Kollektivkostenprinzips, welches im Wege einer langfristigen Gesamtbetrachtung auf die Selbsttragung des Ausfuhrleistungssystem „Hermes-Deckungen“ schlechthin abstellt, nicht statthaft ist⁴⁴. Nach dem der Versicherungslehre entlehnten sog. *kollektiven Äquivalenzprinzip* müssen wenigstens Gesamtrisikoprämien in Höhe des kollektiven Erwartungswertes der Schäden aus dem Versicherungsbestand zur Verfügung stehen, damit das Risikogeschäft der Versicherung nicht zwangsläufig defizitär ausfällt⁴⁵. Das kollektive Äquivalenzprinzip ist für die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter den Tatbestand des § 264 StGB jedoch nicht geeignet, weil es auf Gesamtrisikoprämien mit gleichen oder ungleichen Risiken des Versicherungsbestandes abstellt, die auf die einzelnen versicherten Risiken auch anders als anhand der individuellen Schadenserwartungswerte verteilt werden können. Selbst wenn also das Hermes-Gewährleistungsregime – auf das Kollektiv bezogen – langfristig selbsttragend im Sinne des GATT-Regimes ist oder wäre bzw. sogar Gewinne durch Überschüsse erwirtschaftete (u. a. durch wiederkehrende Gebühren- und Prämienzahlungen seitens der Exporteure bzw. durch Rückflüsse zur Begleichung alter Forderungen), so kommt bzw. käme es darauf bei der Bestimmung von Leistung und Gegenleistung im Rahmen des Subventionstatbestandes des § 264 VII StGB nicht an. Während nämlich das internationale Handelsrecht nach GATT bezweckt, Wettbewerbsverzerrungen im internationalen Handelsraum zu unterbinden, schützt der Subventionsbetrugstatbestand gemäß § 264 StGB das Vermögen des staatlichen Subventionsgebers⁴⁶ bzw. dessen haushalterisch rechtmäßig ausgeübte Dispositionsbefugnis. Die Legitimation der Strafdrohung des § 264 StGB liegt gerade nicht in der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen begründet, sondern darin, dass die Gegenleistungsfreiheit besondere Tatanreize bzw. eine in beson-

derer Weise gefährdete Stellung des Rechtsgutsinhabers schafft⁴⁷.

bb) *Die hypothetische Marktpreisberechnung.* Als Alternative zum Kostenprinzip kann bei der Bestimmung der individuellen Äquivalenz i. S. d. § 264 VII StGB auch auf den Marktpreis in einem hypothetischen Vergleichsmarkt mit Privatanbietern abgestellt werden. Der hypothetische Marktpreis ist der Preis, der sich im Wettbewerb mit Privatanbietern gebildet hätte. Seine Bewertung setzt eine wirtschaftliche Kalkulation voraus, die allen Faktoren Rechnung trägt, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung des Entgelts (hier: der Prämienhöhe) für die zu erbringende Dienstleistung hätte berücksichtigen müssen⁴⁸. Die seitens der staatlichen Hermes-Versicherung erhobenen und vom Exporteur zu zahlenden Prämien und Verwaltungsgebühren stellen nach dieser Theorie nur dann eine „marktmäßige“ Gegenleistung für die staatliche Garantie dar, wenn sie auf der Grundlage marktwirtschaftlicher Techniken, insbesondere der unternehmerischen Kostenrechnung, bestimmt werden. Dem liegen folgende ökonomisch ausgerichtete Überlegungen zugrunde: Ein privater Versicherer gibt nur dann ein Angebot zur Deckung langfristiger Exportrisiken ab, wenn die Differenz von Prämienzufluss und zufälligem Schadensabfluss seinen gesamten Nutzen erhöhen. Fragt ein Exporteur eine Exportversicherung auf dem relevanten Markt nach, so ist dieser bereit, mehr als den Erwartungswert der Schadenverteilung als Prämie zu zahlen. Denn der marktwirtschaftlich arbeitende Versicherungsanbieter muss neben den auf die Prämien abgewälzten Kosten für die Ausfallwahrscheinlichkeit (berechnet je nach Kategorie des politischen sowie wirtschaftlichen Risikos für einen Forderungsausfall) einen Zuschlag für Bearbeitungskosten sowie für das gebundene Eigenkapital ansetzen. Die Nettorisikoprämie, d. h. die Differenz aus Sicherheitsäquivalent und Schadenserwartung, wird daher so hoch sein, dass der private Versicherungsanbieter nur dann Leistungen im mittel- und langfristigen Risikobereich anbietet, wenn die Möglichkeit besteht, aus den Prämien über die Schwelle der Kostendeckung hinaus einen Gewinn zu erwirtschaften.

Der Wertbestimmung auf Grundlage des hypothetischen, aber gleichfalls kostenorientierten Marktpreises hat sich auch der BGH angeschlossen. In seiner Entscheidung vom 8. 1. 1992 zum Submissionsbetrug führt er zur Notwendigkeit einer konkreten Betrachtung aus:

„Waren und gewerbliche Leistungen, die auf einem freien Markt angeboten werden, haben keinen festen, auf einheitlichen

43) Die Berücksichtigung eines fiktiven Eigenkapitalrenditeanteils im Rahmen des Kostenprinzips verstößt weder gegen das Bestimmtheitsgebot noch gegen das Analogieverbot, da eine ökonomische Kalkulation zur Bemessung der angemessenen Gegenleistung bereits in dem Merkmal „marktmäßig“ angelegt ist.

44) So aber Greuter/Kuhn (o. Fn 2), S. 18 b f., Rn 31 ff., 31 b: „... und unterstellt, eine solche [Subvention] läge vor, wenn die vom Staat zu tragenden Entschädigungsleistungen die Einnahmen auf Dauer übersteigen, wäre der Subventionsvorwurf wohl (noch) nicht gerechtfertigt ... Unter diesen Umständen die langfristige Selbstfinanzierung des Instrumentes in Abrede zu stellen und von Subventionen zu sprechen, wäre zumindest verfrüht, solange die großen Umschuldungsabkommen vertragsgemäß bedient werden und keine Anhaltspunkte für endgültige Ausfälle hoher Forderungsbeträge vorliegen.“ Vgl. auch Müller-Emmert/Maier NJW 1976, 1657, 1659.

45) Farny (o. Fn 39), S. 54. Zum Äquivalenzprinzip in seinen Ausgestaltungen eingehend Innami (o. Fn 39); zum Ausgleich im Kollektiv Riege Ztschr. f. d. ges. Versicherungsw. 1990, 403, 435 ff.

46) S/S-Lenckner/Perron (o. Fn 1), Rn 4.

47) Tröndle/Fischer (o. Fn 1), Rn 2 f.

48) EuGH verbundene Rs. C-93/01 P, C-94/01 P, im Internet unter <http://curia.eu.int>. Zur Risikopolitik der Versicherer eingehend Karten Ztschr. f. d. ges. Versicherungsw. 1983, 213 ff.

Vorstellungen beruhenden Wert. Für einen Wertvergleich zwischen Leistungen und Gegenleistungen gibt es deshalb in der Regel keinen allgemeingültigen Maßstab. Die Wertschätzung von Waren und gewerblichen Leistungen führt erst über Angebot und Nachfrage zur Herausbildung eines Marktpreises (Wettbewerbspreises). Die Bewertung eines Wirtschaftsgutes und der im konkreten Fall erzielbare Preis schwanken nach Zeit, Ort, Art, Inhalt und Gegenstand des fraglichen Geschäfts sowie der jeweiligen Handelsstufe. Somit kann dieselbe Ware oder Dienstleistung im Wirtschaftsverkehr einen nach den einzelnen Umständen zu bestimmenden unterschiedlichen Wert haben ... Art und Umfang der beeinträchtigten Preisbildung werden nicht durch Vergleich des unter Ausschaltung des Wettbewerbs erzielten mit dem geschätzten „angemessenen“ Preis festgestellt, sondern durch den Vergleich der geforderten Preise mit den Marktpreisen, die bei funktionsfähigem Wettbewerb gebildet worden wären⁴⁹.

Wie der BGH im weiteren darlegt, sind hypothetische Wettbewerbspreise auch im Rahmen eines Strafprozesses grundsätzlich feststellbar, da statt der zahlenmäßigen Bestimmung der Höhe des Differenzbetrages auch die Angabe eines sachverständig unterlegten Schätzwertes erfolgen könne. Eine solche Schätzung verstieße nicht gegen den Grundsatz der Bestimmtheit i. S. d. § 103 II GG, da die Grundlagen der Schätzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt und offengelegt werden müssten. Nach Ansicht des BGH ist gerade „eine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende, von niemandem anzweifelhafte Gewissheit von einem solchen Sachverhalt nicht erforderlich“⁵⁰.

Bei der Bestimmung des hypothetischen Marktpreises für Ausführungsgewährleistungen mit langfristiger Risiko-Dekung muss daher zugrundegelegt werden, dass ein im Wettbewerb stehender hypothetischer Privatanbieter aufgrund des bei langfristigen Garantien erhöhten Risikos für Exporte in Drittländer hohe Rücklagen (Kapitalbindungskosten) bilden bzw. Rückversicherungen (Rückversicherungskosten) abschließen müsste, wenn er langfristige Exportkreditgarantien anbieten wollte. Die Rückversicherungskosten setzen sich wiederum zusammen aus einer Risikoprämie in Höhe des Erwartungswertes der rückversicherten Schäden, einem Sicherheitszuschlag sowie einem Zuschlag für Betriebskosten und Gewinnanteil des Rückversicherers⁵¹. Diese Rückversicherungs- und Kapitalbindungskosten würde er zuzüglich eines angemessenen Anteils an Eigenkapitalrendite wieder im Rahmen der Prämienkalkulation auf den Gewährleistungsnehmer umlegen, so dass sich die Kostenwälzung stets in der vom Exporteur zu leistenden Prämienhöhe niederschläge.

Theoretisch könnte eine Subventionsvergabe zwar auch im Wege einer staatlichen Rückversicherung erfolgen. Eine staatliche Rückversicherung, die ihrerseits für langfristig eingegangene Exportgewährleistungen von staatlichen Erstversicherungen eintritt (unbegrenzte Deckung mit staatlicher Garantie), ist dem deutschen Rückversicherungssystem/-markt allerdings fremd⁵². Unterstellte man, dass ein staatlicher Exportkreditversicherer (Erstversicherer) seinerseits eine Rückversicherung bei einem anderen staatlichen oder staatlich unterstützten Rückversicherer abschließen könnte, so erhielte er diese Rückversicherung wiederum kostengünstiger als auf dem privaten Rückversicherungsmarkt. Denn ebenso wie bei der Prämienfestsetzung auf dem staatlichen Erstversicherungsmarkt erhielten die durch eine staatliche Rückversicherung begünstigten staatlichen Erstversicherungen einen finanziellen Vorteil (jedenfalls) in Höhe der Differenz zwischen dem hypothetischen (marktüblichen) Rückversicherungsprämienbetrag und dem tatsächlich zu leistenden Rückversicherungsprämienbetrag. Dagegen würden private Exportkreditversicherer, die sich rückversicherten, nach der „marktüblichen Preisbildung“ ihre Rückversicherungskosten stets auf die (vom Exporteur zu zahlende) Erstversicherungsprämie aufschlagen. Auch eine staatliche oder staatlich unterstützte Rückversicherung würde daher letztlich unter dem kalkulatorischen Wettbewerbspreis (hypothetischer Preis von Privatanbietern) angeboten, was sich unmittelbar auf die Rückversiche-

rungs- und damit letztlich auch auf die (Erst-) Exportversicherungsprämien auswirkte.

Tritt hingegen die staatliche Hermes-Exportkreditversicherung ein, so sind deren – auf Selbstkostenbasis kalkulierte – Konditionen zwangsläufig günstiger als die eines hypothetischen, an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientierten Privatanbieters, da eine unternehmensbezogene und daher „marktübliche“ Prämienkalkulation bei Hermes-Gewährleistungen nicht vorgenommen wird. Die staatliche Prämienbemessung ist daher als „marktunüblich günstig“ zu qualifizieren. Hermes-Dekungen für langfristige Exportkredite erfüllen auch nach der Methode der hypothetischen Marktpreisberechnung den Subventionsstatbestand des § 264 VII StGB.

IV. Fazit

Bei der staatlichen Gewährleistung für langfristige Risiken (sog. Hermes-Dekungen) erspart ein Exporteur grundsätzlich Aufwendungen in Höhe der Differenz zwischen dem hypothetisch bemessenen Prämienbetrag eines Privatanbieters, der auf Grundlage betriebswirtschaftlich anerkannter Kosten- und Ertragsrechnungsgrundsätze kalkuliert, und der tatsächlich veranschlagten Prämie des Staates. Im Lichte der Rechtsprechung des BGH entspricht die gesamte staatliche Leistung zuzüglich des im Wege der hypothetischen Marktpreiskalkulation ermittelten Differenzwertes einer Subvention i. S. d. § 264 VII StGB. Angesichts der komplexen Berechnungen unter Berücksichtigung von Ausfallwahrscheinlichkeiten wird vorgeschlagen, im Strafverfahren einen versicherungsmathematischen Sachverständigen hinzuzuziehen.

49) BGH NJW 1992, 921, 922.

50) BGH (o. Fn 49) unter Verweis auf BGHR StPO, § 261 Beweiswürdigung 5.

51) Farny (o. Fn 39), S. 491.

52) Es wurden aber Rückversicherungsabkommen zwischen der Hermes Kreditversicherungs AG und den Exportkreditagenturen von Partnerländern geschlossen, wonach z. B. der Kreditversicherer aus dem Land des Zulieferers eine Rückversicherung für diesen Zulieferteil zu Gunsten des Erstversicherers übernimmt; dazu Janus (o. Fn 22), Rn 119.