

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Beate Förtsch, Bonn*

Gilt die Wende des BGH in seiner EU-beihilferechtlichen Nichtigkeitsrechtsprechung auch öffentlichen Garantieübernahmen?

Manche Urteile müssen sich „setzen“, bevor sich ihre Derogationswirkung für eine (scheinbar) gefestigte oder gar ständige Rechtsprechung erschließt. Ein mit zeitlichem Abstand reifendes Urteilsverständnis stellt sich jedenfalls bei dem Revisionsurteil vom 5. 12. 2012 – I ZR 92/11 ein, mit dem der BGH von seiner bis dahin gefestigten Nichtigkeitsrechtsprechung nach einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV i. V. m. § 134 BGB zumindest in Bezug auf die bisher angenommene Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen abgewichen ist. Bedeutung könnte dieses Urteil auch für beihilfeinfinanzierte Verträge im Dreiecksverhältnis haben, insbesondere für Bürgschafts- bzw. Garantieübernahmeverträge, mit denen die öffentliche Hand als Sicherungsgeber auftritt. Betrifft die formelle Beihilferechtswidrigkeit lediglich ein formal bilaterales, gleichwohl in einen tripolaren Vertragszweck eingebundenes Rechtsverhältnis, nämlich den Garantievertrag oder die Garantiezusage bzw. den Bürgschaftsvertrag oder die Bürgschaftszusage, so stellt sich die Frage, ob die in dem Urteil aufgestellten – vom BGH betont auf bilaterale Kaufverträge zugeschnittenen – Maßstäbe aufgrund der wesentlichen Unterschiede, die zwischen bilateralen Kaufverträgen und Bürgschaften bzw. Garantien im Dreiecksverhältnis bestehen, auf Letztere überhaupt übertragbar sind. Nur dann könnte auch die vom BGH für Kaufverträge entwickelte Teilnichtigkeitslösung im Rahmen einer daran anknüpfenden unionsrechtskonformen Vertragsanpassung mit der Rechtsfolge des nachträglichen Differenzausgleichs in Bezug auf Bürgschaften bzw. Garantien anzuwenden sein.

I. Das Urteil des BGH vom 5. 12. 2012 – I ZR 92/11

Der BGH hat bis zu seinem Urteil vom 5. 12. 2012¹ in gefestigter Rechtsprechung angenommen, dass ein das beihilferechtliche Durchführungsverbot verletzender Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher gemäß § 134 BGB insgesamt nichtig ist.² Dem lag die Annahme zugrunde, dass sich der Zweck des Durchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nur durch Annullierung des gesamten der Beihilfegewährung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts erreichen lasse.³ Demgegenüber entschied der BGH in sei-

nem Urteil vom 5. 12. 2012, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV bei einem bilateralen Kaufvertrag der öffentlichen Hand mit einem Privaten nicht zwingend die Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags gem. § 134 BGB zur Folge hat. Aus der „*inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ergibt [sich], ... [dass] der Zweck des unionsrechtlichen Durchführungsverbots ... keine Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen, in denen das Beihilfeelement ein zu niedriger Kaufpreis ist[, gebietet]*...“⁴

Der dem Revisionsurteil des BGH zugrunde liegende Sachverhalt betrifft einen Fall, in dem die Streithelferin (ein mit der Klägerin im Wettbewerb stehendes Energieversorgungsunternehmen) von der beklagten Bundesrepublik Deutschland das von Münster nach Hessisch Oldendorf führende Teilstück des vormals militärisch genutzten Central Europe Pipeline System (CEPS) zum Preis von 700 000 Euro außerhalb eines förmlichen Bieterverfahrens erwarb. Da die Bundesrepublik Deutschland kein transparentes Bieterverfahren für die Pipeline oder deren Teilstücke durchgeführt hatte, kann der vereinbarte Kaufpreis, von dem nicht feststeht, dass er sich in einem offenen Bieterwettbewerb gebildet hätte, nicht als Marktwert zugrunde gelegt werden.⁵ Damit stellte sich revisionsrechtlich die Nichtigkeitsfrage nach einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV i. V. m. § 134 BGB.

1. Das Unionsrecht gebietet bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ...

Der BGH erblickt den Zweck, den das Unionsrecht durch die Anordnung des Durchführungsverbots verfolgt, weiterhin in der Sicherung des Systems der präventiven Beihilfe-

* Prof. Dr. iur. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn, Beate Förtsch ist wissenschaftliche Referentin am ZEI. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

1 Im Folgenden wird auf das Urteil BGH, 5. 12. 2012 – I ZR 92/11, BGHZ 196, 254–270 Bezug genommen.

2 BGH, 4. 4. 2003 – V ZR 314/02, BB 2003, 802, EuZW 2003, 445; BGH, 20. 1. 2004 – XI ZR 53/03, BB 2004, 630, EuZW 2004, 253; BGH, 5. 7. 2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 133, BB 2007, 2253, NJW-RR 2008, 431, Rn. 33; BGH, 13. 9. 2012 – III ZB 3/12, NVwZ-RR 2012, 963, Rn. 19.

3 BGH, 5. 7. 2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 133, BB 2007, 2253, NJW-RR 2008, 431, Rn. 34.

4 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 261, Rn. 35.

5 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 258 f., Rn. 25.

kontrolle sowie der Verhinderung von rechtswidrigen Wettbewerbsvorteilen Einzelner.⁶ Eine Vorgabe, dass dieser Zweck ausschließlich durch die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts erreicht werden könne, bestehe entgegen der früheren Annahme jedoch nicht.⁷ Aus der Rechtsprechung des EuGH, wonach keine Verpflichtung nationaler Gerichte bestehe, die Rückforderung einer gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Beihilfe nach einer Positiventscheidung der Kommission anzuordnen,⁸ folge, dass eine nachträgliche Positiventscheidung der Kommission eine Heilung der Rechtswidrigkeit einer Beihilfemaßnahme ex nunc bewirke.⁹ Unter Bezugnahme auf Rechtsprechung des EuGH, die sich ausschließlich auf die Rechtsfolgen bezieht, die sich aus nationalem Recht bei einer gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Beihilfe nach einer Positiventscheidung der Kommission ergeben, erklärt der BGH, „dass die effektive Durchsetzung des Beihilferechts nicht gebietet, den gesamten die Beihilfe gewährenden Vertrag rückabzuwickeln, sondern dass nur der beihilferechtswidrig erlangte Vorteil abgeschöpft werden muss [...]“.¹⁰ Einer nachträglichen Positiventscheidung der Kommission komme „lediglich die Funktion zu, die unionsrechtliche Sanktion des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot auf die Erstattung von Rechtswidrigkeitszinsen zu begrenzen“.¹¹

Bei einem Kaufvertrag, dessen Kaufpreisabrede eine Beihilfe enthält, könne durch die Zahlung der Differenz zwischen dem beihilfebegünstigten Kaufpreis und dem marktkonformen Kaufpreis (Beihilfeäquivalent)¹² sowie der Rechtswidrigkeitszinsen an die öffentliche Hand eine Abschöpfung des beihilferechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils erfolgen, so dass, unabhängig von einer Kommissionsentscheidung, ein mit dem Gemeinsamen Markt vereinbarer Zustand wieder hergestellt würde.¹³ Eine Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags sei dafür nicht erforderlich und unionsrechtlich daher nicht geboten.¹⁴

2. ... auf nationaler (zivilrechtlicher) Rechtsfolgenebene keine Gesamtnichtigkeit von Verträgen

Da Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV keine Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot anordnet, beurteilt der BGH die Frage, ob und inwieweit die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB eintritt, nach dem Sinn und Zweck des Durchführungsverbots.¹⁵ Aus Sicht des BGH gebiete „das bei der Durchsetzung des Durchführungsverbots maßgebliche deutsche Recht [...] nicht generell eine über das Unionsrecht hinausgehende Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen, deren Kaufpreisvereinbarung Beihilfeelemente enthält“.¹⁶ Zu berücksichtigen sei, „dass sich das Durchführungsverbot nach Wortlaut und systematischer Stellung eindeutig allein an die Mitgliedstaaten als Beihilfegeber und damit nur an eine Vertragspartei richtet. Bei solchen einseitigen Verboten kommt die in § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge nur in Betracht, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert [...]“.¹⁷ Weiter führt der BGH aus: „Die durch einen zu niedrigen Kaufpreis hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung lässt sich außer durch eine Rückabwicklung des Geschäfts aber auch durch eine Anpassung des Kaufpreises erreichen [...]“.¹⁸

Für Kaufverträge bedeute dies, dass diese, aufgrund der Möglichkeit durch eine nachträgliche Zahlung der Kaufpreisdifferenz zzgl. der Rechtswidrigkeitszinsen den Zweck des Durchführungsverbots – unabhängig von einer Positiventscheidung der Kommission – zu erreichen, nicht zwin-

gend insgesamt der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB unterlägen.¹⁹ Die Folge der zwingenden Nichtigkeit ergebe sich aus dem Sinn und Zweck des Durchführungsverbots für Verträge nur insoweit, als sie eine Beihilfe gewähren.²⁰ Zudem gebiete auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei einseitigen Verboten wie dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, die Nichtigkeitsfolge auf „den nach dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes erforderlichen Umfang zu beschränken“.²¹

II. Bedeutung der BGH-Rechtsprechung für Garantieübernahmen der öffentlichen Hand

1. Die Unterschiede zwischen bilateralen Kauftransaktionen und Garantien der öffentlichen Hand im Dreiecksverhältnis gebieten ...

Wie aus der Bürgschaftsmittelteilung der Kommission hervorgeht, unterscheiden sich Beihilfen in Form von staatlichen Garantien „insofern von anderen staatlichen Beihilfen wie Zuschüssen und Steuerbefreiungen, als der Staat bei einer Garantie auch mit dem Kreditgeber in ein Rechtsverhältnis tritt“.²² Garantien und Bürgschaften beruhen also nicht auf rein bilateralen Vertragsbeziehungen, sondern auf Dreiecksverhältnissen mit trilateralen oder sogar multilateralen Risiko- und Interessenpositionen.²³ Daher ist eine differenziertere Betrachtung als bei einem ausschließlich bilateralen Kaufvertrag erforderlich. Da die Bürgschaftsmittelteilung der Kommission das EU-beihilferechtlich allein maßgebliche wirtschaftliche Effektparadigma zugrunde legt, mithin nicht etwa auf nationale (zivil)rechtsdogmatische Konstrukte abgestellt werden darf, werden Garantien und Bürgschaften, aber auch andere garantieähnliche Gewährübernahmen (wie z. B. Schuldbeitritte) der öffentlichen Hand nach Maßgabe ihrer rein wirtschaftlichen Garantieeffekte einheitlich von der Bürgschaftsmittelteilung behandelt. Im Folgenden wird daher (mit Ausnahme der wörtlichen Rechtsprechungsätze) nur noch der Begriff der „Garantien“ verwendet.

Im Rahmen garantiegestützter Dreiecksverhältnisse müssen die einzelnen Rechtsverhältnisse – mithin sowohl das zwischen der öffentlichen Hand und dem Kreditgeber durch den Garantievertrag begründete Deckungsverhältnis sowie das zwischen der öffentlichen Hand und dem Kreditnehmer

6 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 260 f., Rn. 34.

7 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 261, 263 f., Rn. 35 ff., 39.

8 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 262, Rn. 37; der BGH stützt diese Annahmen auf EuGH, 12. 2. 2008 – Rs. C-199/06, CELF, Slg. 2008, I-469, EWS 2008, 180, EuZW 2008, 145, Rn. 55 und EuGH, 18. 12. 2008 – Rs. C-384/07, Wienstrom, Slg. 2008, I-10393, EWS 2009, 81, Rn. 28.

9 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 260 ff., Rn. 34 ff.; der BGH verweist in diesem Zusammenhang auf EuGH, 21. 11. 1991 – Rs. C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires u. a., Slg. 1991, I-5505, RIW 1993, 600, EuZW 1993, 62, Rn. 16.

10 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 263, Rn. 39.

11 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 263 f., Rn. 41.

12 Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 230.

13 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 263 f., Rn. 41.

14 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 261, Rn. 35.

15 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 265 f., Rn. 45.

16 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 265, Rn. 44.

17 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 265 f., Rn. 45.

18 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 266, Rn. 46.

19 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 266, Rn. 46.

20 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 266, Rn. 48.

21 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 267, Rn. 50.

22 ABl. C 155/10 v. 20. 6. 2008, Nr. 2.3.2.

23 In Übereinstimmung mit der in der Bürgschaftsmittelteilung der Kommission (Fn. 22) zugrunde gelegten Bedeutung (Bürgschaftsmittelteilung, Nr. 1.3.) wird in den folgenden Ausführungen die Begrifflichkeit des „Kredits“ verwendet.

durch die Garantiezusage vermittelte Valutaverhältnis als auch das zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber bestehende Ausführungsverhältnis – differenziert betrachtet werden, um das bzw. die Beihilfeelemente, den bzw. die Beihilfeempfänger sowie die aus der Beihilfegewährung resultierenden (potentiellen) Wettbewerbsverzerrungen zu ermitteln.²⁴ Zu differenzieren ist dabei insbesondere, ob lediglich der Kreditnehmer oder auch der Kreditgeber beihilferechtswidrig begünstigt sind.²⁵

a) ... eine Differenzierung hinsichtlich der Beihilfeelemente und der Beihilfeempfänger, ...

Bei einem bilateralen Kaufvertrag ist der Käufer unmittelbar durch den nicht marktkonformen Preis begünstigt und daher Beihilfeempfänger. Das Beihilfeelement des Kaufvertrags kann anhand der Ermittlung des Differenzbetrags zwischen dem marktkonformen und dem tatsächlich vereinbarten Preis ermittelt werden. Der vom staatlichen Verkäufer anzusetzende marktkonforme Preis ist durch ein offen, transparent und diskriminierungsfrei durchgeführtes Bietverfahren oder durch ein unabhängiges, den marktüblichen Bewertungsstandards entsprechendes Sachverständigengutachten aufgrund anerkannter Benchmarks zu ermitteln.

Bei einer staatlichen Garantie ist der Beihilfeempfänger i. d. R. der Kreditnehmer.²⁶ Im Valutaverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Kreditnehmer entspricht das Beihilfeelement grundsätzlich der Differenz zwischen dem marktüblichen Entgelt (Avalprovision) und dem tatsächlich gezahlten Entgelt für die Garantiezusage.²⁷ Hinsichtlich der Berechnung des marktüblichen Entgelts weist die Kommission darauf hin, dass „den Merkmalen der Garantie und des Kredits Rechnung zu tragen [ist]“.²⁸ Anhand der in der Bürgschaftsmittelteilung ausführlich aufgelisteten Merkmale ist das marktübliche Entgelt für die konkrete Garantiezusage selbst dann individuell zu berechnen, wenn vergleichbare Garantieprämien auf den Finanzmärkten existieren.²⁹ Sofern ein marktübliches Entgelt nicht ermittelbar ist, ist das Beihilfeelement anhand der „Differenz zwischen dem marktüblichen Zinssatz, der für das betreffende Unternehmen ohne die Garantie gegolten hätte, und dem im Wege der staatlichen Garantie tatsächlich angewandten Zinssatz nach Abzug etwaiger Prämienzahlung“³⁰ festzustellen. Wenn der Kreditnehmer aufgrund seiner finanziellen Situation ohne die öffentliche Absicherung keinen Kredit am Markt erhalten hätte, existiert regelmäßig keine marktübliche Prämie.³¹ Das Beihilfeelement der Garantiezusage ist dann ebenso hoch wie die Garantiesumme selbst und kann der Höhe nach das gesamte Kreditvolumen umfassen.³²

„Insbesondere wenn beispielsweise für einen bereits gewährten Kredit oder eine sonstige bereits eingegangene finanzielle Verpflichtung im Nachhinein eine staatliche Garantie übernommen wird, ohne dass die Konditionen des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung entsprechend angepasst werden, oder wenn ein garantierter Kredit dazu benutzt wird, um einen anderen, nicht garantierten Kredit an dasselbe Kreditinstitut zurückzuzahlen, kann die Garantie auch eine Beihilfe für den Kreditgeber darstellen.“³³ Das Beihilfeelement ist dann die stärkere Absicherung des Kredits,³⁴ dessen Wert durch die Ermittlung der Differenz zwischen dem marktkonformen Entgelt für diese Absicherung und der tatsächlich gezahlten Kompensationen berechnet werden kann.³⁵ Handelt es sich um einen Fall, bei dem der Kreditnehmer ein Unternehmen in Schwierigkeiten ist oder die typischen Symptome eines Unternehmens in Schwierig-

keiten³⁶ aufweist,³⁷ ist davon auszugehen, dass im Deckungsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Kreditgeber der Marktwert der durch die Garantie erlangten Sicherheit das gesamte Garantievolumen umfasst.³⁸ Das Beihilfeelement entspricht in einem solchen Fall dem Garantievolumen abzüglich etwaig geleisteter Kompensationen.³⁹

b) ... eine Differenzierung hinsichtlich der Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt

Aus Sicht des BGH tritt bei einem Kaufvertrag, dessen Kaufpreisabrede eine Beihilfe enthält, die Wettbewerbsverzerrung durch den marktasymmetrischen Effekt ein, dass der Beihilfeempfänger gegenüber anderen (potentiellen) Wettbewerbern, die das entsprechende Produkt nicht zu beihilfegünstigten Konditionen erwerben können, einen wettbewerblichen Vorteil durch die eingesparten finanziellen Mittel in Höhe des Beihilfeelements erlangt.⁴⁰

Viel komplexer gestaltet sich demgegenüber die Ermittlung der durch Garantieübernahmen der öffentlichen Hand (potentiell) eintretenden Wettbewerbsverzerrungen. Diese können sowohl auf der Ebene des Kreditnehmers als auch auf der Ebene des Kreditgebers sowie auf beiden Ebenen eintreten: In Bezug auf den Kreditnehmer können Wettbewerbsverzerrungen durch den finanziellen Vorteil des Kreditnehmers im Verhältnis zu anderen (potentiellen) Kreditnehmern und Wettbewerbern eintreten, der durch die fehlende Zahlung einer marktüblichen Avalprovision an die öffentliche Hand entsteht.⁴¹ Hätte das Unternehmen ohne die staatliche Garantie keinen Kredit am Markt erhalten, beschränkt sich

24 In diesem Sinne auch EuGH, 8. 12. 2011 – Rs. C-275/10, Residex Capital IV, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 40 ff.; siehe dazu Koenig/Haratsch, ZHR 2005 169, 86 f.; weiterführend zu den Besonderheiten des Garantievertrags Nobbe, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 92, Rn. 1 ff.

25 Siehe dazu EuGH Rs. C-275/10, Residex Capital IV (Fn. 24), Rn. 33; Koenig/Haratsch, ZHR 2005, 169, 77 ff.; Bartosch, EuZW 2001, 650 ff.

26 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.2.

27 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 4.1., 4.2.; EuGH Rs. C-275/10, Residex Capital IV (Fn. 24), Rn. 39, 41.

28 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 3.2. lit. d.

29 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 3.2. lit. d. „Dazu gehören der Betrag und die Laufzeit der Transaktion, die vom Kreditnehmer geleistete Sicherheit und andere sich auf die Bewertung der Einbringungsquote auswirkende Aspekte, die Ausfallwahrscheinlichkeit aufgrund der finanziellen Lage des Kreditnehmers, der Geschäftsbereich des Kreditnehmers, Prognosen und andere wirtschaftliche Faktoren.“ Zudem verweist die Kommission „auf den Zusammenhang zwischen Rating und Ausfallquote hin, den internationale Finanzinstitutionen herstellen, deren Arbeiten auch öffentlich zugänglich sind“.

30 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 4.2.

31 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 4.1. lit. a; EuGH, 5. 10. 2000 – Rs. C-288/96, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-8237, Rn. 31.

32 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 4.1. lit. a; EuGH Rs. C-288/96, Deutschland/Kommission (Fn. 31), Rn. 31.

33 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.1.

34 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.1.

35 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 4.1.

36 Steigende Verluste, sinkende Umsätze, wachsende Lagerbestände, Überkapazitäten, vermindertes Cashflow, zunehmende Verschuldung und Zinsbelastung, Abnahme oder Verlust des Reinvermögenswerts, Zahlungsunfähigkeit, Einleitung eines Insolvenzverfahrens nach innerstaatlichem Recht, ABl. C 244 v. 1. 10. 2004, Rn. 11. Siehe dazu auch den aktuellen Entwurf der neuen Leitlinien zu Unternehmen in Schwierigkeiten, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_rescue_restructuring/draft_guidelines_de.pdf (Abruf v. 26. 12. 2013).

37 ABl. C 244 v. 1. 10. 2004.

38 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 3.2. lit. a, 4.1. lit. a; so auch Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 26. 5. 2011 – Rs. C-275/10, Residex Capital IV, Rn. 84 ff.

39 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 4.1. lit. a.

40 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 260 f., Rn. 34 ff.

41 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.2.

die Wettbewerbsverzerrung nicht nur auf einen finanziellen Vorteil im Verhältnis zu (potentiellen) Wettbewerbern und Kreditnehmern. In einem solchen Fall liegt es nahe, dass kumulativ die weitere, unveränderte Existenz des Unternehmens (Kreditnehmer) am Markt auf den Kredithalt, der seinerseits auf der Garantie der öffentlichen Hand basiert, zurückzuführen ist.⁴² Dies kann nicht nur horizontale Auswirkungen auf Wettbewerber des begünstigten Unternehmens haben, sondern kann auch in vertikaler Hinsicht weitreichende Konsequenzen für (potentielle) Vertragspartner des begünstigten Unternehmens entfalten. Darüber hinaus kann die künstliche Aufrechterhaltung eines Unternehmens am Markt für dessen Wettbewerber den Entzug von (potentiellen) Vertragspartnern zur Folge haben, die aufgrund der beihilferechtswidrigen unveränderten weiteren Marktteilnahme des Unternehmens die vertraglichen Beziehungen mit diesem aufrechterhalten und nicht in Vertragsverhandlungen mit dessen Wettbewerbern eintreten.

Schon bei Betrachtung der (potentiellen) Auswirkungen einer Beihilfe durch eine staatliche Garantie im Verhältnis zwischen dem Kreditnehmer und der öffentlichen Hand zeigt sich, dass diese regelmäßig deutlich weitreichender als bei einem beihilferechtswidrigen bilateralen Kaufvertrag sind.

Unabhängig von einer beihilferechtlichen Begünstigung des Kreditgebers verleitet der Umstand, dass die öffentliche Hand durch den Garantievertrag den Rückzahlungsanspruch gegen den Kreditnehmer absichert, dazu, das Ausfallrisiko des Kreditnehmers auf die öffentliche Hand abzuwälzen.⁴³ Im Rahmen einer Garantie durch einen Privaten hätte der Kreditgeber umfassend dessen Zahlungsfähigkeit sowie jene des Kreditnehmers überprüft. Sofern die öffentliche Hand als Garant auftritt, ist der Anreiz für den Kreditgeber, das mit der Kreditvergabe verbundene Risiko ordnungsgemäß zu bewerten, abzusichern und so gering wie möglich zu halten sowie insbesondere die Bonität des Kreditnehmers ordnungsgemäß zu prüfen, erheblich verringert bzw. nicht mehr vorhanden, da das Risiko des Ausfalls (vollständig) auf die öffentliche Hand als stets zahlungsfähigen Sicherungsgeber verlagert werden kann.⁴⁴ Allein die Garantieübernahme durch die öffentliche Hand kann aufgrund dessen – unabhängig von einer Beihilfegewährung an den Kreditnehmer – zu einer Verschiebung der unter marktkonformen Bedingungen bestehenden Risikotragung und -prüfung führen. Da der öffentlichen Hand regelmäßig die fachlichen Kapazitäten fehlen, eine derartige Prüfung vorzunehmen, besteht die Gefahr, dass „*sich der Anteil der laufenden staatlichen Garantien mit hohem Risiko erhöht*“.⁴⁵

Die geschilderte Problematik schlägt hinsichtlich ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkungen auf die für den Kreditnehmer jeweils relevanten Angebotsmärkte durch: Auch ohne dass der Kreditgeber selbst eine beihilferechtswidrige Begünstigung erlangt, trägt er durch die Ausschüttung von staatlich abgesicherten Krediten an Unternehmen, die ohne diese staatliche Garantie und die damit verbundene Möglichkeit der Risikoverlagerung überhaupt keinen Kredit erhalten hätten, zur Realisierung der Wettbewerbsverzerrungen auf den jeweils relevanten Märkten, auf denen der Kreditnehmer aktiv ist, in erheblichem Maße bei.

Sofern der Kreditgeber selbst als Beihilfeempfänger zu qualifizieren ist, können sich (darüber hinaus) Wettbewerbsverzerrungen im Horizontalverhältnis zu anderen Kreditinstituten durch den aus der stärkeren Absicherung resultierenden finanziellen Vorteil realisieren.

Die Komplexität der (potentiellen) Wettbewerbsverzerrungen und der Risikoverteilungszusammenhänge, insbesondere die durchschlagenden wettbewerblichen Auswirkungen durch die Verknüpfung des Deckungsverhältnisses mit dem Ausführungsverhältnis zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer sowie die daraus auf beiden Ebenen resultierenden Wettbewerbsverzerrungen, sind nicht mit denen eines bilateralen Kaufvertrags vergleichbar.

2. Möglichkeit der „Beseitigung“ entstandener Wettbewerbsverzerrungen ...

Der BGH führt hinsichtlich der aus der Zwecksetzung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV abzuleitenden Rechtsfolgen für § 134 BGB aus: „*Mehr als die Beseitigung der Beihilfe in Form der mit ihr verbundenen Wettbewerbsverzerrung verlangt das Beihilferecht nicht.*“⁴⁶

a) ... in Anwendung der für Kaufverträge aufgestellten Maßstäbe des BGH und ...

Der BGH nimmt in seinem Urteil vom 5. 12. 2012 – I ZR 92/11 an, dass bei Kaufverträgen durch die (Rück-)Zahlung des Beihilfeelements einschließlich der Rechtswidrigkeitszinsen der durch die Beihilfe entstandene Wettbewerbsvorteil beseitigt und so eine mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Situation wieder hergestellt werden könne.⁴⁷

In Bezug auf den Kreditnehmer würden die Teilnichtigkeit der Garantiezusage und ein daran anknüpfender nachträglicher Differenzausgleich regelmäßig nicht zu einer „Beseitigung“ der eingetretenen Wettbewerbsverzerrungen führen. Zwar kann in Fällen, in denen sich die Beihilfe ausschließlich darauf beschränkt, dass im Valutaverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und der öffentlichen Hand eine nicht marktübliche Avalprovision geleistet wurde, der daraus resultierende finanzielle Vorteil des Kreditnehmers durch die rückwirkende Anpassung der Avalprovision an die in der Vergangenheit bestandene marktkonforme Prämie und eine anschließende Nachzahlung des Differenzbetrags abgeschöpft und so „beseitigt“ werden.⁴⁸ Diese Annahme kann jedoch nur für solche Kreditnehmer gelten, denen auch ohne eine staatliche Garantie die Möglichkeit offen stand, sich am Kapitalmarkt einen Kredit zu beschaffen.⁴⁹ Insbesondere in dem Fall, dass ex ante ein erkennbar hohes Ausfallrisiko bestand, liegt nahe, dass der Kreditnehmer unter beihilferechtskonformen Bedingungen keinen Kredit erhalten hätte. Diese – erst aufgrund der Beihilfe ermöglichte – Krediterlangung und die ggf. damit verbundene weitere unveränderte Existenz des Kreditnehmers am Markt stellen so weitreichende, wertmäßig nicht bezifferbare Wettbewerbsverzerrungen dar, dass sie aufgrund der über rein finanzielle Differenzvorteile hinausgehenden Effekte durch eine Teilnichtigkeitslösung und einen daran anknüpfenden nachträglichen Differenzausgleich nicht beseitigt werden können.⁵⁰

In Bezug auf den Kreditgeber erscheinen eine Teilnichtigkeitslösung des Garantievertrags und ein daran anknüpfen-

42 Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.2.

43 So auch die Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 3.2. lit. c.

44 Vgl. dazu *Heidenhain*, EuZW 2007, 193; siehe auch die Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.2.

45 So auch die Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 3.2. lit. c.

46 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 266, Rn. 46.

47 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 261, 263, Rn. 35, 41.

48 *Koenig/Haratsch*, ZHR 2005 169, 88 ff.; *Soltész*, EuZW 2011, 489 f.

49 *Karpenstein/Klein*, in: MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 2011, Bd. 3, Anh. zu Art. 14 VerVO, Rn. 74.

50 So die Anforderung des BGH, vgl. BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 263 f., 266, Rn. 41, 46.

der nachträglicher Differenzausgleich ebenfalls regelmäßig ungeeignet, die durch den Garantievertrag eingetretenen Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen.

In dem Fall, dass der Kreditgeber selbst keinen beihilferechtswidrigen Vorteil durch den Garantievertrag erlangte, der Kreditnehmer in der vorstehend beschriebenen Weise ausschließlich durch die fehlende Zahlung einer marktüblichen Avalprovision begünstigt ist sowie eine umfassende Ausfallprüfung des Kreditnehmers stattfand, die zu dem Ergebnis kam, dass eine ausreichende Bonität des Kreditnehmers in der Weise besteht, dass auch ohne einen staatlichen Garanten ein Kredit an diesen vergeben worden wäre, können zwar die geschilderten Wettbewerbsverzerrungen auf der Marktebene des Kreditnehmers durch eine nachträgliche Differenzzahlung des Kreditnehmers im Einzelfall beseitigt werden. Eine (Teil-)Nichtigkeit des Garantievertrags wäre im Einzelfall dann nicht erforderlich.

Fehlt es jedoch an einer umfassenden und kreditwirtschaftlich professionellen Risikoausfallprüfung des Kreditnehmers durch den Kreditgeber, so kann dieser Differenzausgleichsmaßstab nicht angesetzt werden, da in diesem Fall bereits die nicht durch einen nachträglichen Differenzausgleich zu eliminierenden Wettbewerbsverzerrungen kraft der vollständig kreditmarktfremden Verlagerung des Ausfallrisikos auf den staatlichen Garantiegeber eingetreten sind. Eine Teilnichtigkeit des Garantievertrags würde lediglich zu einer teilweisen Rückverlagerung des Ausfallrisikos führen, ohne dass eine Risikoausfallprüfung nachgeholt werden könnte und so eine tatsächlich wirksame Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen möglich wäre. Denn der Sinn und Zweck einer solchen Prüfung liegt gerade darin, vor der Kreditgewährung festzustellen, ob der Kreditnehmer ausreichend solvent ist. Nachdem die Verträge geschlossen sind, ist eine ex ante, also vorvertraglich ansetzende, kreditwirtschaftlich professionelle Risikoausfallprüfung unter Marktbedingungen nicht mehr nachholbar. Um die Konsequenzen, die aus dem Unterlassen einer derartigen Prüfung resultieren, auf denjenigen abzuwälzen, der unter marktkonformen Bedingungen diese Prüfung durchgeführt hätte bzw. ohne einen staatlichen, stets zahlungsfähigen Garanten ebenfalls die Konsequenzen des Fehlens dieser Prüfung tragen müsste, kommt nur die Gesamtnichtigkeit des Garantievertrags in Betracht.

Bestand ex ante ein Ausfallrisiko des Kreditnehmers in der Weise, dass die Bank ohne eine (staatliche) Garantie den Kredit nicht gewährt hätte oder dass ein privater Garant die Garantie nicht übernommen hätte, so resultieren die Wettbewerbsverzerrungen auf der Marktebene des Kreditnehmers aus dem Erhalt des Kredits selbst und können nicht durch eine Ausgleichszahlung beseitigt werden, sondern allein durch den vollständigen wirtschaftlichen Entzug des Kredits.⁵¹ Da der Kreditvertrag mit einem privaten Kreditgeber jedoch regelmäßig mangels einer *staatlich zurechenbaren* Darlehensvaluta keine Beihilfe enthält, kann ein Verstoß der staatlichen Garantieübernahme gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV im Valutaverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Kreditnehmer die Wirksamkeit des Kreditvertrages im Ausführungsverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber nicht beeinträchtigen.⁵² Fehl geht allerdings die isoliert auf das Ausführungsverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber abstellende Argumentation, dass im Falle der fehlenden Begünstigung des Kreditgebers eine Nichtigkeit des Garantievertrags keinen Beitrag dazu leisten könne, die Durchführung der unions-

rechtswidrigen Beihilfe zu verhindern.⁵³ Dem ist nämlich entgegenzuhalten, dass der Garantievertrag selbst die Maßnahme zur Durchführung der rechtswidrigen Beihilfe – der Garantiezusage – in Bezug auf das Valutaverhältnis ist.⁵⁴

Zwar hat die Unwirksamkeit der Garantiezusage aufgrund der nach der deutschen Zivilrechtsdogmatik bestehenden Unabhängigkeit der Rechtsgeschäfte grundsätzlich keine automatischen Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Garantievertrags.⁵⁵ Aufgrund der wirtschaftlichen Effektbezogenheit des EU-Beihilferechts können nationale zivilrechtsdogmatische Dezierionen jedoch keinen ausschlaggebenden Maßstab für die Rechtsfolgen nach einem Verstoß gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot darstellen; maßgeblich ist allein die effektive Durchsetzung des Beihilferechts. So erklärt die Kommission in ihrer Bürgschaftsmitteilung, dass sich die Folgen der Unwirksamkeit der Garantiezusage für den Garantievertrag nach nationalem Recht richten,⁵⁶ die nationalen Gerichte jedoch im Rahmen der rechtlichen Bewertung „dem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht Rechnung zu tragen“⁵⁷ haben. Nur die Nichtigkeit auch des Garantievertrags würde die „Beseitigung“ der Durchführungsmaßnahme der Beihilfe bewirken. Zwar resultiert daraus nicht automatisch die Abschöpfung des aus dem Kredit erlangten finanziellen Vorteils bei dem Kreditnehmer, jedoch ist die Nichtigkeit des Garantievertrags die einzige Möglichkeit, die durch die Beihilfe eingetretenen Folgen – und zwar kondiktionsrechtlich – soweit wie möglich zu beseitigen. Zu denken wäre dabei auch an eine kondiktionsrechtlich rückabzuwickelnde Ersparnis der kreditgewährenden Bank in Bezug auf eine geringere Eigenkapitalunterlegung der Darlehensgewährung aufgrund der staatlichen Garantie.

Eine weitere (teilweise) Aufrechterhaltung des Garantievertrags würde zudem dazu führen, dass das durch die Garantie angestrebte Vertragsziel – die Absicherung des Kredits – weitgehend aufrechterhalten bliebe; der beihilfenrechtswidrige Zustand würde so perpetuiert.⁵⁸ Dies würde zu dem falschen Anreizeffekt führen, nicht ausreichend geprüfte, staatlich abgesicherte Kredite zu finanzieren, da der Ausfall des Kreditnehmers wirtschaftlich allein die öffentliche Hand trafe. Dementsprechend weist die Kommission darauf hin, dass „Kreditgeber [...] ein Interesse daran haben [können], sich grundsätzlich zur Vorsicht zu vergewissern, dass bei der Gewährung von Garantien die Vorschriften der Gemeinschaft über staatliche Beihilfen beachtet werden“.⁵⁹ Regelmäßig wurde zudem eine vertragliche Verknüpfung zwischen Kreditvertrag und Garantie vereinbart, die bei Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Garantievertrags den Kreditgeber zur außerordentlichen Kündigung der Kredits berechtigt.⁶⁰ Darüber hinaus resultiert nach einer Ansicht im Falle des Fehlens einer solchen Vereinbarung die Zulässig-

51 Karpenstein/Klein, in: MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 49), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 74.

52 Karpenstein/Klein, in: MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 49), Anh. zu Art. 14 VerfVO, (Fn. 49), Rn. 53.

53 In diesem Sinne GA Kokott, Schlussanträge Rs. C-275/10 (Fn. 38), Rn. 57 ff.; Bartosch, EuZW 2001, 656.

54 Karpenstein/Klein, in: MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 49), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 49.

55 Habersack, in: MüKo zum BGB, 6. Auf. 2013, Vorbemerkung zu § 765–§ 778, Rn. 16, § 765, Rn. 2; Sprau, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, Einf. v. § 765, Rn. 1, 16.

56 Bürgschaftsmitteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.2.

57 Bürgschaftsmitteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.2.

58 Soltész, EuZW 2011, 489 f.

59 Bürgschaftsmitteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.2.

60 Karpenstein/Klein, in: MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 49), Anh. zu Art. 14 VerfVO, Rn. 73.

keit einer außerordentlichen Kündigung aus dem sog. *Factortame*-Grundsatz^{61, 62}

Demnach muss, um in bestmöglicher Weise die Wettbewerbsverzerrungen beseitigen zu können, die Gesamtnichtigkeit der Garantiezusage als auch des Garantievertrags zugrunde gelegt werden.

Ist der Kreditgeber selbst durch den Garantievertrag beihilfenrechtswidrig begünstigt, ist eine Teilnichtigkeit verbunden mit einem nachträglichen Differenzausgleich vollkommen ungeeignet, die entstandenen Wettbewerbsverzerrungen effektiv zu beseitigen. Die Wettbewerbsverzerrungen, die durch die stärkere Absicherung des Kredits eintreten, können ausschließlich durch den Entzug der Absicherung beseitigt werden. Würde entsprechend der kaufvertraglichen Teilnichtigkeitslösung durch einen nachträglichen Differenzausgleich lediglich ein Teil der Absicherung wegfallen, würde die durch die Garantie bezweckte beihilfenrechtswidrige Risikoverlagerung auf die öffentliche Hand aufrechterhalten. Geeignet, die Beseitigung des beihilfenrechtswidrigen Vorteils – die Absicherung des Kredits – zu erreichen, ist daher allein die Gesamtnichtigkeit des Garantievertrags.⁶³ Eine Differenzausgleichszahlung nach einer Teilnichtigkeit des Garantievertrags würde, wenn aufgrund des hohen Ausfallrisikos des Kreditnehmers der Wert der Sicherheit nahezu dem Wert der Garantiesumme entspricht, im Ergebnis ohnehin dazu führen, dass – unabhängig von der Inanspruchnahme der Garantie – der Kreditgeber an die öffentliche Hand den Differenzbetrag zwischen der gesamten Garantiesumme und bereits geleisteten Zahlungen leisten müsste.⁶⁴

Daher ist auch unter Zugrundelegung des „Beseitigungsmaßstabs“ des BGH regelmäßig sowohl von einer Gesamtnichtigkeit der Garantiezusage als auch des Garantievertrags auszugehen.

b) ... in Anwendung der „Residex-Maßstäbe“ des EuGH

Die hier vertretene Ansicht wird durch das Urteil des EuGH vom 8. 12. 2011 in der Rechtssache C-275/10⁶⁵ bestätigt. Der EuGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, welche Maßnahmen ein mitgliedstaatliches Gericht im Falle von gegen das Durchführungsverbot verstoßenden staatlichen Garantien ergreifen darf und muss, um eine mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Situation wiederherzustellen.

Der EuGH stellt in seinem Urteil heraus, dass die nationalen Gerichte bei einem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV alle Maßnahmen ergreifen müssen, die zur Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Beihilfegewährung führen.⁶⁶ Eine unionsrechtliche Vorgabe, dass die Wiederherstellung dieses *Status quo ante* allein durch die Nichtigkeit des gesamten beihilfeinfizierten Rechtsgeschäfts erreicht werden könne, bestehe zwar nicht.⁶⁷ Insbesondere, wenn „eine rechtswidrige Beihilfe durch eine Bürgschaft durchgeführt worden ist, die eine staatliche Stelle zur Deckung eines Darlehens eines Finanzunternehmens an ein Unternehmen übernommen hat, dem diese Finanzmittel unter normalen Marktbedingungen nicht zugänglich gewesen wären“⁶⁸, seien die nationalen Gerichte jedoch befugt, diese für nichtig zu erklären. „Bei der Ausübung dieser Befugnis sind die Gerichte verpflichtet, die Rückforderung der Beihilfe sicherzustellen, und sie können zu diesem Zweck die Bürgschaft insbesondere dann für nichtig erklären, wenn mangels weniger einschneidender Verfahrensmaßnahmen die Nichtigerklärung die Wiederherstellung der Wettbewerbslage

vor der Gewährung dieser Bürgschaft herbeiführen oder erleichtern kann.“⁶⁹

Die Anforderungen, die der EuGH tatsächlich an die Konsequenzen stellt, die auf nationaler Ebene an einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot geknüpft werden müssen, gehen demnach über das hinaus, was der BGH in seinem Urteil vom 5. 12. 2012 annahm. Die Wiederherstellung des *Status quo ante* fokussiert nämlich nicht nur die Beseitigung der unmittelbar erlangten finanziellen Vorteile des Beihilfeempfängers, sondern erfasst auch die effektive Beseitigung aller erheblichen – auch kollateralen – Störungen des Wettbewerbs, die durch die Beihilfe auf relevanten Märkten, gegebenenfalls auch auf diesen nachgelagerten oder benachbarten Märkten, entstanden sind.⁷⁰

Unter Zugrundelegung der Maßstäbe des EuGH zur „Wiederherstellung der Wettbewerbslage“ ergibt sich für die durch nationale Gerichte zwingend zu ergreifenden Maßnahmen bei gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Garantien der öffentlichen Hand Folgendes:

Sofern der beihilfebegünstigte Kreditnehmer ohne die staatliche Garantie keinen Kredit am Markt erhalten hätte, sind die eingetretenen Wettbewerbsverzerrungen – unabhängig von einer beihilfenrechtswidrigen Begünstigung des Kreditgebers – so weitreichend, dass die Wiederherstellung der Wettbewerbslage *quo ante* unmöglich ist. Die Wettbewerbslage *quo ante* würde nicht nur im Zustand des Fehlens der Garantiezusage bestehen, die ihrerseits erst die rechtliche *causa* des Garantievertrags ist, der seinerseits die (wirtschaftliche) *conditio* der Krediterteilung bildet. Vielmehr liegt der gebotene *Status quo ante* in dem Nichtbestehen aller auf der Garantiezusage beruhenden Geschäfte und deren wettbewerbsrelevanten Folgewirkungen. Um die Wiederherstellung der Wettbewerbslage *quo ante* zu erreichen, müsste regelmäßig der vom Kreditnehmer erhaltene Kredit zuzüglich Zinsen vollständig abgeschöpft werden. Die einzige – aus Sicht des unionsrechtlichen *effet utile* – praktikable Handlungsmöglichkeit, weitestgehend die Wettbewerbslage *quo ante* wiederherzustellen, ist daher auch die Beseitigung der Durchführung der Beihilfe, nämlich des Garantievertrags. Dies lässt sich wirksam nur unter der Annahme der Nichtigkeit des Garantievertrags erreichen.

In dem zugrunde liegenden Urteil hat der EuGH durch seine Entscheidung, die Befugnisse nationaler Gerichte dahin gehend zu stärken, auch den Garantievertrag für nichtig zu erklären, zu verstehen gegeben, dass die Nichtigerklärung des Garantievertrags ein geeignetes Mittel zur Wiederherstellung des Wettbewerbsstatus *quo ante* ist.

Ist der Kreditgeber selbst als Beihilfeempfänger zu qualifizieren, ist die Wettbewerbslage *quo ante* schlicht im dem fehlenden Abschluss eines Garantievertrags der öffentlichen Hand

61 EuGH, 19. 6. 1990 – Rs. C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433, RIW 1991, 519, Rn. 20 ff.

62 *Bartosch*, EuZW 2001, 655.

63 I. E. auch GA Kokott, Schlussanträge Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 38), Rn. 83.

64 GA Kokott, Schlussanträge Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 38), Rn. 84; Bürgschaftsmittelteilung (Fn. 22), Nr. 2.1.

65 EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 24).

66 EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 24), Rn. 29, 44 ff.

67 EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 24), Rn. 49.

68 EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 24), Rn. 49.

69 EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 24), Rn. 49.

70 So stellt der EuGH auf die Wiederherstellung der „Wettbewerbslage vor der Gewährung der fraglichen Beihilfe ab“, EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV* (Fn. 24), Rn. 45.

mit dem Kreditgeber zu sehen. Eine Teilnichtigkeit, verbunden mit einer ex tunc wirkenden marktconformen Anpassung der Vertragskonditionen, würde nicht dazu führen, dass die nach den Vorgaben des EuGH notwendige Wiederherstellung der Wettbewerbslage *quo ante* unter den zur Verfügung stehenden Mitteln bestmöglich erreicht würde. Denn derjenige Umstand, der erst zu einer Veränderung der ursprünglichen Wettbewerbssituation führte – die Absicherung des Kreditgebers durch den staatlichen Garantien – würde gerade aufrechterhalten. Um den EU-beihilferechtskonformen Status *quo ante* wiederherzustellen, muss daher mangels weniger einschneidender, gleich wirksamer Maßnahmen die Gesamtnichtigkeit des Garantievertrags angenommen werden.⁷¹

3. Verhältnismäßigkeit der Nichtigkeitsfolge

Nach dem BGH gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Nichtigkeitsfolge auf den nach Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes erforderlichen Umfang zu beschränken sei.⁷² Das habe auch bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot Bedeutung.⁷³ „So kann sich ein Verdacht auf Beihilfen bei Projekten, die die öffentliche Hand mit privaten Partnern verwirklicht, erst nach vielen Jahren ergeben. Es würde oft zu unangemessenen Härten führen, wenn solche Projekte dann noch zwingend vollständig rückabgewickelt werden müssten [...]. Es wird auch nicht immer aus Sicht des privaten Partners Anlass bestehen, sich über mögliche Beihilfeelemente in einem mit der öffentlichen Hand abgeschlossenen Austauschvertrag bereits vor Vertragsschluss Gedanken zu machen.“⁷⁴

Die Berücksichtigung des Vertrauensschutzes im Gewand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes würde bereits gegen den in ständiger Rechtsprechung des EuGH betonten Grundsatz verstoßen, wonach kein berechtigtes Vertrauen bestehen kann, wenn das Durchführungsverbot nicht eingehalten wurde.⁷⁵ Der Beihilfeempfänger ist stets gehalten, sich zu vergewissern, ob das Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV eingehalten wurde.⁷⁶ Diese Obliegenheit hängt nach der Rechtsprechung des EuGH selbst dann nicht vom Verhalten der beihilfegewährenden staatlichen Stelle ab, „wenn diese für die Rechtswidrigkeit des [beihilfegewährenden] Bescheids in einem solchen Maße verantwortlich war, dass die Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint“.⁷⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint der Ansatz des BGH unionsrechtlich bedenklich, wenn er in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpackte Vertrauensschutzerwägungen im Rahmen der Durchsetzung des Beihilferechts berücksichtigt.

Auch für den Kreditgeber, der selbst zwar keine beihilferechtswidrige Begünstigung erhält, jedoch in einem erheblichen Maße an der Durchführung der rechtswidrigen Beihilfe mitwirkt, muss ein ähnlich strenger Maßstab an die ausnahmsweise Berücksichtigung von Vertrauensschutzerwägungen gelten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer dieselben Möglichkeiten eröffnet sind, sich über die Beihilferechtskonformität der Garantiezusage zu vergewissern; beide haben die verlässliche Möglichkeit, sich im Amtsblatt der Kommission *online* über die Genehmigung der Beihilfe zu informieren. Dementsprechend rät auch die Kommission den Kreditgebern, sich über die Beihilferechtskonformität von Garantiezusagen zu vergewissern.⁷⁸ Daher können nur im Ausnahmefall trotz der transparenten *online* gestützten Amtsblattquelle Vertrauensschutzerwägungen zugunsten des Kreditgebers in Betracht kommen.

Darüber hinaus könnte der unionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Erforderlichkeit) dann zugunsten des selbst nicht beihilfebegünstigten Kreditgebers greifen, wenn die Interessenabwägung zwischen der effektiven Durchsetzung des Beihilferechts und dem Interesse des Kreditgebers an dem Bestand des Garantievertrags im – von den nationalen (Tatsachen-)Gerichten zu entscheidenden – Einzelfall zu dem Ergebnis führt, dass die „Wiederherstellung der Wettbewerbslage“ im Sinne der Residex-Maßstäbe nicht die Unwirksamkeit des Garantievertrags im Rechtsverhältnis zu dem Kreditgeber erfordert.

In die Abwägung einzustellen wäre, dass der Fortbestand des Garantievertrags bewirken könnte, dass der Kreditgeber weitgehend aus seiner Verantwortung entlassen würde, sich über die Beihilferechtskonformität der Garantiezusage im Valutaverhältnis zu vergewissern, welche die *causa* für seinen Garantievertrag bildet. Dies führte zu einer falschen, teleologisch beihilferechtswidrigen Anreizsetzung für den Kreditgeber, die Risikoprüfung marktwidrig zu vernachlässigen. Aufgrund der Versagung der Möglichkeit, das Ausfallrisiko auf die öffentliche Hand zu verlagern, bewirkt die Annahme der Gesamtnichtigkeit des Garantievertrags hingegen, dass bankseitig eine gewissenhaftere Prüfung der Beihilferechtskonformität der komplexen Rechtsverhältnisse und der diesen zugrunde liegenden Investitionsparameter stattfinden würde. Nach dem Leitmotiv der Bürgschaftsmitteilung ist das Kreditinstitut mit seinen Risikoprüfungsobliegenheiten unmissverständlich als Marktagent auch in Bezug auf die Tragfähigkeit von risikoreichen Forderungsabsicherungen durch die öffentliche Hand eingeschaltet. Dies wird insbesondere durch die 80/20-Regel der Bürgschaftsmitteilung sichergestellt, wonach Garantien der öffentlichen Hand höchstens 80% des ausstehenden Kreditbetrags oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung umfassen sollen.⁷⁹ Das Tilgungsrisiko der restlichen 20% soll bei dem Kreditinstitut bleiben, damit sichergestellt wird, dass dieses eine ordentliche bankbetriebswirtschaftliche Kreditausfallrisikoprüfung durchführt. Dies verdeutlicht, dass auch für Verhältnismäßigkeitsabwägungen im Falle des Unterlassens einer marktüblichen Risikoausfallprüfung durch das (selbst nicht beihilfebegünstigte) Kreditinstitut kaum Raum bleibt.

III. Fazit

Die in dem Urteil des BGH vom 5. 12. 2012 – I ZR 92/11 für rein bilaterale Kaufverträge entwickelte Teilnichtigkeitslösung und die daran anknüpfende Vertragsanpassung nach Maßgabe eines nachträglichen Differenzausgleichs ist auf komplexe öffentliche Garantieübernahmen regelmäßig nicht übertragbar.

71 GA Kokott, Schlussanträge Rs. C-275/10, Residex Capital IV (Fn. 38), Rn. 85.

72 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 267, Rn. 50.

73 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 267, Rn. 50.

74 BGH I ZR 92/11 (Fn. 1), BGHZ 196, 267, Rn. 50.

75 EuGH, 14. 9. 1994 – verb. Rs. C-278/92, C-279/92 und C-280/92, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103, Rn. 76; EuGH, 20. 3. 1997 – Rs. C-24/95, Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland, Slg. 1997, I-1519, Rn. 25, 41, 43; EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-91/01, Italien/Kommission, Slg. 2004, I-4355, Rn. 65; EuG, 1. 7. 2010 – Rs. T-62/08, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Kommission, Slg. 2010, II-3229, Rn. 269 f.

76 EuGH Rs. C-24/95, Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland (Fn. 75), Rn. 25, 41 ff.; EuG Rs. T-62/08 (Fn. 75), Rn. 269 f.

77 EuGH Rs. C-24/95, Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland (Fn. 75), Rn. 43.

78 Bürgschaftsmitteilung (Fn. 22), Nr. 2.3.2.

79 Bürgschaftsmitteilung (Fn. 22), Nr. 3.2. lit. c.