

AUFSÄTZE

Wirtschaftliche Auslegung der Bürgschaftsmitteilung!

Seit dem Jahre 2008 werden mitgliedstaatliche Garantien und Sicherheiten für Unternehmen an der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften („Bürgschaftsmitteilung“) gemessen. Zahlreiche mitgliedstaatliche Garantien sind seither entlang dieser Maßgaben gestaltet worden und decken – indes lediglich nominal – 80% des Kreditbetrags (80/20-Verteilung). Der Beitrag legt dar, dass eine solche formale Auslegung der Bürgschaftsmitteilung fehlerhaft ist und welche Anforderungen an mitgliedstaatliche Garantieübernahmen bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu stellen sind.

Deskriptoren: Garantie, Sicherheit, Bürgschaft, Bürgschaftsmitteilung, Begünstigung des Kreditgebers.

Normen: Artikel 107 Abs 1 AEUV, § 134 BGB iVm. Artikel 108 Abs 3 S 3 AEUV.

Von Lucyne Ghazarian und Christian Koenig*

A. Einleitung

Die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften („Bürgschaftsmitteilung“)¹ ist der in der Praxis relevante EU-beihilfenrechtliche Maßstab für die beihilfentatbestandliche Bewertung staatlicher Garantien. Zentral für den Ausschluss der Begünstigung ist nach der Bürgschaftsmitteilung die Einhaltung der sogenannten „80/20“-Verteilung, wonach die staatliche Garantie lediglich 80% des Kreditbetrags absichern darf.² Entgegen der häufig anzutreffenden Vertragspraxis genügt die lediglich nominale Einhaltung der 80/20-Regel nicht, sondern es ist das wirtschaftlich tatsächliche Verbleiben von 20% des Kreditausfallrisikos bei der kreditgebenden Bank erforderlich, wobei diese das Restrisiko anderweitig privat absichern kann.

Denn der von den Parteien oftmals vergessene Sinn und Zweck der 80/20-Regel, nämlich die Begünstigung von

Kreditnehmer und Kreditgeber durch staatlich übersicherte ex-ante gewinnträchtige Kreditgeschäfte zu verhindern, zu denen Wettbewerber unter Marktbedingungen keinen Zugang erhalten hätten, ist bei dessen Auslegung maßgebend.

Die Bürgschaftsmitteilung ist zwar eine nicht rechtsverbindliche „Stellungnahme“ der Europäischen Kommission gemäß Art 288 Abs 5 AEUV, allerdings macht die Kommission in ihr transparent, nach welchen Auslegungs- und Bewertungsmaßstäben sie ihren weiten Beurteilungsspielraum im Rahmen des Beihilfentatbestands ausübt.³

Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH, nach der jede staatliche Maßnahme, die eine Beihilfe darstellen kann, nach Art 108 Abs 3 S 1 AEUV notifizierungspflichtig ist und bis zu einem abschließenden Genehmigungsbeschluss der Europäischen Kommission vom Durchführungsverbot nach Art 108 Abs 3 S 3 AEUV erfasst wird,⁴ betont die Kommission in der Ziffer 3.6. ihrer Bürgschaftsmitteilung, dass diese nicht buchstäblich und abschließend zu verstehen ist und jeder beihilfentatbestandliche Zweifelsfall notifiziert werden sollte.

B. Wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Aufrechterhaltung der Prüf- und Kontrollanreize

Das Leitmotiv aller Erläuterungen und Regelbeispiele der Bürgschaftsmitteilung besteht in der Aufrechterhal-

*) Lucyne Ghazarian ist wissenschaftliche Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor am ZEI.

1 Mitteilung der Kommission, ABl 2008/C 155 vom 20.06.2008.

2 Ziffer 3.2. c) der Bürgschaftsmitteilung: „Die Garantie deckt höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrages oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung; diese Beschränkung gilt nicht für Garantien für Schuldtitel (7).“

3 „Damit leichter beurteilt werden kann, ob eine Maßnahme mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Einklang steht, führt die Kommission in diesem Abschnitt mehrere ausreichende Voraussetzungen dafür auf, dass keine staatliche Beihilfe vorliegt.“ (Ziffer 3.1. der Bürgschaftsmitteilung).

4 EuGH, Urteil vom 21. November 2013, Rs C-284/12, Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, Rz 34–35; Ghazarian, EStAL 2014, 108 (112).

tung eines möglichst hohen Anreizes für das Kreditinstitut, das Kreditengagement einer sorgfältigen Bonitätsprüfung unter (hypothetischen) Marktbedingungen ohne staatliche Garantieübernahme zu unterwerfen. Hierzu soll die 80/20-Regel dienen, dessen Sinn und Zweck in Ziffer 3.2. lit c der Bürgschaftsmitteilung wie folgt beschrieben wird:

„Ist eine finanzielle Verpflichtung vollständig durch eine staatliche Garantie gedeckt, so ist nach Auffassung der Kommission der Anreiz für den Kreditgeber geringer, das mit der Kreditvergabe verbundene Risiko ordnungsgemäß zu bewerten, abzusichern und so gering wie möglich zu halten und insbesondere die Bonität des Kreditnehmers ordnungsgemäß zu prüfen. Eine entsprechende Risikobewertung wird unter Umständen mangels entsprechender Mittel nicht in allen Fällen vom staatlichen Garanten übernommen. **Aufgrund dieses fehlenden Anreizes, das Risiko des Kreditausfalls so gering wie möglich zu halten, sind Kreditgeber unter Umständen eher dazu bereit, Kredite mit einem höheren als dem marktüblichen Risiko zu vergeben, was dazu führen kann, dass sich der Anteil der laufenden staatlichen Garantien mit hohem Risiko erhöht.**“⁵

I. Zwei Prüfungsschritte der 80/20-Regel

Um die Prüf- und Kontrollanreize des Kreditinstitutes aufrechtzuerhalten, darf eine staatliche Garantie nach der Bürgschaftsmitteilung in einer ersten Voraussetzung höchstens 80 % des ausstehenden Kreditbetrags decken:

„Damit gewährleistet ist, dass der Kreditgeber wirklich einen Anreiz hat, das mit dem Kreditgeschäft verbundene Risiko ordnungsgemäß zu bewerten, abzusichern und zu minimieren und insbesondere die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers ordnungsgemäß zu prüfen, sollten nach Auffassung der Kommission mindestens 20 % des Betrags nicht staatlich garantiert werden.“⁶

Die 80/20-Regel darf allerdings nicht formal verstanden werden, sondern verlangt, dass *tatsächlich*, also bei *wirtschaftlicher Betrachtung*, maximal 80 % des Kreditausfallrisikos durch die staatliche Garantie getragen werden respektive wirtschaftlich mindestens 20 % des Kreditausfallrisikos vom Kreditinstitut getragen oder privat abgesichert werden.

„Damit gewährleistet ist, dass der Kreditgeber **tatsächlich** einen Teil des Risikos trägt, müssen die bei-

den folgenden Aspekte berücksichtigt werden: [...]“⁷

Die Valutabetrachtung, also ob maximal 80 % des Kreditbetrags staatlich besichert werden, ist lediglich der erste Schritt jeder beihilfentatbestandlichen Bewertung einer staatlichen Garantie. Für die Bürgschaftsmitteilung ist maßgeblich, ob die staatliche Garantie *wirklich* Prüf- und Kontrollanreize des Kreditinstituts belässt.

„Damit gewährleistet ist, dass der Kreditgeber **wirklich einen Anreiz hat**, das mit dem Kreditgeschäft verbundene Risiko ordnungsgemäß zu bewerten, abzusichern und zu minimieren und insbesondere die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers ordnungsgemäß zu prüfen, sollten nach Auffassung der Kommission mindestens 20 % des Betrags nicht staatlich garantiert werden.“⁸

Nur wenn das Kreditinstitut die Risiken eines Kreditengagements zu einem nicht unerheblichen Teil trägt und nicht durch eine marktunübliche staatliche Garantie auf den Mitgliedstaat abwälzen kann, bleiben diese Anreize erhalten.

In einem nächsten Schritt muss deshalb die Sicherheitenstruktur daraufhin untersucht werden, ob das Kreditinstitut tatsächlich Kreditausfallrisiken in einer die Prüf- und Kontrollanreize bewahrenden Höhe trägt.

II. Kumulative Betrachtung der Sicherheiten

Der 80/20-Regel wird nicht durch eine nominale Begrenzung jeder einzelnen Sicherheit auf 80 % des zu sichernden Kreditbetrags genügt. Vielmehr muss der Kreditgeber *tatsächlich*, also bei *wirtschaftlicher Betrachtung*, mindestens 20 % des Kreditausfallrisikos tragen oder dieses anderweitig privat absichern.

Mithin darf sich auch aus einer Kumulation nominal begrenzter staatlicher Sicherheiten keine Absicherung des Kreditausfallrisikos durch den Mitgliedstaat von mehr als 80 % ergeben. Aus der Kumulation einzelner nominal begrenzter Sicherheiten kann sich nämlich im Ergebnis eine beihilfenrechtswidrige staatliche Übersicherung ergeben.

Eine kumulative Betrachtung der Sicherheiten wird auch zum Beispiel im Rahmen des § 138 BGB im Falle sittenwidriger Übersicherungen vorgenommen. Dort wird die Übersicherung nicht ausgeschlossen, weil jede einzelne Sicherheit unter den in der Rechtsprechung des BGH entwickelten Schwellenwerten liegt, sondern die

⁵ Hervorhebung durch Verfasser.

⁶ Ziffer 4.1. c) der Bürgschaftsmitteilung, Hervorhebung durch Verfasser.

⁷ Ziffer 3.2. c) der Bürgschaftsmitteilung, Hervorhebung durch Verfasser.

⁸ Ziffer 4.1. der Bürgschaftsmitteilung, Hervorhebung durch Verfasser.

Sicherheiten werden kumulativ betrachtet und bewertet.⁹

III. Anteilige Verteilung der Verlustrisiken und Verwertungserlöse

Um die Prüf- und Kontrollanreize des Kreditinstituts aufrechtzuerhalten, müssen nach der Bürgschaftsmittelteilung die Verlustrisiken und Verwertungserlöse in einem Verwertungsfall anteilig und nicht zulasten des Mitgliedstaats verteilt werden und, wenn sich die finanzielle Verpflichtung mit der Zeit verringert, der staatlich garantierte Betrag herabgesetzt werden. Diese Pflichten belegen die notwendigerweise wirtschaftliche Betrachtung der Kreditausfallrisiken.

Nur so verbleibt ein *tatsächliches* wirtschaftliches Kreditausfallrisiko beim Kreditinstitut:

„Damit gewährleistet ist, dass der Kreditgeber **tatsächlich** einen Teil des Risikos trägt, müssen die beiden folgenden Aspekte berücksichtigt werden:

- wenn sich der Umfang des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung mit der Zeit verringert, weil beispielsweise mit der Rückzahlung des Kredits begonnen wird, muss der garantierte Betrag entsprechend herabgesetzt werden, damit die Garantie zu keinem Zeitpunkt mehr als 80 % des ausstehenden Kreditbetrags oder der ausstehenden finanziellen Verpflichtung deckt,
- Verluste müssen anteilig in der gleichen Weise vom Kreditgeber und vom Garanten getragen werden. Ebenso müssen Netto-Verwertungserlöse (d. h. Erlöse abzüglich der Bearbeitungskosten), die von der Verwertung von durch den Kreditnehmer gestellten Sicherheiten herrühren, anteilig zur Deckung der Verluste des Kreditgebers und des Garanten verwendet werden. Bei Garantien, bei denen etwaige Verluste zunächst dem Garanten und erst dann dem Kreditgeber zugewiesen werden, wird davon ausgegangen, dass sie ein Beihilfeelement enthalten können.“¹⁰

Die Verlustrisiken sind nach dem Verständnis der Bürgschaftsmittelteilung anteilig zu verteilen, was bedeutet, dass die Netto-Verwertungserlöse der Sicherheiten im Verwertungsfall anteilig verteilt werden müssen und nicht vorrangig zur Deckung der Verluste des Kreditgebers vorgesehen sein dürfen. Ansonsten trägt der staatliche Garantiegeber ein ungleich höheres Verlustrisiko.

Die Bürgschaftsmittelteilung vermutet für den Fall – also wenn Verlustrisiken vorrangig dem Garanten zugewiesen werden – ein Beihilfeelement der staatlichen Garantie:

„Bei Garantien, bei denen etwaige Verluste zunächst dem Garanten und erst dann dem Kreditgeber zugewiesen werden, wird davon ausgegangen, dass sie ein Beihilfeelement enthalten können.“¹¹

Eine staatliche Garantie in Verbindung mit einer *vorrangigen Befriedigung des Kreditgebers vor dem staatlichen Garanten* führt zu einer tatsächlich höheren Risikotragung des staatlichen Garanten als 80 % aufgrund der ungleichmäßigen Verteilung der Verlustrisiken und somit zu einer Verletzung der 80/20-Regel der Bürgschaftsmittelteilung.

Eine derartige (ungleichmäßige) Verteilung kann zum Beispiel durch eine vertragliche Regelung erzielt werden, die eine vorrangige Befriedigung des Kreditgebers durch die Verwertungserlöse der vom Kreditnehmer gestellten Sicherheiten vorsieht oder durch den Rangrücktritt des staatlichen Garantiegebers bei Grundpfandrechten hinter den Kreditgeber.

Die gleichmäßige Verteilung der Verlustrisiken ist maßgeblich für die Erhaltung der Prüf- und Kontrollanreize, weil eine nicht anteilige Verteilung von Kreditausfallrisiken *wirtschaftlich* einer Absicherung von mehr als 80 % gleichstehen kann. Steht – bei nominaler Einhaltung der 80/20-Regel – für den Verwertungsfall fest, dass die Verwertungserlöse von sonstigen (werthaltigen) Sicherheiten die Verluste des Kreditgebers vorrangig kompensieren werden, verbleibt für den Kreditgeber wirtschaftlich kein Risiko von mindestens 20 % des Kreditbetrags. Denn bei einer ungleichmäßigen Verteilung von Verlustrisiken zulasten des staatlichen Garanten durch eine vorrangige Befriedigung des Kreditgebers, trägt der Kreditgeber wirtschaftlich nicht 20 % des Kreditausfallrisikos.

Die zur Aufrechterhaltung der Prüf- und Kontrollanreize erforderliche Risikotragung des Kreditinstituts ist in einem solchen Fall *tatsächlich*, also bei *wirtschaftlicher Betrachtung* – ungeachtet der nominalen Einhaltung der 80/20-Regel – nicht gegeben. Die nominale Einhaltung der 80/20-Regel im Verhältnis zu dem vereinbarten Kreditbetrag bei Vertragsschluss genügt nicht, um den Beihilfentatbestand auszuschließen, sondern die tatsächliche Risikotragung durch das Kreditinstitut *während des gesamten Kreditengagements* in einer die Prüf- und Kontrollanreize bewahrenden Höhe.

⁹ *Armbrüster*, Münchener Kommentar, § 138, Rn 101 ff; *Ganter*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, 4. Auflage 2011, § 90, Rn 163.

¹⁰ Ziffer 3.2. c) der Bürgschaftsmittelteilung.

¹¹ *Ebenda*.

C. Begünstigung des Dritten – des Kreditinstituts

Wenn auch die Begünstigung des Kreditgebers nicht den Regelfall darstellt, so ist diese aber möglich und in jedem Einzelfall zu prüfen.

Der Bürgschaftsmitteilung lässt sich ausdrücklich entnehmen, dass jede staatliche Garantie auf ihre Begünstigungswirkung zu Gunsten des Kreditgebers zu prüfen ist:

„Garantien unterscheiden sich insofern von anderen staatlichen Beihilfen wie Zuschüssen und Steuerbefreiungen, als der Staat bei einer Garantie auch mit dem Kreditgeber in ein Rechtsverhältnis tritt. Daher sind die möglichen Folgen rechtswidrig gewährter staatlicher Beihilfen für Dritte zu prüfen. Bei staatlichen Kreditgarantien betrifft dies hauptsächlich die kreditgebenden Finanzinstitute.“¹²

Die in Ziffer 2.3.1. der Bürgschaftsmitteilung aufgezählten Beispiele einer Begünstigung des Kreditinstituts sind nicht abschließend, sondern lediglich *offene* Regelbeispiele.¹³

Hier zeigt sich der Stellenwert der Bürgschaftsmitteilung als wirtschaftlich geprägter Auslegungsmaßstab, der zur Ausfüllung des seitens der Unionsgerichte gegenüber der Europäischen Kommission eingeräumten Beurteilungsspielraums in Bezug auf die Begünstigungswirkung heranzuziehen ist:

„Der Gerichtshof hat in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt, dass sich die Kommission bei der Prüfung der Frage, ob eine Garantie oder eine Garantieregelung einen Vorteil verschafft, auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stützen muss.“¹⁴

Für die Annahme einer Begünstigung des Kreditinstituts spricht, wenn das Kreditengagement nach einer sorgfältigen Bonitätsprüfung unter Marktbedingungen nicht zustande gekommen wäre, sondern erst aufgrund der

marktunüblichen staatlichen Garantiebeihilfe ermöglicht wurde. Der beihilfenrechtswidrige Wettbewerbsvorteil für das Kreditinstitut liegt in diesem Fall in dem Abschluss eines für das Kreditinstitut risikofreien (-reduzierten), nach den Auslegungsmaßstäben der Bürgschaftsmitteilung *übersicherten* und damit marktunüblich gewinnträchtigen Kreditgeschäftes, zu dem andere Kreditinstitute wettbewerbskonform keinen Zugang hatten.

Sinn und Zweck der Bürgschaftsmitteilung und der darin aufgeführten Anforderungen an staatliche Garantien ist es gerade, den Abschluss hochriskanter Kreditengagements zu verhindern, die ein marktwirtschaftlich handelndes Kreditinstitut ohne eine staatliche Garantie nicht abschließen würde.

Die Bürgschaftsmitteilung adressiert diese wettbewerbsverzerrenden Beihilfenbegünstigungen von Kreditinstituten:

„Aufgrund dieses fehlenden Anreizes, das Risiko des Kreditausfalls so gering wie möglich zu halten, sind Kreditgeber unter Umständen eher dazu bereit, Kredite mit einem höheren als dem marktüblichen Risiko zu vergeben, was dazu führen kann, dass sich der Anteil der laufenden staatlichen Garantien mit hohem Risiko erhöht.“¹⁵

Das Ziel der Aufrechterhaltung eines möglichst hohen Anreizes für das Kreditinstitut, das Kreditengagement einer sorgfältigen Bonitätsprüfung unter (hypothetischen) Marktbedingungen ohne staatliche Garantieübernahme zu unterwerfen, erfordert in einem solchen Fall, dass auch die staatliche Garantie gemäß § 134 BGB iVm Art 108 Abs 3 S 3 AEUV grundsätzlich nichtig sein muss.¹⁶

Der EuGH befürwortet die Nichtigkeit des Garantievertrags, wenn die

„Nichtigerklärung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falles die Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Gewährung dieser Bürgschaft herbeiführen oder erleichtern kann.“¹⁷

D. Zusammenfassung

Die Abwälzung einer tatsächlich höheren Risikotragung als 80 %, etwa aufgrund der ungleichmäßigen Verteilung der Verlustrisiken, auf den staatlichen Garanten negiert vollständig die intendierte Anreizwirkung der Bürgschaftsmitteilung. Das EU-Beihilfenrecht verlangt, dass eine finanzielle Verpflichtung nur so begrenzt von

12 Ziffer 2.3.2. der Bürgschaftsmitteilung.

13 „Auch wenn die Beihilfe für gewöhnlich den Kreditnehmer begünstigt, ist nicht auszuschließen, dass sie unter bestimmten Umständen auch unmittelbar dem Kreditgeber zugute kommt. 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 zurückzahlen, kann die Garantie auch eine Beihilfe für den Kreditgeber darstellen, da die Kredite stärker gesichert werden. Umfasst die Garantie eine Beihilfe für den Kreditgeber, so ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer solchen Beihilfe grundsätzlich um eine Betriebsbeihilfe handeln könnte.“ Ziffer 2.3.1. der Bürgschaftsmitteilung, Hervorhebung durch Verfasser.

14 Ziffer 3.1. der Bürgschaftsmitteilung.

15 Ziffer 3.2. c) der Bürgschaftsmitteilung.

16 Soltész, WM 2012, 923 (926).

17 EuGH, Urteil vom 08.12.2011, Rs C-275/10 – *Residex*.

einer staatlichen Garantie gedeckt wird, dass der wirksame Anreiz für den Kreditgeber besteht, das mit der Kreditvergabe verbundene Risiko ordnungsgemäß zu bewerten, abzusichern und so gering wie möglich zu halten und insbesondere die Bonität des Kreditnehmers ordnungsgemäß zu prüfen (vgl Ziffer 3.2. lit c der Bürgschaftsmittelteilung).

Kreditgeber und Kreditnehmer sollten sich also davor hüten, staatliche Sicherheiten pauschal auf 80 % des Kreditbetrags zu beschränken ohne die Bonität des Kreditnehmers, die tatsächliche Verteilung der Kreditaus-

fallrisiken des Kreditengagements im Verwertungsfall und die Marktüblichkeit der Darlehenskonditionen und Avalprovisionen sorgfältig zu prüfen. Die Bürgschaftsmittelteilung – insbesondere die 80/20-Regel – muss wirtschaftlich ausgelegt werden und ein tatsächliches Kreditausfallrisiko beim Kreditgeber verbleiben. Anderenfalls kann die vorrangige Befriedigung des Kreditgebers im Verwertungsfall unter Zustimmung des staatlichen Garantiegebers plötzlich zur Nichtigkeit des gesamten Kreditengagements und insbesondere auch des Garantievertrags werden.