

Beate Förtsch, Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Universität Bonn*

Forfaitierungsgeschäfte bei gleichzeitigem Einrede- und Einwendungsverzicht eines öffentlichen Schuldners – ein Beihilfentatbestand!

Die Forfaitierung von Forderungen gegen einen staatlichen Schuldner ist ein verbreitetes Instrument, um die Umschuldung von Unternehmen zu finanzieren, die im öffentlichen Interesse stehende Dienstleistungen erbringen. Überwiegend verlangt das finanzierende Kreditinstitut als Bedingung für den „Erwerb“ der Forderungen einen umfassenden Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners. Ein solcher Einrede- und Einwendungsverzicht verändert regelmäßig nicht nur den rechtlichen Charakter des gesamten Rechtsgeschäfts von einer Forfaitierung zu einer kreditähnlichen Vorfinanzierung der künftigen Entgeltforderungen des umzuschuldenden Unternehmens gegen den staatlichen Schuldner. Vielmehr handelt es sich bei dem Einrede- und Einwendungsverzicht grundsätzlich um eine staatliche Garantie i. S. der Bürgschaftsmittelteilung, die im Hinblick auf die Beurteilung, ob es sich um eine staatliche Beihilfe i. S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV für das umzuschuldende Unternehmen und/oder das Kreditinstitut handelt, an der Bürgschaftsmittelteilung zu messen ist. Da nach neuerer EuGH-Rechtsprechung nunmehr jeder beihilfenrechtliche Zweifelsfall notifizierungspflichtig ist und dementsprechend auch vom Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfasst ist, müssen derartige Rechtsgeschäfte grundsätzlich der Kommission angezeigt werden. Andernfalls droht die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit des Einrede- und Einwendungsverzichts nach § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.

I. Der Einrede- und Einwendungsverzicht staatlicher Schuldner ist grundsätzlich eine Garantie i. S. der Bürgschaftsmittelteilung der Kommission ...

Die Bürgschaftsmittelteilung¹ als selbst nicht rechtsverbindliche „Stellungnahme“ der Europäischen Kommission (Art. 288 Abs. 5 AEUV), den anzulegen sich die Kommission selbst verpflichtet hat, gilt nicht nur für jegliche staatliche Haftungsverpflichtungen, die sich auf Kredite beziehen.

„(...) Sie finde(t) vielmehr auf alle Garantien Anwendung, bei denen es zu einer ähnlichen Risikoobertragung kommt, wie beispielsweise im Falle einer Kapitalinvestition, sofern das maß-

gebliche Risikoprofil (ggf. einschließlich einer mangelnden Besicherung) berücksichtigt wird.“ (Ziff. 1.3. der Bürgschaftsmittelteilung)

Selbstverständlich ist dabei aufgrund der nach der Bürgschaftsmittelteilung anzulegenden rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht relevant, ob die staatliche Garantie vertragliche Primär- oder Sekundäransprüche absichert.² Entscheidend für die Anwendbarkeit der Bürgschaftsmittelteilung ist allein die zumindest garantieähnliche Risikoobertragung auf die öffentliche Hand im Hinblick auf ein zumindest kreditähnliches Rechtsgeschäft.

Für die Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts als Forfaitierung, d. h. als Forderungskaufvertrag, ist die alleinige Übernahme des Bonitätsrisikos des Forderungsschuldners durch das erwerbende Kreditinstitut erforderlich.³ Das bedeutet, dass das die Forderungen erwerbende Kreditinstitut (Forfaiteur) ohne Regressmöglichkeit (*à forfait*) das Erfüllungsrisiko der erworbenen Forderungen übernimmt und die Haftung des Veräußerers (Forfaitist) allein auf die Verität der Forderungen beschränkt bleibt.⁴

„Dafür ist es erforderlich, dass das Risiko der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Forderung (Bonitätsrisiko) auf den Erwerber übergeht, insoweit also keine Möglichkeit des Regresses besteht (...). Denn nach den Regeln des Kaufrechts haftet der Verkäufer lediglich für den rechtlichen Bestand oder das künftige Entstehen (Verität) der verkauften Forderung. Verbleibt hingegen das Bonitätsrisiko (damit die Delkrederhaftung) hinsichtlich der abgetretenen Forderungen (teilweise) beim Verkäufer, liegt eine sog. unechte Forfaitierung vor. Die Zahlung des „Kaufpreises“ stellt dann eine bloße Vorfinanzierung der Forderung dar, deren Abtretung nur erfüllungshalber erfolgt (§ 364 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB –). In diesem Fall liegt ein Darlehensverhältnis vor (...).“⁵

* Beate Förtsch ist Wissenschaftliche Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor am ZEI. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

1 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABIEG C 155 vom 20. 6. 2008, S. 10.

2 Ziff. 3.1 der Bürgschaftsmittelteilung.

3 Roth, in: MüKo zum BGB, 6. Auflage 2012, § 398, Rn. 189; Wittig, in: Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 1. Teil, Rn. 37; Bauer/Seeger, in: Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 13. Teil, Rn. 251 ff.

4 Martinek, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage 2011, § 103. Das Forfaitinggeschäft, Rn. 14 f.

5 BFH, 2. 3. 2010 – I R 44/09 (NV), Rn. 19, m. w. N.

Bereits der Umstand, dass der staatliche Schuldner der abzutretenden Forderungen regelmäßig nicht insolvenzfähig ist,⁶ gibt Anlass dazu, die vollständige Übernahme des Bonitätsrisikos durch das erwerbende Kreditinstitut zu bezweifeln. Denn faktisch besteht aufgrund dieser fehlenden Insolvenzfähigkeit kein Bonitätsrisiko des Forderungsschuldners, welche das Kreditinstitut übernehmen könnte.

Der Einrede- und Einwendungsverzicht führt zu einer weiteren, dem Forfaitierungsgeschäft fremden Absicherung der Bank: Bei einer (echten) Forfaitierung verbliebe das Veritätsrisiko der abgetretenen Forderungen bei dem Forfaitisten. Im Falle der fehlenden Verität der abgetretenen Forderungen würde somit der Forfaitist dem Forfaiteur für den Forderungsausfall haften. Der Forfaiteur würde bei fehlender Verität der abgetretenen Forderungen daher zumindest das Bonitätsrisiko des Forfaitisten tragen. Über den Einrede- und Einwendungsverzicht, insbesondere dann, wenn sich dieser – wie üblich – auch darauf bezieht, dass Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Kreditinstitut auch bei Kündigung oder Beendigung des Dienstleistungsvertrags oder der Insolvenz des Forfaitisten (Dienstleistungsanbieter) fortbestehen, wird aber auch das Veritätsrisiko der Forderungen und damit die Forderungsausfallhaftung gegenüber dem Kreditinstitut von dem Dienstleistungsanbieter auf den staatlichen Schuldner abgewälzt. Die Bedienung der an das Kreditinstitut abgetretenen Forderungen hängt dann überhaupt nicht mehr von der Bonität *ihres* Vertragspartners, des Dienstleistungsanbieters, ab. Eine (echte) Forfaitierung ist daher in einem solchen Rechtsgeschäft nicht zu sehen. Vielmehr handelt es sich um ein durch den Einrede- und Einwendungsverzicht besichertes kreditähnliches Rechtsgeschäft in Form einer Vorfinanzierung der Forderungen des Dienstleistungsanbieters gegen den staatlichen Schuldner, deren Abtretung an das Kreditinstitut nur erfüllungshalber erfolgt.

Ob es sich bei einem solchen Vertrag nach deutschem Zivilrecht um eine *unechte* Forfaitierung, d.h. einen Darlehensvertrag,⁷ handelt und der Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners daher einen Darlehensvertrag absichert, ist aufgrund der nach EU-Beihilfenrecht allein relevanten wirtschaftlichen – von mitgliedstaatlichem Zivilrecht losgelösten – Betrachtung der vertraglichen Verhältnisse nicht von Belang. Vielmehr ist ausschlaggebend, ob der Einrede- und Einwendungsverzicht einer Kreditgarantie wirtschaftlich gleichzustellen ist.⁸ Da die Bürgschaftsmittelung im Hinblick auf staatliche Haftungsverpflichtungen nicht nach der zugrunde liegenden vertraglichen Ausgestaltung differenziert, sondern einheitlich den Begriff der „Garantie“ zugrunde legt,⁹ ist auch ein Einrede- und Einwendungsverzicht in Bezug auf ein derartiges kreditähnliches Rechtsgeschäft aufgrund der mit ihm verbundenen Risikoübertragung auf die öffentliche Hand eine Garantie i. S. der Bürgschaftsmittelung.

II. ... und begründet regelmäßig eine beihilfenrechtliche Begünstigung ...

1. ... sowohl des „Forfaitisten“

Aufgrund des kreditähnlichen Charakters einer durch einen Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners abgesicherten „Forfaitierung“ steht der Dienstleistungsanbieter einem Kreditnehmer i. S. der Bürgschaftsmittelung gleich.¹⁰ Um eine beihilfenrechtliche Begünsti-

gung durch den Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners auszuschließen, verlangt Ziff. 3.2. lit. d) der Bürgschaftsmittelung die Zahlung einer marktüblichen Gegenleistung, wie einer Garantieprämie¹¹ oder eines anderen wirtschaftlichen Provisionsäquivalents (bspw. die Verrechnung mit geschuldeten Entgelten o.ä.). Fehlt es an einer solchen marktüblichen Gegenleistung, ist von einer Begünstigung des Dienstleistungserbringers i. S. des Beihilfentatbestands auszugehen.

Besondere Probleme bereitet, dass in der Praxis eine Umschuldung häufig erst dann vorgenommen wird, wenn der Dienstleistungsanbieter bereits hoch verschuldet ist. Sofern er aber im Zeitpunkt der mit einer durch einen Einrede- und Einwendungsverzicht bedingten „Forfaitierung“ ermöglichten Umschuldung als ein Unternehmen in Schwierigkeiten¹² zu qualifizieren war, folgt daraus ohne Weiteres seine beihilfenrechtswidrige Begünstigung.¹³ In einem solchen Fall ist nämlich davon auszugehen, dass der Dienstleistungsanbieter nicht in der Lage war, ohne die staatliche Sicherheit in Form des Einrede- und Einwendungsverzichts die „Forfaitierung“ zur Vorfinanzierung der Forderungen gegen den staatlichen Schuldner mit einem Kreditinstitut zu realisieren.

2. ... als auch des „Forfaiteurs“ ...

In ihrer Bürgschaftsmittelung beschreibt die Kommission die Besonderheit staatlicher Garantien im Rahmen der beihilfenrechtlichen Bewertung wie folgt:

„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.“ (Ziff. 2.3.2. der Bürgschaftsmittelung)

Von der beihilfenrechtlichen Begünstigung eines Kreditinstituts durch eine staatliche Garantie ist nach der Bürgschaftsmittelung *insbesondere* auszugehen, 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 (...).“ (Ziff. 2.3.1. der Bürgschaftsmittelung)

Diese nicht enumerativ aufgezählten Regelbeispiele der beihilfenrechtlichen Begünstigung eines Kreditinstituts indizieren in Zusammenschau mit den Festsetzungen in Ziff.

6 Staatliche Schuldner in diesem Sinne sind nicht nur die Mitgliedstaaten selbst, sondern auch in die Mitgliedstaaten eingegliederte, nicht insolvenzfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere die Länder und Kommunen. In NRW ergibt sich die fehlende Insolvenzfähigkeit der Kommunen und ihrer Eigenbetriebe aus § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO i. V. m. §§ 128 Abs. 2, 114a Abs. 5 GO NRW.

7 BFH, 5. 5. 1999 – XI R 6/98, DStR 1999, 1310, 1311.

8 Ziff. 1.3. der Bürgschaftsmittelung.

9 Ziff. 1.1. der Bürgschaftsmittelung. Der Begriff der Garantie wird im Folgenden im Sinne der Bürgschaftsmittelung verwendet.

10 BFH IR 44/09 (NV), Rn. 19.

11 Zu den Voraussetzungen der Marktkonformität der Garantieprämie siehe ebenfalls Ziff. 3.2. lit. d) der Bürgschaftsmittelung.

12 Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. Nr. C 244 vom 1. 10. 2004, S. 2., Rn. 9, 11.

13 Ziff. 3.2. lit. a) und 2.1. der Bürgschaftsmittelung.

2.3.2. der Bürgschaftsmitteilung das Erfordernis, die Begünstigung eines Kreditinstituts durch eine staatliche Garantie unter Zugrundelegung des Telos der Bürgschaftsmitteilung in jedem Einzelfall zu prüfen.

Der Sinn und Zweck der Bürgschaftsmitteilung liegt gerade darin, den Abschluss hochriskanter Kreditengagements zu verhindern, die ein marktwirtschaftlich handelndes Kreditinstitut ohne eine staatliche Garantie nicht abschließen würde.¹⁴ Vor diesem Hintergrund ist für den Ausschluss einer beihilfenrechtlichen Begünstigung des Kreditgebers von zentraler Bedeutung, dass sein unter normalen Marktbedingungen bestehender Anreiz, das Kreditengagement einer sorgfältigen Ausfallprüfung zu unterwerfen, auch im Falle einer staatlichen Garantieübernahme bestehen bleibt. Daher spricht für die Annahme einer Begünstigung des Kreditinstituts insbesondere, wenn das Kreditengagement nach einer sorgfältigen Bonitätsprüfung unter Marktbedingungen nicht zustande gekommen wäre, sondern erst aufgrund der marktunüblichen staatlichen Garantiebeihilfe ermöglicht wurde.¹⁵ Der beihilfenrechtswidrige Wettbewerbsvorteil für das Kreditinstitut liegt in diesem Fall in dem Abschluss eines für das Kreditinstitut risikofreien (bzw. -reduzierten), nach den Auslegungsmaßstäben der Bürgschaftsmitteilung *übersicherten* und damit marktunüblich gewinnträchtigen Kreditgeschäftes, zu dem andere Kreditinstitute wettbewerbskonform keinen Zugang hatten.¹⁶

a) ... durch die Abwälzung der Forderungsausfallrisiken zu mehr als 80% auf den staatlichen Schuldner, ...

Zentral für den Ausschluss der Begünstigung des Kreditinstituts ist nach der Bürgschaftsmitteilung die Einhaltung der sog. 80/20-Regel, wonach staatliche Garantien bei einer wirtschaftlichen Betrachtung lediglich 80% des Kreditbetrags absichern dürfen.¹⁷ Nur dann bleiben die von der Bürgschaftsmitteilung intendierten Anreize erhalten:

„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. (...) 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.“ (Ziff. 3.2. lit. c) der Bürgschaftsmitteilung)

Eine durch einen Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners bedingte „Forfaitierung“ hat die Besonderheit, dass die primäre Leistungspflicht des „Forfaitisten“ für die Gewährung der Geldmittel in der Abtretung der künftigen Entgeltforderungen gegen den regelmäßig nicht insolvenzfähigen und damit quasi bonitätsrisikofreien staatlichen Forderungsschuldner an das Kreditinstitut besteht, nicht jedoch in der Rückzahlung der erhaltenen Geldmittel. Der durch die Bürgschaftsmitteilung bezweckte Anreiz der Bank, die Kreditausfallrisiken ordnungsgemäß zu prüfen, bezieht sich daher auf eine ordnungsgemäße Prüfung der Forderungsausfallrisiken, die sich bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung grundsätzlich an der Verität der Forderungen und der Bonität des Forderungsschuldners bemessen.

Aufgrund der regelmäßig bestehenden fehlenden Insolvenzfähigkeit des staatlichen Forderungsschuldners könnte in Frage gestellt werden, ob die von der 80/20-Regel intendierte Funktion der Schaffung eines Anreizes für die Bank, die Kreditausfallrisiken – in diesem Fall die Forderungsausfallrisiken – umfassend zu prüfen, überhaupt herangezogen werden kann. Jedoch sichert der Einrede- und Einwendungsverzicht *zusätzlich* zu der ohnehin bestehenden Bonität des Forderungsschuldners die *Verität* der Forderungen ab, für deren Bestehen ohne diese Garantie der insolvenzfähige Dienstleistungsanbieter dem Kreditinstitut haften würde. Das Kreditinstitut müsste daher im Hinblick auf den veritätsbedingten Forderungsausfall das Bonitätsrisiko des Dienstleistungsanbieters tragen. Ohne eine staatliche Garantie, die dieses Bonitätsrisiko des Kreditinstituts vollumfänglich auf den staatlichen Schuldner verlagert, bestünde dementsprechend ein hoher Anreiz für das Kreditinstitut, die Bonität des Dienstleistungsanbieters zu prüfen. Daher darf nicht angenommen werden, dass die Anreizfunktion der 80/20-Regel nicht greift. Vielmehr liegt es umgekehrt nahe, bei der Abtretung von Forderungen gegen einen staatlichen Schuldner als vertragliche Gegenleistung für den Erhalt von Finanzmitteln einen strengeren Maßstab anzulegen. Denn ein solches Rechtsgeschäft führt bereits aufgrund des – grundsätzlich marktuntypischen – fehlenden Bonitätsrisikos des Forderungsschuldners für das Kreditinstitut zu einer Herabsetzung der Prüf- und Kontrollanreize.¹⁸ Somit kann die durch die 80/20-Regel intendierte Anreiz- und Kontrollfunktion nur umgesetzt werden, wenn zumindest das aus der Haftung des Veräußerers für die Verität der Forderungen resultierende Bonitätsrisiko für das Kreditinstitut nicht vollumfänglich durch eine staatliche Garantie abgesichert ist.

Um eine beihilfenrechtliche Begünstigung des Kreditinstituts auszuschließen, darf der Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners daher nicht so gestaltet sein, dass eine vollständige Abwälzung der Veritätsrisiken auf den nicht insolvenzfähigen staatlichen Schuldner und damit eine vollständige Abwälzung jeglicher Bonitätsrisiken des Kreditinstituts im Hinblick auf den Dienstleistungsanbieter erfolgt. Vielmehr muss die Haftung für veritätsbedingten Forderungsausfall in Höhe von mindestens 20% bei dem Dienstleistungsanbieter verbleiben oder anderweitig *privat* abgesichert werden. Nur dann können die von der 80/20-Regel bezweckten Prüf- und Kontrollanreize aufrecht erhalten werden.

b) ... durch die fehlende marktübliche Anpassung der Vertragskonditionen im Hinblick auf die durch den Einrede- und Einwendungsverzicht entstehenden Garantieeffekte, ...

Nach der Bürgschaftsmitteilung gilt für das Begünstigungsmerkmal des Beihilfentatbestands die Auslegungsdirektive, dass staatliche Sicherheiten den Kreditgeber insbesondere dann begünstigen können, wenn es nicht zu einer – diesen

14 Ziff. 3.2. der Bürgschaftsmitteilung. Ausdrücklich in Ziff. 3.2. lit. d) der Bürgschaftsmitteilung.

15 Guski, GPR 2012, 228.

16 Vgl. zum Ganzen Ghazarian/Koenig, BRZ 4/2014, 187 ff.

17 Ziff. 3.2. lit. c) und 4.1. der Bürgschaftsmitteilung. Siehe zu den Anforderungen der 80/20-Regel im Detail Ghazarian/Koenig, BRZ 4/2014, 187 ff.

18 Siehe zu weiteren beihilfenrechtsrelevanten Konsequenzen staatlicher Kreditabsicherungen für Kreditinstitute auch Guski, GPR 2012, 227.

Sicherheiten *wirtschaftlich* adäquaten – marktüblichen Anpassung der Darlehenskonditionen im Verhältnis zum Kreditnehmer kommt.¹⁹ Erforderlich ist mithin, dass sich die aus dem Einrede- und Einwendungsverzicht ergebende Wertsteigerung der abzutretenden Forderung(en), die aus der erhöhten Sicherheit für das Kreditinstitut resultiert, in einer marktüblichen Anpassung des „Forderungskaufpreises“ widerspiegelt. Fehlt es an einer solchen Anpassung, ist grundsätzlich von einer Begünstigung des Kreditinstituts auszugehen.

c) ... durch die Bedienung von Altforderungen aus Mitteln der Umschuldung, ...

Sofern Mittel, die der Dienstleistungsanbieter aus der staatlich besicherten „Forfaitierung“ erhält, dazu genutzt werden, Altforderungen desselben Kreditinstituts gegen den Dienstleistungsanbieter zu bedienen und/oder nachträglich zu besichern, ist regelmäßig von einer beihilfenrechtlichen Begünstigung des Kreditinstituts auszugehen.²⁰ Ein Ausschluss der Annahme der Begünstigung des Kreditgebers ist im Einzelfall nur möglich, wenn der Bedienung und/oder Nachbesicherung eine dieser Sicherheit *wirtschaftlich* adäquate, d. h. marktübliche Anpassung der Darlehenskonditionen im Verhältnis zum Kreditnehmer und/oder eine marktübliche Gegenleistung im Verhältnis zu dem staatlichen Sicherungsgeber gegenübersteht.²¹

d) ... durch die fehlende marktübliche Gegenleistung für entstandene Garantiefekte bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung

In Anbetracht der von der Bürgschaftsmittelteilung intendierten umfassenden Geltung für alle im Rahmen eines Kredit- oder kreditähnlichen Rechtsgeschäfts gewährten staatlichen Sicherheiten und des mit diesem einhergehenden breiten Spektrums an diesen Verträgen zugrunde liegenden Rechtsgeschäften besteht keine zwingende Vorgabe, in welcher Art und Weise das Kreditinstitut eine Kompensationsleistung für die staatliche Sicherheit zu gewähren hat. Erforderlich ist lediglich, dass bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung die Gegenleistung(en) insgesamt als marktübliche Kompensation bewertet werden können.

Dementsprechend kann, sofern die durch den Einrede- und Einwendungsverzicht erhaltene Sicherheit nicht durch eine Anpassung des „Forderungskaufpreises“ marktüblich kompensiert wurde, die marktübliche Kompensation grundsätzlich auch in einer marktüblichen Prämienzahlung oder einer anderen marktüblichen Kompensationsleistung zugunsten des staatlichen Schuldners liegen oder in einer Kombination aus Gegenleistungen zugunsten des staatlichen Schuldners und des Dienstleistungsanbieters. Sofern insgesamt eine marktübliche Kompensation durch das Kreditinstitut gewährt wurde, ist nicht davon auszugehen, dass dieses beihilfenrechtlich begünstigt ist.

III. ... und erfüllt die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Die Staatlichkeit der durch den Einrede- und Einwendungsverzicht gewährten Beihilfe(n) ergibt sich aus dem staatlichen Ressourcenverlust, der aus der fehlenden Zahlung einer marktüblichen Garantieprämie oder anderen Kompensationsleistung resultiert.²²

Eine zumindest drohende Wettbewerbsverfälschung²³ auf der Ebene des Kreditinstituts folgt regelmäßig aus dem durch den Einrede- und Einwendungsverzicht erhaltenen nicht marktkonformen wirtschaftlichen Vorteil, der eine Verbesserung der Marktposition im Verhältnis zu (potentiell) in Wettbewerb stehenden anderen Kreditinstituten bewirkt, die keinen Zugang zu einem derartig öffentlich abgesicherten Rechtsgeschäft haben. Die zumindest drohende Wettbewerbsverzerrung auf der Ebene des Dienstleistungsanbieters ist in dem wirtschaftlichen marktunüblichen Vorteil zu sehen, in dessen Höhe das Unternehmen im Verhältnis zu seinen (potentiellen) Wettbewerbern eine Besserstellung erlangt.

Sofern es sich bei dem Dienstleistungsanbieter um ein Unternehmen in Schwierigkeiten handelte, ist zudem davon auszugehen, dass der Dienstleistungsanbieter unter marktkonformen Bedingungen, d. h. ohne eine staatliche Garantie, keinen Zugang zu einem solchen Rechtsgeschäft gehabt hätte. Vielmehr ist dann davon auszugehen, dass das Unternehmen aufgrund der fehlenden Möglichkeit, Finanzmittel am Markt zu erlangen, aus dem Markt ausgeschieden wäre. Daher kann sogar in der weiteren Existenz des Dienstleistungsanbieters am Markt selbst eine beihilfenrechtswidrige Wettbewerbsverfälschung liegen.

Die mögliche Auswirkung der Beihilfe(n) auf den zwischenstaatlichen Handel ist in Anbetracht der immer dichter werdenden Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströme nur ausnahmsweise zu verneinen.

IV. Die nach nationalem Recht festzusetzenden Rechtsfolgen bei einem beihilfenrechtswidrigen Einrede- und Einwendungsverzicht ...

Nicht nur Einrede- und Einwendungsverzichte staatlicher Schuldner, die im oben dargestellten Sinne als Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind, unterliegen gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV der Notifizierungspflicht bei der Kommission und dürfen gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht durchgeführt werden, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat (Durchführungsverbot). Vielmehr ist nach der Rechtsprechung des EuGH jede staatliche Maßnahme notifizierungspflichtig und bis zu einem abschließenden Genehmigungsbeschluss der Kommission vom Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfasst, die eine Beihilfe darstellen kann.²⁴

„Die in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehene Meldepflicht und das dort vorgesehene Verbot der Durchführung beziehen sich nämlich auf Vorhaben, die als staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden können.“²⁵

Sofern vor dem Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners auf die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens verzichtet wurde und somit keine Kommissionsgenehmigung ergehen konnte, verstößt die Erklärung sowohl gegen das Notifizierungsgebot des Art. 108

¹⁹ Ziff. 2.3.1. und 3.1. der Bürgschaftsmittelteilung.

²⁰ Ziff. 2.3.1. der Bürgschaftsmittelteilung.

²¹ Gusk, GPR 2012, 228.

²² Siehe nur Ziff. 2.1. der Bürgschaftsmittelteilung.

²³ EuGH, 17. 11. 1980 – Rs. C-730/79, Philip Morris, ECLI:EU:C:1980:209.

²⁴ Siehe auch Ziff. 3.2. der Bürgschaftsmittelteilung.

²⁵ EuGH, 21. 11. 2013 – Rs. C-284/12, Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn, ECLI:EU:C:2013:755, EWS 2013, 466, Rn. 34 f.

Abs. 3 Satz 1 AEUV als auch gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Denn die Beihilfe(n) in Form des Einrede- und Einwendungsverzichts wird bereits im Moment ihrer Erklärung durch den staatlichen Schuldner gewährt,²⁶ so dass unabhängig von deren tatsächlicher Inanspruchnahme bereits ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorliegt. Die aus diesen Verstößen zu ziehenden Konsequenzen, insbesondere im Hinblick auf die Wirksamkeit der aus der fehlenden Beachtung dieser beiden Unionsvorgaben resultierenden *formell rechtswidrigen* Beihilfe(n), richten sich nach nationalem Recht.²⁷

1. ... müssen zur unionsrechtlich gebotenen Wiederherstellung der Wettbewerbslage quo ante führen

Zwar richten sich die Rechtsfolgen im Hinblick auf die Wirksamkeit eines Vertrages nach einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach nationalem Recht. Jedoch wird unionsrechtlich vorgegeben, zu welchem tatsächlichen Ergebnis die Rechtsanwendung führen muss:

Die nationalen Gerichte sind unionsrechtlich verpflichtet, bei einem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV die *erforderlichen* Maßnahmen zu ergreifen, die zur Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Beihilfengewährung führen.²⁸ Dabei muss durch eine Einzelfallprüfung ermittelt werden, welche Maßnahme am geeignetsten ist, um dieses Ziel zu erreichen.²⁹

Der BGH hat bis zu seinem Urteil vom 5. 12. 2012³⁰ in gefestigter Rechtsprechung angenommen, dass nur durch die Annullierung des gesamten Rechtsgeschäfts die unionsrechtlich gebotene Wiederherstellung des Status quo ante möglich sei. Ein das gesetzliche Verbot des beihilfenrechtlichen Durchführungsverbot verletzend Vertrag war daher gem. § 134 BGB *insgesamt* nichtig.³¹ In einem ausführlichen obiter dictum seines Urteils vom 5. 12. 2012 relativierte der BGH seine bis dahin kategorische Rechtsprechung zur Gesamtnichtigkeit von Verträgen bei deren Verstoß gegen das Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV i.V.m. § 134 BGB in Bezug auf *bilaterale* Kaufverträge.

Die effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts gebiete lediglich, dass „*der beihilferechtswidrig erlangte Vorteil abgeschöpft werden muss (...)*“.³² Bei einem Kaufvertrag, dessen Kaufpreisabrede eine Beihilfe enthält, könne durch die nachträgliche Zahlung des Beihilfenäquivalents zzgl. der Rechtswidrigkeitszinsen an die öffentliche Hand eine Abschöpfung des beihilfenrechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils erfolgen, was zur Wiederherstellung eines mit dem Gemeinsamen Markt vereinbaren Zustandes führe.³³ Eine Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags sei dann zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen nicht mehr erforderlich.³⁴

Die Wettbewerbsverzerrungen durch eine beihilfengewährende Kaufpreisabrede treten durch den marktasymmetrischen Effekt ein, dass der Beihilfenempfänger gegenüber anderen (potentiellen) Wettbewerbern, die das entsprechende Wirtschaftsgut nicht zu beihilfenbegünstigten Konditionen erwerben können, einen wettbewerbliehen Vorteil durch die eingesparten finanziellen Mittel in Höhe der Differenz zwischen dem tatsächlichen Marktwert des erworbenen Gutes und dem gezahlten Kaufpreis erlangt. Die Differenzabschöpfung der erlangten finanziellen Begünstigung zur

Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung gestaltet sich mithin im Rahmen eines bilateralen Kaufvertrages erdenklich einfach.

Dagegen sind die Wettbewerbsverzerrungen, die durch einen Einrede- und Einwendungsverzicht des staatlichen Schuldners als garantieähnliche Sicherung abgetretener Forderungen entstehen, nicht mit jenen vergleichbar, die aus einem rein bilateral beihilfeninfizierten Kaufvertrag resultieren.³⁵

2. Dies erfordert regelmäßig die Gesamtnichtigkeit ...

a) ... *des Einrede- und Einwendungsverzichts zur Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Beihilfengewährung an den „Forfaitisten“*, ...

Zwar kann die Wettbewerbsverzerrung des finanziellen Vorteils des Dienstleistungsanbieters im Verhältnis zu seinen (potentiellen) Wettbewerbern, die aus der fehlenden Zahlung einer marktüblichen Gegenleistung für den Einrede- und Einwendungsverzicht resultiert, durch die nachträgliche Leistung einer marktconformen Prämie bzw. des Beihilfenäquivalents grundsätzlich abgeschöpft und so „beseitigt“ werden.³⁶ Jedoch ist in dem – in der Praxis wohl überwiegender – Fall, dass sich der Dienstleistungsanbieter im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einer schwierigen finanziellen Situation befand, davon auszugehen, dass der Marktwert der durch den Einrede- und Einwendungsverzicht vermittelten Sicherheit nahezu das gesamte Garantievolumen umfasst.³⁷

Sofern sich der Dienstleistungsanbieter im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einer finanziell so schwierigen Situation befand, dass davon auszugehen ist, dass er unter Marktbedingungen – d.h. ohne die durch den Einrede- und Einwendungsverzicht bewirkte Ausfallrisikohaftungsverlagerung auf den staatlichen Schuldner – überhaupt keinen Zugang zu einem derartigen Rechtsgeschäft erhalten hätte, beschränken sich die Wettbewerbsverzerrungen nicht nur auf einen finanziellen Vorteil im Verhältnis zu (potentiellen) Wettbewerbern und anderen (potentiellen) Kreditnehmern. Vielmehr liegt es nahe, dass kumulativ die weitere, unveränderte Existenz des „Forfaitisten“ am Markt auf den Forderungskauf, der seinerseits durch die Garantie der öffentlichen Hand bedingt war, zurückzuführen ist.³⁸ Die daraus re-

26 Siehe nur Ziff. 2.1. der Bürgschaftsmittelteilung.

27 EuGH, 4. 4. 1995 – Rs. C-350/93, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:1995:96, Rn. 12; EuGH, 12. 2. 2008 – Rs. C-199/06, CELF und Ministre de la Culture und de la Communication, ECLI:EU:C:2008:79, EWS 2008, 180, Rn. 55; EuGH, 18. 12. 2008 – Rs. C-384/07, Wienstrom, ECLI:EU:C:2008:747, EWS 2009, 81, Rn. 28; Heinrich, in: Birmstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, I. Teil, Rn. 457.

28 EuGH, 8. 12. 2011 – Rs. C-275/10, Residex Capital IV, ECLI:EU:C:2011:814, Rn. 49.

29 EuGH Rs. C-275/10, Residex Capital IV, ECLI:EU:C:2011:814, Rn. 44 ff.

30 BGH, 5. 12. 2012 – I ZR 92/11, BGHZ 196, 254-270.

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

32 BGH I ZR 92/11, Rn. 39.

33 BGH I ZR 92/11, Rn. 41.

34 BGH I ZR 92/11, Rn. 35.

35 Vgl. zum Ganzen Koenig/Försch, EWS 2014, 61 ff. Siehe auch Gusk, GPR 2012, 229.

36 Koenig/Haratsch, ZHR 2005 169, 88 ff.; Soltesz, EuZW 2011, 489 f.

37 Ziff. Nr. 3.2. lit. a), 4.1. lit. a) der Bürgschaftsmittelteilung.

38 Ziff. 2.2. der Bürgschaftsmittelteilung. Weiterführend dazu Koenig/Försch, EWS 2014, 61 ff.

sultierenden Wettbewerbsverzerrungen sind so weitreichend und wertmäßig nicht bezifferbar, dass sie aufgrund der über rein finanzielle Differenzvorteile hinausgehenden Effekte durch eine Teilnichtigkeitslösung und einen daran anknüpfenden nachträglichen Differenzausgleich nicht beseitigt werden können.³⁹ Daher kann in einem solchen Fall nur die Gesamtnichtigkeit der Einrede- und Einwendungsverzichtserklärung gewährleistet, dass der unionsrechtlich gebotenen Wiederherstellung der Wettbewerbslage quo ante möglichst nahe gekommen wird.

b) ... des Einrede- und Einwendungsverzichts zur Wiederherstellung der Wettbewerbslage vor der Beihilfengewährung an den „Forfaiteur“

Zwar können sowohl die Wettbewerbsverzerrungen, die aus der fehlenden Anpassung der Vertragskonditionen im Verhältnis zum Dienstleistungsanbieter resultieren, als auch jene, die aus der fehlenden Leistung einer marktüblichen Kompensation an den staatlichen Schuldner resultieren, sofern sie sich ausschließlich auf einen finanziellen Vorteil beschränken, grundsätzlich im Sinne der BGH-Rechtsprechung durch eine Teilnichtigkeitslösung und einen anknüpfenden Differenzausgleich „beseitigt“ werden.

Jedoch führt unabhängig von einer beihilfenrechtlichen Begünstigung des Kreditinstituts die durch den Einrede- und Einwendungsverzicht vermittelte Sicherheit zu einer Verschiebung der unter marktkonformen Bedingungen bestehenden Risikotragung und -prüfung. Hinsichtlich der wettbewerbsverzerrenden Wirkungen schlägt dies zumindest in dem Fall, dass es sich bei dem Dienstleistungsanbieter um ein Unternehmen in Schwierigkeiten handelte, auf die für diesen relevanten Angebotsmärkte durch. Denn ohne die staatliche Garantie und die damit verbundene Risikoverlagerung wäre der Forderungskaufvertrag höchstwahrscheinlich gar nicht zustande gekommen, was in der Regel zum Marktaustritt des Dienstleistungsanbieters geführt hätte. In einem solchen Fall trägt das Kreditinstitut – unabhängig von seiner beihilfenrechtlichen Begünstigung – zur Realisierung von Wettbewerbsverzerrungen auf den für den Dienstleistungsanbieter relevanten Märkten in erheblichem Maße bei.

Sofern im Hinblick auf die Ausfallrisikotragung die 80/20-Regelung der Bürgschaftsmittelteilung verletzt wurde, kann nicht entsprechend dem obiter dictum des BGH-Urteils vom 5. 12. 2012 von einer möglichen Teilnichtigkeit der Einrede- und Einwendungsverzichtserklärung ausgegangen werden, indem beispielsweise durch einen nachträglichen Differenzausgleich die Einhaltung der 80/20-Regel ex post fingiert würde. Denn dies würde den beihilfenrechtlichen Anreiz- und Kontrollmechanismus der 80/20-Regel zur ex ante ordnungsgemäßen Forderungsausfallprüfung seiner praktischen Wirksamkeit berauben und so dem Telos der Bürgschaftsmittelteilung – der Verhinderung marktunüblicher risikoreicher staatlich abgesicherter Kredite und kreditähnlicher Geschäfte – widersprechen.⁴⁰ Darüber hinaus kann die durch die 80/20-Regel bezweckte – marktkonforme – ex ante-Ausfallprüfung nicht durch eine ex post-Fiktion ersetzt werden, da zu diesem Zeitpunkt bereits eine Ausschüttung der Finanzmittel stattfand, was unter Marktbedingungen gerade von dem Ergebnis der ex ante-Ausfallprüfung abhängt. Die praktische Wirksamkeit („effet utile“) der verletzten beihilfenrechtlichen Kontrollmechanismen

nach der Bürgschaftsmittelteilung kann nur gewährleistet werden, wenn der unter Verstoß gegen diese Mechanismen zustande gekommene Einrede- und Einwendungsverzicht insgesamt nichtig ist.

Sofern Altforderungen des Kreditinstituts mit Geldmitteln aus der durch den Einrede- und Einwendungsverzicht besicherten Forderungsvorfinanzierung bedient wurden, ist der Wettbewerbsstatus quo ante in der fehlenden Bedienung dieser Forderungen zu sehen. Zur Wiederherstellung der Wettbewerbslage quo ante könnte daher entweder das Rechtsgeschäft, durch welches eine Bedienung erfolgte, rückabgewickelt werden oder eine gleichwertige Situation durch den vollständigen Wegfall der Besicherung geschaffen werden.

Das Urteil des EuGH vom 8. 12. 2011 in der Rechtssache C-275/10 (*Residex*)⁴¹ bestätigt, dass eine bloße Teilnichtigkeit und ein daran anknüpfender nachträglicher Differenzausgleich bei einem durch einen beihilfenrechtswidrigen Einrede- und Einwendungsverzicht bedingten „Forderungskauf“ regelmäßig nicht in Betracht kommt.⁴² In dem dem Urteil zugrunde liegenden Fall erwog der EuGH nämlich bereits die Gesamtnichtigkeit der Garantievereinbarung, obwohl nicht feststand, dass auch das durch die Garantie abgesicherte Kreditinstitut durch die Garantie beihilfenrechtlich begünstigt war. Wenn der EuGH jedoch bereits in einer solchen Konstellation, in der lediglich feststeht, dass der Kreditnehmer durch die Garantie einen beihilfenrechtswidrigen Vorteil erlangt hat, die Gesamtnichtigkeit der Garantievereinbarung befürwortet, muss dies erst recht gelten, wenn – wie in der Praxis überwiegend der Fall – sowohl das durch die Garantie abgesicherte Kreditinstitut selbst als auch das umzuschuldende Unternehmen durch die Garantie beihilfenrechtlich begünstigt sind.

V. Fazit

Der Einrede- und Einwendungsverzicht eines staatlichen Schuldners im Hinblick auf eine zwecks Umschuldung durchgeführte „Forfaitierung“ ist regelmäßig eine Beihilfe i. S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV sowohl zugunsten des umzuschuldenden Unternehmens als auch zugunsten des Kreditinstituts.

Sofern es an der erforderlichen Notifizierung dieser Beihilfen fehlt und gegen das Durchführungsverbot verstoßen wurde, ist in der Regel die unionsrechtlich gebotene Wiederherstellung des Status quo ante nur durch die nach nationalem Recht festzusetzende Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit umzusetzen.⁴³

39 BGH I ZR 92/11, Rn. 41, 46.

40 Siehe ausführlich dazu Koenig/Förtsch, EWS 2014, 61 ff.

41 EuGH Rs. C-275/10, *Residex Capital IV*, ECLI:EU:C:2011:814.

42 Ebenso in Bezug auf Garantien und Bürgschaften Guski, GPR 2012, 226.

43 Guski, GPR 2012, 226-232.