

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III 1
A. Einleitung - Ziel des Beitrags	
B. Grundsatz des Unvereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt - Bedeutung und Begriff von Beihilfen für den EG- Binnenmarkt	1
C. Ausnahmen vom Beihilfeverbot	3
D. Verfahren der Beihilfenaufsicht	4
E. Berührungspunkte zwischen Beihilfeverbot und Bankrecht	6
F. Beihilfe durch „öffentliche“ Kreditabsicherung - Staatsbürgschaften	6
I. Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten	8
II. Stellung der Bank	10
III. Verstoß gegen das Durchführungsverbot	12
1. Auswirkungen auf öffentlich-rechtlicher Seite	12
2. Auswirkungen auf zivilrechtlicher Seite	14
a) Bestandslösung	14
b) Nichtigkeitslösung	15
aa) Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen	16
bb) Konkurrentenschutz	18
cc) Drittschutz	18
IV. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt	19
V. Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt	20
1. Auswirkungen auf öffentlich-rechtlicher Seite	20
2. Auswirkungen auf zivilrechtlicher Seite	21
a) Bestandslösung	21
b) Nichtigkeitslösung	23
VI. Ökonomische Überlegungen	24
G. Schlußbemerkung	25

Literaturverzeichnis

Canaris, Claus-Wilhelm

Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983.

Carl, Dieter

Die Gemeinschaft und die deutsche Einigung, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1990, S. 561 ff.

Europäische Kommission

Mitteilung an die Mitgliedsstaaten zur Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Art. 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, in: Amtsblatt der Kommission vom 13. 11. 1993, Nr. C 307/3.

Entwurf einer Mitteilung an die Mitgliedsstaaten vom 12. 4. 1994, nicht veröffentlicht.

Entwurf einer Mitteilung zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen, die in Form von Bürgschaften gewährt werden vom 7. 3. 1995, nicht veröffentlicht.

Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften, Band IIB - Erläuterungen zu den Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen, Brüssel/Luxemburg 1997.

Seventh survey on state aid in the European Union in the manufacturing and certain other sectors, Brüssel 1999.

- Montag, Frank** Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 2088.
- Müller-Graff, Peter-Christian** Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 152 (1988), S. 403 ff.
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999.
- Schimansky, Herbert;
Bunte, Hermann-Josef;
Lwowski, Hans-Jürgen** Bankrechtshandbuch, Bände II, III München 1997.
- Schohe, Gerrit;
Hoenike, Mark** Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 741 ff.
- Schroeder, Werner** Rechtsprobleme der Beihilfekontrolle durch die EU-Kommission, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, S. 2097 ff.
- Vernünftige Investition oder Beihilfe?, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 161 (1997), S. 805 ff.
- Schütte, Michael;
Kirchhoff, Wolfgang** Staatliche Bürgschaften und EG-Beihilferecht, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1996, S. 189 ff.
- Schütterle, Peter** Die Beihilfekontrollpraxis der Europäischen Kommission im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995, S. 391 ff.
- Staudinger, Julius von** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

§§ 134 - 163, 13. Bearbeitung, Berlin 1996.

Steindorff, Ernst

Rückabwicklung unzulässiger Beihilfen nach Gemeinschaftsrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 152 (1988), S. 474 ff.

Steindorff, Ernst

EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996.

Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 7 ff.

A. Einleitung - Ziel des Beitrags

Das Gebiet des Kreditsicherungsrechts ist auf einen Blick unübersehbar. Dieser Beitrag will einen Überblick über einen Teilbereich verschaffen und sich auf die Schnittmenge zwischen dem Kreditsicherungsrecht und dem Subventions- und Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften beschränken. Auch dort kann es im Rahmen eines Seminars kein vollständiger Überblick sein, wenn er nicht gänzlich an Schärfe verlieren soll. Deshalb wird lediglich der sich deckende Bereich von EG-Beihilfeverbot und „öffentlicher“ Kreditabsicherung abgesteckt und nur auf die Beihilfeform der Staatsbürgschaft näher eingegangen.

Am 1. Mai 1999 ist der Vertrag von Amsterdam in Kraft getreten. Im Zuge dessen kam es neben inhaltlichen Änderungen auch zur Umnummerierung einiger Artikel, Titel und Abschnitte des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.¹ Daher wird die neue Numerierung zugrundegelegt, obgleich sich Verweise auf die alten Artikelnummern beziehen.

B. Grundsatz des Unvereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt - Bedeutung und Begriff von Beihilfen für den EG-Binnenmarkt

Die Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft liegt in der Förderung bestimmter, in Art. 2 EGV² statuerter Interessen. Zur Verwirklichung dieser Aufgabe umfaßt die Tätigkeit der Gemeinschaft die Errichtung - und nunmehr Aufrechterhaltung - eines Gemeinsamen Marktes, einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie unter anderem die Schaffung und Erhaltung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt (Art. 3 I lit. g)). Zu diesem System

¹Vgl. Art. 12 I Vertrag von Amsterdam.

²Alle Artt. ohne Kennzeichnung sind solche des EG-Vertrages.

gehört die in Art. 87 I normierte grundsätzliche Unvereinbarkeit solcher staatlicher Beihilfen gleich welcher Art mit dem Gemeinsamen Markt, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (im folgenden soll der Einfachheit wegen nur von Unternehmen die Rede sein) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.

Gleichwohl vergaben die 15 EU-Mitgliedsstaaten in den Jahren 1995 bis 1997 Beihilfen in einer Höhe von durchschnittlich 95 Mrd. Euro jährlich.³ Davon entfielen fast 37,7 Mrd. Euro an das verarbeitende Gewerbe.⁴ Die Bundesrepublik Deutschland gewährte durchschnittlich 30,4 Mrd. Euro jährlich.⁵ Das verarbeitende Gewerbe erhielt einen Anteil von durchschnittlich rund 13,5 Mrd. Euro,⁶ von denen wiederum durchschnittlich fast 10,5 Mrd. Euro in die fünf neuen Bundesländer flossen.⁷ Aus dem Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft flossen EU-weit im gleichen Zeitraum Beihilfen in Höhe von durchschnittlich fast 42 Mrd. Euro jährlich.⁸ Im Haushalt für 1999 sind mehr als 40 Mrd. Euro dafür vorgesehen.⁹

Der Begriff der Beihilfe selbst ist im EG-Vertrag nicht definiert. Der EuGH faßt unter Beihilfen alle Begünstigungen von Unternehmen, die in verschiedener Form die Belastung vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die nicht durch entsprechende marktgerechte Gegenleistungen des Begünstigten kompensiert werden.¹⁰ Ob eine Verminderung einer normalerweise zu tragenden Belastung vorliegt, bestimmt sich

³Kommission, Seventh survey, tab. 18.

⁴Kommission, Seventh survey, tab. 1.

⁵Kommission, Seventh survey, Annex II, tab. A4/4.

⁶Kommission, Seventh survey, Annex II, tab. A4/4.

⁷Kommission, Seventh survey, Annex II, tab. A3.

⁸Kommission, Seventh survey, Annex III, tab. A.

⁹Kommission, Seventh survey, Annex III, S. 102; vgl. demgegenüber die Aufstellung des Anteils der Erwerbstätigen in der Land- und Forstwirtschaft in den Mitgliedsstaaten von eurostat, BMELF, Stand 1997, in: Die Zeit v. 18. 3. 1999, S. 41.

unabhängig von der Rechtsform und den Zielen der Maßnahme allein nach ihren Auswirkungen.¹¹ Was ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, hängt vom Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Unternehmers ab.¹² Es kommt darauf an, ob die staatliche Maßnahme unter den relevanten Marktbedingungen auch von einem wettbewerbsorientierten privatwirtschaftlichen Unternehmen vorgenommen würde.¹³ Um staatlichen Charakter zu erlangen, muß eine Beihilfe notwendigerweise aus staatlichen Mitteln finanziert werden, kann aber sowohl vom Staat als auch von Einrichtungen gewährt werden, die vom Staat zur Gewährung einer Beihilfe beauftragt worden sind.¹⁴ Ausschlaggebend ist, daß die Beihilfe dem Staat zuzuschreiben ist. Die gewählte Form und das Ziel der Beihilfe sind gleichgültig, da Art. 87 I auf Beihilfen „gleich welcher Art“ abstellt.

Art. 87 I formuliert einen Grundsatz der Unvereinbarkeit. Er formuliert - anders als andere Vorschriften des Kapitels über Wettbewerbspolitik, wie Art. 81 - kein Verbot. Das grundsätzliche Verbot ergibt sich erst aus Art. 88 II, der der Kommission ausdrücklich die Entscheidung darüber einräumt, ob eine Beihilfe abgeschafft oder verändert werden muß.

Anders verhält es sich mit Art. 4 lit. c) EGKS-Vertrag. Er verfügt ein absolutes Beihilfeverbot, wenn er unter anderem von den Staaten bewilligte Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl für unvereinbar erklärt und deren Aufhebung und Untersagung anordnet. Der EuGH hat jedoch erklärt, daß dieses Verbot die direkten Finanzbeihilfen der Gemeinschaft und die den

¹⁰EuGH, Slg. 1961, 3, 43 - De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg.

¹¹EuGH, Slg. 1996 I/5, 4551, 4559 f. - Kimberley Clark.

¹²EuGH, Slg. 1996 I/1, 723, 771 f. - Belgien/Kommission; 1990 I/1, 307, 361 f. - Frankreich/Kommission.

¹³*Hakenberg/Tremmel*, EWS 1997, 217, 219.

¹⁴EuGH, Slg. 1993 I/2, 887, 933 f. - Sloman Neptun; Slg. 1993 I/8, 6185, 6200 - Kirsammer-Hack.

Unternehmen aufgrund einer vorherigen Genehmigung gewährten staatlichen Beihilfen nicht betrifft.¹⁵

C. Ausnahmen vom Beihilfeverbot

Es existieren drei Arten von Ausnahmen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot des EGV. Das macht es zu einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Zum einen sind laut Art. 87 II von vornherein mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar Sozialbeihilfen an Endverbraucher, Katastrophenbeihilfen sowie Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete.¹⁶ Zum anderen enthält Art. 87 III eine Kann-Bestimmung, die der Kommission unter Wahrung des pflichtgemäßen Ermessens¹⁷ die Freistellung einzelner Beihilfen vom Verbot erlaubt.¹⁸ Endlich kann nach Art. 88 II Unterabs. 3 f. der Rat einstimmig auf Antrag eines Mitgliedsstaates binnen drei Monaten entscheiden, daß eine Beihilfe dieses Staates auch ohne die Qualifikationsmerkmale als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn außergewöhnliche Umstände diese Entscheidung rechtfertigen.

D. Verfahren der Beihilfenaufsicht

Art. 88 statuiert eine spezielle Kontrollpflicht der Kommission, um die Wirksamkeit des Beihilfeverbots sicherzustellen.¹⁹ Die Mitgliedsstaaten haben ihrerseits präzise Verpflichtungen, um die

¹⁵EuGH, Slg. 1961, 3, 47 - De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg.

¹⁶Str., ob die letzte Ausnahme nach der deutschen Einigung entfallen ist - so die Kommission, Wettbewerbsrecht, II. 2., S. 12 - oder noch auf Beihilfen anwendbar bleibt, die fortlaufende Nachteile aus der deutschen Teilung ausgleichen. In diesem Sinne *Carl*, EuZW 1990, 561, 564.

¹⁷EuGH, EuZW 1990, 163, 167 - Frankreich/Kommission.

¹⁸Zu den Anwendungskriterien der Kommission bzgl. Art. 87 III siehe Kommission, Wettbewerbsrecht, II. 3., S. 14 ff.

¹⁹*von der Groeben/Thiesing/Ehlermann/Wenig*, Vorbem. zu Artt. 92-94 Rn. 1.

Kontrollaufgabe der Kommission zu erleichtern und um zu verhindern, daß diese vor vollendete Tatsachen gestellt wird.²⁰ So ist die Kommission laut Art. 88 III 1 von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, daß sie sich dazu äußern kann.²¹ Daß das auch bei Beihilfen von erheblicher Größenordnung nicht immer geschieht, zeigt der vor einiger Zeit medienwirksame Fall der Beihilfen des Freistaates Sachsen für zwei VW-Werke.²² Wenn die Kommission der Auffassung ist, eine beabsichtigte Beihilfe sei unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, so hat sie präventiv und unverzüglich das in Art. 88 II festgelegte Verfahren anzustrengen. Danach sind die Beteiligten anzuhören oder ist ihnen zumindest die Möglichkeit zur Anhörung zu geben. Sodann hat die Kommission den betroffenen Mitgliedsstaaten aufzugeben, die Beihilfen aufzuheben oder umzugestalten (Art. 88 II Unterabs. 1). Vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission darf die beabsichtigte Beihilfemaßnahme nicht durchgeführt werden (Art. 88 III 3). Anders als die übrigen Bestimmungen, die der Kommission einen derart weiten Beurteilungsspielraum gewähren, daß sie nicht justitiabel sind, hat nach der Rechtsprechung des EuGH das Durchführungsverbot unmittelbare Wirkung auch für Unternehmen.²³

Hat die Kommission dagegen binnen zwei Monaten nach Unterrichtung nicht reagiert, so kann der betreffende Mitgliedsstaat die beabsichtigte Beihilfemaßnahme durchführen, nachdem er diese Absicht der Kommission mitgeteilt hat und diese nicht innerhalb einer letzten zweiwöchigen Frist das Verfahren

²⁰EuGH, Slg. 1983 III, 2621, 2627 - Kommission/Frankreich.

²¹Str., ob die Kommission deshalb jede beabsichtigte Beihilfemaßnahme eines Mitgliedsstaates zu prüfen hat. Dafür *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann/Wenig*, Art. 93 Rn. 40, dagegen *Schroeder*, ZIP 1996, 2097, 2100.

²²Dazu *Falkenkötter*, NJW 1996, 2689 ff.; *Meixner*, ZIP 1996, 2105 ff.

²³EuGH, Slg. 1991 I/7, 5505, 5528 - Federation nationale et Syndicat national/Frankreich; Kommission, Wettbewerbsrecht, III. 1., S. 32.

eröffnet.²⁴ Bei Nichtbeachtung ihrer Entscheidung kann die Kommission oder jeder betroffene Staat den Gerichtshof unmittelbar anrufen (Art. 88 II Unterabs. 2).

Bereits bestehende Beihilferegulungen werden von der Kommission fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedsstaaten überprüft (Art. 88 I). Kommt die Kommission zu der Auffassung, eine bereits bestehende Beihilfe sei unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, so hat sie repressiv nach dem soeben geschilderten Verfahren gemäß Art. 88 II vorzugehen. Zur Zeit ist beispielsweise ein Verfahren gegen die Warnow Werft in Rostock anhängig. Sie soll laut Kommission gegen Beihilfeauflagen verstoßen haben.²⁵

E. Berührungspunkte zwischen Beihilfeverbot und Bankrecht

Die dargestellten Beihilferegulungen des EG-Vertrages und die Belange der Kreditwirtschaft können sich auf unterschiedliche Weise berühren.

So können auch Kreditinstituten (im folgenden der Einfachheit halber meist: Banken) Beihilfen im Sinne des Art. 87 gewährt werden.²⁶ Problematisiert wird außerdem die Frage, ob es eine Beihilfe darstellt, wenn öffentlich-rechtliche Körperschaften als Träger von Kreditinstituten eine Gewährträgerhaftung oder eine Anstaltslast zur Sicherung der Erfüllung von deren Aufgaben übernehmen. Diese Frage berührt vor allem Landesbanken und Sparkassen, die mit den privaten Banken in Wettbewerb stehen.²⁷

²⁴EuGH, Slg. 1973 II, 1471, 1481 f. - Lorenz/Deutschland und Rheinland Pfalz; Kommission, Wettbewerbsrecht, III. 3. a. b) Fn. 88, S. 36.

²⁵Die Zeit v. 22. 4. 1999, S. 28.

²⁶Bunte in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 2, 29.

²⁷Bunte in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 3, 44 ff.

F. Beihilfe durch „öffentliche“ Kreditabsicherung - Staatsbürgschaften

Endlich kann eine Beihilfe vorliegen, wenn der Staat öffentliche Gelder durch private Banken vergibt.²⁸ Bei der Beihilfeform der „öffentlichen“ Kreditabsicherung stellt sich die öffentliche Hand einem Unternehmen zur Seite, indem sie für dessen Kreditverbindlichkeiten Sicherung gewährt, etwa durch eine Bürgschafts- oder Garantierklärung, bei einem öffentlichen Unternehmen auch durch Patronatserklärungen und Verlustdeckungszusagen.²⁹ Dem Unternehmen fließen die Mittel dann nicht unmittelbar vom Staat, sondern von der Bank zu, die den verbürgten Kredit bewilligt. Rechtsgrund für eine Bürgschaft ist jedoch die gegenüber dem Unternehmen abgegebene Bürgschaftszusage des Staates. Zur Beihilfe wird eine Staatsbürgschaft aus herkömmlicher Sicht der Kommission durch die Begünstigung, die der unterschiedliche Betrag zwischen dem vom Kreditnehmer auf dem freien Markt zu zahlenden Zinssatz und dem aufgrund der Staatsbürgschaft tatsächlich gezahlten Satz zuzüglich der Bürgschaftsprämie darstellt.³⁰ Einer neueren Ansicht zufolge kann eine Staatsbürgschaft nur dann Beihilfe sein, wenn sie wirtschaftliche Vorteile im Vergleich zu den Bedingungen gewährt, unter denen ein privates Finanzinstitut ein Darlehen vergeben würde.³¹ Hierunter fällt auch der regelmäßige Fall, daß dem zu begünstigenden Unternehmen unter normalen Umständen überhaupt kein Kredit gewährt würde, etwa weil es keine eigenen Sicherheiten stellen kann.

²⁸ *Bunte* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 8; *Peters*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 89 Rn. 1 f., 3 - 9, 18 ff.

²⁹ *Schroeder*, ZHR 161 (1997), 805, 822.

³⁰ Kommission, Mitteilung, ABl. vom 13. 11. 1993, Nr. C 307/3, 38.

³¹ Kommission, Mitteilungsentwurf v. 7. 3. 1995, 2.5, zit. nach *Bunte* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 28 und *Schroeder*, ZHR 161 (1997), 805, 822 Fn. 82.

Gegen die herkömmliche Bewertung der Kommission wird hinsichtlich staatlicher Bürgschaften für *öffentliche Unternehmen* vorgebracht, sie benachteilige die öffentlichen Investoren gegenüber privaten Gesellschaften, welche keinerlei Notifizierungspflicht trifft.³² Gegen die neuere Ansicht der Kommission wird auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen, nach der es für die Qualifizierung von staatlichen Bürgschaften als Beihilfe auch zugunsten *öffentlicher Unternehmen* allein auf die Sicht eines vernünftigen Gesellschafters ankommt, also darauf, ob auch er eine Bürgschaft eingegangen wäre.³³ Dies sei jedoch kaum der Fall, da ein Konzern auf die Vereinbarung eines Bürgschaftsaviso mit dem konzernierten Unternehmen ebenso verzichten werde wie auf spezielle Vorkehrungen zur Überwachung des begünstigten Unternehmens.³⁴

Bürgschaften nehmen seit jeher nur einen kleinen Teil der Beihilfen der EU-Mitgliedsstaaten ein. Dennoch gehört der Umgang mit ihnen bereits jetzt zum täglichen Kreditgeschäft.³⁵ Zwischen 1995 und 1997 lag ihr Anteil EU-weit bei durchschnittlich 3%, in Deutschland bei 5%.³⁶ Dort war es zu einem großen Teil die Treuhandanstalt bzw. ihre Nachfolgerin, die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, die für Kredite an privatisierte ostdeutsche Unternehmen bürgte. Die Kommission betrachtet jedoch nur 20% der zwischen 1993 und 1997 übernommenen staatlichen Bürgschaften von durchschnittlich 1,94 Mrd. Euro als Beihilfen.³⁷

Ins Auge fällt der Anstieg von staatlichen Bürgschaften bei der Unterstützung klein- und mittelständischer Unternehmen im Bereich direkter Investitionen im Ausland. Wurden hier 1991 staatliche Bürgschaften in Höhe von lediglich 1,1 Mio. Euro registriert, so waren es 1995 bereits 8,5 Mio Euro und 1997 28 Mio. Euro. Hier eröffnet sich ein von den Banken verstärkt zu beobachtendes Gebiet der staatlichen Kreditabsicherung. Von

³²Schroeder, ZHR 161 (1997), 805, 822.

³³EuGH, Slg. 1996 I/1, 723, 771 f. - Belgien/Kommission; 1990 I/1, 307, 361 f. - Frankreich/Kommission; aus der Lit.: Habersack, ZHR 159 (1995), 663, 673.

³⁴Schroeder, ZHR 161 (1995), 805, 822.

³⁵So Klanten, ZIP 1995, 535, 536.

³⁶Kommission, Seventh survey, tab. 8.

³⁷Kommission, Seventh survey, 35.

gewisser Bedeutung sind aber auch Aussagen wie die des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie *Müller* anlässlich der ersten Lesung des Bundeshaushalts 1999. Danach will die Bundesregierung über eine stärkere Beteiligung an der Förderung der deutschen Luftfahrtindustrie verhandeln, und in diesem Bereich soll verstärkt das Instrument der Bürgschaft eingesetzt werden.³⁸

I. Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten

Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten stellen sich bei einer Staatsbürgschaft regelmäßig wie folgt dar: Der Staat erläßt einen Verwaltungsakt mit einer Bürgschaftszusage zugunsten des Unternehmens, die sogenannte Bewilligungszusage. Damit einher gehen kann der Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages für die nähere Ausgestaltung, z. B. die Vereinbarung einer Avalprovision. Der Staat beauftragt die Bank mit der Gewährung eines Darlehens zugunsten des Unternehmens. Zwischen Bank und Unternehmen kommt demgemäß ein Darlehensvertrag zustande. Aus dem Kreditauftrag des Staates resultiert gemäß § 778 BGB die Haftung des Staates als Bürge. Bei Bürgschaften eines Bundeslandes werden regelmäßig die landesrechtlichen Allgemeinen Bürgschaftsrichtlinien Bestandteil des Bürgschaftsvertrages.³⁹ Entsprechend verhält es sich mit Bürgschaftsrichtlinien des Bundes.⁴⁰

Das Nacheinander von öffentlich-rechtlichem Verfahren beim Bewilligungsakt und zivilrechtlicher Ausgestaltung von Kreditauftrag, Darlehensvergabe und Bürgschaft und das entstehende Dreiecksverhältnis der Beteiligten entsprechen der

³⁸Rede vom 25. 2. 1999, <http://www.bmwi.de/reden/1999/0225rede1.html>.

³⁹Vgl. *Bunte* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn.

33.

⁴⁰Vgl. Richtlinie DtA-Bürgschaftsprogramm für längerfristige Investitionskredite, Anlage 1, 2.2, http://db.bmwi.de/cgi-bin/foiocgi.exe/bmwi.nfo/query=dta/doc/{t14690}/hit_headings?.

herrschenden Zwei-Stufen-Theorie, die zwar starker Kritik ausgesetzt ist,⁴¹ aber ständige Anwendung in der Rechtsprechung findet⁴² und daher in der Praxis als - noch? - maßgeblich anzusehen ist.

Gleichwohl ist die Kritik verständlich, weil die staatliche Beihilfe allein im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsbescheid zu sehen sein sollte, es aber von der zivilrechtlichen Ausgestaltung abhängen kann, ob die Bewilligung ein Unternehmen im Sinne einer Beihilfe begünstigt: Wird einem Unternehmen aufgrund der Staatsbürgerschaft ein Darlehen nur zum marktüblichen Zins gewährt, so entfällt die Begünstigung. Regelmäßig liegt der Fall jedoch so, daß dem Unternehmen ohne den staatlichen Bürgen mangels eigener Sicherheiten gar kein Kredit gewährt worden wäre.

Die darlehensgewährende Bank jedenfalls steht in rein zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen einmal zum Unternehmen, zum anderen zum Staat. Infolge dieser Konstellation stellt sich zum einen die Frage nach den Begünstigten, zum anderen nach der Beziehung von öffentlich-rechtlichem Bewilligungsbescheid und zivilrechtlicher Ausgestaltung zueinander, wenn die Ausgestaltung ergibt, daß die staatliche Bewilligung eine Beihilfe im Sinne der Artt. 87 f. darstellt.

II. Stellung der Bank

Bei staatlichen Bürgschaften war früher die Rolle der kreditgewährenden Bank strittig. Zwar sind die Banken nicht in erster Linie begünstigt. Doch stellte sich im Hinblick auf die

⁴¹Statt vieler *Maurer*, § 17 Rn. 14 ff.

⁴²Seit BVerwGE 1, 308, 309 f.; BGHZ 40, 206, 209 f.; 61, 296, 299; 115, 275, 279.

eventuelle Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt die Frage, ob lediglich das Unternehmen ohne ausreichende Sicherheiten, oder ob auch die Bank Empfängerin der Beihilfe ist.

Wie eingangs erwähnt, kann Beihilfeempfänger nur ein Unternehmen sein, das durch eine Maßnahme begünstigt wird. Zur Feststellung der Begünstigung ist ein Vergleich zwischen einzelnen Unternehmen erforderlich, für den der Zweck der Beihilfevorschriften den Vergleichsmaßstab bietet.⁴³ Die Beihilfevorschriften sollen - wie ebenfalls eingangs dargelegt - ein System des unverfälschten Wettbewerbs gewährleisten. Ob die Begünstigung eines Unternehmens vorliegt, hängt also vom Vergleich mit seinen Mitwettbewerbern ab.⁴⁴ Ein durch Staatsbürgerschaft abgesichertes Darlehen an ein Unternehmen wäre ohne die Bürgschaft regelmäßig nicht gewährt worden. Ein Rückzahlungsrisiko der Bank wäre daher nicht entstanden. Durch die Kreditsicherung des Staates wird die Bank hinsichtlich des Rückzahlungsrisikos nicht unmittelbar bessergestellt als ihre Mitwettbewerber.⁴⁵

Wäre das Darlehen ohne Staatsbürgerschaft ausnahmsweise zum marktüblichen Zins gewährt worden, so hätte der Zinssatz einen Aufschlag für das Rückzahlungsrisiko enthalten. Eine unmittelbare Besserstellung durch die Staatsbürgerschaft ist auch insoweit nicht ersichtlich.

Die Kommission war früher der Ansicht, eine Staatsbürgerschaft könne die Bank mittelbar begünstigen, da ihr Geschäftsvolumen auch bei Kreditvergabe zu Marktkonditionen infolge der Risikolosigkeit ausgeweitet wird.⁴⁶ Insoweit kommt aber nur eine

⁴³ Müller-Graff, ZHR 152 (1988), 403, 418.

⁴⁴ Müller-Graff, ZHR 152 (1988), 403, 418.

⁴⁵ Bunte in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 32.

⁴⁶ Kommission, Mitteilungsentwurf v. 12. 4. 1994, zit. nach *Habersack*, ZHR 159 (1995), 663, 669; so auch *Schütterle*, EuZW 1995, 391, 392 f.

Begünstigung in Höhe der Gewinnmarge aus dem Geschäft in Betracht, welche den Wettbewerb untereinander verfälscht.⁴⁷

Jedoch verlangt der EuGH für den Tatbestand der verbotenen Beihilfe Feststellungen über den betroffenen Markt, über die Marktstellung des begünstigten Unternehmens und über die Auswirkung der Beihilfe auf Wettbewerb und zwischenstaatlichen Handel.⁴⁸ Dies geht einher mit seiner früheren Feststellung, Beihilfen seien im Unterschied zu Subventionen stärker zweckbetont.⁴⁹ Regelmäßig enthalten Beihilfemaßnahmen keine Erklärungen zur Situation der kreditgewährenden Banken, sondern nur zur Situation der begünstigten Unternehmen, woraus eindeutig der Zweck der Begünstigung allein des Unternehmens hervorgeht. Insoweit kommt eine Beihilfe an die Banken nicht in Betracht.

Ferner hat der EuGH in anderem Zusammenhang - nämlich in Bezug auf die notwendige Zurechnung von Beihilfen zum Staat - bestimmt, daß eine Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden kann. Für die Bewertung der Beihilfe kommt es allein auf die Auswirkungen auf die begünstigten Unternehmen an. Die Stellung der für die Verteilung und Verwaltung der Beihilfe zuständigen Einrichtungen ist nicht zu berücksichtigen.⁵⁰ Die kreditgewährende Bank ist demnach zur Durchführung der Beihilferegulung beauftragte private Einrichtung im Sinne des EuGH. Daraus ist ersichtlich, daß sie selbst nicht als Beihilfeempfängerin angesehen wird.

Mittlerweile ist die Kommission von ihrer früheren Auffassung abgekommen.⁵¹ Daher herrscht nun weithin Einigkeit darüber, daß

⁴⁷ *Schütte/Kirchhoff*, EWS 1996, 189, 190.

⁴⁸ EuGH, Slg. 1985 I/1, 809, 824 - Niederlande/Kommission.

⁴⁹ EuGH, Slg. 1961, 3, 43 - De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg.

⁵⁰ EuGH, Slg. 1977 I/1, 595, 612 - Steinike und Wenlig/Deutschland.

⁵¹ Vgl. *Bunte* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 2, 32.

die Banken bei Beihilfen in Form von Staatsbürgschaften keine Beihilfeempfängerinnen sind.

III. Verstoß gegen das Durchführungsverbot

Bei vielen Beihilfemaßnahmen wird gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 verstoßen: Tatsächlich durchgeführte Beihilfemaßnahmen werden vorher nicht der Kommission angezeigt.

1. Auswirkungen auf öffentlich-rechtlicher Seite

Daraus ergibt sich als Konsequenz bis zu einer abschließenden Entscheidung die zumindest formelle Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids. Daran ändert sich nichts, wenn die Kommission anschließend die Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt - also deren materielle Rechtmäßigkeit - feststellt. Der formell rechtswidrige Beihilfebescheid ist dadurch nicht heilbar, denn ansonsten liefe der Zweck des Durchführungsverbotes leer,⁵² der laut EuGH darin liegt, das Wirksamwerden vertragswidriger Beihilfen zu verhindern.⁵³ Dieser Zweck läßt sich nur erreichen, wenn die Rechte Dritter durchgesetzt werden können, ohne unter dem Vorbehalt einer rückwirkenden Aufhebung einer Entscheidung zu ihren Gunsten zu stehen.⁵⁴

Die Kommission nimmt für sich in Anspruch, die vorläufige Rückforderung auch solcher bloß formell rechtswidriger Beihilfen verlangen zu können, die vor der Kenntnisaufnahme der Kommission geleistet worden sind.⁵⁵ Sie stützt sich dabei auf eine Aussage des

⁵²Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 753, 760 f.

⁵³EuGH, Slg. 1973 II, 1471, 1481 f. - Lorenz/Deutschland und Rheinland Pfalz.

⁵⁴Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 753, 760.

⁵⁵Kommission, Wettbewerbsrecht, III. 3. b., S. 38.

EuGH, nach der gegen jede Verletzung des Art. 88 III eingeschritten werden kann.⁵⁶ Der EuGH hat das Recht der Kommission zur Anordnung der Rückerstattung aber zugleich eingeschränkt. Eine Anordnung der Rückerstattung einer Beihilfe darf nicht allein auf der Begründung beruhen, sie sei ohne vorherige Anzeige an die Kommission geleistet worden.⁵⁷ Um eine abschließende Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt kommt die Kommission nicht herum. Es ist ihr lediglich gestattet, die Prüfung kürzer zu fassen, sollte der Mitgliedsstaat die gebotene Mitwirkung im Rahmen der Beihilfeaufsicht verweigern.⁵⁸

Daß formell rechtswidrige Beihilfen unter Umständen vorläufig zurückzugewähren sind, um nach positivem Abschluß des Prüfungsverfahrens wieder ausgezahlt zu werden, wird von einigen für unverhältnismäßig gehalten.⁵⁹ Die Annahme der Unverhältnismäßigkeit kann jedoch zumindest bei Beihilfen in Form von Staatsbürgschaften nicht aufrecht erhalten werden. Denn im Ergebnis muß das begünstigte Unternehmen lediglich den Wettbewerbsvorteil ausgleichen, den es durch die verfrühte Beihilfeleistung nach herrschender Meinung in nur formell rechtswidriger - nach anderer Ansicht (dazu sogleich) auch in materiell rechtswidriger - Weise erhalten hat. Es muß also ggf. nur den Zinsbetrag erstatten, den es während des Zeitraums zwischen der Gewährung der Beihilfe und dem Erlaß der positiven Entscheidung der Kommission „gespart“ hat.

Man darf jedoch einen Verstoß gegen die Anzeigepflicht nicht automatisch bis zu einem Abschluß des Prüfungsverfahrens der Kommission für sanktionslos halten. Denn schon vorher können Wettbewerber des begünstigten Unternehmens im Wege der Konkurrentenklage gemäß Art. 230 Unterabs. 4 vor nationalen Gerichten die Mißachtung der Sperrwirkung geltend machen. Zwar kann das nationale Gericht nicht an Stelle der Kommission eine Entscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem

⁵⁶EuGH, Slg. 1990 I/1, 307, 356 - Frankreich/Kommission.

⁵⁷EuGH, EuZW 1996, 564, 567 - SFEI.

⁵⁸EuGH, EuZW 1996, 564, 567 - SFEI.

⁵⁹Kokott, DVBl. 1993, 1235, 1236 f. m. w. Nachw.

Gemeinsamen Markt treffen, weil insoweit die Kommission unter der Kontrolle des EuGH ausschließlich zuständig ist.⁶⁰ Das Gericht muß jedoch die praktische Wirksamkeit des Art. 88 gewährleisten und darf nicht bis zu einer Kommissionsentscheidung den Prozeß aussetzen. Es muß dafür sorgen, daß eine formell rechtswidrige Beihilfe jedenfalls keine Verletzung des Rechts einzelner darstellt.⁶¹ Die Verpflichtung zum Tätigwerden ergibt sich aus der Tatsache, daß Art. 88 III 3, anders als dem Rest der Regelung, unmittelbare Wirkung zukommt.⁶² Bei einem Verstoß gegen die Sperrwirkung ist die Beihilfe zu unterbinden oder zurückzufordern,⁶³ wenn nicht sogar dem Wettbewerber Schadensersatz zuzusprechen.⁶⁴

2. Auswirkungen auf zivilrechtlicher Seite

a) Bestandslösung

Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot solle sich nach wohl herrschender Meinung wegen der strikten Trennung zwischen den öffentlich- und zivilrechtlichen Verhältnissen nicht auf die zivilrechtliche Ausgestaltung der Beihilfemaßnahme auswirken.

Wie gezeigt, bildet die Differenz zwischen dem vom Unternehmen gezahlten Zins und dem marktüblichen Zins das Beihilfeelement. Nach der neueren Andeutung der Kommission ist es der wirtschaftliche Vorteil der staatlich verbürgten Darlehensverpflichtung im Vergleich zu den marktüblichen Bedingungen. In jedem Falle bedeute es, daß es für den Bestand einer Beihilfe auf den Inhalt des Darlehensvertrags ankomme und

⁶⁰EuGH, EuZW 1996, 564, 567 - SFEI.

⁶¹EuGH, EuZW 1996, 564, 569 - SFEI.

⁶²Kommission, Wettbewerbsrecht, III. 1., S. 32.

⁶³EuGH, EuZW 1996, 564, 569 - SFEI.

⁶⁴EuGH, EuZW 1996, 564, 569 - SFEI.

folglich, daß die Bewilligung rechtmäßig bleibe, soweit dem Unternehmen während der Sperrfrist statt des herabgesetzten Zinssatzes marktübliche Zinsen gewährt werden. In dem regelmäßig vorliegenden Fall, daß dem Unternehmen ohne den staatlichen Bürgen gar kein Kredit gewährt worden wäre, sei die Bürgschaft vollständig eine Beihilfe, deren Bewilligung sei folglich für die Dauer der Sperrfrist vollständig rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids über eine Staatsbürgschaft führe demnach nicht unmittelbar zur Rechtswidrigkeit des Darlehens- und Bürgschaftsvertrags.⁶⁵ Umgekehrt machten erst der niedrige Zins bzw. die Vergabe des Darlehens selbst den (und nur den) Bewilligungsbescheid rechtswidrig.

Begründet wird dies damit, daß das Durchführungsverbot die Entscheidung der Kommission sichere, eine Beihilfemaßnahme sei unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt. Wenn die Kommission eine Beihilfe für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt, so hat sie gemäß Art. 88 II Unterabs. 1 die Entscheidung zu treffen, daß der betreffende Staat die Beihilfe innerhalb einer Frist aufzuheben oder umzugestalten hat. Die Rückforderung der bereits gewährten Beihilfe ist dabei logische Folge der Feststellung der Rechtswidrigkeit.⁶⁶ Das Durchführungsverbot als Sicherungsinstrument könne in seiner Reichweite aber nicht weiter gehen als die Auswirkungen einer solchen Kommissionsentscheidung.⁶⁷

b) Nichtigkeitslösung

Eine andere Auffassung hält die eben geschilderten Auswirkungen einer Unvereinbarkeitsentscheidung für

⁶⁵Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 802.

⁶⁶EuGH, Slg. 1990 I/3, 959, 1020 - Belgien/Kommission; 1994 I/5 4103, 4169 - Spanien/Kommission.

⁶⁷Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 753, 761.

unzureichend. Nach dieser - maßgeblich von *Steindorff* vertretenen - Ansicht ist jeder zivilrechtliche Vertrag, mit dem ein der Kommission nicht angezeigter öffentlich-rechtlicher Beihilfebewilligungsbescheid umgesetzt wird, nichtig gemäß § 134 BGB.⁶⁸ Dies gelte auch dann, wenn die Beihilfemaßnahme später von der Kommission für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt werde. Ein solcher Vertrag sei dann gemäß § 141 II BGB zu bestätigen.⁶⁹

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Das Verbotsgesetz sei in Art. 88 III 3 zu sehen⁷⁰ als von staatlichen Gerichten unmittelbar anzuwendendem Recht.⁷¹ Ob sich „aus dem Gesetz ein anderes ergibt“ als die Nichtigkeit, hängt vom Sinn und Zweck der Verbotsnorm ab.⁷² Indiziell liegt Nichtigkeit vor, wenn sich das Verbot gegen beide Geschäftspartner oder gerade gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richtet. Dagegen bleibt das Geschäft gültig, wenn nur ein einseitiger Verstoß vorliegt oder wenn das Verbot nur die Art und Weise des Abschlusses betrifft. Sinn und Zweck der Verbotsnorm können jedoch auch ergeben, daß ein nur an eine Partei gerichtetes Verbot die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge hat.⁷³ Hieran knüpft die Auffassung an. § 134 BGB sei gemäß Art. 5 ein Instrument des nationalen Rechts, wie es vom EuGH gefordert wird, um dem Gemeinschaftsrecht zur vollen Wirksamkeit (*effet utile*) zu verhelfen.⁷⁴ Derlei Instrumente sind laut EuGH nur erforderlich, soweit das Gemeinschaftsrecht selbst keine

⁶⁸*Steindorff*, ZHR 152 (1988), 474, 488 f.; ders. EG-Vertrag und Privatrecht, S. 350 ff.; ders. EuZW 1997, 7 ff.

⁶⁹Vgl. *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 12, dort aber § 141 I BGB, was nicht richtig sein kann.

⁷⁰*Steindorff*, EuZW 1997, 7, 8.

⁷¹EuGH, EuZW, 1996, 564, 567 - SFEI.

⁷²BGHZ 88, 240, 242.

⁷³BGHZ 88, 240, 243; *Palandt/Heinrichs*, § 134 Rn. 8.

⁷⁴*Steindorff*, EuZW 1997, 7, 8; vgl. EuGH, EuZW 1996, 659 - Sandro Gallotti.

Sanktionen auf den Verstoß gegen seine Vorschriften enthält.⁷⁵ Die gemeinschaftsrechtliche Sanktion des Art. 88 II Unterabs. 1 sei jedoch aus folgenden Gründen nicht hinreichend:

aa) Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen

Das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 diene zum einen dem in Art. 3 I lit. g) genannten Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen. Sein Zweck bestehe darin, daß beabsichtigte Beihilfen bis zu einer Kommissionsentscheidung gar nicht erst gewährt werden, so daß gar kein Anlaß zur Rückgewähr geschaffen wird, wie es nach Art. 88 II Unterabs. 1 bei bestehenden Beihilfen möglich ist.⁷⁶

Dem entspricht die Ansicht des EuGH, nach der mit dem Durchführungsverbot das Wirksamwerden vertragswidriger Beihilfen unterbunden werden soll.⁷⁷ Der EuGH hat gefordert, daß die nationalen Gerichte alle Folgerungen sowohl für die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch für die Wiedereinziehung der gewährten finanziellen Unterstützung ziehen.⁷⁸

Diese Forderung an die nationalen Gerichte gehe weiter als die Befugnis der Kommission aus Art. 88 II.⁷⁹ Die Nichtigkeitslösung versteht den EuGH dahin, daß dieser den Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht durch Gemeinschaftsrecht sanktioniert ansieht. Daher käme die Anwendung nationalen Rechts in Betracht.⁸⁰ Die Anwendung nationalen Rechts dürfe an § 134 BGB nicht vorübergehen, da einer staatlichen Norm bei Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht die Anwendung nicht versagt bleiben dürfe, wenn sie auf Verstöße gegen vergleichbare staatliche

⁷⁵EuGH, Slg. 1994 I/4, 3385, 3407 - Milchwerke Köln-Wuppertal.

⁷⁶Steindorff, EuZW 1997, 7, 9.

⁷⁷EuGH, Slg. 1973 II, 1471, 1481 f. - Lorenz/Deutschland und Rheinland Pfalz.

⁷⁸EuGH, Slg. 1992, 6613, 6631 - Demoor/Belgien.

⁷⁹Vgl. EuGH, EuZW 1996, 564, 567 - SFEI.

Verbotsnormen angewandt würden.⁸¹ *Steindorff* führt *Canaris* an, nach dem § 134 BGB gerade als Sanktionsinstrument zur Durchsetzung nationaler wirtschaftsordnender Normen großzügig anzuwenden sei.⁸² Dies stellt er im Ergebnis gleich mit der Deutung des § 134 BGB als Auslegungsregel mit der Auslegungslast bei demjenigen, der die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts behauptet.⁸³ Demzufolge sei die Nichtigkeit einer mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe in Form einer Staatsbürgerschaft widerlegbar zu vermuten.⁸⁴ Entsprechendes muß dann für den Kreditauftrag des Staates an die Bank und für den Darlehensvertrag selbst gelten. Diese Rechtsfolge sei erforderlich zur voll wirksamen Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlich gemäß der Artt. 5, 3 I lit. g) gebotenen Schutzes vor Wettbewerbsverfälschungen.⁸⁵

bb) Konkurrentenschutz

Ferner solle das gemeinschaftliche Beihilferecht auch individuelle Konkurrenten der durch eine Beihilfe Begünstigten in ihrer Chancengleichheit schützen.⁸⁶ *Steindorff* verweist insoweit zum einen auf den sogenannten Messina-Bericht, der den Verhandlungen zum EWG-Vertrag zugrunde liegt und der als eine wesentliche Garantie für die Unternehmen fordert, daß der Wettbewerb nicht durch künstliche Vorteile an Konkurrenten verfälscht wird.⁸⁷ Zum anderen führt er die Aussage des EuGH zum Durchführungsverbot an, wonach es Rechte einzelner

⁸⁰ *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 9.

⁸¹ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 303 ff.

⁸² *Canaris*, S. 17.

⁸³ *Staudinger/Sack*, § 134 Rn. 58.

⁸⁴ *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 8.

⁸⁵ *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 10.

⁸⁶ *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 10.

⁸⁷ *Steindorff*, EuZW 1997, 7, 10.

begründe, aus denen die nationalen Gerichte zugunsten dieser einzelnen die Folgerungen ableiten müssen, und zwar auch bezüglich der Gültigkeit der Beihilfeakte.⁸⁸ Wettbewerbern als Konkurrenten der kreditnehmenden Unternehmen bliebe einzig der Schutz durch die *ex tunc* wirkende Nichtigkeit des Darlehens und der Bürgschaft gemäß § 134 BGB, da auf andere Weise - namentlich durch Lauterkeitsschutz und durch Schutzgesetze und Staatshaftung - kein rechtzeitiger oder kein ausreichender Rechtsschutz gewährleistet sei.⁸⁹ Darüber hinaus habe die Nichtigkeit den Vorteil, daß sie den Konkurrenten nicht die Last einer Klageerhebung aufbürde, was wesentlich zur Durchsetzung des Durchführungsverbots beitragen könne.⁹⁰

cc) Drittschutz

Gegen die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Staatsbürgschaft wird argumentiert, daß sich das Beihilfeverbot nach seinem Zweck gegen Beihilfegeber und -empfänger richte, nicht aber gegen Dritte.⁹¹ Die Beeinträchtigung von Interessen Dritter könne indes im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Sanktion des § 134 BGB gewürdigt werden. Dabei sei die Schutzbedürftigkeit von Bürgschaftsgläubigern gegen das Ziel des Durchführungsverbots abzuwägen.

Es gehört gemäß Art. 234 lit. a) zu den Aufgaben des EuGH, im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung des EG-Vertrages zu entscheiden. Bislang hat sich der EuGH zum Verhältnis zwischen Schutzbedürftigkeit von Bürgschaftsgläubigern und dem Ziel des Durchführungsverbots nicht geäußert.

⁸⁸EuGH, Slg. 1991 I/7, 5505, 5528 - Federation nationale et Syndicat national/Frankreich.

⁸⁹Steindorff, EuZW 1997, 7, 11.

⁹⁰Steindorff, EuZW 1997, 7, 11.

⁹¹Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 806.

Erkennbar sei, daß er dem Durchführungsverbot einen hohen Rang einräumt. Demgegenüber kennten die Banken die rechtlichen Risiken des Durchführungsverbots. Dies schwäche ihre Stellung bei der Interessenabwägung. Darüber hinaus weist *Steindorff* darauf hin, daß den Banken ein weiteres Instrument für die eigene Absicherung zur Verfügung stehe. So müßten sie nur den staatlichen Bürgen nach dessen Kreditauftrag zur Anzeige der Beihilfemaßnahme an die Kommission veranlassen und längstens zwei Monate warten,[P. D.1] falls der Beihilfetatbestand des Art. 87 I erfüllt sein könnte. Ein bereits vor Ablauf dieser Frist abgeschlossener Bürgschaftsvertrag sei zwar nichtig, könnte aber nach Ablauf dieser Frist gemäß § 141 II BGB bestätigt werden.⁹² Ebenso Kreditauftrag und Darlehen.

IV. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

Unproblematisch ist der Fall, wenn die Kommission eine neue oder bereits bestehende Beihilfe für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt. Nach der Bestandslösung könnten Darlehens- und Bürgschaftsvertrag nun zu den für das Unternehmen günstigeren Bedingungen fortgeführt werden. Nach der Nichtigkeitslösung seien diese Verträge gemäß § 141 II BGB zu bestätigen. Gerät das Unternehmen in die Insolvenz oder sonst mit seiner Leistung seiner Darlehensrückzahlungspflicht in Schwierigkeiten, so kann die Bank den Staat als Bürgen in jedem Fall nach Maßgabe des einfachen Bürgschaftsrechts in Anspruch nehmen.

V. Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt

1. Auswirkungen auf öffentlich-rechtlicher Seite

⁹²*Steindorff*, EuZW 1997, 7, 12.

Wenn die Kommission die Beihilfe auch materiell-rechtlich für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt, so hat sie gemäß Art. 88 II Unterabs. 1 die Entscheidung zu treffen, daß der betreffende Staat die Beihilfe innerhalb einer Frist aufzuheben oder umzugestalten hat. Der EuGH interpretierte dies früher dahin, daß die Aufhebung oder Umgestaltung sinnvollerweise die Verpflichtung umfassen kann, die vertragswidrig gewährten Beihilfen zurückzufordern, so daß die Kommission den Gerichtshof anrufen kann, wenn die Rückforderung unterbleibt.⁹³ Nunmehr bezeichnet er die Rückforderung als logische Folge der Feststellung der Rechtswidrigkeit, weshalb sie auch nicht unverhältnismäßig sein könne.⁹⁴ Die Rückforderung ist mangels einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Regeln nach den im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten abzuwickeln. In Deutschland hält die herrschende Meinung § 48 VwVfG bzw. die entsprechenden Landesvorschriften für einschlägig.⁹⁵ Nationales Recht darf die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts dabei nicht beeinträchtigen. Seine Anwendung darf daher die vorgeschriebene Rückforderung nicht unmöglich machen.⁹⁶ Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, insbesondere der Vertrauensschutz nach gemeinschaftlichem und nationalem Recht, ist Gegenstand ständiger Diskussion.⁹⁷ Die durch eine Beihilfe in Form einer zivilrechtlich ausgestalteten Staatsbürgerschaft gesicherte Bank bleibt insoweit außen vor.

⁹³EuGH, Slg. 1973 I, 813, 829 - Kommission/Deutschland.

⁹⁴EuGH, Slg. 1990 I/3, 959, 1020 - Belgien/Kommission; 1994 I/5 4103, 4169 - Spanien/Kommission.

⁹⁵BVerwG, NJW 1993, 2764; EuZW 1995, 314, 316; *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann/Wenig*, Art. 93 Rn. 56; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 803.

⁹⁶EuGH, WM 1998, 1601, 1602 - Rheinland Pfalz/Alcan = JZ 1997, 722, 723 = WuB IV F. Art. 92 EGV 1.97 = ZfZ 1998, 50, 51.

⁹⁷Vgl. EuGH, ZfZ 1998, 50 ff. - Rheinland Pfalz/Alcan mit Anm. *Schrömbges* = JZ 1997, 722 ff. mit Anm. *Classen* = WuB IV F. Art. 92 EGV 1.97 mit Anm. *Niggemann*; BVerwG, ZIP 1998, 1393 ff.; *Hakenberg/Tremmel*, EWS 1997, 217, 221 ff.; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 752, 759 f. und 801, 803 f., 807; *Klanten*, ZIP 1995, 535, 542 f.; *Montag*, NJW 1998, 2088, 2094 f.; *Schohe/Hoenike*, EuZW 1997, 741, 746 f.

2. Auswirkungen auf zivilrechtlicher Seite

Dennoch muß sich die Entscheidung der Kommission, eine Beihilfe in Form einer Staatsbürgerschaft sei mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar, auf die zivilrechtlicher Beziehungen der Bank zum Beihilfeempfänger und zum Staat als dessen Bürgen auswirken. Das Frage nach dem Bestand von Darlehens- und Bürgschaftsvertrag stellt sich insoweit nur für die Bestandslösung. Für sie wäre es sinnlos, der Beihilfe die öffentlich-rechtliche Grundlage zu entziehen, ihr aber die zivilrechtliche Ausgestaltung wirksam zu belassen. Die Nichtigkeitslösung dagegen hat die Rückabwicklung rechtsgrundlos bewirkter Leistungen vorzunehmen.

a) Bestandslösung

Die herrschende Meinung folgert aus den unterschiedlichen Rechtsbeziehungen innerhalb des Dreiecksverhältnisses zwischen bürgendem Staat, darlehensempfangendem Unternehmen und darlehensgebender Bank, daß Mängel aus dem einen Verhältnis sich grundsätzlich nicht auf das andere erstrecken und daß jedes Verhältnis im Falle einer Störung für sich abzuwickeln sei.⁹⁸ Demzufolge würden Bürgschafts- und Darlehensvertrag durch die Anordnung der Beihilferückforderung nicht berührt. Die Rückforderung entziehe allein dem Staat den Grund für den Kreditauftrag und für die Hingabe der Bürgschaft. Gegenüber der Bank müsse er innerhalb des Zivilrechts versuchen, Darlehens- und Bürgschaftsvertrag rückgängig zu machen.⁹⁹ Diesbezüglich variieren die Meinungen im einzelnen (im folgenden wird im

⁹⁸Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 802.

⁹⁹Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 803.

wesentlichen die Auffassung von *Hopt* und *Mestmäcker* zugrundegelegt).

Solange die Bank das Darlehen noch nicht gewährt hat und die Bürgschaft daher noch nicht valutiert ist, könne der Staat seinen Kreditauftrag gemäß § 671 I BGB widerrufen, müsse der Bank dagegen nach § 670 BGB deren Aufwendungen ersetzen. Gewährt dann die Bank dem Unternehmen trotzdem Kredit, so geschehe dies auf eigenes Risiko und nicht mehr aufgrund der Beihilfe. Nach einer Ansicht über der Staat mit dem Widerruf des Kreditauftrages gleichzeitig sein Kündigungsrecht über die Bürgschaft aus, das er aufgrund dieses Auftrages bis zur Entstehung der Hauptschuld innehabe.¹⁰⁰ Nach anderer Ansicht entfiele durch die Rückforderung der Beihilfe die Geschäftsgrundlage der Bürgschaft.¹⁰¹

Habe die Bank das Darlehen bereits gewährt, so könne der Staat den Kreditauftrag zwar nicht mehr widerrufen. Doch sei die Bank aufgrund der Bürgschaftsrichtlinien regelmäßig zur Ausübung eines Kündigungsrechts verpflichtet, wenn der staatliche Bürge dies verlange.¹⁰²

Ein solches Kündigungsrecht sei inzident gegeben, wenn der Staat gegenüber dem Unternehmen den Bewilligungsbescheid zurücknimmt.¹⁰³ Auf die Kündigung komme es normalerweise zur Rückzahlung des Darlehens, auch wenn dies im Klage- und Vollstreckungsweg geschieht und das Unternehmen dadurch in die Insolvenz gerät. Somit sei die Beihilfe dem Unternehmen wieder entzogen. Der Fortfall der Bürgschaftsschuld ergebe sich demzufolge aus der Kündigung des Darlehens gemäß § 767 I 1 BGB.¹⁰⁴

Kann das Unternehmen das Darlehen nicht zurückzahlen und fällt die Bank somit mit ihren Rückzahlungsansprüchen aus, so

¹⁰⁰*Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 804.

¹⁰¹*Palandt/Thomas*, § 765 Rn. 1.

¹⁰²*Bunte* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 33.

¹⁰³*Bunte* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, § 141 Rn. 39; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 804.

¹⁰⁴*Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 804 f.

dürfe man ihr dieses Insolvenzrisiko nicht auflegen.¹⁰⁵ Es müsse daher bei der staatlichen Haftung aus dem nach wie vor wirksamen Bürgschaftsvertrag bleiben.

b) Nichtigkeitslösung

Nach der Nichtigkeitslösung entstünden nicht erst aufgrund der Beihilferückforderung Rückgewähransprüche zwischen den Parteien über sämtliche einander erbrachte Leistungen. Vielmehr ergäben sich die Ansprüche aus der Nichtigkeit aller zivilrechtlichen Verträge, mit denen ein öffentlich-rechtlicher Beihilfebescheid umgesetzt wird, schon bevor die Beihilfemaßnahme bei der Kommission angezeigt wurde. Die Anordnung der Rückforderung durch die Kommission muß demnach als Aufforderung an den Staat verstanden werden, bestehende Leistungskondiktionsansprüche geltend zu machen. Das wird die Banken ebenfalls zur Geltendmachung ihrer Ansprüche bewegen. Vorrangig hätte sie dann ihre eigenen Leistungskondiktionsansprüche gegen das Unternehmen durchzusetzen. Wo dies wegen Insolvenz nicht möglich ist, träfe die Bank ohne weiteres das Risiko.

Wegen der Mißachtung des Durchführungsverbotes käme jedoch eine Haftung des Staates nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* in Betracht, weil dieser die Bank fahrlässig in die unzulässige Durchführung der Beihilfe eingeschaltet und sie damit der Gefahr der Gewährung ungesicherter „Kredite“ ausgesetzt habe, die in Wahrheit nur Leistungskondiktionsansprüche begründeten. Weil der Ersatz des Vertrauensschadens nach allgemeiner Ansicht bei der *c. i. c.* nicht auf das Erfüllungsinteresse beschränkt ist,¹⁰⁶ könne die Bank vom Staat die volle Summe verlangen, mit der sie mit ihren

¹⁰⁵ Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 806.

¹⁰⁶ Statt vieler BGHZ 57, 191, 193.

„Kreditrückzahlungsansprüchen“ in der Insolvenz des Unternehmens ausgefallen ist, einschließlich einer (vermeintlichen) Beteiligung am Ausfallrisiko.¹⁰⁷ Ein Mitverschulden der Bank beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot sei nicht denkbar. Adressat des Verbots sei nicht sie, sondern allein der Staat.

Ein Staatshaftungsanspruch gemäß Art. 34 S. 1, § 839 I 1 BGB hinge davon ab, ob die Beachtung des Durchführungsverbots eine Amtspflicht auch gegenüber der Bank darstellen würde. Regelmäßig wird aber ein solcher Anspruch nach § 839 I 2 BGB wegen nur fahrlässigen Handelns hinter dem Anspruch aus *c. i. c.* zurücktreten müssen.

VI. Ökonomische Überlegungen

Es verwundert nicht, daß Banken als Bürgschaftsnehmer der Rechtsfolge der Nichtigkeit wenig abgewinnen können. Bei Nichtigkeit hätten sie einerseits selbst Leistungen zu kondizieren, andererseits anderen zurückzugewähren. Wenn ihnen der Staat letztlich auch die Transaktionskosten zu erstatten hätte, so wären sie nutzlos aufgewandt, die Banken hätten keinen Gewinn erzielt und nur Zeit verloren.

Diese Sichtweise ist begrenzt, denn sie überblickt lediglich das nationale Recht. Wenn gemeinschaftsökonomische Maßstäbe angelegt werden, so wird deutlich, daß unter anderem mit dem Gemeinsamen Markt Aufgaben der Gemeinschaft erfüllt werden sollen, von der sich die Mitgliedsstaaten im Endeffekt einen höheren Nutzen auch zugunsten der Unternehmen[P. D.2] versprechen. Das Verbot einer mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe führt dazu, daß diesem höheren Nutzen Geltung verschafft wird. Die Nichtigkeit einer mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe in Form einer Staatsbürgschaft gemäß § 134 BGB wäre ein wirksames Instrument, um dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot Rechnung zu

¹⁰⁷Vgl. *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 809.

tragen. Dem gegenüber stehen die Kosten, die bei der vollständigen Rückabwicklung sämtlicher Vorgänge in Bezug auf die Beihilfe - also bei der „Durchsetzung“ der Nichtigkeitsentscheidung - entstehen würden. Diese Kosten sind als höher zu veranschlagen als die Kosten einer Rückabwicklung nach Kündigung des Auftragsverhältnisses bzw. der Bürgschaft, welche als wirksam angesehen werden. Das gilt ebenso, wenn die Kündigung nur Wirkung für die Zukunft hat, weil die Bürgschaft bereits valuiert wurde. Der geringste Kostenaufwand ließe sich folglich gemäß der Bestandslösung durch die Rückabwicklung der staatlichen Beihilfe durch Kündigung erreichen. Größere Anreizwirkung zur Vermeidung solch risikobehafteter Rechtsgeschäfte ließe sich freilich mit der rückwirkenden Nichtigkeit dieser Geschäfte erzielen. Hierauf weist auch *Steindorff* hin, wenn er die Wirksamkeit der Präventivkontrolle im Einklang mit Art. 5 anspricht, die von der Nichtigkeit ausgeht.¹⁰⁸ Auch laut *Hopt* und *Mestmäcker* würden diese Ansprüche dazu führen, daß das Beihilfeverbot ernst genommen wird.¹⁰⁹ Aufgrund ihrer *c. i. c.*-Ansprüche trügen die Banken das Insolvenzrisiko auch bei der Nichtigkeit nicht. Es wäre auf den Staat abgewälzt. Die größere Anreizwirkung träfe den, an den sich das Durchführungsverbot richtet und der zugleich der *cheapest cost avoider* ist: der Staat.

G. Schlußbemerkung

Der Bestandslösung kommt zugute, daß sie im Einklang steht mit der ganz herrschenden Meinung im Staatsbürgerschaftsrecht. Hinzuweisen ist jedoch darauf, daß die Rechtsprechung des EuGH schon des öfteren Zäsuren in bestimmten nationalen Rechtsprechungen erforderlich gemacht hat. Gerade auch im Bereich staatlicher Beihilfen muß seit kurzem bei der Frage des

¹⁰⁸*Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 350 f., 353.

¹⁰⁹*Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 801, 809.

Vertrauensschutzes vor der Rückforderung unvereinbarer Beihilfen die Vorschrift des § 48 VI VwVfG europarechtskonform ausgelegt werden. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß der EuGH zukünftig im Wege einer Vorabentscheidung das Durchführungsverbot höher bewertet als die Belange Dritter und in diesem Punkt den Maßstab des Art. 5 streng an die Staatsbürgerschaftspraxis der Mitgliedsstaaten legt. Dies könnte erhebliche Auswirkungen nicht nur für die Zwei-Stufen-Theorie nach sich ziehen.

Zwar wird der Hauptkritikpunkt an der Zwei-Stufen-Theorie – daß bei einer Staatsbürgerschaft kein einheitliches Lebensverhältnis bestehe wie bei der Subventionierung durch Gewährung eines Darlehens – insoweit möglicherweise nicht zur vollen Überzeugung vorgebracht werden können. Infolgedessen ist aber denkbar, daß sich Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, da die Bewilligungszusage nicht rein abstrakt erfolgen kann, sondern substantiiert werden muß. In ihr müssen daher inhaltliche Aussagen gemacht werden, die sich später in Kreditauftrag und Darlehensvertrag wiederfinden (etwa in bezug auf die Verzinsung).

Zweifelhaft ist weiter das Verhältnis der beiden Stufen zueinander. Wird die Bewilligungszusage durch Kreditauftrag und Darlehensvertrag vollzogen, so daß sie erlischt? Oder besteht sie fort, so daß sie auf den Kreditauftrag einwirken kann?

Außerdem: Was, wenn eine Behörde trotz der Bewilligungszusage keinen Kreditauftrag erteilt? Das Unternehmen hat aufgrund des Verwaltungsaktes einen Anspruch darauf. Denkbar ist, daß die Behörde grundsätzlich zur Abgabe des Kreditauftrags bereit ist, sich aber mit dem Unternehmen nicht über gewisse Modalitäten einigen kann (etwa über die Zinshöhe). Welcher Rechtsweg ist dann eröffnet?

EG-Beihilfeverbot und „öffentliche“ Kreditsicherung

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Auszug)

Vom 25. März 1957

(In der Fassung des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 2. Oktober 1997)

Artikel 2 [Aufgabe der Gemeinschaft] Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 3 a genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen in der ganzen Gemeinschaft eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität, die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern.

Artikel 3 [Tätigkeit der Gemeinschaft] (1) Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfaßt nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge ...

g) ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt; ...

Artikel 5 [Aufgaben und Pflichten der Mitgliedsstaaten] Die Mitgliedsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe.

Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.

Artikel 87 (ex-Artikel 92) [Unzulässigkeit von Beihilfen; Ausnahmen] (1) Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.

(2) Mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind:

- a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;
- b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;
- c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.

(3) Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden:

- a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;

- b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedsstaates;
- c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- b) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- e) sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt.

Artikel 88 (ex-Artikel 93) **[Maßnahmen gegen unstatthafte Beihilfen]** (1) Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedsstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.

(2) Stellt die Kommission fest, nachdem sie den Beteiligten eine Frist zur Äußerung gesetzt hat, daß eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 87 unvereinbar ist oder daß sie mißbräuchlich angewandt wird, so entscheidet sie, daß der betreffende Staat sie binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat.

Kommt der betreffende Staat dieser Entscheidung innerhalb der festgesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission oder jeder betroffene Staat in Abweichung von den Artikeln 226 und 227 den Gerichtshof unmittelbar anrufen.

Der Rat kann einstimmig auf Antrag eines Mitgliedsstaates entscheiden, daß eine von diesem Staat gewährte oder geplante Beihilfe in Abweichung von Artikel 87 oder von den nach Art. 89 erlassenen Verordnungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen. Hat die Kommission bezüglich dieser Beihilfe das in Unterabsatz 1 dieses Absatzes vorgeschriebene Verfahren bereits eingeleitet, so bewirkt der Antrag des betreffenden Staates an den Rat die Aussetzung dieses Verfahrens, bis der Rat sich geäußert hat.

Äußert sich der Rat nicht binnen drei Monaten nach Antragstellung, so entscheidet die Kommission.

(3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, daß sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, daß ein derartiges Vorhaben nach Artikel 87 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedsstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.

Artikel 230 (ex-Artikel 173) **[Weitere Zuständigkeit des Gerichtshofs]** Der Gerichtshof überwacht die Rechtmäßigkeit der gemeinsamen Handlungen des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der EZB, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, und der Handlungen des Europäischen Parlaments mit Rechtswirkung gegenüber Dritten.

Zu diesem Zweck ist der Gerichtshof für Klagen zuständig, die ein Mitgliedsstaat, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung dieses Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensfehlgebrauchs erhebt.

...

(Unterabsatz 4) Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen.

...

Artikel 234 (ex-Artikel 177) **[Vorabentscheidung]** Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

- a über die Auslegung dieses Vertrags, ...

Grundlagen des europäischen Beihilferechts

Beihilfen sind alle Begünstigungen von Unternehmen, die in verschiedener Form die Belastung vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die nicht durch entsprechende marktgerechte Gegenleistungen des Begünstigten kompensiert werden.

Die **grundsätzliche Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt** in Art. 87 I ist Bestandteil eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützen soll, vgl. Art. 2, 3 I lit. g).

Das **Beihilfeverbot** ergibt sich nicht schon aus Art. 87 I, der einen bloßen Unvereinbarkeitsgrundsatz enthält. Das grundsätzliche Beihilfeverbot ergibt sich erst aus Art. 88 II.

Ausnahmen zum Beihilfeverbot sind normiert in Art. 87 II und III, darüber hinaus in Art. 88 II Unterabs. 3 f.

Art. 88 normiert das **Beihilfenaufsichtsverfahren** bei der Europäischen Kommission für beabsichtigte und bereits bestehende Beihilferegulungen. Besondere Bedeutung hat das **Durchführungsverbot** des Art. 88 III 3, nach dem beabsichtigte Beihilfen bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission nicht durchgeführt werden dürfen.

Beihilfe durch „öffentliche“ Kreditabsicherung - Staatsbürgschaften

Bei der Beihilfeform der Staatsbürgschaft erläßt der Staat einen Verwaltungsakt in Form einer **Bewilligungszusage** zugunsten eines Unternehmens (das „Ob“ der Bürgschaft). Sodann (das „Wie“) vergibt er einen **Kreditauftrag** (§ 778 BGB) an ein Kreditinstitut. Das Kreditinstitut schließt einen **Darlehensvertrag** mit dem Unternehmen; der Staat haftet als Bürge. Dieses Vorgehen entspricht der **Zwei-Stufen-Theorie**.

Durch die Beihilfe begünstigt ist allein das Unternehmen, nicht auch das Kreditinstitut. Wegen der Staatsbürgschaft gewährt das Kreditinstitut wirtschaftliche Vorteile, die es ohne den staatlichen Bürgen nicht gewährt hätte, z. B. einen geringeren als den marktüblichen Darlehenszins, oder die Gewährung eines Darlehens überhaupt.

Wird bei einer Staatsbürgschaft gegen das **Durchführungsverbot verstoßen**, so wird in **öffentlich-rechtlicher Hinsicht** die **Bewilligungszusage** zumindest **formell rechtswidrig**. Die Kommission kann die Beihilfe zwar nicht ohne materielle Prüfung zurückfordern, doch können Wettbewerber des begünstigten Unternehmens im Wege der Konkurrentenklage (Art. 230 Unterabs. 4) vor den nationalen Gerichten den Verstoß gegen das Durchführungsverbot geltend machen. Die nationalen Gerichte können nicht über die materielle Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt entscheiden, müssen aber dennoch die Rechte Dritter wahren. Sie können dem Wettbewerber unter Umständen Schadensersatz zusprechen.

In **zivilrechtlicher Hinsicht** kommen beim Verstoß gegen das Durchführungsverbot zwei Möglichkeiten in Betracht:

Bestandslösung: Der Verstoß hat **keine Auswirkung auf die zivilrechtliche Ausgestaltung** der Beihilfemaßnahme. Über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt kann nur die Kommission entscheiden. Das Durchführungsverbot sichert diese Entscheidung. Im Falle der Unvereinbarkeit hat die Kommission gemäß Art. 88 I Unterabs. 1 die

Aufhebung oder Umgestaltung der Beihilfe anzuordnen. Die Rückforderung ist zwingende Folge. Das Durchführungsverbot als Sicherungsinstrument darf in seiner Reichweite nicht weiter gehen als die Auswirkungen einer solchen Kommissionsentscheidung.

Demnach bleiben Darlehens- und Bürgschaftsvertrag soweit wirksam, als sie keine Begünstigung für das Unternehmen darstellen. Dann ist - zumindest für die Sperrfrist während der Prüfung durch die Kommission - der niedrigere Zins an den marktüblichen Satz anzupassen. Wäre ohne Staatsbürgschaft gar kein Darlehen gewährt worden, so ist das Darlehen zurückzugewähren.

Nichtigkeitslösung: Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot führt gemäß § 134 BGB i. V. m. Art. 88 III 3 zur **Nichtigkeit von Darlehens- und Bürgschaftsvertrag**. Deren Notwendigkeit ergibt sich aus Art. 5, welcher fordert, daß dem Gemeinschaftsrecht von den Mitgliedsstaaten zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen ist (*effet utile*). Zwar gilt das nicht, soweit sich das Gemeinschaftsrecht selbst zu behelfen weiß. Das ist jedoch nicht der Fall. Die gemeinschaftsrechtliche Sanktion des Art. 88 II Unterabs. 1 regelt die Gegebenheit, daß eine Beihilfe ohne Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt worden ist und erst danach unvereinbar (oder mißbraucht) wird. Wird durch die vorzeitige Gewährung einer Beihilfe allerdings gegen das Durchführungsverbot verstoßen, so ist diese Sanktion nicht ausreichend. Deshalb muß nationales Recht die volle Wirksamkeit des gemeinschaftsrechtlichen Durchführungsverbots gewährleisten. Dazu eignet sich hier § 134 BGB am besten.

Das Durchführungsverbot soll den Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen bewirken. Es soll erst gar kein Anlaß zur Rückgewähr von Beihilfen nach Art. 88 II Unterabs. 1 geschaffen werden. Außerdem soll das Beihilferecht individuelle Konkurrenten von Begünstigten schützen. Lauterkeitsschutz, Schutzgesetze und Staatshaftung bieten keinen vergleichbaren Schutz.

Zwar kann die *ex tunc*-Nichtigkeit des § 134 BGB den Interessen Dritter widersprechen - namentlich denen der darlehensgewährenden Kreditinstitute. Gegenüber dem gewichtigen Zweck des Durchführungsverbots haben diese Interessen als weniger schutzwürdig zurückzustehen, insbesondere deshalb, weil die Kreditinstitute die Risiken kennen. Obendrein können sie sich dadurch absichern, daß sie den Staat zur Beachtung des Anzeigepflicht veranlassen.

Bestätigt die Kommission trotz formeller Rechtswidrigkeit die **Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt**, so kommen Bestands- und Nichtigkeitslösung auf unterschiedliche Weise zum selben Ergebnis: Nach der Bestandslösung können Darlehens- und Bürgschaftsvertrag nun zu den für das Unternehmen günstigeren Bedingungen fortgeführt werden. Nach der Nichtigkeitslösung sind diese Verträge gemäß § 141 II BGB zu bestätigen.

Stellt die Kommission zusätzlich die **Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt** fest, so ist in **öffentlich-rechtlicher Hinsicht** die Bewilligungszusage nach nationalem Recht abzuwickeln. Die h. M. wendet § 48 VwVfG bzw. die entsprechenden Landesvorschriften an. Dabei steht insbesondere die Frage im Rampenlicht, wie weit der nach nationalem Recht gewährte Vertrauensschutz reichen kann, ohne gegen die Wertung des Gemeinschaftsrechts zu verstoßen.

Auf **zivilrechtlicher Ebene** führt die Feststellung der Unvereinbarkeit der Beihilfe zu unterschiedlichen Konsequenzen bei Bestands- und Nichtigkeitslösung.

Die **Bestandslösung** sieht **Darlehens- und Bürgschaftsvertrag** durch die Rückforderung der Beihilfe **nicht beeinträchtigt**. Sie sind rein zivilrechtlich rückgängig zu machen.

Insbesondere darf das Risiko, daß das Unternehmen mit den Rückzahlungen ausfällt, nicht dem Kreditinstitut aufgebürdet werden. Ist das Darlehen noch nicht ausgezahlt, so hat der Staat seinen Kreditauftrag gemäß § 671 I BGB zu widerrufen, die Bürgschaft zu kündigen. Ist das Darlehen schon ausgezahlt, so erlauben die Vertragsbestandteil gewordenen staatlichen Bürgschaftsrichtlinien dem Staat, vom Kreditinstitut die Ausübung eines bestehenden Kündigungsrecht zu verlangen. Das Kündigungsrecht für das Darlehen ergibt sich aus der Rücknahme des Bewilligungsbescheids. Aus dem gekündigten Darlehen ergibt sich der Fortfall der Bürgschaft, § 767 I 1 BGB.

Für die **Nichtigkeitslösung** ändert sich wenig durch die Feststellung der materiellen Rechtswidrigkeit der Beihilfemaßnahme. Schon aufgrund der formellen Rechtswidrigkeit sind gegenseitig **rechtsgrundlos Leistungen** erbracht worden, die **kondiziert** werden können. Dabei trägt das Kreditinstitut ohne weiteres das Risiko der Insolvenz des Unternehmens. Zur Vermeidung dessen hilft ein Anspruch gegen den Staat aus *culpa in contrahendo*, da dieser nicht das ordnungsgemäße Beihilfeverfahren eingehalten und das Kreditinstitut fahrlässig in die Durchführung einbezogen hat. Gegen ein Mitverschulden des Kreditinstitutes spricht, daß allein der Staat Adressat des Durchführungsverbots ist.