

Berliner Gesprächskreis zum Beihilferecht am 24.09.2004

Nichtigkeit von Rechtsgeschäften auf deren Grundlage eine Beihilfen unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG ausgereicht wurde

[Gabriele Quardt](#)

I. Einleitung

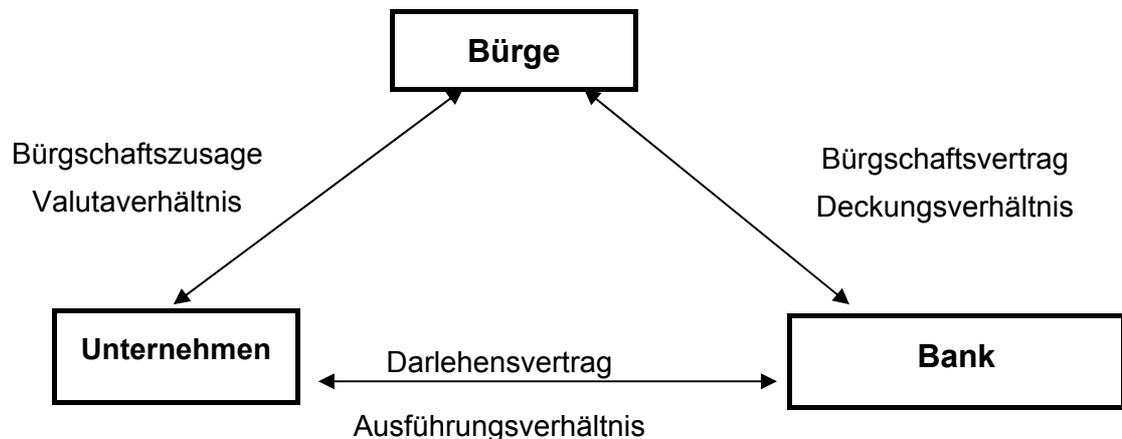
Hat sich der BGH in den von ihm zu beurteilenden Fällen bisher nur mit der Nichtigkeit im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen nach dem Ausgleichsleistungsgesetz und mit der Rückzahlung eines Investitionszuschusses beschäftigt, ist doch davon auszugehen, dass die grundsätzliche Annahme der Nichtigkeit des einer Beihilfegewährung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auch auf andere Konstellationen Anwendung findet. Aus diesem Grund soll sich dieser Vortrag mit der Konstellation einer Beihilfegewährung beschäftigen, in der neben dem Beihilfegeber und dem Beihilfenehmer auch Dritte beteiligt sind. Als Beispiel dafür soll die Gewährung staatlicher Bürgschaften dienen, da die Annahme der Nichtigkeit vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung insbesondere im Bereich der Bürgschaftsfinanzierung zu einer erheblichen Verunsicherung geführt hat. So stellen sich aus Sicht der Kreditinstitute mit Recht die Fragen, auf welches Rechtsgeschäft sich eine Nichtigkeit erstrecken könne und ob Konstellationen denkbar wären, in denen dem kreditgebenden Institut der Rückgriff auf die Bürgschaft mit dem Einwand der Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages durch den Bürgen verwehrt sein könnte.

Eine abschließende Beantwortung dieser Fragen kann hier nicht gegeben werden. Zum einen deshalb, da es bisher zu diesem Punkt keine höchstrichterliche Recht-

sprechung gibt und zum anderen bei der Gewährung von Bürgschaften unterschiedliche Fallkonstellationen zu berücksichtigen sind, die eine pauschale Lösung nicht zulassen. An dieser Stelle soll deshalb ein Kurzüberblick über den Meinungsstand und die eigene Ansicht der Autorin gewehrt werden.

II. Beihilferechtliche Problematik in Bürgschaftsverträgen unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung zur Nichtigkeit

Bei den Rechtsbeziehungen zwischen Bürgen, Bank und begünstigtem Unternehmen handelt es sich um ein klassisches Dreiecksverhältnis:



Der zentrale Grundsatz im deutschen Recht ist die strikte Trennung der verschiedenen Rechtsverhältnisse („jede Partei trägt nur das Insolvenzrisiko ihres direkten Vertragspartners“).

Für die Betrachtung der Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung auf eine beihilferelevante Bürgschaftsgewährung sollen zwei Konstellationen unterschieden werden:

- nur das Unternehmen ist Beihilfeempfänger
- auch die Bank erhält einen beihilferelevanten Vorteil

1. Nur das Unternehmen ist Beihilfeempfänger

Nach der Rechtsprechung des BGH ist von der Nichtigkeit des der Beihilfegewährung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts bei einem Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auszugehen. Es stellt sich somit im Fall der beihilferelevanten Gewährung einer Bürgschaft die Frage, wie sich die Annahme der Nichtigkeit auf die oben aufgezeigten Rechtsgeschäfte auswirkt, wenn nur das Unternehmen durch eine Beihilfe begünstigt ist.

- Bürgschaftszusage

Als erstes soll das Verhältnis zwischen Bürge und öffentlicher Hand (Bürgschaftszusage) betrachtet werden. Der tatsächlich beihilferechtlich relevante Akt liegt in der Zusage der öffentlichen Hand, einem Unternehmen eine Bürgschaft zur Besicherung eines Bankenkredits zu gewähren. Die Bürgschaftszusage erfolgt idR. in Form eines Verwaltungsaktes oder als öffentlich-rechtlicher Vertrag. Bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages war bisher von einer schwebenden Unwirksamkeit nach § 58 Abs. 2 VwVfG bis zu einer Entscheidung der Kommission auszugehen. Mit Erlass einer Negativentscheidung war der Vertrag endgültig unwirksam. Der aktuellen Rechtsprechung des BGH folgend – die sich bisher nur auf zivilrechtliche Verträge erstreckt – kann damit auch vertreten werden, dass öffentlich-rechtliche Verträge, auf deren Grundlage eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot ausgereicht wurden, gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG nichtig sind.

Erfolgt die Bürgschaftszusage auf Grundlage eines Verwaltungsaktes, ist mit der überwiegenden Meinung davon auszugehen, dass der Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu dessen Rechtswidrigkeit nach § 48 VwVfG führt. Für die weitergehende Folge der Nichtigkeit nach § 44 VwVfG wird auch nach der Rechtsprechung des BGH kaum Raum sein, da von einer Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG nur auszugehen ist, wenn der Verwaltungsakt offenkundig an schwerwiegenden Fehlern leidet. Bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot ist davon jedoch nicht auszugehen, da die Frage, ob eine staatliche Maßnahme die Notifizierungspflicht auslöst der Einschätzung und Beurteilung der zuständigen Behörde unterfällt.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine Bürgschaftszusage gegenüber dem begünstigten Unternehmen, die unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG abgegeben wurde, entweder als rechtswidrig (VA) oder als schwebend unwirksam bzw. nichtig (Vertrag) angesehen wird. Das begünstigte Unternehmen kann weder vom Staat (Bürgen) die Abgabe der Bürgschaftserklärung verlangen, noch von der Bank die Fortführung des Kreditverhältnisses mit Hinweis auf die Bürgschaft verlangen.

- **Bürgschaftsvertrag**

Nach deutschem Recht stellt der Bürgschaftsvertrag insoweit ein abstraktes Rechtsgeschäft dar, als seine Wirksamkeit weder durch die Fehlerhaftigkeit noch durch das gänzliche Fehlen des Rechtsverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Schuldner berührt wird. Die Unwirksamkeit des zwischen Schuldner und Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisses lässt die Wirksamkeit der – insoweit abstrakten – Bürgschaft unberührt. Die Nichtigkeit einer Bürgschaftszusage der öffentlichen Hand zugunsten eines Unternehmens würde daher nach (ausschließlich) deutschem Recht nicht auf die Bürgschaftsverträge mit der Bank durchschlagen.

In der Literatur werden jedoch verschiedene Ansätze vertreten, das Durchführungsverbot nicht nur auf die Bürgschaftszusage zu beschränken, sondern auch auf den Bürgschaftsvertrag auszuweiten. Als Begründung wird u.a. angeführt, dass sich aus dem grundsätzlichen Beihilfeverbot rechtfertige, die Anwendung des Durchführungsverbots auf alle Maßnahmen auszuweiten, mittels derer die wettbewerbsverzerrende Vergünstigung erreicht werden soll. Die im Beihilferecht verankerten Grundsätze des Konkurrentenschutzes machten darüber hinaus die Nichtigkeit auch des Bürgschaftsvertrages erforderlich.

Der erste Ansatz geht fehl, weil – je nach Fallgestaltung – das relevante Beihilfeelement auch allein in der Bürgschaftszusage begründet sein kann. Durch die Bürgschaftszusage wird dem begünstigten Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, überhaupt oder zu besseren Konditionen Kredite aufnehmen zu können. Die potenzielle Wettbewerbsbeeinträchtigung findet damit auf dem Markt der Unternehmen und nicht auf dem Markt der Kreditinstitute statt. Damit kann sich auch die Wieder-

Seite 5

herstellung der beihilfefreien Situation nur auf die Erstattung der Beihilfen im Beihilfeverhältnis beziehen.

Auch aus Gründen des Konkurrentenschutzes ist die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages nicht erforderlich. Den Konkurrenten des begünstigten Unternehmens geht es um die Wiederherstellung des beihilfefreien Zustandes und damit um die Abschöpfung des Beihilfevorteils beim begünstigten Unternehmen. Das erfolgt durch die Erstattung des Beihilfevorteils. Durch eine gerichtliche „Aufhebung“ des Bürgschaftsvertrages könnte diese nicht erreicht werden.

Im Fall der Umsetzung einer Rückforderungsentscheidung (Vorliegen einer formell und materiell rechtswidrigen Beihilfe), in der die Kommission kein eigenes Beihilfeelement zugunsten der Bank festgestellt hat, ist die Inanspruchnahme des Bürgen durch die Bank gemeinschaftsrechtlich nicht ausgeschlossen. Eine Notwendigkeit, warum sich die nach nationalem Recht ergebende Nichtigkeit des der Beihilfe zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (Bürgschaftszusage) auch auf den Bürgschaftsvertrag zwischen Staat und Bank erstrecken sollte ist somit nicht erkennbar. Die präventive Wirkung des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG darf nicht weiter gehen als die Sanktion im Fall einer Rückforderungsentscheidung.

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist die Unwirksamkeit oder sogar Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages nicht zwingend erforderlich, um dem Durchführungsverbot Geltung zu verschaffen. Eine Rechtsgrundlage für die Sanktion Dritter für den Fall, dass eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot gewährt wurde, besteht im Gemeinschaftsrecht ebenfalls nicht. Die Überarbeitung der Bürgschaftsmitteilung der Kommission hat deutlich gezeigt, dass die Kommission einer solchen Sanktion zwar positiv gegenübersteht, aber eine Rechtsgrundlage zB. für die Sanktion der Bank, die einen staatlichen verbürgten Kredit gewährt hat, nur im nationalen Recht für möglich hält.

Nach nationalem deutschen Recht teilen im Dreiecksverhältnis nicht automatisch alle Rechtsverhältnisse das gleiche rechtliche Schicksal im Fall der Nichtigkeit eines von ihnen. Folglich führt nicht die Nichtigkeit des Valutaverhältnisses - nämlich des Bürgschaftsversprechens - nach nationalem Recht zur Nichtigkeit des Darlehens- bzw. Bürgschaftsvertrages.

Seite 6

Folglich kann sich der Bürge gegenüber der kreditgebenden Bank auch bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot nicht auf Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages berufen und damit eine Inanspruchnahme verweigern.

- **Darlehensvertrag**

Das Rechtsverhältnis zwischen Bank und dem begünstigten Unternehmen unterliegt nicht unmittelbar dem EU-Beihilferecht gemäß Art. 87_{ff} EG. Durch den Darlehensvertrag selbst wird das Unternehmen nicht aus staatlichen Mitteln begünstigt. Der Darlehensvertrag ist nicht nichtig. Die Bank wäre befugt, an dem Vertrag ohne Bürgschaft festzuhalten. In der Praxis wird sie die Kündigung vorziehen, um den Bürgen in Anspruch nehmen zu können.

Die Akzessorietät der Bürgschaft, die im übrigen auch im Vertrag ausgestaltet werden kann, führt nicht zur Nichtigkeit, da auch der Darlehensvertrag unabhängig von der rechtswidrigen oder nichtigen Bürgschaftszusage besteht.

2. Neben dem Unternehmen ist auch die Bank Beihilfeempfänger

In ihrer Mitteilungen aus den Jahren 1991 und 1993 hatte die Kommission ursprünglich ausdrücklich hervorgehoben, dass bei Unvereinbarkeit einer Bürgschaft mit dem Gemeinsamen Markt das Unternehmen den Wert der Beihilfe zurückzuerstatten hat, die Ansprüche der Gläubiger jedoch „in jedem Fall befriedigt“ werden.¹

Ein Richtungswechsel deutete sich in dem nicht veröffentlichten Entwurf einer Mitteilung der Kommission vom 12. April 1994 an, in dem die Kommission darauf hinwies, dass Beihilfen in Form einer nicht notifizierten Bürgschaft rechtswidrig sind und deshalb eine noch nicht in Anspruch genommene Bürgschaft nicht honoriert werden dürfe sowie eine bereits honorierte Bürgschaft im Verhältnis zwischen Mitgliedstaat (Bürgen) und Bank rückabzuwickeln sei, d.h. die Bank die auf die Bürgschaft geleis-

¹ ABI. 1993 C 307/3, Rdnr. 38 und ABI. 1991 C 273/12, Rdnr. 38 jeweils unter Hinweis auf Mitteilung vom 5.4.1989, geändert durch Schreiben vom 12.10.1989 von Sir Leon Brittan an alle Mitgliedstaaten.

teten Mittel zurückzuzahlen habe. Dieser Position lag der Schluss zugrunde, dass ein Beihilfeelement auch im Verhältnis Bürge zu kreditgebender Bank nicht ausgeschlossen werden könne.

Der in dem Entwurf von 1994 angelegte Automatismus der Annahme einer unzulässigen Beihilfe auch zugunsten der Kreditinstitute vermochte sich jedoch nicht durchzusetzen. In ihrer aktuellen Bürgschaftsmitteilung aus dem Jahr 2000² nahm die Kommission den ursprünglichen Kurs wieder auf und geht nur unter bestimmten Voraussetzungen von einer Beihilfe zugunsten der Bank im Fall einer Bürgschaftsgewährung der öffentlichen Hand aus: Insbesondere, wenn beispielsweise für einen bereits gewährten Kredit oder eine sonstige bereits eingegangene Verpflichtung eine staatliche Garantie übernommen wird, ohne dass die Konditionen des Kredits oder der finanziellen Verpflichtung entsprechend angepasst werden, oder wenn ein mit einer Garantie versehener Kredit dazu benutzt wird, um einen anderen, nicht mit einer Garantie ausgestatteten Kredit an dasselbe Kreditinstitut zurückzuzahlen.

Die beihilferechtliche Relevanz der Nachbesicherung liegt darin, dass die kreditgebende Bank mit einer staatlichen Bürgschaft nach Auszahlung des Kredits nachträglich eine höhere Sicherheit erlangt, da aufgrund der staatlichen Bürgschaft das Ausfallrisiko entfällt. Auch im zweiten von der Kommission genannten Beispiel kommt es zu einer nachträglichen Verstärkung der Sicherheit der kreditgebenden Bank. Die aus dem Erstkredit erzielten Einnahmen sind in dieser Konstellation als beihilferechtlich relevanter Vorteil anzusehen.

In der Bürgschaftsmitteilung selbst werden neben der Nachbesicherung keine weiteren Konstellationen aufgeführt, in denen die Gewährung staatlicher Bürgschaften auch eine Beihilfe zugunsten der kreditgebenden Bank sein könnte. Die Aufzählung ist jedoch nur beispielhaft, so dass auch andere Konstellationen denkbar sind, in denen von einer Beihilfe zugunsten der Banken auszugehen ist.

In der Literatur wird zT. der Ansatz vertreten, dass bei Vorliegen bestimmter Konstellationen zB. in der Erweiterung des Geschäftsvolumens der Bank von einer Beihilfe zugunsten der Bank ausgegangen werden müsse. Dieses wird von anderer Seite abgelehnt, dafür aber von einer Beihilfe für die Bank ausgegangen, wenn der

² ABl. 2000 C 71/14 vom 11.03.2000

Seite 8

Bürgschafts- und Kreditvertrag Konditionen enthalten, die die Reduzierung des Ausfallrisikos durch staatliche Bürgschaften nicht oder nur zT. berücksichtigen.

Dieser zuletzt genannte Ansatz deckt sich im übrigen auch insoweit mit der Bürgschaftsmittelteilung der Kommission, als diese von einer Begünstigung eines Kreditinstituts (in den Fällen der o.g. Nachbesicherung) ausgeht, wenn die Konditionen des Kredits bzw. der Bürgschaft nicht der höheren Sicherheit angepasst werden, welche durch das Engagement der öffentlichen Hand begründet werde.

Enthält eine staatliche Bürgschaftszusage aufgrund der o.g. Konstellationen nicht nur eine Beihilfe zugunsten des Unternehmens, sondern auch ein Beihilfeelement zugunsten der kreditgewährenden Bank, stellt sich die Situation bei einem Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG etwas anders dar:

Der Bürgschaftsvertrag würde dann ebenfalls dem Durchführungsverbot gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG unterfallen. Die Bürgschaft dürfte nicht vor der Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit dieser Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt ausgereicht werden.

Bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot ist, der Rechtsprechung des BGH folgend, von der Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages auszugehen. Eine spätere Inanspruchnahme des Bürgen durch das Bankenkonsortium wäre auszuschließen bzw. bei bereits erfolgter Inanspruchnahme eine Rückforderung notwendig.