

## Gefahr durch Förderung

Beitrag in der Zeitschrift Sanierung & Insolvenz der Dr. Wieselhuber & Partner GmbH, Ausgabe 1/2004

Banken und Unternehmen müssen sich mit einer neueren Entwicklung im Vertragsrecht auseinandersetzen. Betroffen sind z.B. Darlehen, Bürgschaften, aber auch Grundstückskaufverträge. Die Ursache ist die strenge Rückforderungsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der Anlass kommt vom Bundesgerichtshof. Seit dem Frühjahr 2003 sekundiert er dem Europäischen Gerichtshof mit einer Nichtigkeits-Rechtssprechung. Verträge, die rechtswidrige Beihilfen zum Gegenstand haben, sind nach Ansicht des Gerichts wegen Verstoßes gegen das europäische Recht nichtig. Das europarechtliche Durchführungsverbot (Verbot, rechtswidrige Beihilfen durchzuführen) ist demnach im deutschen Zivilrecht ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB). Diese Rechtsprechung hat erhebliche Auswirkungen auf die Vertragswerke von Banken und Unternehmen, wenn es um die Durchführung von Beihilfen geht.

### Die Durchführung von Beihilfen

Das Bild der Beihilfen ist vielfältig. Beihilfen sind z.B. – um nur einige wenige zu nennen (die Aufzählung ist weder vollständig noch abschließend):

- Zuschüsse
- verbilligte Kredite
- Steuerermäßigungen
- Grundstücke zu Vorzugspreisen
- ermäßigte oder erlassene Beiträge
- Verlustübernahmen
- Beteiligungen und
- Bürgschaften oder
- atypische Forderungsverzichte der öffentlichen Hände oder Unternehmen

Vom Lebenssachverhalt her, können die verschiedenen Phasen einer Beihilfegewährung idealtypisch beschrieben werden:

- die Beihilfe wird in Aussicht gestellt,
- sie wird verhandelt,
- sie wird gewährt und
- sie wird durchgeführt.

Dabei beginnt das Durchführen mit dem Vertragsschluss, wenn der Vertrag keine qualifizierte, weil unbedingte Kommissionsklausel enthält. Für einen staatlich verbürgten Kredit bedeutet dies i.d.R., dass der Abschluss des Darlehensvertrags die Durchführung einer Bei-

.../2

hilfe darstellt, weil die Kredit- und die Verbürgungsmodalitäten im Darlehensvertrag durch die Bank niedergelegt werden. Anders ausgedrückt: Die nahe liegende Vermutung, dass die Durchführung einer Beihilfe erst die Auszahlung wäre, ist unzutreffend.

### **Unzulässige Beihilfen**

Wird ein Vertrag, der eine Beihilfe zum Gegenstand (Bürgschaft = Beihilfe oder Darlehen = Beihilfe) hat, abgeschlossen, ist er nichtig, wenn es sich um eine so genannte Programmbeihilfe handelt und die Voraussetzungen des Programms nicht eingehalten werden oder es sich um eine Einzelbeihilfe handelt, der Brüssel noch nicht zugestimmt hat.

Eine Ausnahme von dieser Regel bilden lediglich die so genannten „de minimis“ - Beihilfen. Diese dürfen bis zu einem Subventionswert Wert von 100.000 EUR genehmigungsfrei ausgereicht werden, wenn der Grenzwert über einen Zeitraum von drei Jahren nicht überschritten wird und eine Bescheinigung mit der Beihilfe zusammen ausgegeben wird, die diese Beihilfe ausdrücklich als „de minimis“ - Beihilfe bezeichnet.

Wenn kein genehmigtes Förderprogramm vorliegt oder davon abgewichen wird, bedarf es der Genehmigung durch Brüssel. Diese Genehmigung wird im so genannten Notifizierungsverfahren eingeholt. Die Notifizierungspflicht trifft den Mitgliedstaat der Europäischen Union, also z.B. Deutschland. Es ist keine Pflicht des Unternehmens oder der Bank. Gleichwohl sind Verträge zwischen Bank und Unternehmen nichtig, wenn sie eine rechtswidrige Beihilfe durchführen, weil diese gegen ihre Pflicht verstoßen, keine rechtswidrigen und ungenehmigten Beihilfen durchzuführen. Der einmal durchgeführte und damit nichtige Vertrag kann nachträglich nicht mehr wirksam werden. Genehmigt die EU-Kommission eine solche rechtswidrige Beihilfe später, weil diese mit dem gemeinsamen Markt als vereinbar qualifiziert wird, dann muss der alte Vertrag, der nichtig ist, noch einmal neu abgeschlossen werden. Dies sollte unbedingt beachtet werden, weil nach deutschem Recht ein einmal unwirksamer, weil nichtiger Vertrag nicht von sich aus wieder wirksam werden kann.

Was bedeutet das Verdikt der Nichtigkeit für die Praxis? Banken sollten zuvörderst ihre Regelungswerke überprüfen. Wenn Beihilfen noch notifiziert werden müssen, dann muss der Darlehensvertrag eine unbedingte Kommissions-Klausel enthalten und die Durchführung des Vertrages muss von der Zustimmung oder Nichteinleitung eines Prüfverfahrens durch die Kommission abhängig sein. Alle anderen vertraglichen Lösungen enden nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Nichtigkeit.

### **Zwei Beispiele:**

#### **Der lediglich bereitgestellte Kredit**

Verträge über Darlehen ohne unbedingte Kommissionsklausel, die z.B. wegen ihrer Seniorität oder aus sonstigen Gründen über das Stadium der Bereitstellung nicht hinweg gekommen sind, stellen ein echtes Problem für die Banken und ein unverhofftes Glück für die In-

.../3

solvenzverwalter oder Unternehmen da. Wegen der Nichtigkeit kann der Insolvenzverwalter in der Insolvenz - ansonsten das Unternehmen - die Bereitstellungsinsen (Darlehen) und die Bereitstellungsprovisionen (Bürgschaft) herausverlangen. Die Bank kann ihrerseits für die allfällige Saldierung keine Gegenansprüche geltend machen, wenn sie wegen der so genannten verschärften Haftung, wovon in typischen Sachverhalten ausgegangen werden kann, ihr die Einrede der Entreicherung abgeschnitten ist.

### **Preiswerte Grundstücke**

Eine zweite Konstellation ist primär nicht für Banken, aber für Insolvenzverwalter oder Unternehmen von besonderem Interesse. Wenn ein Unternehmen ein Grundstück von einer Gemeinde, einem Land, einer Wirtschaftsförderungsgesellschaft oder ähnlichen öffentlich finanzierten Einrichtungen erworben hat, dann ist der Kaufvertrag aus den oben geschilderten Gründen nichtig, wenn die einschlägige Richtlinie der EU-Kommission für die Veräußerung von Grundstücken nicht eingehalten wurde. Ist das Grundstück für das Unternehmen nicht mehr wichtig und benötigt es Liquidität, so kann der Kaufpreis wegen der Nichtigkeit des kausalen Grundgeschäftes und der Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückverlangt werden. Entsprechendes gilt für Insolvenzverwalter, die Gelder zur Masse ziehen wollen.

### **Schutz durch Quickchecks**

Was kann praktisch getan werden, um sich zu schützen? Überall, wo Verträge über Beihilfen (Zinsvergünstigungen, Bürgschaften, verbilligte Grundstücke, atypische Forderungsverzichte) der öffentlichen Hand oder Unternehmen abgeschlossen werden, sollte vorher ein Beihilfequickcheck erfolgen. Mit einem solchen Check kann mittels Checklisten mit relativ geringem Aufwand eine Negativprüfung vorgenommen werden. Die Fragestellung lautet dabei: Liegt offensichtlich kein einschlägiger Sachverhalt vor? Bei positivem Ergebnis kann die übliche Vertragabschlussroutine durchlaufen werden. Bei negativem Ergebnis sollte unbedingt die Rechtsabteilung eingeschaltet werden, um eine beihilferechtliche Positivprüfung vorzunehmen.

### **Für wen ist ein solcher Quickcheck interessant?:**

Für Banken oder M&A-Firmen (vor Vertragsschluss) und Insolvenzverwalter bei der Überprüfung des Vertragsbestands des Schuldners. Aber auch Unternehmen, die Assets oder Anteile von geförderten Unternehmen erwerben wollen, sollten ggf. solche Quickchecks wegen der Rückforderungsgefahr vornehmen. Dies gilt auch beim Erwerb aus der Insolvenz, weil das Insolvenzrecht bei europarechtlich begründeten Rückforderungsansprüchen wegen rechtswidrigen Beihilfen nicht schützt. Die Rückforderung kann auch den Erwerber treffen, der selbst keine Beihilfe erhalten hat.

### **Ausblick**

Ob die Nichtigkeits- Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf Dauer Bestand haben wird, kann im Moment noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit eingeschätzt werden. Die

.../4

Bundesregierung denkt aktuell und als Reaktion auf die Nichtigkeitsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs darüber nach, ein Beihilfegesetz zu verabschieden. Dieses neue Gesetz soll den Bundesgerichtshof teilweise korrigieren. Ob es kommt und wann es kommt, ist noch nicht klar. Bis dahin ist auf jeden Fall Vorsicht geboten. Bistlang ist auch noch nicht geklärt, ob die Instanzgerichte über eine Billigkeitsrechtsprechung in den jeweiligen Einzelverfahren Korrekturen vornehmen werden. Bis es soweit ist, ist jeder gut beraten, wenn er seinen Vertragsbestand überprüft, nichtige Verträge durch wirksame ersetzt und allfällige Notifizierungsverfahren nachholt. Auch hier ist das Agieren vorteilhafter als das Reagieren, wenn es zu spät ist.

Dieser Artikel wurde in dem Newsletter Sanierung & Insolvenz der Dr. Wieselhuber & Partner GmbH, München Nr. 1/2004 veröffentlicht.

Verfasser: Staatsminister a.D. Georg Brügggen, Rechtsanwalt, Dresden

/