

Stellungnahme

der Deutschen Kreditwirtschaft¹ zum Entwurf der
Bekanntmachung der Europäischen Kommission
zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel
107 Absatz 1 AEUV

Volker Stolberg

Telefon: +49 30 2021 1621

Telefax: +49 30 2021 191600

E-Mail: stolberg@bvr.de

Berlin, 10. März 2014

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

¹ Eingetragen im EU-Transparenzregister unter der Registernummer 52646912360-95.

I. Vorbemerkungen

Im Rahmen ihrer Initiative zur Modernisierung des EU-Beihilfenrechts hat die EU-Kommission vorgeschlagen, den Begriff der staatlichen Beihilfe zu präzisieren. Vor diesem Hintergrund führt die EU-Kommission eine Konsultation zu ihrem Mitteilungsentwurf über den Begriff der staatlichen Beihilfe durch. Die Mitteilung soll nach ihrer Verabschiedung als praktischer Leitfaden für die Ermittlung staatlicher Beihilfen nach Artikel 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) dienen.

Die Mitteilung zum Begriff der staatlichen Beihilfe hatte die EU-Kommission bereits mit ihrer Mitteilung „Modernisierung des EU-Beihilfenrechts“ im Mai 2012 angekündigt. Die Veröffentlichung eines Entwurfs wurde immer wieder verschoben. Für den am 17. Januar 2014 zunächst nur in englischer Sprachfassung vorgelegten Entwurf räumt die EU-Kommission eine Konsultationsfrist von acht Wochen anstatt der bei anderen beihilferechtlichen Konsultationen üblichen Frist von mindestens drei Monaten ein. In Anbetracht der Tragweite der Mitteilung wäre jedoch aus unserer Sicht für eine fundierte juristische Prüfung der Auslegung der in der Mitteilung enthaltenen Rechtsprechung eine deutlich längere Konsultationsfrist als zwei Monate notwendig.

Insofern können die in der Deutschen Kreditwirtschaft zusammenarbeitenden Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft (Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, Bundesverband deutscher Banken, Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands, Deutscher Sparkassen- und Giroverband und Verband deutscher Pfandbriefbanken) lediglich zu einzelnen Punkten Stellung nehmen.

II. Kritik an der faktischen Ausweitung der Kompetenzen der EU-Kommission

Der Beihilfebegriff wird durch den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) bestimmt. Die EU-Kommission hat diesbezüglich keinen eigenen Beurteilungsspielraum. Insofern muss auch die Mitteilung zum Beihilfebegriff ohne jegliches Präjudiz für die europäischen Gerichte sein, da die Auslegung und Anwendung des AEUV ausschließlich in deren Kompetenz fällt.

Im Widerspruch hierzu wird die Mitteilung aus unserer Sicht jedoch aufgrund ihrer Bindungswirkung gegenüber der EU-Kommission selbst eine faktische und praktische Bedeutsamkeit auch für die Mitgliedstaaten entfalten, welche weit über eine Präzisierung des Beihilferechts zur Ermöglichung einer einfacheren, transparenteren und konsistenteren Anwendung des Beihilfebegriffs hinausgeht. Aus unserer Sicht weitet die EU-Kommission damit ihre Kompetenzen aus. Schließlich trifft sie selbst die Auswahl (der Urteile) im Hinblick auf die Auslegung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Daraus resultiert faktisch eine eigene Auslegung des Beihilfebegriffs, an die dann die Mitgliedstaaten und die EU-Kommission gebunden sein sollen. Dies gehört nicht zu den Kompetenzen der EU-Kommission.

Trotz dieser grundsätzlichen Kritik möchten wir die Gelegenheit aufgreifen, exemplarisch zu einzelnen Punkten der Mitteilung unsere Anmerkungen zu machen.

III. Stellungnahme zu einzelnen Regelungen betreffend den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten

- **Ziffer 4.2.3.3. Kontrafaktische Analyse im Falle eines früheren Engagements bei dem betreffenden Unternehmen**

In RZ 109 heißt es: *„Die Tatsache, dass die öffentliche Stelle sich bereits früher (z. B. als Anteilseigner, Kreditgeber oder Bürge) bei einem Unternehmen engagiert hat, sollte bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion berücksichtigt werden. Ein solches früheres Engagement sollte jedoch nicht selbst das Ergebnis früherer staatlicher Beihilfen oder einer nicht marktkonformen Maßnahme sein.“*

Sollte die EU-Kommission aufgrund der gewählten Formulierung in Auslegung der Rechtsprechung zu Bank Burgenland der Ansicht sein, dass im Falle von beihilfekonformen Vorengagements bei Folgeengagements das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten generell nicht mehr erfüllt werden kann, halten wir dies für nicht sachgerecht. Eine solche Auslegung durch die EU-Kommission steht in einem Widerspruch zu dem in der Fußnote 132 zitierten EuG-Urteil in der Rechtssache BP Chemicals. Das Gericht führt in RZ 170 aus, dass „der Umstand, daß ein öffentliches Unternehmen seiner Tochtergesellschaft bereits als „Beihilfe“ einzustufende Kapitaleinlagen hat, zugute kommen lassen, nicht a priori die Möglichkeit aus[schließt], daß eine spätere Kapitaleinlage das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers erfüllt“.

Das Gericht kommt also zu dem Ergebnis, dass jede einzelne staatliche Transaktion grundsätzlich separat im Hinblick auf die Erfüllung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten zu prüfen ist, wenn mehrere Folgeengagements in keinem unmittelbaren zeitlichen, strukturellen und wirtschaftlichen Zusammenhang zueinander stehen.

Ebenso in dem noch anhängigen Verfahren „Europäische Kommission gegen Königreich der Niederlande und ING Groep NV“ ist die Generalanwältin in ihrem Schlussantrag der Ansicht, „dass im Fall einer Qualifizierung der Änderung als eigenständige Maßnahme ein Vergleich des staatlichen Verhaltens mit dem eines privaten Kapitalgebers durchaus möglich wird“. Die entscheidende Frage aus Sicht der Generalanwältin ist: „Wäre es aus der Sicht eines privaten Kapitalgebers, der aus welchen Gründen auch immer Wertpapiere zu denselben Bedingungen hält und der auf die Marktverhältnisse achtet, vernünftig gewesen, derselben Änderung dieser Bedingungen zuzustimmen?“ (RZ 40f.)

Eine solche Auslegung lässt sich im Übrigen auch aus RZ 84 des vorliegenden Mitteilungsentwurfs herleiten. Dort führt die Kommission ausdrücklich aus, dass „wenn dagegen die spätere Maßnahme das Ergebnis von zum Zeitpunkt der früheren Maßnahme unvorhergesehenen Ereignissen war, sollten die beiden Maßnahmen in der Regel getrennt geprüft werden“.

Aus unserer Sicht ist das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten auch im Falle von beihilfekonformen Vorengagements staatlicher Stellen für Folgeengagements grundsätzlich erfüllbar. Wenn z. B. im Zeitpunkt der Kreditzusage an ein wettbewerbsfähiges Unternehmen noch nicht abzusehen war, dass dieses später in eine wirtschaftliche Schieflage kommen würde und somit entsprechende staatliche Folgemaßnahmen zum Zeitpunkt der Erstzusage noch nicht absehbar waren, müssen spätere Folgefinanzierungen aufgrund des fehlenden zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Erst- und Folgefinanzierungen jeweils getrennt auf der Grundlage des

Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten geprüft werden können. Dies entspricht auch der ökonomischen Praxis und Logik von Banken in solchen Fällen.

Hier muss es demnach auch dem Staat möglich sein, im Anschluss an beihilfekonforme Erstfinanzierungen gemäß den EU-Beihilferegulungen im Rahmen von Folgeengagements dann die Anforderungen an das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten zu erfüllen, wenn die Folgefinanzierung ausschließlich dazu dient, das Vorengagement zu stabilisieren und Verluste für den Staat zu verhindern bzw. zu minimieren. Damit handelt der Staat wie jeder andere private Gläubiger, der Folgefinanzierungen dann durchführt, wenn er dadurch einem Ausfall seines Altengagements vorbeugen kann.

Demgegenüber dem staatlichen Gläubiger im Gegensatz zu einem privaten Gläubiger eine marktkonforme „Rettung“ seines Vorengagements zu verbieten, widerspricht nicht nur den Grundsätzen des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, sondern würde eine Ungleichbehandlung von staatlichen und privaten Gläubigern zur Folge haben. Ziel des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten ist aber gerade, dem Staat zu ermöglichen, sich wie jeder private Gläubiger zu verhalten. Eine solche Ungleichbehandlung würde letztlich zu einem Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot führen und auch dem Grundrecht der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Grundrechtecharta widersprechen.

Darüber hinaus müsste das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten entsprechend des Mitteilungsentwurfs in jedem Fall zumindest dann erfüllt sein, wenn neben dem öffentlichen Gläubiger auch private Gläubiger zu wirtschaftlich gleichen Bedingungen parallele Stützungsmaßnahmen hinsichtlich ihres Engagements durchführen. In diesem Fall würde der Staat sogar den konkreten Benchmarktest auf Basis eines Vergleichs mit dem Verhalten eines konkreten privaten Gläubigers erbringen, was auch aus Sicht der EU-Kommission der ideale Nachweis für das Vorliegen von marktkonformem Verhalten von staatlichen Institutionen ist.

Bei dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten hat die EU-Kommission keine umfassende Auswertung der vorhandenen Rechtsprechung vorgenommen. In diesem Zusammenhang möchten wir u. a. auf die Rechtsprechung in folgenden Rechtssachen verweisen: Hamsa, EDF und ING Groep NV (Hamsa v. Kommission [2002] ECR II 3049; EDF [2012] C-124/10; ING Groep NV v. Kommission T-29/10 und T-33/10). Aus dieser Rechtsprechung geht unserer Meinung nach eindeutig hervor, dass die Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten im Rahmen einer Einzelfallwürdigung am Maßstab eines hypothetischen privaten Gläubigers vorzunehmen ist. Die Feststellung, dass eine Änderung der Rückzahlungsbedingungen bspw. aufgrund einer Zuführung von Kapital (als staatliche Beihilfe) ipso facto eine staatliche Beihilfe darstellt, ist nach der ING-Rechtsprechung nicht zulässig. Insofern ist im Einklang mit der Rechtsprechung aus unserer Sicht die Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten auch bei Arrangements sachgerecht, wenn der zu betrachtenden Maßnahme eine staatliche Maßnahme vorangegangen ist, die nicht zu Marktbedingungen, sondern zu beihilfekonformen Bedingungen erfolgte.

- **Ziffer 4.2.3.4. Besondere Erwägungen bei der Prüfung der Marktmäßigkeit von Kredit- und Garantiekonditionen**

In RZ 116 wird wie folgt formuliert: *„Es ist daran zu erinnern, dass es sich bei diesem Referenzsatz [EU-Referenzzinssatz] lediglich um eine Ersatzgröße handelt. Wenn dagegen dasselbe Unternehmen in jüngster Zeit ähnliche Transaktionen zu einem höheren Preis als dem Referenzsatz vorgenommen hat und*

seine finanzielle Lage und das Marktumfeld im Wesentlichen unverändert geblieben sind, stellt der Referenzsatz in diesem Fall möglicherweise keine geeignete Ersatzgröße für die Marktsätze dar."

Nach unserem Verständnis liegt dieser Formulierung die Annahme eines Regel-/ Ausnahmeverhältnisses im Hinblick auf die Anwendung der EU-Referenzzinsordnung zugrunde.

Nach der langjährigen Spruchpraxis der EU-Kommission ist für die Frage der Beihilfefreiheit bzw. der Berechnung des Beihilfeelementes von Krediten der EU-Referenzzins der EU-Kommission zugrunde zu legen. Auf Basis einer risikoadjustierten Betrachtungsweise ist demnach der EU-Referenzzins der Maßstab, auf dessen Basis entweder die Beihilfefreiheit festgestellt oder aber die Höhe des Beihilfeelementes eines Förderkredites ermittelt wird.

Diese Vorgehensweise ist sowohl ökonomisch als auch aus Praktikabilitätsabwägungen heraus sinnvoll: Insbesondere bei Breitenprogrammen mit geringen Beihilfewerten wäre eine Feststellung möglicher konkreter Marktbenchmarks mit erhöhter Rechtsunsicherheit und einem hohen Verwaltungsaufwand verbunden, ohne dass dies mit wettbewerbsrelevanten Vorteilen für Unternehmen verbunden wäre. Dem hat die EU-Kommission auch in ihrer langjährigen Entscheidungspraxis ökonomisch richtig Rechnung getragen, indem sie die Berechnung von Beihilfewerten bzw. die Sicherstellung der Beihilfefreiheit von Krediten im Rahmen von Förderprogrammen immer wieder auf der Grundlage der Referenzzinsordnung und in entsprechenden Entscheidungen gefordert hat. Daher sollte die EU-Kommission hier an ihrer langjährigen Spruchpraxis aus Gründen der Rechtssicherheit und Verlässlichkeit festhalten.

Wir verstehen, dass die EU-Kommission bei großen Vorhaben mit einem erheblichen Finanzierungsumfang im Einzelfall einen Abgleich mit konkreten Marktbenchmarks für vergleichbare Finanzierungsinstrumente für sinnvoll erachtet. Dies ist in diesem Kontext auch sinnvoll, da bei großen Investitionsvorhaben erhebliche Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Wettbewerb nicht auszuschließen sind, während dies bei Breitenprogrammen in der Regel nicht der Fall ist. In diesem Sinne sollte auch der o. g. Passus gelesen und verstanden werden können.