



# DISSERTATION

Titel der Dissertation

## Finanzmarktstabilisierung und Wettbewerbsschutz im Lichte jüngster Entwicklungen des Europäischen Beihilfenrechts

Die Genehmigungspraxis der Kommission zu  
staatlichen Beihilfen für Banken in der Krise

Verfasserin

Mag.iur. Mag.phil. Pia-Maria Zottl

angestrebter akademischer Grad

Doctor iuris (Dr.iur.)

Wien, im Jänner 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A-083-101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Erster Teil</b>	<b>EINLEITUNG</b> .....	<b>17</b>
I.	Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse .....	20
II.	Gang der Untersuchung .....	23
<b>Zweiter Teil</b>	<b>DAS BEIHILFENAUF SICHTSREGIME DER ART 87-89 EGV</b> .....	<b>25</b>
I.	Die Beihilfenaufsicht als Instrument des europäischen Wettbewerbsschutzes .....	27
II.	Der Geltungsbereich der Art 87-89 EGV .....	29
1.	Der sachliche Geltungsbereich .....	29
2.	Der räumliche Geltungsbereich .....	30
3.	Der zeitliche Geltungsbereich .....	30
III.	Der Begriff der „staatlichen Beihilfe“ .....	31
1.	Die Begünstigung .....	32
1.1.	Der Market-Economy-Investor-Test .....	34
2.	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen .....	39
3.	Die Selektivität der Begünstigung .....	40
4.	Die Verfälschung des Wettbewerbs .....	42
5.	Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten .....	44
IV.	Der Grundsatz der Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt (Art 87 Abs 1 EGV) .....	46
V.	Die Ausnahmen vom Unvereinbarkeitsgrundsatz (Art 87 Abs 2 und 3 EGV) .....	47
1.	Die Legalausnahmen (Art 87 Abs 2 EGV) .....	48
2.	Die Ermessensausnahmen (Art 87 Abs 3 EGV) .....	49
2.1.	Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates (Art 87 Abs 3 lit b EGV) .....	51
VI.	Das Verfahren der Beihilfenaufsicht (Art 88 EGV) .....	54
1.	Das präventive Kontrollverfahren bei neuen Beihilfen (Art 88 Abs 3 EGV) .....	55
1.1.	Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot .....	55
1.1.1.	Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen .....	57

1.2.	Das vorläufige Prüfverfahren.....	58
1.3.	Das förmliche Prüfverfahren.....	60
2.	Das Verfahren bei bestehenden Beihilferegulungen (Art 88 Abs 1 EGV) .....	61

**Dritter Teil    STAATLICHE BEIHILFEN IM  
BANKENSEKTOR – ZUR  
GENEHMIGUNGSPRAXIS DER  
EUROPÄISCHEN KOMMISSION ..... 63**

I.	Einleitung.....	63
II.	Der traditionelle Prüfungsansatz „vor der Krise“ .....	66
1.	Zur Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen für Banken in Schwierigkeiten auf Grundlage der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien.....	66
1.1.	Der Begriff des „Unternehmens in Schwierigkeiten“.....	69
1.2.	Die Genehmigungsvoraussetzungen für Rettungsbeihilfen .....	74
1.2.1.	Die Anforderungen an die Form der Beihilfengewährung.....	74
1.2.2.	Das Fehlen unverhältnismäßiger Ausstrahlungseffekte.....	77
1.2.3.	Die Sechsmonatsfrist.....	77
1.2.4.	Der Erforderlichkeitsgrundsatz .....	78
1.2.5.	Der Grundsatz der einmaligen Beihilfe .....	79
1.3.	Die Genehmigungsvoraussetzungen für Umstrukturierungsbeihilfen.....	80
1.3.1.	Die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität .....	81
1.3.2.	Die Vermeidung unzumutbarer Wettbewerbsverfälschungen .....	83
1.3.3.	Die Begrenzung auf das erforderliche Mindestmaß.....	85
1.3.4.	Besondere wettbewerbsorientierte Genehmigungsbedingungen .....	87
1.3.5.	Die Berichtspflicht.....	91
2.	Entscheidungen der Kommission zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor.....	91
2.1.	<i>Crédit Lyonnais</i> .....	92
2.2.	<i>Hypo-Bank Burgenland AG</i> .....	99

2.3.	<i>BAWAG-PSK</i> .....	106
3.	Zwischenergebnis .....	112
III.	Der neue Prüfungsansatz „in der Krise“ .....	115
1.	Erste Phase: Prüfung staatlicher Beihilfen zugunsten einzelner Banken anhand der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien .....	116
2.	Zweite Phase: Feststellung der Ungeeignetheit der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien .....	117
2.1.	Grenzen und Probleme bei der Anwendung der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien in der Krise .....	118
2.1.1.	„Grundsätzlich gesunde Banken“ als Unternehmen in Schwierigkeiten? .....	118
2.1.2.	Reversibilität von Rettungsbeihilfen .....	119
2.1.3.	Die zeitliche Befristung von Rettungsbeihilfen..	120
2.1.4.	Der Grundsatz der einmaligen Beihilfe .....	120
2.1.5.	Die Verfahrensdauer .....	121
2.2.	<i>Bradford &amp; Bingley</i> .....	121
2.3.	Die Handlungsalternativen der Kommission .....	125
2.3.1.	Suspension des Beihilfeverbots? .....	126
2.3.2.	Flexiblere Anwendung der R&U-LL 2004? .....	127
2.3.3.	Fortgesetzte Anwendung der stringenten R&U-LL 2004? .....	128
2.3.4.	Die Aktivierung des Art 87 Abs 3 lit b EGV .....	129
3.	Dritte Phase: Koordinierte Unterstützung für den Bankensektor durch Mitteilungen der Kommission .....	131
3.1.	Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen im Europäischen Beihilfenrecht .....	135
3.2.	Die „Bankenmitteilung“ vom 13. Oktober 2008 .....	139
3.2.1.	Art 87 Abs 3 lit b EGV statt Art 87 Abs 3 lit c EGV .....	139
3.2.2.	„Systemrelevante“ Banken? .....	140
3.2.3.	Allgemeine Genehmigungsvoraussetzungen für Beihilferegelungen zugunsten des Bankensektors .....	143
3.2.4.	Konkrete Rettungsmaßnahmen und die Anforderungen an ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt .....	145
3.2.4.1.	Gewährung staatlicher Garantien .....	146

3.2.4.2.	Maßnahmen zur Rekapitalisierung .....	152
3.2.4.3.	Andere Liquiditätshilfen .....	153
3.2.4.4.	Kontrollierte Liquidation .....	154
3.2.5.	Beihilferechtliche Prüfung im Eilverfahren .....	155
3.2.6.	<i>Exkurs:</i> Verdeckte Rückkehr zur Gewährträger- bzw Ausfallhaftung? .....	158
3.3.	Die „Rekapitalisierungsmitteilung“ vom 5. Dezember 2008 .....	162
3.3.1.	„Grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken .....	163
3.3.2.	Die Vergütung für Rekapitalisierungen .....	166
3.3.2.1.	Rekapitalisierung mit signifikanter Beteiligung Privater .....	166
3.3.2.2.	Rekapitalisierung ohne signifikante Beteiligung Privater .....	167
3.3.3.	Anreize für die Rückzahlung des staatlichen Kapitals .....	169
3.3.4.	<i>Exkurs:</i> Kein Grundsatz der einmaligen Beihilfe in der Krise? .....	169
3.4.	Die „Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva“ vom 25. Februar 2009 .....	171
3.4.1.	Der Beihilfecharakter staatlicher Entlastungsmaßnahmen .....	173
3.4.2.	Genehmigungsvoraussetzungen für staatliche Entlastungsmaßnahmen in der Rettungsphase .....	174
3.4.2.1.	Die Offenlegung der Wertminderung... ..	174
3.4.2.2.	Lastenverteilung .....	176
3.4.2.3.	Die Bewertung der Vermögensgegenstände .....	177
3.4.2.4.	Die Vergütung der Entlastungsbeihilfe ..	178
3.4.2.5.	Verhaltensbeschränkungen .....	179
3.4.3.	Genehmigungsvoraussetzungen für staatliche Entlastungsmaßnahmen in der Umstrukturierungsphase .....	179
3.5.	Die „Umstrukturierungsmitteilung“ vom 22. Juli 2009 .....	180
3.5.1.	Die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität .....	183
3.5.2.	Der Eigenbeitrag des Begünstigten .....	186

3.5.3. Die Begrenzung von Wettbewerbsverzerrungen .....	187
3.5.4. Kein Grundsatz der einmaligen Beihilfe.....	189
3.5.5. Die Berichtspflicht.....	189
IV. Fazit: Krisenbedingte Adaptierung der Beihilfenaufsicht im Bankensektor .....	189
1. Kritische Würdigung .....	191
2. Anpassungen materieller Natur.....	196
3. Anpassungen faktisch-formeller Natur .....	200
<b>Vierter Teil</b>	
<b>DIE ÖSTERREICHISCHE BEIHLIFEREGELUNG ZUR FINANZMARKTSTABILISIERUNG.....</b>	<b>203</b>
I. Neue gesetzliche Rahmenbedingungen zur Stabilisierung des Finanzmarktes in Österreich .....	204
II. Die Vereinbarkeitsentscheidung der Europäischen Kommission zur österreichischen Beihilferegulung .....	206
1. Staatliche Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV .....	207
2. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gem Art 87 Abs 3 lit b EGV.....	209
III. Allgemeine Bestimmungen der Beihilferegulung .....	210
1. Der Begünstigtenkreis.....	211
2. Die zeitliche Befristung.....	212
3. Die Ausführungsverordnung .....	213
3.1. Ausrichtung der Geschäftspolitik auf Nachhaltigkeit.....	215
3.2. Vorgaben zur Mittelverwendung.....	216
3.3. Angemessenheit der Vergütungssysteme.....	216
3.4. Beschränkung der Gewinnausschüttung.....	218
IV. Die Beihilfemaßnahmen nach IBSG und FinStaG im Einzelnen.....	219
1. Das Interbankmarktstärkungsgesetz (IBSG) .....	219
1.1. Maßnahmen zur Liquiditätsversorgung des Bankensektors .....	220
1.1.1. Die Oesterreichische Clearingbank AG (OeCAG) .....	220
1.1.1.1. Zweck und Aufgabe der OeCAG.....	221
1.1.1.2. Eigentümerstruktur der OeCAG .....	223

1.1.1.3.	Haftungsübernahme des Bundes für Forderungsausfälle der OeCAG.....	224
1.1.1.4.	Wettbewerbsorientierte Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der OeCAG .....	225
1.1.1.5.	Zwischenbilanz zur OeCAG .....	227
1.1.2.	Haftungsübernahme des Bundes für Wertpapieremissionen von Kreditinstituten .....	229
1.2.	Der Budgetrahmen.....	230
1.3.	Würdigung der Vereinbarkeit des IBSG gem Art 87 Abs 3 lit b EGV.....	232
2.	Das Finanzmarktstabilitätsgesetz (FinStaG) .....	233
2.1.	Maßnahmen zur Rekapitalisierung von Kreditinstituten (§ 2 Abs 1 FinStaG).....	235
2.1.1.	Haftung für Verbindlichkeiten (§ 2 Abs 1 Z 1 FinStaG).....	235
2.1.2.	Haftung für Aktiva (§ 2 Abs 1 Z 2 FinStaG) .....	236
2.1.3.	Gewährung von Darlehen (§ 2 Abs 1 Z 3 FinStaG) .....	238
2.1.4.	Zuführung von Eigenmitteln (§ 2 Abs 1 Z 3 FinStaG) .....	240
2.1.4.1.	<i>Exkurs:</i> Kernkapitalfähiges Partizipationskapital als bevorzugtes Rekapitalisierungsinstrument .....	241
2.1.5.	Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder Wandelanleihen (§ 2 Abs 1 Z 4 u 5 FinStaG)...	244
2.1.6.	Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch Verschmelzung (§ 2 Abs 1 Z 6 FinStaG) .....	246
2.2.	Eigentumsübernahme (§ 2 Abs 2 FinStaG) .....	246
2.3.	Entgelt für Rekapitalisierungsmaßnahmen .....	247
2.3.1.	Haftungsvergütungsentgelt.....	248
2.3.2.	Mindestzinssatz für Darlehen .....	249
2.3.3.	Kapitalzufuhrentgelt.....	249
2.3.3.1.	„Grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute	250
2.3.3.2.	„Nicht grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute .....	251
2.4.	Anreize zur Rückzahlung staatlichen Kapitals .....	251
2.4.1.	Zinsanpassungsklauseln .....	251

2.4.2.	Dividendenbeschränkungen .....	252
2.5.	Die Finanzmarkteteiligung Aktiengesellschaft des Bundes (FIMBAG).....	252
2.5.1.	Der beschränkte Aufgabenkreis der FIMBAG ..	254
2.5.2.	Die FIMBAG als Zurechnungssubjekt oder Vertreterin des Bundes?.....	255
V.	<i>Exkurs: Vergaberechtliche Implikationen der österreichischen Beihilferegelung</i> .....	256
1.	Private Kreditinstitute als öffentliche Auftraggeber?.....	257
1.1.	Teilrechtsfähigkeit .....	257
1.2.	Gründung zum Zweck der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art.....	258
1.2.1.	Aufgaben im Allgemeininteresse .....	258
1.2.2.	Aufgaben nicht gewerblicher Art.....	260
1.2.3.	Besonderer Gründungszweck .....	261
1.3.	Staatliche Finanzierung oder Kontrolle .....	262
2.	Fazit .....	263
<b>Fünfter Teil  SCHLUSSBETRACHTUNG .....</b>		<b>264</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>		<b>268</b>
<b>Rechtsquellenverzeichnis.....</b>		<b>285</b>
<b>Rechtsprechungsverzeichnis (EuGH, EuG).....</b>		<b>292</b>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA, AA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch idF BGBl I 75/2009
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bzw seit 01.02.2003 Amtsblatt der Europäischen Union
ABl C	Amtsblatt Teil C
ABl L	Amtsblatt Teil L
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AusfVO	Ausführungsverordnung
BAFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (seit 01.05.2002 BAFin)
BAWAG	Bank für Arbeit und Wirtschaft AG
BB	Bank Burgenland AG
BB	BetriebsBerater (Zeitschrift)
BerlinHyp	Berlin-Hannoversche Hypothekbank AG
BFG 2008	Bundesfinanzgesetz 2008 idF BGBl I 23/2007
BGB	Bankgesellschaft Berlin AG
BGBl	Bundesgesetzblatt
BHG	Bundeshaushaltsgesetz idF BGBl I 78/2009
Bio	Billion(en)
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des österreichischen Nationalrates
BMF	Bundesminister für Finanzen
BörseG 1989	Börsegesetz 1989 idF BGBl I 136/2008
BR	Bundesrat
BRZ	Zeitschrift für Beihilfen- und Subventionsrecht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1/1930 idgF
BWG	Bankwesengesetz idF BGBl I 136/2008
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CDO	Collateralised Debt Obligation
CDS	Credit Default Swap
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
CPN	Competition Policy Newsletter
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
dh	das heißt
dzt	derzeit(ig)
E	Entschließung
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, Erläuterungen der Regierungsvorlage
ECLR	European Competition Law Review (Zeitschrift)
ECOFIN	Rat „Wirtschaft und Finanzen“
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EIB	Europäische Investitionsbank
EisbEG	Eisenbahn-Enteignungsentschädigungsgesetz idF BGBl 112/2003
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz idF BGBl I 92/2003

ELR	European Law Review (Zeitschrift)
Erläut	Erläuterungen
ErläutAB	Erläuterungen zum Ausschussbericht
ErläutAB	Erläuterungen zum Ministerialentwurf
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
Erwgrd	Erwägungsgrund
ESF	Europäischer Sozialfonds
EStAL	European State Aid Law Quaterly (Zeitschrift)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUR	Euro
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
evtl	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f, ff	folgende, fortfolgende
FIMBAG	Finanzmarkteteiligung Aktiengesellschaft des Bundes
FinStaG	Finanzmarktstabilitätsgesetz, BGBl I 136/2008
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMABG	Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, BGBl I 97/2001 idF BGBl I 136/2008
Fn	Fußnote
FSA	Financial Services Authority
FSCS	Financial Services Compensation Scheme
GBP	Great Britain Pound
GD	Generaldirektion der Europäischen Kommission

gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter. Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ggf	gegebenenfalls
GIRÄG 2003	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
hL	herrschende Lehre
HM	Her Majesty's
Hrsg	Herausgeber
iaR	in aller Regel
IAS	International Accounting Standard
IBSG	Interbankmarktstärkungsgesetz, BGBl I 136/2008
idF	in der Folge bzw in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
idZ	in diesem Zusammenhang
ie	<i>id est</i>
ieS	im engeren Sinn
IFRS	
igZ	im gegebenen Zusammenhang
iHv	in Höhe von
insb	insbesondere
iSd	im Sinne der/des
iSe	im Sinne einer/eines
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iw	im Wesentlichen
iwS	im weiteren Sinn

iZm	in/im Zusammenhang mit
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Komm	Kommission
krit	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
L	Rechtsvorschriften (Reihe des ABI)
LBB	Landesbank Berlin
LBBH	Landesbank Berlin Holding AG
Lfg	Lieferung
lit	Litera
LL	Leitlinien
lt	Laut
maW, MaW	mit anderen Worten
max	Maximal
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MEIT	Market Economy Investor Test
min	Mindestens
Mio	Million(en)
MpifG	Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung
Mrd	Milliarde(n)
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OeCAG	Österreichische Clearingbank AG
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OeNB	Österreichische Nationalbank

ÖIAG	Österreichische Industrieholding AG
ÖIAG-G 2000	Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft und der Post und Telekombeteiligungs-Verwaltungsgesellschaft, BGBl I 24/2000 idF 136/2008
Pkt, Pkte	Punkt, Punkte
PLC	Practical Law Company
RFG	Rechts- und Finanzierungspraxis der Gemeinden
RL	Richtlinie (der EG)
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
R&U-LL	Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
s	siehe
S	Seite, Sitzung
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
stRsp	ständige Rechtsprechung
sog	sogenannt/e/r
udgl	und dergleichen
UGB	Unternehmensgesetzbuch, BGBl I 120/2005 idF BGBl I 70/2008
ULSG	Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz, BGBl I 136/2008

URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
USD	United States Dollar
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uvm	und vieles/viele mehr
v, V	von/vom, Verordnung österreichischen Rechts
va	vor allem
vgl	Vergleiche
vH	von Hundert (Prozent)
VO	Gemeinschaftsverordnung
VVO	Verfahrensverordnung, VVO (EG) 659/1999 zu Art 88, ABI 1999 L 83/1
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Z	Zahl, Ziffer
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert/e
zT	zum Teil

*„State Aid rules [...] give national governments freedom to take aim at the root causes of the crisis, but stop them from shooting themselves in the foot, or their neighbours in the back.“<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Kroes, The role of state aid in tackling the financial & economic crisis, Speech/08/863, 08.12.2008.

## Erster Teil      EINLEITUNG

Mitte des Jahres 2007 kündigten sich mit den finanziellen Schwierigkeiten der US-amerikanischen Investmentbank *Bear Stearns* die ersten Anzeichen der seit dem zweiten Weltkrieg schwersten Finanz- und Wirtschaftskrise an.<sup>2</sup> Hauptursache der sich auftuenden Probleme war die in den USA bis dahin geübte Finanzierungspraxis im Zusammenhang mit Immobilientransaktionen. Begünstigt durch die Niedrigzinspolitik der US-amerikanischen Notenbank waren Immobilienankäufe vielfach ohne Begebung von Sicherheiten finanziert worden, was zu einem beträchtlichen Anstieg des gesamten Kreditvolumens in den USA geführt hatte. Diese Kredite, darunter auch viele Darlehen an Schuldner zweifelhafter Bonität (sog *Subprimes*), waren sodann von Banken gebündelt, verbrieft und verkauft worden, um die vergebenen Kredite und die damit verbundenen Unsicherheiten nicht in ihren Bilanzen ausweisen zu müssen und so höhere Eigenkapitalrenditen zu erzielen.<sup>3</sup> Auch europäische Kreditinstitute hatten auf Fonds zurückgegriffen, die Kredite mit unterschiedlichen Risiken bündelten (sog *Collateralised Debt Obligations*), da diese in Zeiten geringer Zinsmargen eine vergleichsweise hohe Rendite versprochen hatten.<sup>4</sup>

Als in den USA die Zinsen in der Folge wieder stiegen, mussten zahlreiche Banken Zahlungsausfälle hinnehmen und bilanziell verbuchen, da viele Schuldner ihre Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen konnten und die Forderungen mangels Sicherheiten uneinbringlich waren. Die verbrieften Kreditpapiere, die von Bank zu Bank verkauft worden waren, erlitten einen erheblichen Wertverlust und die Märkte waren plötzlich nicht mehr bereit, derartige Aktiva zu erwerben. Das gestiegene gegenseitige

---

<sup>2</sup> Vgl Komm, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2009, Sonderausgabe „Staatliche Beihilfen in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, KOM(2009) 164, 3.

<sup>3</sup> Vgl *Witterauf*, Die internationale Finanzkrise – Ursachen, Auswirkungen und Konsequenzen, in *Argumentation Kompakt* v 13.10.2008, Hanns-Seidel-Stiftung, 2.

<sup>4</sup> Vgl *Witterauf*, Die internationale Finanzkrise – Ursachen, Auswirkungen und Konsequenzen, in *Argumentation Kompakt* v 13.10.2008, Hanns-Seidel-Stiftung, 2.

Misstrauen unter den Banken führte zu einer überaus restriktiven Kreditvergabe. Vor allem die nun fehlende Bereitschaft, Darlehen auf dem Interbankenmarkt zu vergeben, brachte insb jene Banken, die aufgrund ihrer strategischen Ausrichtung auf kurzfristige Refinanzierungen angewiesen waren, in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten. Zusätzliche Belastungen ergaben sich dadurch, dass Abschreibungen im Wertpapier- und Kreditportfolio der Banken notwendig wurden und sich zahlreiche Banken aufgrund des rückläufigen Eigenkapitals zu einer Reduktion bzw Anpassung ihrer Aktiva in den Bilanzen gezwungen sahen.<sup>5</sup> Durch die zunehmenden Bewertungsverluste wurde somit die Eigenkapitalbasis vieler Banken geschmälert.

Die Insolvenz der Investmentbank *Lehman Brothers* Mitte 2008 löste schließlich einen vollständigen Vertrauensverlust in das Finanzsystem aus und führte zumindest kurzzeitig zum gänzlichen Erliegen des Interbankenkreditmarktes. Auch Europa blieb davon nicht verschont. Durch die hohe internationale Vernetzung der Finanzmärkte führten diese Kreditausfälle zu weitreichenden Konsequenzen auf dem gesamten Kapitalmarkt und zwangen viele Banken zu enormen Wertberichtigungen. Äußerte sich die Krise zunächst vornehmlich in Verlusten und Insolvenzen von Unternehmen der Finanzbranche, hat sie seit Ende des Jahres 2008 auch die Realwirtschaft erfasst.<sup>6</sup>

Als Reaktion auf die globale Finanz- und Wirtschaftskrise hat „*der interventionistisch tätige Staat als Wirtschaftsakteur eine eindrucksvolle Renaissance*“ erlebt.<sup>7</sup> So waren die Staaten gefordert, Rettungsaktionen für einzelne betroffene Finanzinstitute durchzuführen und schließlich sektorumfangsweite Maßnahmenpakete zu treffen, um die weiteren negativen Auswirkungen dieser Systemkrise schnellstmöglich zu

---

<sup>5</sup> Vgl *Cecchetti*, Crisis and Responses: the Federal Reserve and the Financial Crisis of 2007-2008, NBER Working Paper No 14134, June 2008, 3.

<sup>6</sup> Für eine Darstellung der wichtigsten Übertragungskkanäle der Finanzkrise auf die Realwirtschaft s *Zotter/Zuckerstätter*, Die Finanzmarktkrise und ihre Wirkungsmechanismen auf die Realwirtschaft in *Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien* (Hrsg), Notleidende Banken: Fakten – Wirkungen – Lösungen, Beiträge zur Wirtschaftspolitik 23/2009, 9.

<sup>7</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Vorwort.

verhindern und das ordnungsgemäße Funktionieren der Märkte weitestgehend wiederherzustellen. Ohne die umfassenden staatlichen Rettungsmaßnahmen zugunsten notleidender Banken bestand jedenfalls die Gefahr eines systematischen Zusammenbruches des gesamten Finanzsystems mit verheerenden Aus- und Nachwirkungen in der Realwirtschaft.

Für mitgliedstaatliche Unterstützungsmaßnahmen, welche die Kriterien einer „Beihilfe“ erfüllen, sehen die Art 87-89 EGV jedoch besondere Regeln materieller wie verfahrensrechtlicher Art vor, die staatliche Beihilfen der Kontrolle durch die Kommission unterwerfen. Denn derartige Maßnahmen mögen in der Systemkrise zwar zu den gemeinsamen Zielen der Wiederherstellung der Finanzstabilität sowie der Sicherstellung der Kreditvergabe sowohl im Interbankenmarkt als auch an die Realwirtschaft beitragen können, doch sind sie auch geeignet, Verzerrungen des zwischenstaatlichen Handels und eine Verfälschung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt hervorzurufen:

*„Staatliche Beihilfen führen dazu, dass Wettbewerbsverzerrungen, die in der Vergangenheit durch das Eingehen übermäßiger Risiken und durch nichttragfähige Geschäftsmodelle verursacht wurden, fortbestehen, weil die Marktmacht der Begünstigten künstlich gestützt wird. Dies kann bei den Begünstigten ein moralisches Risiko begründen, während es gleichzeitig für diejenigen, die keine Beihilfen erhalten, weniger attraktiv wird, zu konkurrieren, zu investieren und zu innovieren. Zudem höhlen Beihilfen den Binnenmarkt insofern aus, als die Last struktureller Änderungen und die damit einhergehenden sozialen und wirtschaftlichen Probleme in ungerechtem Maße auf andere Mitgliedstaaten abgewälzt werden und gleichzeitig Marktzutrittsschranken geschaffen und die Anreize für grenzübergreifende Tätigkeiten untergraben werden.“<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup> Vgl Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der

Die Bewältigung der globalen Finanzkrise und ihrer rezessionsfördernden Auswirkungen stellen die gemeinschaftliche Aufsicht über staatliche Beihilfen daher vor Herausforderungen bislang ungekannter Dimension. Insb die Beihilfenbeträge in Milliardenhöhe und die kurze Zeitspanne, innerhalb derer die Kommission angehalten war und ist, Vereinbarkeitsentscheidungen zu staatlichen Beihilfen im Bankensektor zu treffen, gelten als beispiellos in der Geschichte der Europäischen Union.

Die Krise hat die Kommission daher veranlasst, auf neue Fragen neue Antworten zu geben, um so zu zeigen: „*state aid rules are part of the solution, not part of the problem*“<sup>9</sup>. In ihrer Funktion als Beihilfenaufsichtsbehörde ist die Kommission in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise mehr denn je herausgefordert, den Spagat zwischen dem Erhalt wettbewerbsrechtlicher Grundsätze und der krisenbedingt notwendigen Flexibilisierung des Beihilfenrechts zu schaffen<sup>10</sup>, um so die Kohärenz der einzelnen mitgliedstaatlichen Unterstützungsmaßnahmen im Bankensektor und schließlich ein *Level-Playing-Field* für die Unternehmen der europäischen Finanzwirtschaft sicherzustellen. Die Beihilfenaufsicht in der Krise stellt sich dabei als diffizile Gratwanderung zwischen dem angestrebten Ziel der raschen Finanzmarktstabilisierung einerseits und der fortbestehenden Notwendigkeit des Schutzes des gemeinschaftlichen Wettbewerbes andererseits dar.

## I. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse

Zentrales Anliegen vorliegender Dissertation ist die Untersuchung und kritische Würdigung der jüngsten, durch die globale Finanz- und Wirtschaftskrise bedingten Entwicklungen auf dem Gebiet des

---

derzeitigen Krise gem den Beihilfevorschriften (Umstrukturierungsmitteilung), ABI 2009 C 195/9 Rz 28.

<sup>9</sup> Vgl etwa Memo/08/757 v 02.12.2008, State Aid: Commissioner Kroes briefs Economics and Finance Ministers on financial crisis measures.

<sup>10</sup> Vgl *Haverkamp/Schmidt*, Reaktionen auf die Finanz- und Wirtschaftskrise im Beihilfenrecht – Deutschland und Europa, BRZ 2009, 71.

Europäischen Beihilfenrechts, das in den vergangenen Monaten an ungekannter Dynamik gewonnen hat: „*One may say that the last 12 months have seen more developments in State aid policy than the fifty years before.*“<sup>11</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich dabei auf staatliche Beihilfen im Bankensektor, da hier die Krise nicht nur ihren Ursprung, sondern auch nach wie vor den größten Finanzierungsbedarf aufweist<sup>12</sup>, insb um die Kreditvergabe an die Realwirtschaft sicherzustellen. Beihilfemaßnahmen zugunsten anderer Wirtschaftssektoren, die angesichts der Ausweitung der Finanzmarktkrise auf die sog „Realwirtschaft“ ergriffen wurden, und die diesbezüglichen Legislativakte der Kommission<sup>13</sup> sollen hingegen nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein.

Im Mittelpunkt des Erkenntnisinteresses steht die Entwicklung der Genehmigungspraxis der Europäischen Kommission zu staatlichen Beihilfen an Banken in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Der Beobachtungszeitraum reicht dabei von den ersten von der Kommission zu beurteilenden Sanierungsfällen im Bankenbereich Ende der 1990er Jahre, wie der Leitentscheidung zu *Crédit Lyonnais*<sup>14</sup>, bis hin zu den jüngsten, in Anbetracht der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise erfolgten Beihilfeentscheidungen im Bankensektor. Durch die Untersuchung einschlägiger Vereinbarkeitsentscheidungen, Mitteilungen und Leitlinien der Kommission soll der Frage nachgegangen werden, wie die Kommission als zentrale Beihilfenaufsichtsbehörde die gemeinschaftlichen Vorschriften über staatliche Beihilfen bei der

---

<sup>11</sup> *Ungerer*, State Aids 2008/2009 – 12 months of crisis management and reforms, Keynote Address, 7<sup>th</sup> Experts' Forum on New Developments in European State Aid Law 2009, 14.05.2009, veröffentlicht auf der Website der GD Wettbewerb.

<sup>12</sup> Vgl *Haverkamp/Schmidt*, Reaktionen auf die Finanz- und Wirtschaftskrise im Beihilfenrecht – Deutschland und Europa, BRZ 2009, 73.

<sup>13</sup> S etwa Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABI 2009 C 83/1; zuletzt geändert ABI 2009 C 261/2.

<sup>14</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*; Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*.

Beurteilung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Finanzsektor anwendet und interpretiert. Fallorientiert sollen die von der Kommission herangezogenen beihilfenrechtlichen Genehmigungskriterien für staatliche Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von Banken in wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Zeitraum vor und seit Anbeginn der Finanz- und Wirtschaftskrise analysiert und anschließend einander gegenüber gestellt werden mit dem Ziel, Erkenntnisse zur Entwicklung der gemeinschaftlichen Aufsicht über Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor, vor allem über die gegenwärtige Ausgestaltung und Intensität der Beihilfenkontrolle in der Krise, zu gewinnen.

Neben der Untersuchung der Entwicklung der Beihilfenaufsicht auf gemeinschaftlicher Ebene im Kontext der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise soll am Beispiel des österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets die Umsetzung der in den neu geschaffenen Mitteilungen dargelegten Vereinbarkeitsgrundsätze auf nationaler Regelungsebene aufgezeigt werden.

Angesichts der Dynamik und der zu erwartenden raschen Fortentwicklung des Untersuchungsgegenstandes erfolgt an dieser Stelle der Hinweis, dass im Rahmen vorliegender Dissertation die Rsp und Kommissionspraxis berücksichtigt wird, soweit diese bis 15. November 2009 veröffentlicht wurde. Gleichsam der letzte Sekundärrechtsakt, der in vorliegender Dissertation behandelt wird, ist die am 22. Juli 2009 von der Kommission veröffentlichte Umstrukturierungsmitteilung<sup>15</sup>. Die Feinheiten ihrer Anwendung in den vielfältigen, gegenwärtig noch anhängigen Prüfverfahren können indes nicht mehr miterfasst werden.

---

<sup>15</sup> Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gem den Beihilfenvorschriften (Umstrukturierungsmitteilung), ABI 2009 C 195/9.

## II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Dissertation gliedert sich im Wesentlichen in drei Teile:

Im ersten Teil der Arbeit finden die Grundzüge des Systems der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht einleitende Erläuterung. Ausgehend von der Notwendigkeit der Beihilfenkontrolle im Rahmen der europäischen Wettbewerbsordnung werden die materiellen und formellen Beihilfenregeln des EGV skizziert. Nach der Präzisierung der Merkmalselemente staatlicher Beihilfen iSd Art 87 Abs 1 EGV unter Bezugnahme auf jüngste Entwicklungen in der gemeinschaftsgerichtlichen Rsp und Kommissionspraxis wird der zentrale Grundsatz der Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt sowie Ausnahmen davon überblickartig dargestellt. In Anbetracht des Untersuchungsgegenstandes vorliegender Dissertation ist dabei besonders auf die Ermessensausnahme des Art 87 Abs 3 lit b EGV einzugehen, jene primärrechtliche Grundlage, welche die Kommission gegenwärtig als Rechtsgrundlage für Beihilfemaßnahmen zur Bewältigung der Systemkrise heranzieht und damit einen neuen Weg eröffnet, um Banken staatliche Beihilfen im Einklang mit dem Gemeinsamen Markt zu gewähren.

Der zweite Teil vorliegender Dissertation ist der Entscheidungspraxis der Kommission zu staatlichen Beihilfen an notleidende Banken „vor der Krise“ und „in der Krise“ gewidmet. Mit dem Ziel etwaige Abweichungen gegenüber der bisherigen Kontrollpraxis der Kommission zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor zu identifizieren, gilt es diesbezügliche Mitteilungen und Leitlinien der Kommission unter Bezugnahme auf ausgewählte Vereinbarkeitsentscheidungen zu staatlichen Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten, *in concreto* an notleidende Banken, vor und seit dem Einsetzen der Finanz- und Wirtschaftskrise zu analysieren. Dafür sind in einem ersten Schritt die auf Art 87 Abs 3 lit c EGV gestützten Leitlinien der Kommission zu Rettungs-

und Umstrukturierungsbeihilfen<sup>16</sup> zu erläutern, ehe anschließend fallorientiert aufgezeigt werden soll, wie die Kommission die darin festgelegten Grundsätze bislang, dh vor Anbeginn der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise, auf Bankensanierungen angewandt und konkretisiert hat. In einem zweiten Schritt sind sodann die Grenzen und Probleme der Anwendbarkeit des bislang geltenden Beihilfenrechtsrahmens im Umfeld der Krise aufzuzeigen und mögliche Handlungsoptionen der Kommission in dieser Situation zu skizzieren. In einem dritten Schritt sollen folglich die auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit b EGV von der Kommission erlassenen vier „Krisenmitteilungen“, die Bankenmitteilung vom 13. Oktober 2008, die Rekapitalisierungsmitteilung vom 5. Dezember 2008, die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva vom 25. Februar 2009 sowie die Umstrukturierungsmitteilung vom 22. Juli 2009, soweit möglich unter Bezugnahme auf die jüngste Anwendungspraxis Erläuterung finden. Der zweite Teil schließt mit einer Zusammenfassung der identifizierten materiellen und formellen Anpassungen des gemeinschaftlichen Beihilfenaufsichtsregimes im Bankensektor sowie deren kritischen Würdigung.

Im Rahmen des dritten Teils soll das österreichische Finanzmarktstabilisierungspaket als Beispiel für eine mitgliedstaatliche Beihilferegelung analysiert werden. Ziel ist es, anhand einer Zusammenschau der nationalen Beihilferegelung sowie der dazu ergangenen Genehmigungsentscheidungen der Kommission den neu geschaffenen Rechtsrahmen zur Stabilisierung und Stärkung des österreichischen Finanzmarktes zu erläutern. Dabei sollen die einzelnen Stützungsinstrumente und -maßnahmen des Finanzmarktstabilitätsgesetzes (FinStaG) und des Interbankenmarktstärkungsgesetzes (IBSG) im Lichte der beihilfenrechtlichen Würdigung durch die Kommission erörtert werden.

---

<sup>16</sup> Mitteilung der Kommission — Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien 2004, R&U-LL 2004), ABI 2004 C 244/2.

## Zweiter Teil DAS BEIHILFENAUF SICHTSREGIME DER ART 87-89 EGV

Die Vorschriften über staatliche Beihilfen in Art 87-89 EGV bilden einen wichtigen Bestandteil der europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Beihilfenaufsichtsregimes lässt sich am besten anhand von Zahlen verdeutlichen: Die Gesamtsumme der von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gewährten staatlichen Beihilfen hat sich von einem Jahresdurchschnittswert von EUR 77,9 Mrd in den Jahren 1996 bis 2003 auf EUR 64,8 Mrd im Jahr 2007 reduziert.<sup>17</sup> Der in diesen Zahlen zum Ausdruck gelangende Abwärtstrend hatte sich bis zum Ausbruch der Finanzkrise im Jahr 2008 stabilisiert. Seit 2004 und verstärkt in Anbetracht der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise ist der Anteil der staatlichen Beihilfen für den Finanzsektor, hinsichtlich dessen in den vorhergehenden Jahren eher eine abnehmende Tendenz festzustellen war, in beträchtlichem Maße gestiegen.<sup>18</sup> So gewährten die Mitgliedstaaten im Jahr 2008 im Rahmen von Krisenmaßnahmen zugunsten des Bankensektors staatliche Beihilfen im Gesamtwert von rund EUR 212,2 Mrd.<sup>19</sup>

Trotz ihrer unbestrittenen Relevanz führte die Beihilfenaufsicht sowohl in der Praxis der Kommission als auch in der öffentlichen Aufmerksamkeit lange Zeit ein Schattendasein und fand nur verhältnismäßig geringe Thematisierung.<sup>20</sup> Erst seit der jüngeren Vergangenheit kann europaweit

---

<sup>17</sup> Zahlen gem Komm, Beihilfeanzeiger v 13.12.2007, KOM(2007)791 endg. 9 ff; Beihilfeanzeiger v 17.11.2008, KOM(2008)751 endg, 15 ff, 73 f.

<sup>18</sup> S für eine Tabelle zur Entwicklung der sektoralen Verteilung auf der Website der GD Wettbewerb

[http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/studies\\_reports/stat\\_tables.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/stat_tables.html) (12.08.2009).

<sup>19</sup> Vgl Komm, Beihilfeanzeiger v 07.12.2009, KOM(2009)661, 12. Der Betrag umfasst Maßnahmen, die gem Banken- bzw Rekapitalisierungsmittelteilung genehmigt und 2008 durchgeführt wurden. Die von den Mitgliedstaaten 2008 zur Stabilisierung der Finanzmärkte aufgelegten und von der Kommission genehmigten Maßnahmen hatten einen Gesamtwert von EUR 3361 Mrd.

<sup>20</sup> Vgl *Rebhahn*, Grundlagen des Beihilfenrechts aus österreichischer und europäischer Sicht, in *Eilmansberger*, Beihilfenrecht (2004) 17; vgl auch *Schmidt/Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle<sup>2</sup> (2006) 207; vgl auch

eine verstärkte öffentliche Wahrnehmung des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts festgestellt werden. In Österreich etwa haben Fälle wie die staatliche Haftungsübernahme zugunsten der *BAWAG-PSK*<sup>21</sup> oder die Umstrukturierung bzw Privatisierung der *Bank Burgenland*<sup>22</sup> neben dem Interesse der Medien auch in den juristischen Kreisen Resonanz gefunden.<sup>23</sup> Nicht zuletzt in Anbetracht der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise hat sich die öffentliche Relevanz des europäischen Beihilfenrechts als Gradmesser für die Vielzahl der staatlichen Stützungsmaßnahmen zur Stabilisierung der Finanzmärkte schlagartig erhöht.<sup>24</sup> Diesem Umstand und der besonderen Aktualität beihilferechtlicher Themen, insb im Bankensektor, soll mit vorliegender Dissertation Rechnung getragen werden.

Im Hinblick auf den am 1. Dezember 2009 in Kraft tretenden Vertrag von Lissabon<sup>25</sup> ist an dieser Stelle anzumerken, dass lediglich geringfügige inhaltliche Änderungen der Art 87 ff EGV vorgesehen sind, welche für vorliegende Arbeit nicht von Bedeutung sind.<sup>26</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass die derzeitigen Bestimmungen der Art 87 ff EGV zukünftig in Art 107 ff AEUV enthalten sein werden. Im Rahmen vorliegender Dissertation werden noch die Bestimmungen des zum Zeitpunkt der Verfassung der Arbeit geltenden EGV zitiert.

---

*Hansen/Ysendyck/Zühlke*, The Coming Age of EC State Aid Law: A Review of the Principal Developments in 2002 and 2003, ECLR 25/2004, 202.

<sup>21</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – *BAWAG-PSK*.

<sup>22</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8 – *Bank Burgenland*; Zur Privatisierung s Komm, E v 30.04.2008, ABI 2008 L 239/32.

<sup>23</sup> Vgl *Jaeger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2007 (2007) 3; s zB *Egger*, Beihilfenverbot und Privatisierungen: Bank Burgenland und die aktuelle Praxis – Teil I, BRZ 2008, 32; Teil II, BRZ 2009, 20.

<sup>24</sup> Vgl *Von Ruckteschell* in *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009), Geleitwort.

<sup>25</sup> Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABI 2007 C 306/1.

<sup>26</sup> So wird etwa in Art 87 Abs 2 lit c EGV eine Option eingefügt, wonach der Rat nach fünf Jahren auf Vorschlag der Kommission die sog Teilungsklausel aufheben kann. Der Rechtfertigungsstatbestand für regionale Beihilfen wird erweitert um die Förderung „*der in Art 299 genannten Gebiete unter Berücksichtigung ihrer strukturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lage*“. Weiters ist ein neuer Abs 4 zu Art 88 EGV vorgesehen, wonach der Kommission die Kompetenz eingeräumt wird, Verordnungen zu den Arten von staatlichen Beihilfen zu erlassen, für die der Rat gem Art 89 EGV festgelegt hat, dass sie von dem Anmeldeverfahren nach Art 88 Abs 3 EGV ausgenommen werden können.

## I. Die Beihilfenaufsicht als Instrument des europäischen Wettbewerbschutzes

Das europäische Wettbewerbsrecht basiert auf dem in Art 3 Abs 1 lit g EGV statuierten Ziel, ein System zu errichten, „*das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt*“. Zur Erreichung dieses Ziels enthält der EGV im 3. Teil Titel VI, Kapitel 1 Wettbewerbsregeln, zu denen neben dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Art 81 EGV), dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art 82 EGV) auch die Bestimmungen über staatliche Beihilfen (Art 87 bis 89 EGV) gehören. Während sich Art 81 ff EGV gegen die von Unternehmen ausgehenden Wettbewerbsverfälschungen richten, wenden sich Art 87-89 EGV gegen die von Mitgliedstaaten ausgehenden Eingriffe in den gemeinschaftlichen Wettbewerb und begrenzen die nach Art 295 EGV grds bestehende Freiheit der Mitgliedstaaten, sich am Wirtschaftsleben zu beteiligen.

Die Förderung der heimischen Unternehmen – soweit erforderlich auch durch konkrete finanzielle Unterstützung – ist Teil der Wirtschaftspolitik aller Mitgliedstaaten. Die Gewährung staatlicher Beihilfen kann jedoch insofern mit dem Ziel kollidieren, einen wirksamen und fairen Wettbewerb zu etablieren als Beihilfen ihren Empfängern Wettbewerbsvorteile gegenüber der Konkurrenz, die diesen allein aufgrund ihrer Tätigkeit am Markt nicht zugekommen wären, zu verschaffen vermögen. Lediglich wenn damit ein Beitrag zu gemeinschaftlichen Zielen geleistet wird, können staatliche Beihilfen dennoch als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erachtet werden. Hier einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden öffentlichen Interessen zu gewährleisten, ist Aufgabe der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl *Haverkamp/Schmidt*, Reaktionen auf die Finanz- und Wirtschaftskrise im Beihilfenrecht – Deutschland und Europa, BRZ 2009, 73.

Die mit der Beihilfenaufsicht verfolgten Ziele fanden in der Vergangenheit häufig mit dem „Prinzip der negativen Integration“ Umschreibung.<sup>28</sup> Demnach beschränke sich die Beihilfenaufsicht darauf, gemeinschaftswidrige staatliche Beihilfen abzuwehren, um den Wettbewerb am Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen. Die Gemeinschaft sei dabei nicht befugt, eigene politische Ziele, insb strukturpolitischer, sozialpolitischer oder wirtschaftspolitischer Art zu verfolgen. Wie in der Lit mE zu Recht kritisiert<sup>29</sup> ist eine solche Beschränkung der Beihilfenaufsicht auf die Abwehr gemeinschaftswidriger staatlicher Beihilfen nicht gerechtfertigt. Im Übrigen erscheint eine solche Auffassung jedenfalls aufgrund der tatsächlichen Entwicklung überholt, denn die Kommission hat in den letzten Jahrzehnten umfangreiche Regelwerke zur Beihilfenbeurteilung aufgestellt, die auf klar umschriebenen politischen Zielen der Gemeinschaft basieren. Die Beihilfenaufsicht erschöpft sich daher nicht in der Abwehr gemeinschaftswidriger staatlicher Beihilfen, vielmehr verfolgt sie eigenständige gemeinschaftliche Ziele.<sup>30</sup> Dieser Aspekt der Beihilfenaufsicht tritt insb in Zeiten der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise deutlich zutage. So heißt es etwa in der am 22. Juli 2009 von der Kommission veröffentlichten Umstrukturierungsmitteilung:

*„Durch diese Regeln soll in erster Linie sichergestellt werden, dass die Rettungsmaßnahmen geeignet sind, die angestrebten Ziele – Finanzstabilität und Aufrechterhaltung der Kreditversorgung – in vollem Umfang zu erreichen. Gleichzeitig soll sichergestellt werden, dass für die in unterschiedlichen Mitgliedstaaten tätigen Banken wie auch für die durch den Staat unterstützten bzw. nicht unterstützten Banken gerechte Ausgangsbedingungen herrschen, denn es gilt, einen wettbewerbsschädlichen Subventionswettlauf zu verhindern*

---

<sup>28</sup> Vgl etwa Wallenberg in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union - Kommentar II EL 24 (2004) 4 Rz 2.

<sup>29</sup> S etwa Bär-Bouyssière in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2009) 981 Rz 1 ff. S ausführlich dazu Blauburger, From Negative to Positive Integration? European State Aid Control through Soft and Hard Law, MPifG Discussion Paper 08/4, April 2008.

<sup>30</sup> Vgl Heidenhain in Heidenhain (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) 5 Rz 9.

sowie Wettbewerbsfähigkeit und Effizienz der europäischen Banken innerhalb der Gemeinschaft und auf den Weltmärkten zu wahren.“<sup>31</sup>

## II. Der Geltungsbereich der Art 87-89 EGV

### 1. Der sachliche Geltungsbereich

Die beihilferechtlichen Primärvorschriften der Art 87-89 EGV gelten grds für alle Wirtschaftssektoren. Lediglich für die Bereiche Fischerei (Art 32 EGV), Landwirtschaft (Art 36 EGV) und Verkehr (Art 73 EGV) sieht der EGV Sonderbestimmungen vor.

Im Rahmen ihrer Prüfung zum Fall *Crédit Lyonnais*<sup>32</sup> im Jahre 1995 beauftragte die Kommission eine aus ehemaligen Zentralbankgouverneuren zusammengesetzte Sachverständigengruppe mit der Einschätzung von Problemen, die sich bei einer unzureichend auf die Besonderheiten des Bankensektors zugeschnittenen Anwendung der primärrechtlichen Beihilfevorschriften ergeben könnten.<sup>33</sup> Ausgehend vom Ergebnis dieser Untersuchung legte die Kommission in ihrer Vereinbarkeitsentscheidung zunächst ausdrücklich fest, dass die Art 87-89 EGV auch im Bankensektor angewandt werden können und müssen.<sup>34</sup> Die Kommission betonte, dass die Stabilität des Bankensektors unter Wahrung der beihilfenrechtlichen Wettbewerbsregeln geschützt werden müsse, dabei die besondere Sensibilität des Sektors jedoch vor bei drohender Zahlungsunfähigkeit bedeutender Kreditinstitute zu berücksichtigen sei, „damit sich gravierende Probleme eines maßgeblichen Kreditinstituts nicht aufgrund der finanziellen Verbindungen zu anderen Banken ausweiten und eine Krise der gesamten Branche auslösen“.<sup>35</sup> Unter Verweis auf die hohe Vernetzung des Finanzsektors und die damit in Verbindung stehende besondere Gefahr negativer

---

<sup>31</sup> Rz 2 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>32</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*.

<sup>33</sup> Vgl Komm, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik(1995) 229.

<sup>34</sup> Vgl *Van Miert*, Competition Policy and Banking Sector, Rede v 19.10.1995, Verband öffentlicher Banken, Bonn/Bad Godesberg.

<sup>35</sup> Vgl Komm, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995) 229.

Übertragungseffekte meinte der damalige Wettbewerbskommissar *Carel Van Miert* im Rahmen seiner Rede vor dem Verband öffentlicher Banken am 19. Oktober 1995 in Bonn: „*Der Bankensektor verdient in der Tat die besondere Aufmerksamkeit einzelstaatlicher und europäischer Behörden [...] Die Kommission ist sich der besonderen Sensibilität des Bankwesens vollauf bewusst.*“<sup>36</sup>

## **2. Der räumliche Geltungsbereich**

Die primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts gelten in allen Mitgliedstaaten der EU einschließlich den Gebieten nach Art 299 Abs 2 EGV.<sup>37</sup> Im Gebiet der EWR-Staaten gelten die im Wesentlichen gleichlautenden Regeln der Art 61 und 62 des EWR-Abkommens.

Zu berücksichtigen ist, dass auch Beihilfen, die von Mitgliedstaaten an Unternehmen außerhalb der Gemeinschaft gewährt werden, Art 87 ff EGV unterfallen können, vorausgesetzt sie zeigen Rückwirkungen auf den Gemeinsamen Markt, indem sie den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zumindest potentiell verfälschen und den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen.<sup>38</sup>

## **3. Der zeitliche Geltungsbereich**

Art 87 ff EGV gelten für die sechs Gründungsmitglieder seit dem Inkrafttreten des EGV am 1. Jänner 1958, für Mitgliedstaaten, die später beigetreten sind, ab dem Zeitpunkt ihres Beitritts, sofern nicht im Zuge der

---

<sup>36</sup> *Van Miert*, Competition Policy and Banking Sector, Rede v 19.10.1995, Verband öffentlicher Banken, Bonn/Bad Godesberg.

<sup>37</sup> Vgl *Bär-Bouyssière*, Art 87-89 EG, in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2009) Art 87 EGV Rz 11.

<sup>38</sup> Vgl *Sutter* in *Mayer* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 11 Rz 11.

Beitrittsverhandlungen Besonderes vereinbart wurde.<sup>39</sup> Für Österreich<sup>40</sup> haben die Vorschriften über den Gemeinsamen Markt einschließlich der Vorschriften über staatliche Beihilfen bereits im Rahmen des am 1. Jänner 1994 in Kraft getretenen EWR-Abkommens<sup>41</sup> Geltung erlangt.

### III. Der Begriff der „staatlichen Beihilfe“

Dem Begriff der staatlichen Beihilfe kommt im Beihilfenrecht zentrale Bedeutung zu, da er das Ausmaß der Kontroll- und Aufsichtshoheit der Kommission in den Mitgliedstaaten und somit den wirtschaftspolitischen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten bestimmt.<sup>42</sup> Nach einer von der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und der Kommission in ständiger Praxis angewandten Formel gilt als staatliche Beihilfe jede staatliche oder dem Staat zurechenbare Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel, wenn sie

- dem Begünstigten einen unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteil verschafft;
- nur für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gewährt wird;
- den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht; und
- geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Alle diese Kriterien müssen kumulativ vorliegen, dh nur Maßnahmen, die sämtliche in Art 87 Abs 1 EGV vorgesehenen Kriterien erfüllen, können nach stRsp des EuGH als Beihilfen qualifiziert werden.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Vgl *Bär-Bouyssière*, Art 87-89 EG, in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2009) Art 87 EGV Rz 12. Für die am 01.05.2004 beigetretenen mittel- und osteuropäischen Länder sehen die Beitrittsverträge mitunter Übergangsfristen vor.

<sup>40</sup> Beitritt am 1. Jänner 1995.

<sup>41</sup> ABI 1994 L 1/3. Vgl *Mederer* in *Groeben/Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Kommentar<sup>6</sup> II (2003) 989.

<sup>42</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 22.

<sup>43</sup> Vgl *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), 1175 Rz 4 mwN: EuGH, U v 16.05.2002, Rs C-482/99, *Frankreich/Kommission*, Slg 2002, I-

## 1. Die Begünstigung

Eine Begünstigung liegt zum einen stets dann vor, wenn jemand eine Leistung gleich welcher Art erhält ohne hierfür eine marktgerechte Gegenleistung zu erbringen. Derartige Begünstigungen stellen Subventionen im klassischen Sinn dar.<sup>44</sup> Zum anderen erfasst der Begriff der Begünstigung nach einer in stRsp verwandten Formel aber auch alle anderen staatlichen Maßnahmen, die „*die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinn des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen*“<sup>45</sup>. Unmaßgeblich ist, ob sich die wirtschaftliche Situation des Beihilfeempfängers *per se* durch die Vorteilszuwendung verbessert oder verschlechtert. Entscheidend ist die Begünstigung im Verhältnis zur Vergleichsgruppe des Nichtbegünstigten.<sup>46</sup>

Weder die Rechtsnatur noch die Bezeichnung der Maßnahme noch der von den Mitgliedstaaten mit der Maßnahme verfolgte Zweck, sondern allein die objektive Wirkung der Maßnahme als Beihilfe ist entscheidend für das Vorliegen einer solchen.<sup>47</sup> Als Folge dieser „*Wirkungsorientiertheit*“<sup>48</sup> und „*Formneutralität*“<sup>49</sup> des Beihilfebegriffs umfasst dieser nicht nur direkte finanzielle Zuwendungen, sondern sämtliche staatliche Maßnahmen, die in unterschiedlicher Form die Kosten vermindern, welche ein Unternehmen bei unverfälschtem wirtschaftlichem

---

4397, Rz 68; EuGH, U v 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747, Rz 74; Komm, XXVI. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1996), Rz 166.

<sup>44</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2009) Art 87 EGV Rz 22 ff.

<sup>45</sup> EuGH, U v 15.03.1994, Rs C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, Slg 1994, I-877 Rz 13; EuGH, U v 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio*, Slg 2006, I-289 Rz 131.

<sup>46</sup> Vgl *Sutter* in Mayer (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 19 Rz 33 mwN: s etwa EuGH 08.11.2001, C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, Slg 2001, I-8365 ff, Rz 41.

<sup>47</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2009) Art 87 EGV Rz 22; vgl *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006) 1881 Rz 6 mwN: s etwa EuGH, U v 02.07.1974, Rs 173/73, *Italien/Kommission*, Slg 1974, 709, Rz 26-28; EuGH, U v 24.02.1987, Rs 310/85, *Deufil*, Slg 1987, 901, Rz 7-8.

<sup>48</sup> *Sutter* in Mayer (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 17 Rz 28.

<sup>49</sup> *Sutter* in Mayer (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 14 Rz 19.

Ablauf zu tragen hätte.<sup>50</sup> Sowohl Formen der Leistungsgewährung (sog positive Beihilfen) als auch der Belastungsverminderung oder -verschönerung (sog negative Beihilfen) können Beihilfen iSd Art 87 Abs 1 EGV darstellen: Steuerbefreiungen, Zinszuschüsse, verbilligte Darlehen, die Freistellung von üblichen öffentlichen Lasten, die Stundung einer Forderung und die Unterlassung ihrer Durchsetzung ebenso wie staatliche Garantien, Bürgschaften oder Haftungsübernahmen.<sup>51</sup> Durch eine solcherart extensive Interpretation des Beihilfiebegriffs soll der Vielfalt und Wandelbarkeit staatlicher Unterstützungsmaßnahmen Rechnung getragen und verhindert werden, dass Mitgliedstaaten durch die geschickte Wahl der Begünstigungsform den Beihilfetatbestand umgehen können.

Die von der Kommission angestrebte darüber hinausgehende Ausweitung des Beihilfiebegriffs auf indirekte Maßnahmen der Mitgliedstaaten mit wettbewerbslenkendem Effekt wird im Schrifttum indes als „*metastasenhafte Ausdehnung des Beihilfetatbestandes*“<sup>52</sup> mit Skepsis betrachtet<sup>53</sup> und wurde auch vom EuGH zumindest vorläufig abgelehnt.<sup>54</sup>

Bei Unfreiwilligkeit der Zuwendung liegt grds<sup>55</sup> keine staatliche Beihilfe vor. An der Freiwilligkeit mangelt es etwa, wenn staatliche Behörden zur Schadenersatzleistung oder zur Entschädigung für Enteignungen

---

<sup>50</sup> Vgl Frenz, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 54, Rz 177.

<sup>51</sup> Vgl Bär-Bouyssière in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2009) Art 87 EGV Rz 23 u Rz 30 mwN.

<sup>52</sup> Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 14.

<sup>53</sup> Die Problematik der Ausweitung des Beihilfetatbestandes diskutiert auch die deutsche Monopolkommission in ihrem Siebzehnten Hauptgutachten – 2006/2007, Weniger Staat, mehr Wettbewerb BT-Drucksache 16/10140, Rz 974.

<sup>54</sup> Vgl Losch, Das EU-Beihilfenrecht im wirtschaftspolitischen Spannungsfeld, BRZ 1/2008, 6. Durch sein Urteil in der Sache *Preussen Elektra* erteilte der EuGH einer derartigen Ausdehnung des Beihilfetatbestandes zumindest eine vorläufige Absage; s EuGH, U v 13.03.2001, Rs C 379/98, *Preussen Elektra/Schleswig*, Slg 2001, I-2099 Rz 242. In die gegenteilige Richtung geht indes EuGH, U v 17.07.2008, Rs C-206/06, *Essent Netwerk Noord/Aluminium Delfzijl*.

<sup>55</sup> Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Privatisierungsvertrag eine Entschädigung für den Fall vorsieht, dass die in einem Kapitalzuschuss enthaltene Beihilfe zurückzuzahlen ist. S Komm, E v 25.03.1992, ABI 1992 L 171/54 – *Hytasa*; bestätigt durch Komm, E v 18.09.1996 (in derselben Sache), ABI 1997 L 96/30.

verpflichtet sind oder wenn zu Unrecht erhobene Leistungen durch staatliche Stellen erstattet werden.<sup>56</sup>

Eine Vorteilszuwendung stellt darüber hinaus nur dann eine Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV dar, wenn sie ganz oder teilweise unentgeltlich erfolgt, dh der Zuwendung keine marktübliche Gegenleistung gegenübersteht.<sup>57</sup> Kommt es zu einem Leistungsaustausch, liegt eine Beihilfe nur dann vor, wenn das begünstigte Unternehmen kein angemessenes bzw marktgerechtes Entgelt für die Begünstigung erbringt und die staatliche Maßnahme einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. In diesem Fall liegt in der Differenz zwischen tatsächlicher und marktkonformer Leistung eine Beihilfe.<sup>58</sup> Zur Beurteilung der Angemessenheit bzw Marktüblichkeit behilft sich die Kommission mit dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers (sog *Market-Economy-Investor-Test*).<sup>59</sup>

### 1.1. Der Market-Economy-Investor-Test

Der *Market-Economy-Investor-Test* (MEIT) bzw *Private-Investor-Test*<sup>60</sup> ermöglicht es der Kommission „zwischen wettbewerbsneutrale[m], unternehmerischen Handeln und wirtschaftspolitisch motiviertem,

---

<sup>56</sup> Vgl Wallenberg in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union - Kommentar II EL 24 (2004) 5 Rz 16.

<sup>57</sup> Vgl Bär-Bouyssière in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 27 mwN.

<sup>58</sup> Vgl Rebhahn, Grundlagen des Beihilfenrechts aus österreichischer und europäischer Sicht, in Eilmansberger (Hrsg), Beihilfenrecht (2004) 7.

<sup>59</sup> Vgl Frenz, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 56 Rz 183.

<sup>60</sup> Die Bezeichnung des Tests in der Lit ist uneinheitlich. Vgl Frenz, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 56 Rz 183 nennt „Market-Economy-Investor-Test“ und „Privatinvestorentest“. Auch der Sprachgebrauch der Kommission ist nicht einheitlich: Einerseits spricht sie vom „Prinzip des kaufmännischen Kapitalgebers“; Mitteilung der Kommission über die Anwendung des Art 87 und 93 EWG-Vertrag und des Art 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (ABl 1992 C 307/3), andererseits vom „Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“, Mitteilung der Kommission, Gemeinschaftliche Leitlinien für die Finanzierung für Luftfahrtunternehmen und Regionalflughäfen (ABl 2005 C 312/1).

*subventivem Engagement eines Mitgliedstaates*<sup>61</sup> zu unterscheiden. Im Rahmen des MEIT vergleicht die Kommission das staatliche Verhalten mit dem eines hypothetischen, nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden privaten Investors. Nach stRsp ist dabei zu prüfen, ob ein privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtung des öffentlichen Sektors die in Rede stehende Zuwendung bzw Investition ebenfalls getätigt hätte. Entspricht das staatliche Handeln nach Durchführung dieses Vergleichstests marktwirtschaftlichen Prinzipien, ist davon auszugehen, dass der jeweilige Vertragspartner nicht im beihilfenrechtlichen Sinne begünstigt ist und daher keine Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV vorliegt.<sup>62</sup> Die wirtschaftliche Rationalität der staatlichen Investitionsentscheidung ist *ex ante* zu bewerten<sup>63</sup>, sodass sich die Beurteilung auf die zum Zeitpunkt der Vorteilszuwendung verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen zu stützen hat.<sup>64</sup>

Die Kommission geht von der Annahme aus, dass das Verhalten eines privaten Kapitalgebers in einer Marktwirtschaft von Rentabilitätsaussichten geleitet wird.<sup>65</sup> Dennoch muss es sich nicht zwangsläufig um das Verhalten eines Investors handeln, der lediglich kurzfristige Renditeziele verfolgt. Vielmehr kann das Verhalten einer privaten Holding oder Unternehmensgruppe, die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt, den Maßstab bilden.<sup>66</sup> Nicht ausreichend ist jedoch eine bloße Verringerung von Verlusten oder die Erzielung einer geringeren Rendite<sup>67</sup>; hierzu heißt es im Urteil *Westdeutsche Landesbank* des EuG:

---

<sup>61</sup> Sutter in Mayer (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 32 Rz 63.

<sup>62</sup> Vgl Kreuschitz/Rawlinson in Lenz/Borchardt (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006) 1181 Rz 8 mwN.

<sup>63</sup> Vgl Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 274.

<sup>64</sup> Vgl Bär-Bouyssière in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2009) 991 Rz 28 mwN: s etwa EuGH, U v 16.05.2002, Rs C-482/99, *Frankreich/Kommission*, Slg 2002, I-4397 Rz 23.

<sup>65</sup> Vgl Bär-Bouyssière in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2009) 991 Rz 28 mwN: EuG Rs T-296/97, *Alitalia/Kommission*, Slg 2000, II-3871, Rz 84.

<sup>66</sup> Vgl Frenz, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 56 Rz 183.

<sup>67</sup> Vgl Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 249.

*„Ein privater Kapitalgeber begnügt sich normalerweise aber nicht damit, dass eine Anlage ihm keine Verluste oder nur begrenzte Gewinne einbringt. Er wird nämlich eine angemessene Maximierung der Rendite für seine Anlage nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und seiner kurz-, mittel- und langfristigen Interessen anstreben [...].“<sup>68</sup>*

Um das Verhalten eines privaten Investors zu ermitteln, zieht die Kommission regelmäßig den Wert der Durchschnittsrendite im betreffenden Sektor als Maßstab heran. Doch muss die Kommission auch berücksichtigen, ob ein privater Kapitalgeber aufgrund anderer als an einer Renditeoptimierung ausgerichteter wirtschaftlicher Erwägungen eine niedrigere Rendite als die Durchschnittsrendite im betreffenden Sektor als angemessene Vergütung akzeptiert hätte.<sup>69</sup>

In ihrer Entscheidungspraxis des Jahres 2005 zur Rekapitalisierung verschiedener deutscher Landesbanken hat die Kommission zur Bewertung der Alternativszenarien den Unternehmenswert der betreffenden Bank vor und nach der Kapitalzufuhr herangezogen. Ist die Differenz zwischen den beiden (Bar-)Werten positiv und höher als der investierte Betrag, so wird der Marktwert des Unternehmens gesteigert mit der weiteren Folge, dass die Kommission in diesem Fall von einem Verhalten ausgeht, zu dem auch ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber bereit gewesen wäre.<sup>70</sup> Ähnlich hatte die Kommission noch kurz vor Beginn der Finanzkrise im Fall *WestLB*<sup>71</sup> entschieden, dort auch mit ausführlichen Vergleichsrenditeüberlegungen zu anderen großen Kreditinstituten. In ihrer jüngeren Entscheidungspraxis

---

<sup>68</sup> EuG, U v 06.03.2003, Rs T-228/99, *Westdeutsche Landesbank/Kommission*, Slg 2003, II-435, Rz 314, 320.

<sup>69</sup> Vgl EuG, U v 06.03.2003, Rs T-228/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg 2003, II-435, Rz 270.

<sup>70</sup> Komm, E v 06.09.2005, Fall NN 72/2005, ABI 2006 C 242/49, Rz 26 ff – *BayernLB*; Komm, E v 06.11.2005, Fall NN 71/2005, ABI 2006 C 241/12, Rz 31 ff – *HSH Nordbank*; s dazu *Simon*, *The Application of the Market Economy Investor Principle in the German Landesbanken Cases*, EStAL 2007, 499 ff.

<sup>71</sup> Komm, E v 18.07.2007, Fall NN 19/2006, ABI 2008 C 4/1, Rz 67 ff – *WestLB*.

hingegen ließ sich die Kommission in einigen Fällen<sup>72</sup> wieder stärker von allgemeinen ökonomischen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen leiten und legte – anders als in den vorgenannten Landesbankenfällen – einen sehr restriktiven Prüfungsmaßstab an.

Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers wurde von der Kommission ursprünglich auf staatliche Kapitalbeteiligungen angewandt,<sup>73</sup> hat sich in deren Verwaltungspraxis jedoch zu einem allgemeinen beihilfenrechtlichen Bewertungsmaßstab ausgeweitet, dessen konkrete Ausformungen jeweils dem der Beurteilung zugrunde liegenden Kontext anzupassen sind. Da kaum feste Kriterien für die Durchführung des MEIT bestehen, wirft dessen Anwendung in der Praxis häufig Schwierigkeiten auf.<sup>74</sup> Unklar ist bislang etwa, ob das staatliche Handeln nur objektiv *ex ante* gewinnversprechend sein muss oder ob öffentliche Stellen (zusätzlich) eine entsprechende subjektive Vorstellung gebildet haben müssen. Mit anderen Worten ist fraglich, ob sich ein Staat im Ergebnis nur objektiv wie ein Privater verhalten muss oder ob zusätzlich in subjektiver Hinsicht auch seine Motivation jener eines Privaten entsprechen muss.<sup>75</sup> Eine klarstellende Entscheidung des EuGH bezüglich dieser Dichotomie objektiv-subjektiv ist bislang nicht erfolgt.

Aus Sicht der Kommission ist Voraussetzung des Nichtvorliegens einer Beihilfe, dass die staatliche Stelle wie ein Privater handeln *wollte*. Ob der Staat *tatsächlich* wie ein Privatinvestor *handelte*, sei indes sekundär. Dabei geht die Kommission in ihrer Ansicht soweit, dass im Einzelfall sogar der gute Glaube das Fehlen der tatsächlichen wirtschaftlichen

---

<sup>72</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 70ff – *SachsenLB*; Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32, Rz 66 ff – *IKB I*.

<sup>73</sup> S dazu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen – Standpunkt der Kommission, Bull EG 9-1984, 104 Ziff 2.

<sup>74</sup> Der 67. Deutsche Juristentag 2008 in Erfurt forderte eine Verrechtlichung des Market-Economy-Investor-Tests. Vgl Beschl des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, DVBl 2008, 1490. Auch in der Lit existieren entsprechende Stimmen, die eine Ausweitung der verbindlichen Vorgaben verlangen. S etwa *Giesberts/Kleve*, „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht - Das Ryanair-Urteil des EuG EuZW 2009, 289.

<sup>75</sup> Vgl *Giesberts/Streit*, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 14/2009, 485.

Rentabilität einer Maßnahme überwinden könne.<sup>76</sup> Diese Praxis der Kommission ist mE im Ergebnis wenig überzeugend. Schließlich ist der Staat (auch) zur Erfüllung anderer Aufgaben als private Wirtschaftsteilnehmer, die insb keine öffentlichen Vorsorgeverpflichtungen treffen, verpflichtet. Für das Nichtvorliegen einer Beihilfe nach dem Privatinvestorenkriterium sollte mE daher ausreichend sein, dass allein aufgrund einer Analyse der im Investitionszeitpunkt gegebenen objektiven Faktoren die Rentabilität der Maßnahme nachgewiesen werden kann.<sup>77</sup>

Ein Indiz für die Marktüblichkeit und somit gegen das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe stellt nach Ansicht der gemeinschaftsgerichtlichen Rsp und der Kommission eine entsprechende Beteiligung privater Investoren an der staatlichen Stützungsmaßnahme dar. So hielt die Kommission bereits im Fall *Crédit Lyonnais* fest, dass

*„[...] für den Fall, dass die Privatwirtschaft auf freiwilliger Basis und in finanziell erheblicher Weise an den Rettungsmaßnahmen beteiligt ist, der Schluss gezogen werden kann, dass keine Beihilfe vorliegt.“<sup>78</sup>*

Erst kürzlich schloss die Kommission das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe zugunsten der *Hypo Steiermark*<sup>79</sup> aufgrund dieser Überlegung aus: Die Kapitalerhöhung war bezugsrechtskonform durch den öffentlichen Eigentümer, das Land Steiermark, und den privaten Mehrheitseigentümer, die *Raiffeisen Landesbank Steiermark*, erfolgt; beim Erwerb der Anteile galten für beide Investoren dieselben Konditionen. Durch die Beteiligung des privaten, mehrheitlichen Eigentümers<sup>80</sup> sah es die Kommission als erwiesen an, dass die Bedingungen der

---

<sup>76</sup> Vgl *Giesberts/Streit*, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 14/2009, 486.

<sup>77</sup> In diese Richtung auch *Giesberts/Kleve*, „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht - Das Ryanair-Urteil des EuG EuZW 2009, 288.

<sup>78</sup> Mitteilung der Kommission 95/C 121/105 *Crédit Lyonnais*, 6.

<sup>79</sup> Vgl KOM(2009)5802 endg, Staatliche Beihilfe NN 40/2009 – Österreich Rekapitalisierung der Landes-Hypothekenbank Steiermark Aktiengesellschaft, Rz 15 ff.

<sup>80</sup> Die Raiffeisen Landesbank Steiermark hält 75% minus einer Aktie an der Hypo Steiermark.

Rekapitalisierung auch für einen marktwirtschaftlich handelnden Privateigentümer annehmbar waren, weshalb die Kommission die Maßnahme nicht als staatliche Beihilfe nach Art 87 Abs 1 EGV einstuft. Während die Kommission in ihren früheren Entscheidungen<sup>81</sup> idR eine Beteiligung privater Investoren im Ausmaß von 50% als ausreichend erachtet hat, zeigt die jüngere Entscheidungspraxis<sup>82</sup>, dass sogar ein Beteiligungsausmaß iHv 30% genügen kann.

## 2. Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen

Für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Staatlichkeit bestehen kumulativ zwei Voraussetzungen: einerseits die staatliche Herkunft der eingesetzten Mittel und andererseits die Zurechenbarkeit dieser Mittel zum Staat.<sup>83</sup>

Entscheidend für die staatliche Herkunft der eingesetzten Mittel ist, dass der Staat in irgendeiner Form zumindest zeitweilig die Kontrolle über diese ausübt; ein dauerhaftes Unterliegen der staatlichen Mittel unter staatliche Kontrolle fordert die Rsp indes nicht.<sup>84</sup> Häufig stellt die Rsp auch darauf ab, dass eine staatliche Budgetbelastung vorzuliegen hat.<sup>85</sup> Unklar ist in diesem Zusammenhang, ob die Budgetbelastung der öffentlichen Hand ein eigenständiges Element des Tatbestandsmerkmals der staatlichen Herkunft der eingesetzten Mittel darstellt oder bloß als ein Reflex des

---

<sup>81</sup> S etwa Mitteilung der Kommission in der Sache C 2/94 (ex NN 40/94) betreffend Beihilfen, die in einer beabsichtigten Einzahlung öffentlichem Kapital in das Eigenkapital der *Klöckner Stahl GmbH*, Duisburg, enthalten sein könnten (94/C 390/01) ABl 1994 C 390/1 v 31.12.1994, 5.

<sup>82</sup> Mitteilung der Kommission in der Sache C 40/96 (NN 69/96) über von der italienischen Regierung beschlossene Beihilfen an die *Banco di Napoli* (96/C/328/04), ABl 1996 C 328/23 v 01.11.1996, 23.

<sup>83</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) 996 Rz 38 mwN.

<sup>84</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 1 EGV Rz 114 mwN: EuGH, U v 16.05.2000, Rs C-83/98, *Ladbroke*, Slg 2000, I-3271, Rz 50.

<sup>85</sup> Zu den kontroversen Meinungen in der Lit s *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) Rz 546, 560; s *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2009) 997 Rz 39: „*Dem Vorteil des Beihilfeempfängers steht grundsätzlich aber nicht notwendig eine Belastung des öffentlichen Haushalts gegenüber.*“; s *Kreuschitz/Rawlinson*, in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006) 1183 Rz 14.

Erfordernisses der staatlichen Kontrolle dieser Mittel anzusehen ist. Hier ist mE *Bartosch* zu folgen, welcher Letzteres bejaht:<sup>86</sup> Übt der Staat nämlich Kontrolle über die Mittel aus, ist deren Abfluss – zu verstehen als das Verlassen dieser Kontrolle – gleichbedeutend mit einer Budgetbelastung des Staates.

Als staatliche Mittel gelten solche Mittel, die von einem Mitgliedstaat, seinen Untergliederungen und öffentlichen Unternehmen iSd Transparenzrichtlinie<sup>87</sup> gewährt werden.<sup>88</sup> Der gemeinschaftsrechtliche Beihilfebegriff umfasst daher nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch solche, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden. Bislang nicht abschließend geklärt ist in der Rsp indes, welcher Grad der staatlichen Einflussnahme auf die reguläre Wirtschaftstätigkeit von der öffentlichen Hand beherrschter Unternehmen vorliegen muss, um deren reguläres, wirtschaftlich veranlassenes Ausgabeverhalten von der staatlichen Beihilfengewährung zu unterscheiden.<sup>89</sup> Im Fall *SachsenLB* leitete die Kommission die Zurechenbarkeit der Entscheidung verschiedener Landesbanken und der *DekaBank* über eine Kreditlinie zugunsten der *SachsenLB* einerseits aus der Zugehörigkeit der Institute zum öffentlich rechtlichen Bankensektor ab, andererseits auch aus den „engen persönlichen Verbindungen zwischen den Aufsichtsräten der Landesbanken und dem Staat“ sowie dem Vorliegen einer „engen Absprache mit der BaFin und der Bundesbank.“<sup>90</sup>

### 3. Die Selektivität der Begünstigung

Das Tatbestandsmerkmal der Selektivität dient der Abgrenzung des Anwendungsbereiches von Art 87 Abs 1 EGV von allgemeinen,

---

<sup>86</sup> S *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 1 EGV Rz 122.

<sup>87</sup> Komm, RL 2006/111/EG v 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABI Nr L 318/17 v 17.11.2006.

<sup>88</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 197.

<sup>89</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 202.

<sup>90</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 71, Fn 25 – *SachsenLB*.

wirtschaftspolitischen Maßnahmen eines Mitgliedstaates.<sup>91</sup> So umfasst der gemeinschaftliche Beihilfebegriff nur staatliche Maßnahmen, die im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet sind, bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen Unternehmen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen.<sup>92</sup> Diesem sog Grundsatz der materiellen Selektivität ist genüge getan, wenn der Begünstigtenkreis gattungsmäßig umschrieben ist.<sup>93</sup>

Der Unternehmensbegriff des Art 87 Abs 1 EGV entspricht dabei demjenigen des gemeinschaftlichen Kartellrechts iSd Art 81 ff EGV<sup>94</sup>, welcher durch die Rsp des EuGH als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“<sup>95</sup> umrissen wird. Wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne dieser Definition ist „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.<sup>96</sup> Die Gewinnorientierung der wirtschaftlichen Einheit gilt nach hM als unbeachtlich<sup>97</sup>; sowohl private als auch öffentliche Unternehmen kommen als Beihilfeempfänger in Betracht.<sup>98</sup> Rechtlich eigenständige natürliche oder juristische Personen sind als ein einziges Unternehmen zu behandeln, sofern sie eine

---

<sup>91</sup> Vgl *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006) 1185 Rz 20; zB die generelle Senkung der Körperschaftsteuersätze, Zuschüsse für die Gewährung von Langzeitarbeitslosen oder die Gewährung beschleunigter Abschreibung für bestimmte Investitionen.

<sup>92</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 43 mwN: s etwa EuGH, U v 15.12.2005, Rs C-148/04, *Unicredito Italiano*, Slg 2005, I-11137.

<sup>93</sup> *Sutter* in *Mayer* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 21 Rz 38.

<sup>94</sup> Vgl *Mederer/Ysendyck* in *Groeben/Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Kommentar<sup>6</sup> II (2003) Art 87 Rz 31.

<sup>95</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 217 Rz 607 mwN. Zur jüngsten Judikatur der Gemeinschaftsgerichte s *Da Cruz Vilaca*, Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments, EStAL 4/2009, 443; Bousin/Piernas, Developments in the Notion of Selectivity EStAL 4/2008, 634.

<sup>96</sup> EuGH, U v 12.09.2000, verb Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov ua*, Slg 2000, I-6451, 6520, Rz 74 und 75; zit nach *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 151.

<sup>97</sup> Vgl *Mederer/Ysendyck* in *Groeben/Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Kommentar<sup>6</sup> II (2003) Art 87 Rz 31; vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 217 Rz 608.

<sup>98</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 42.

wirtschaftliche Einheit bilden.<sup>99</sup> Im Urteil *Cassa di Risparmio*<sup>100</sup> entschied der EuGH, dass auch Beteiligungsgesellschaften Unternehmen sind, wenn ihre Tätigkeit die bloße Kapitalanlage übersteigt und sie Kontrollaufgaben in den von ihnen kontrollierten Gesellschaften wahrnehmen.

Der Begriff der Produktionszweige wird denkbar weit ausgelegt und umfasst neben Unternehmen der Güterherstellung, Dienstleistungs- und Handelsunternehmen sowie freie Berufe: Jeder Wirtschaftszweig<sup>101</sup> kann Begünstigter einer staatlichen Beihilfe sein.<sup>102</sup>

Um dem Verbotstatbestand des Art 87 Abs 1 EGV zu unterfallen, genügt es, wenn eine bestimmte Maßnahme entweder materiell oder territorial selektiv ist. Eine bestimmte Maßnahme gilt jedenfalls dann als nicht territorial selektiv, wenn sie innerhalb des gesamten Gebietes eines Mitgliedstaates zur Anwendung gelangt.<sup>103</sup> Größter Bezugspunkt für die Beurteilung der territorialen Selektivität ist daher das Gebiet eines Mitgliedstaates; der Vergleich mit der Situation in anderen Mitgliedstaaten erachtet die Rsp indes als unzulässig.<sup>104</sup>

#### **4. Die Verfälschung des Wettbewerbs**

Das Kriterium der Verfälschung des Wettbewerbs liegt vor, wenn die Beihilfe in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift oder einzugreifen droht und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert. Es genügt entsprechend der

---

<sup>99</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 42 mwN.

<sup>100</sup> EuGH, U v 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa die Risparmio*, Slg 2006, I-289, Rz 111-114.

<sup>101</sup> „Produktionszweige“ werden in der Wortwahl der Gemeinschaftsgerichte als „Wirtschaftszweige“ bezeichnet.

<sup>102</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) Rz 619; *Wallenberg* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union - Kommentar II EL 24 (2004) Art 87 Rz 44.

<sup>103</sup> Vgl EuGH, U v 08.11.2001, Rs C 143/99, *Adria-Wien Pipeline* Slg 2001, I-8365 Rz 35.

<sup>104</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 1 EGV Rz 122 mwN: EuGH, U v 01.07.2004, Rs T-308/00, *Salzgitter*, Slg 2004, II-1933.

*Dassonville*-Formel<sup>105</sup> eine potentielle Beeinträchtigung bzw eine Eignung dazu, sodass die Kommission nicht zum Nachweis der tatsächlichen Auswirkungen eines Beihilfevorhabens verpflichtet ist.<sup>106</sup> Vielmehr genügt der Nachweis, dass eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel verstärkt.<sup>107</sup> Weder der Marktanteil des begünstigten Unternehmens noch die Intensität der gewährten Beihilfe ist maßgeblich.<sup>108</sup> Indes ist bisher nicht abschließend geklärt, ob ein bestimmter Grad der Spürbarkeit der Wettbewerbsverfälschung erforderlich ist. In der Lit wird dies jedenfalls für Einzelbeihilfen überwiegend verneint.<sup>109</sup>

Wenngleich die Verfolgung eines verbesserten ökonomischen Ansatzes in jüngster Zeit dazu geführt hat, dass einige Entscheidungen bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung eine bislang ungekannte Detailliertheit bei der Darlegung der Marktverhältnisse aufzeigen, ist in der beihilfenrechtlichen Entscheidungspraxis der Kommission eine der Kartell- oder Fusionskontrollrechtspraxis vergleichbare Herausarbeitung des jeweils sachlich oder räumlich relevanten Marktes nach Maßgabe des Bedarfsmarktkonzeptes idR unüblich.<sup>110</sup> So bejaht die Kommission das Tatbestandsmerkmal der

---

<sup>105</sup> EuGH, U v 11.07.1974, Rs 6/74, *Dassonville*, Slg 1974, 837, Rz 5.

<sup>106</sup> Vgl etwa EuGH, U v 29.04.2004, Rs C-298/00, *Italien/Kommission*, Slg 2004, I-087 Rz 49.

<sup>107</sup> Vgl grundlegend EuGH, U v 17.09.1980, Rs 730/79, *Philip Morris*, Slg 1980, 2671 Rz 11.

<sup>108</sup> Vgl *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), 1187 Rz 26; *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) 1004 Rz 49 mwN: s etwa EuGH, U v 21.03.1990, Rs C-142/87, *Belgien/Kommission*, Slg 1990, I-959 Rz 43; EuGH, U v 24.02.1987, Rs 310/85, *Deufil*, Slg 1987, 901 Rz 9.

<sup>109</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) 1005 Rz 51; vgl *Wallenberg* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg) f, Art 87 EGV Rz 57. Für Beihilfeprogramme hat der EuGH, U v 17.09.1980, Rs 730/79, *Philip Morris*, Slg 1980, 2671 Rz 8 ff entschieden, dass sich die Kommission im Falle eines Beihilfeprogramms darauf beschränken kann, die Merkmale des Programms zu untersuchen, um zu beurteilen, ob es wegen hoher Beihilfebeträge oder -sätze, wegen der Merkmale der geförderten Investitionen oder wegen anderer in dem Programm vorgesehener Modalitäten den Beihilfeempfängern gegenüber den Wettbewerbern einen spürbaren Vorteil sichert.

<sup>110</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) 244.

Wettbewerbsverfälschung häufig ohne eigenständige Erläuterungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes vorzunehmen.<sup>111</sup>

Ferner wird das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung sowohl in der Praxis der Kommission als auch in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit regelmäßig in engem Zusammenhang mit dem Merkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geprüft.<sup>112</sup> Wenngleich durch diese gemeinsame Prüfung zuweilen eine dogmatische Unklarheit entsteht, sprechen für diese Vorgehensweise zumeist die realen Lebenssachverhalte.

## **5. Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten**

Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist bereits dann erfüllt, wenn durch die selektive Vorteilsgewährung zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel als möglich erscheinen, dh der Handelsverkehr – zu verstehen als der gesamte Waren- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten – sich ohne die Gewährung der Beihilfe in einer anderen Weise entwickeln könnte.<sup>113</sup> Ein bestimmter Grad der Handelsbeeinträchtigung ist indes nicht erforderlich. Weder der geringe Umfang einer Beihilfe noch die geringe Größe eines Unternehmens schließen die mögliche Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten aus.<sup>114</sup> Die Kommission erachtet das Tatbestandsmerkmal regelmäßig bereits dann als erfüllt, wenn der Begünstigte auch nur teilweise in einem Bereich tätig ist, in dem ein erheblicher

---

<sup>111</sup> Vgl zB Komm, E v 08.07.1999, ABI 2000 L 193/79 – *Crédit Agricole*; Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>112</sup> Vgl *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), 1188, Rz 29 mwN: s etwa EuGH, U v 17.09.1980, Rs 730/79, *Philip Morris*, Slg 1980, 2671, Rz 11; EuGH, U v 21.03.1991, Rs C-303/88, *Italien/Kommission*, Slg 1991, I-1433, Rz 27. S etwa EuGH, U v 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg. 2006, I-289, Rz 129, 138 ff.

<sup>113</sup> Vgl *Schmidt/Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle<sup>2</sup> (2006) 227 mwN.

<sup>114</sup> Vgl *Bär-Bouyssièrè* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 52 mwN.

zwischenstaatlicher Handel stattfindet. So führte die Kommission etwa in ihrer Entscheidung *BAWAG-PSK* aus:

*„Die Kommission erinnert daran, dass der Bankensektor seit vielen Jahren für den Wettbewerb geöffnet ist. [...]“<sup>115</sup> „Die BAWAG-PSK verfügt über Zweigstellen bzw. Tochtergesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten [...]. Umgekehrt sind auch Banken aus anderen Mitgliedstaaten in Österreich tätig, entweder direkt über Zweigstellen bzw. Vertretungen durch die Kontrolle über in Österreich ansässige Banken und Finanzinstitute.“<sup>116</sup>*

*„Schließlich findet im Bankensektor Handel zwischen Mitgliedstaaten statt. Die Bürgschaft stärkt die BAWAG-PSK gegenüber anderen Bankunternehmen, mit denen sie im innergemeinschaftlichen Handel im Wettbewerb steht. Die Bürgschaft ist daher geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu verfälschen.“<sup>117</sup>*

Unter Verweis auf diese ihre Würdigung zum Fall *BAWAG-PSK* stellt die Kommission in zahlreichen Entscheidungen zu staatlichen Beihilfen im Bankensektor im Rahmen ihrer beihilfenrechtlichen Würdigung lediglich knapp fest, dass die betroffene Bank

*„[...] grenzüberschreitend und international tätig ist, so dass ein aus staatlichen Mitteln gewährter Vorteil den Wettbewerb im Bankensektor beeinträchtigen und sich auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken würde und Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel hätte“.<sup>118</sup>*

---

<sup>115</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 123 – *BAWAG-PSK*.

<sup>116</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 124 – *BAWAG-PSK*.

<sup>117</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 125 – *BAWAG-PSK*.

<sup>118</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 72 – *SachsenLB*; vgl. Komm, E v 17.07.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3, Rz 30 – *WestLB*.

Staatliche Zuwendungen an ausschließlich lokal operierende Kreditinstitute sind je nach den Umständen des Einzelfalls indes nicht von Art 87 EGV erfasst.<sup>119</sup>

#### **IV. Der Grundsatz der Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt (Art 87 Abs 1 EGV)**

Art 87 Abs 1 EGV normiert die grundsätzliche Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt:

*„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<sup>120</sup> unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Art 87 Abs 1 EGV legt sonach kein absolutes Beihilfeverbot fest.<sup>121</sup> Vielmehr handelt es sich nach hM um ein präventives Verbot unter Erlaubnisvorbehalt<sup>122</sup>, das keine unmittelbare Wirkung entfaltet<sup>123</sup>, sondern erst von der Kommission im Rahmen der Beihilfenprüfung konkretisiert werden muss.<sup>124</sup> Entsprechend können sich einzelne Unternehmen grds nicht vor einem nationalen Gericht auf die

---

<sup>119</sup> S Bericht der Kommission an den Rat über Dienstleistungen von Allgemeininteresse im Bankensektor v 17.06.1998.

<sup>120</sup> In Art 107 AEUV wird „mit dem Gemeinsamen Markt“ durch „mit dem Binnenmarkt“ ersetzt.

<sup>121</sup> Vgl Sollgruber, Grundzüge des europäischen Beihilfenrechts 2007-2013 (2007) 13 Fn 1.

<sup>122</sup> Vgl Rebhahn, Beihilfen- und Subventionsrecht, in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht (2003) Rz 813; vgl auch Sutter in Mayer (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 8 Rz 4; vgl auch Bär- Bouyssiére in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 2.

<sup>123</sup> Vgl Lenz/Borchardt (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), Art 87 Rz 24. Einzige Vorschrift der Beihilferegeln, der unmittelbare Wirksamkeit zukommt, ist Art 88 Abs 3 S 3 EG, der die Vergabe von Beihilfen ohne Genehmigung durch die Kommission verbietet.

<sup>124</sup> Vgl Lenz/Borchardt (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), Art 87 Rz 24, 1175, s EuGH, U v 22.03.1977, Rs 78/76, Steinike und Weinlig, Slg 1977, 595, 609, Rz 10.

Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt berufen, bevor nicht die Kommission deren Unvereinbarkeit festgestellt hat.<sup>125</sup>

Vom Unvereinbarkeitsgrundsatz nicht erfasst sind allerdings sog *De-minimis*-Beihilfen. Die VO (EG) 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006<sup>126</sup> legt fest, dass Finanzhilfen, die einen Gesamtbetrag von EUR 200.000 innerhalb von drei Steuerjahren nicht übersteigen, *per se* den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht wesentlich beeinträchtigen und daher keine staatlichen Beihilfen iSd Art 87 EGV darstellen. Der ausgewiesene Höchstbetrag bezieht sich auf den Fall einer Barzuwendung (Bruttobetrag); bei anderen Beihilfeformen bestimmt sich die Höhe nach ihrem Bruttosubventionsäquivalent.<sup>127</sup> Übersteigt der Beihilfegesamtbetrag den zulässigen Höchstbetrag, führt dies zur Unanwendbarkeit der VO insgesamt.

## **V. Die Ausnahmen vom Unvereinbarkeitsgrundsatz (Art 87 Abs 2 und 3 EGV)**

Gem Art 2 EGV ist es Aufgabe der Gemeinschaft, „*eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens in der gesamten Gemeinschaft zu fördern.*“ Diese Aufgabe vermag ein punktuelles Eingreifen der Mitgliedstaaten in Gestalt staatlicher Beihilfen erfordern.<sup>128</sup> Ein nach Art 87 Abs 1 EGV grds verbotenes Verhalten kann daher mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein, wenn eine der in Art 87 Abs 2 und 3 EGV abschließend<sup>129</sup> bestimmten Ausnahmen greift. Die vorgesehenen Ausnahmen weisen dogmatisch betrachtet einen

---

<sup>125</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 2 mwN: EuGH, U v 22.03.1977, Rs 78/76, *Steinike und Weinlig*, Slg 1977, 595 Rz 10.

<sup>126</sup> VO (EG) 1998/2006 der Kommission v 15.12.2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen (De-minimis-Verordnung), ABI 2006 L 379/5.

<sup>127</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) 1022 Rz 83.

<sup>128</sup> Vgl *Sollgruber*, Grundzüge des europäischen Beihilfenrechts 2007-2013 (2007) 21.

<sup>129</sup> Eine Ergänzung der Ausnahmetatbestände aus Art 87 Abs 2 und 3 EG in Anlehnung an die *Cassis-Rsp* [EuGH, U v 20.02.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 662 Rz 8] wird verneint. Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 18 Rz 57 ff. Art 87 Abs 3 lit e EGV lässt unter qualifizierten Bedingungen eine Erweiterung zul. Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) 1005 Rz 53.

rechtfertigenden und nicht bereits tatbestandsausschließenden Charakter auf<sup>130</sup> und sind nach der Rsp gegenüber der allgemeinen Regel der Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen eng auszulegen.<sup>131</sup>

Die Ausnahmetatbestände im Rahmen des Beihilfeverbots greifen – anders als die Freistellungstatbestände vom Kartellverbot nach Art 81 Abs 3 EGV unter der VO (EG) 1/2003<sup>132</sup> – weiterhin nicht unmittelbar ein, sondern bedürfen nach den Verfahrensregeln der Art 88 Abs 2 und 3 EGV iVm Art 2 VVO zunächst der Anmeldung und der Genehmigung durch die Kommission.

Im Folgenden werden die Ausnahmetatbestände des Art 87 Abs 2 und 3 EGV der Vollständigkeit halber überblickartig dargestellt und lediglich die Ermessensausnahme des Art 87 Abs 3 lit b EGV, welche im Kontext vorliegender Untersuchung von besonderer Relevanz ist, ausführlicher erörtert.

## **1. Die Legalausnahmen (Art 87 Abs 2 EGV)**

Art 87 Abs 2 EGV bestimmt, dass Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (Art 87 Abs 2 lit a EGV), Beihilfen bei außergewöhnlichen Ereignissen und Naturkatastrophen (Art 87 Abs 2 lit b EGV) sowie Beihilfen zum Ausgleich der durch die Teilung Deutschland verursachten wirtschaftlichen Nachteile (Art 87 Abs 2 lit c EGV) *per se* mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Dies bedeutet, dass bei Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale der einzelnen Legalausnahmen die Kommission die staatlichen Beihilfen genehmigen muss.

Die Legalausnahmen des Art 87 Abs 2 EGV stellen somit einen eng umrissenen Bereich dar, in dem aufgrund besonderer sozialer Umstände

---

<sup>130</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 21 Rz 67.

<sup>131</sup> Vgl *Sollgruber*, Grundzüge des europäischen Beihilfenrechts 2007-2013 (2007) 18; *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) 1007 Rz 57 mwN: s etwa EuGH, U v 29.04.2004, Rs C-277/00, *Deutschland/Kommission*, Slg 2004, I-3925 Rz 20.

<sup>132</sup> VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1/1.

oder außergewöhnlicher Schadensereignisse Beihilfen, die dem Nachteilsausgleich dienen, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Sie sind in der Anwendungspraxis der Kommission angesichts deren restriktiven Auslegung allerdings nur von geringer Bedeutung.

## **2. Die Ermessensausnahmen (Art 87 Abs 3 EGV)**

Neben den in Art 87 Abs 2 EGV normierten Legalausnahmen sieht Art 87 Abs 3 EGV Ermessensausnahmen vor. Die aufgezählten Beihilfegruppen sind nicht *per se* mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, *können* aber von der Kommission als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden:

- Beihilfen im Rahmen regionalpolitischer Zielsetzungen (Art 87 Abs 3 lit a EGV),
- Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse und zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates (Art 87 Abs 3 lit b EGV),
- Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftsgebiete (Art 87 Abs 3 lit c EGV),
- Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes (Art 87 Abs 3 lit d EGV), und
- sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt (Art 87 Abs 3 lit e EGV).

Im Unterschied zu den Ausnahmetatbeständen des Art 87 Abs 2 EGV verfügt die Kommission nach stRsp von EuGH und EuG bei der Anwendung des Art 87 Abs 3 EGV über einen weiten Ermessensspielraum, den sie nach Maßgabe wirtschaftlicher und sozialer Wertungen, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind,

ausfüllt.<sup>133</sup> Die theoretische Rechtfertigung für die Existenz dieser Ermessensausnahmen findet sich in der Vermutung, dass es zwischen der Beihilfenaufsicht zur Aufrechterhaltung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs einerseits und struktur-, regional- sowie anderen politischen Fördermaßnahmen zu Zielkonflikten kommen kann.<sup>134</sup> Aufgabe der Kommission ist es, im Rahmen ihres Ermessensspielraums eine Abwägung vorzunehmen, ob es höherrangige Interessen gibt, wohinter die Aufrechterhaltung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs zurückzutreten hat oder nicht. Finden diese höherrangigen Ziele und Interessen Anerkennung, so kann die Kommission von ihrem Ermessen Gebrauch machen und die Beihilfen genehmigen. Bei der Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens muss die Kommission folgende drei Kriterien prüfen<sup>135</sup>:

- (1) *Geeignetheit*: Die Beihilfe muss *geeignet* sein, der Verwirklichung eines der in Art 87 Abs 3 EGV genannten Ziele von gemeinsamem Interesse zu dienen.
- (2) *Notwendigkeit*: Die Beihilfe muss *notwendig* sein, um den Beihilfeempfänger zu Maßnahmen zu veranlassen, die zur Verwirklichung der Ziele der betreffenden Ausnahme beitragen.
- (3) *Verhältnismäßigkeit*: Die Beihilfe darf *nicht übermäßig* sein, dh sie darf nicht über das zur Erreichung ihrer Ziele unerlässliche Maß hinausgehen.

Die Kommission kann sich bei der Ausübung ihres Ermessens durch Maßnahmen wie Mitteilungen, Leitlinien oder Gemeinschaftsrahmen selbst binden.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> Vgl. *Rebhahn*, Beihilfen- und Subventionsrecht, in *Raschauer* (Hrsg), Wirtschaftsrecht (2003) Rz 826.

<sup>134</sup> Vgl. *Schmidt/Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle<sup>2</sup> (2006) 218.

<sup>135</sup> Vgl. *Schweitzer/Humer/Obwexer*, Europarecht (2007) 519 Rz 1804 mwN.

<sup>136</sup> S dazu Dritter Teil III 3.1.

## **2.1. Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates (Art 87 Abs 3 lit b EGV)**

Art 87 Abs 3 lit b EGV enthält zwei verschiedenartige Ausnahmetatbestände: Die erste Tatbestandsalternative gestattet der Kommission die Gewährung von Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse; die zweite Tatbestandsalternative erlaubt Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats. Letztere Alternative ist im Rahmen vorliegender Arbeit von zentraler Bedeutung: Angesichts des schwerwiegenden Ausmaßes der derzeitigen Finanzkrise und ihrer möglichen Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft der Mitgliedstaaten erachtet die Kommission diese als systemische Wirtschaftsstörung, die die Genehmigung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit b EGV gestattet.<sup>137</sup>

Art 87 Abs 3 lit b EGV bezieht sich ausschließlich auf allgemeine krisenhafte Störungen im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates, die einen wesentlichen Teil dessen Gesamtwirtschaft betreffen. Spezifische Störungen (zB des Arbeitsmarktes oder der Zahlungsbilanz) oder allgemeine konjunkturbedingte Probleme sind jedoch ebenso wenig erfasst wie die wirtschaftliche Störung nur eines einzigen Unternehmens, eines Industriezweigs oder einer Region innerhalb eines Mitgliedsstaates, es sei denn, die wirtschaftliche Störung hat auf den gesamten Mitgliedstaat Auswirkungen.<sup>138</sup> Das Vorliegen einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens eines Mitgliedstaates beurteilt sich im Vergleich mit den wirtschaftlichen Verhältnissen der übrigen Gemeinschaft.<sup>139</sup> Die Ursache der Störung ist unbeachtlich.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Vgl Rz 9 Bankenmitteilung.

<sup>138</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EG Rz 63 mwN.

<sup>139</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) Rz 915.

<sup>140</sup> Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 63.

In der Vergangenheit hat die Kommission von dieser Genehmigungsmöglichkeit nur äußerst zurückhaltend Gebrauch gemacht. Zur seltenen Anwendung gelangte der Ausnahmetatbestand etwa nach der sprunghaften Erhöhung von Erdölpreisen im Gefolge der Ölkrise von 1973.<sup>141</sup> Die letzte auf diesem Ausnahmetatbestand basierende Genehmigung erfolgte in den 1980er Jahren, als die griechische Volkswirtschaft nach dem EU-Beitritt mit ernsthaften Ungleichgewichten kämpfte.<sup>142</sup> In dieser Entscheidung hat die Kommission zum Verhältnis der Tatbestände des Art 87 Abs 3 lit b und lit c EGV ausgeführt, dass die Maßnahmen nach Art 87 Abs 3 lit b EGV – entgegen der durch die Kommission vorgenommenen Auslegung des Art 87 Abs 3 lit c EGV – nicht auf bestimmte Wirtschaftsregionen begrenzt seien und auch ursprünglich gesunden Unternehmen gewährt werden können, die aufgrund der ernsthaften Störung im Wirtschaftsleben in existenzbedrohende Schwierigkeiten geraten seien.<sup>143</sup>

In vielen Fällen verneinte die Kommission jedoch die Anwendung des Ausnahmetatbestandes<sup>144</sup>, so etwa auch bei der Erhöhung der Kraftstoffpreise um 45% im Jahr 2000.<sup>145</sup> Auch die Wiedervereinigung Deutschlands und die damit einhergehenden Probleme der Integration und Überführung der ehemaligen Planwirtschaft der neuen deutschen Bundesländer in eine Marktwirtschaft riefen nach Ansicht der Kommission keine beträchtliche Störung des Wirtschaftslebens der Bundesrepublik Deutschland iSd Art 87 Abs 3 lit b EGV hervor.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> S dazu Komm, V. Wettbewerbsbericht (1975) Rz 133.

<sup>142</sup> Komm, E v 07.10.1987 ABI 1988 L 76/18 – Gesetz 1386/1983 über Industriebeihilfen der griechischen Regierung, ABI L 76/18 v 22.3.1988. XVII. Wettbewerbsbericht (1988) Rz 186. Vgl *Sutter in Mayer* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004) 47 Rz 102.

<sup>143</sup> Komm, E v 07.10.1987, ABI 1988 L 76/18 – Gesetz 1386/1983 über Industriebeihilfen der griechischen Regierung unter Ziffer V; Vgl XVII. Wettbewerbsbericht (1988) Rz 186.

<sup>144</sup> Vgl *Bär-Bouyssièrè in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 64 mwN: Komm, ABI 1982 C 350/36 – *Erdölraffinerie*; Komm, ABI 1993 C 43/14 – *Opel*.

<sup>145</sup> EuGH, U v 11.11.2004, Rs C-73/03 *Spanien/Kommission*, Slg 2004, Rz 36 ff.

<sup>146</sup> EuG, U v 15.12.1999, Rs T-132/96, *Freistaat Sachsen/Kommission*, Slg 1999, II-3663 Rz 170; EuGH, U v 30.09.2003, Rs C-301/96, *Deutschland/Kommission*, Slg 2003, I-9919 Rz 105; vgl *Bär-Bouyssièrè in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 64.

Insb hinsichtlich staatlicher Rettungsmaßnahmen im Bankensektor wurde die Ausnahmebestimmung von den Mitgliedstaaten häufig ins Treffen geführt.<sup>147</sup> Jedoch schloss die Kommission die Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV bei der Rettung einzelner betroffener Banken regelmäßig mit der Begründung aus, dass Beihilfen an nur einen Begünstigten grds nicht geeignet seien, jene Situationen zu beheben, worauf der zweite Tatbestand von Art 87 Abs 3 lit b EGV abstellt.<sup>148</sup> Selbst im Fall *Crédit Lyonnais*<sup>149</sup>, als sich die Beihilfemaßnahmen auf einen Wert von rund EUR 20 Mrd beliefen, handelte es sich nach Ansicht der Kommission nicht

*„[...] um eine Beihilfe zur Behebung einer schwerwiegenden wirtschaftlichen Störung, da die Beihilfe darauf abzielt[e], die Schwierigkeiten eines einzigen Begünstigten, des Crédit Lyonnais, und nicht des gesamten Wirtschaftszweigs zu beheben.“*<sup>150</sup>

Auch in den Anfängen der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise hielt die Kommission zunächst an ihrer bisherigen Prüfungspraxis fest und betonte etwa noch in ihrer Entscheidung zu *IKB*<sup>151</sup> vom 27. Februar 2008, sie habe sich bei einer Bank in wirtschaftlichen Schwierigkeiten noch nie auf diese Bestimmung gestützt. In weiterer Folge anerkannte die Kommission indes den systemischen Charakter der Krise und stützte sich bei der Genehmigung von Einzelbeihilfen und Beihilferegulungen

---

<sup>147</sup> Vgl Soltész, „Fast Track“ – Beihilfenkontrolle durch die Kommission in Zeiten der Finanzkrise, Börsen-Zeitung v 15.10.2008, 2. S etwa Komm, E v 05.12.2007, Fall NN 70/2007, ABI 2008 C 43/ 1 – *Northern Rock*; Komm, E v 17.07.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3 – *WestLB*; Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>148</sup> Vgl zB Komm, E v 20.05.1998, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais*, 28 Pkt 10.1; vgl Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1, Rz 153 ff – *Bankgesellschaft Berlin*; Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – *BAWAG-PSK*.

<sup>149</sup> Im Jahr 1995 genehmigte die Kommission erste staatliche Beihilfen zugunsten der *Crédit Lyonnais*, die auf einen Höchstbetrag von 8 Mrd EUR geschätzt werden (Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 1995 zu bedingten Genehmigung der von Frankreich zugunsten der Bank *Crédit Lyonnais* gewährten Beihilfe, ABI 1995 L 308/92). 1996 erfolgte die Genehmigung für Beihilfen iHv 0,6 Mrd EUR (Entscheidung der Kommission in der Sache N 692/96 – C 47/96, ABI 1996 C 390/7). Im Jahr 1998 wurden schließlich weitere Beihilfen im Wert von bis 15 Mrd EUR genehmigt (Entscheidung der Kommission vom 20. Mai 1998 über Beihilfen Frankreichs zugunsten des *Crédit Lyonnais*, ABI 1998 L 221/28).

<sup>150</sup> Komm, E v 20.5.1998, ABI 1998 L 221/28, Rz 28 – *Crédit Lyonnais*.

<sup>151</sup> Komm, E v 27.02.2008, Fall C 10/2008, ABI 2008 C 76/5, Rz 59 – *IKB*.

zugunsten des Bankensektors auf den Ausnahmetatbestand des Art 87 Abs 3 lit b EGV. Auf Art 87 Abs 3 lit b EGV wird daher im Rahmen der weiteren Ausführungen noch im Detail einzugehen sein.

## VI. Das Verfahren der Beihilfenaufsicht (Art 88 EGV)

Das Verfahren, in dem die Kommission die Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt feststellt, ist in Art 88 EGV grundgelegt und erfährt durch die am 16. April 1999 in Kraft getretene Verfahrensverordnung<sup>152</sup> (im Folgenden: VVO) sowie die am 21. April 2004 auf der Ermächtigungsgrundlage des Art 27 VVO erlassenen Durchführungsverordnung<sup>153</sup> detaillierte Ausgestaltung. Hingewiesen sei an dieser Stelle auf die jüngsten Entwicklungen zum gemeinschaftlichen Beihilfenaufsichtsverfahren: Am 16. Juni 2009 nahm die Kommission sowohl einen Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren<sup>154</sup> als auch eine *Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren für die Würdigung bestimmter Kategorien staatlicher Beihilfen* an.<sup>155</sup> Rettungsbeihilfen für den Bankensektor, welche die Mitgliedstaaten im Kontext der derzeitigen Finanz- und Wirtschaftskrise anmelden, können allerdings kraft ausdrücklicher Bestimmung in dieser Mitteilung nicht Gegenstand des darin in Aussicht gestellten vereinfachten Prüfverfahrens sein; vielmehr gelten für diese eigene Eilverfahren.<sup>156</sup>

Art 88 EGV differenziert grundlegend zwischen „bestehenden“ Beihilferegelungen und „neuen“ Beihilfen. Nach Art 88 Abs 1 EGV unterliegen „bestehende“ Beihilferegelungen – im Gegensatz sowohl zu bestehenden Einzelbeihilfen als auch zu neuen Beihilfen – einer fortlaufenden Kontrolle, die die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten durchführt. Als „bestehende Beihilfen“ qualifiziert Art 1

---

<sup>152</sup> VO (EG) Nr 659/1999 des Rates v 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93 (nunmehr: 88) des EG-Vertrages, ABI 1999 L 83/1.

<sup>153</sup> VO (EG) Nr 794/2004 Komm, 21.04.2004, ABI 2004 L 140/1; zuletzt geändert durch VO (EG) Nr 1147/2008, ABI 2008 L 313/1.

<sup>154</sup> Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABI 2009 C 136/13.

<sup>155</sup> Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren für die Würdigung bestimmter Kategorien staatlicher Beihilfen, ABI 2009 C 136/3.

<sup>156</sup> S dazu Dritter Teil III 3.2.5.

lit b VVO (i) Beihilfen, die bereits vor Inkrafttreten des EGV bestanden;  
(ii) Beihilfen, die von der Kommission oder vom Rat genehmigt wurden;  
(iii) durch Fristablauf als genehmigt geltende Beihilfen (Art 4 Abs 6 VVO);  
(iv) durch Verjährung als genehmigt geltende Beihilfen (Art 15 VVO);  
(v) Maßnahmen, die nach ihrer Gewährung aufgrund der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie Änderungen durch den Mitgliedstaat erfahren haben. „Neue Beihilfen“ iSd Art 1 lit c VVO sind indes alle Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen, die unter keine der genannten Kategorien fallen, einschließlich Änderungen bestehender Beihilfen.

## **1. Das präventive Kontrollverfahren bei neuen Beihilfen (Art 88 Abs 3 EGV)**

### **1.1. Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot**

Das Beihilfenaufsichtsregime des EGV sieht eine Präventivkontrolle mit Genehmigungsvorbehalt<sup>157</sup> vor: Nach Art 88 Abs 3 S 1 EGV sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die beabsichtigte Einführung neuer und die Umgestaltung bestehender Beihilfen der Kommission zu melden, dh zu notifizieren.<sup>158</sup> Dabei sind die Mitgliedstaaten – zu verstehen im Sinne ihrer Zentralregierungen<sup>159</sup> – seit dem 1. Juli 2008 verpflichtet, die Anmeldungen elektronisch über eine bestimmte Web-Anwendung<sup>160</sup> (mit der Bezeichnung SANI) vorzunehmen. Von dieser Notifizierungspflicht ausgenommen sind lediglich die nicht unter Art 87 EGV zu subsumierenden *De-minimis*-Beihilfen sowie jene Beihilfen, die einer Gruppenfreistellungsverordnung entsprechen.

---

<sup>157</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 23 Rz 72.

<sup>158</sup> Dadurch unterscheidet sich ihre Situation mittlerweile von den Unternehmen, die auf den Wettbewerb negativ einwirken (wollen), denn durch die VO (EG) des Rates v 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1/1 wurde für das Kartellverbot das Anmeldeverfahren abgeschafft. An seine Stelle ist eine eigene Prüfungspflicht der Unternehmen getreten, deren richtige Ausübung von der Kommission überwacht wird.

<sup>159</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) VO 659/1999 Art 2 Rz 1.

<sup>160</sup> Art 3 ÄnderungsVO 271/2008. Nur in Ausnahmefällen kann aufgrund einer Vereinbarung zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat durch die Wahl eines anderen Kommunikationskanals davon abgewichen werden.

Zweck dieser Präventivkontrolle ist, dass die Kommission vor der beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen diese auf deren Vereinbarkeit mit Art 87 EGV prüfen kann. Der betroffene Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme solange nicht gewähren bis die Kommission über deren Rechtmäßigkeit abschließend entschieden hat (sog Durchführungsverbot, auch als Stillhalteklauseel bezeichnet).<sup>161</sup>

Beihilfen, die entweder gar nicht notifiziert wurden, obwohl eine entsprechende Pflicht hierzu bestand, oder die trotz erfolgter Anmeldung vor einer verfahrensabschließenden Positiventscheidung verfrüht gewährt wurden, sind rechtswidrig. Angesichts ihrer regelmäßigen Dringlichkeit bewilligen staatliche Behörden Rettungsbeihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten vielfach auch ohne vorherige Notifizierung oder Genehmigung durch die Kommission. IdR zieht die Kommission aus einer kurzfristigen Verzögerung des Notifizierungsverfahrens und dem damit einhergehenden Verstoß des Durchführungsverbots im Prüfverfahren selbst keine negativen Konsequenzen, vermerkt allerdings in ihren Entscheidungen, dass die Beihilfe wegen der Verletzung von Art 88 Abs 3 S 3 EGV als rechtswidrig zu erachten ist.<sup>162</sup> Auch im Falle einer nachträglichen Genehmigung bleibt eine nicht notifizierte Beihilfe rechtswidrig, da eine Genehmigung nur die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt betrifft, die Qualifizierung als rechtswidrig aber einzig davon abhängt, ob im Zeitpunkt der Gewährung durch den Mitgliedstaat eine Genehmigung vorlag oder nicht.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> VO (EG) 659/1999 des Rates v 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93 des EG-Vertrages, ABI 1999 L 83/1, Art 3.

<sup>162</sup> S etwa Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 218 – *BAWAG-PSK*; Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45 – *Bankgesellschaft Berlin*; Komm, E v 05.12.2007, Fall NN 70/2007, ABI 2008 C 43/ 1 – *Northern Rock*.

<sup>163</sup> Vgl *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), 1216 Rz 2; s EuGH, U v 21.10.2003, Rs C-261/01 und 262/01, *van Calster*, Slg 2003, I-12249, Rz 54.

### 1.1.1. Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen

Sowohl Beihilferegelungen als auch Einzelbeihilfen bedürfen grds der Anmeldung und Genehmigung durch die Kommission. Der Begriff „Beihilferegelung“ wird in Art 1 lit d VVO definiert als

*„ [...] eine Regelung, wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können, beziehungsweise eine Regelung, wonach einem oder mehreren Unternehmen nicht an ein bestimmtes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können“<sup>164</sup>.*

Im Unterschied dazu sind „Einzelbeihilfen“ gem Art 1 lit e VVO Beihilfen,

*„die nicht aufgrund einer Beihilferegelung gewährt werden [Anm: sog „Ad-hoc-Beihilfen“], und einzelne anmeldungspflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegelung“<sup>165</sup>.*

Angesichts der derzeitig vorherrschenden Finanz- und Wirtschaftskrise hatte die Kommission bislang nicht nur über eine große Zahl an Einzelbeihilfen zugunsten notleidender Banken, sondern insb auch über eine Vielzahl allgemeiner mitgliedstaatlicher Beihilferegelungen zugunsten des Bankensektors (sog „Bankenrettungspakete“) zu entscheiden. Hat eine solche Beihilferegelung durch die Kommission einmal Genehmigung erfahren, müssen individuelle Durchführungsmaßnahmen zugunsten einzelner Finanzinstitute, die auf der Grundlage einer genehmigten Beihilferegelung gewährt werden, nach stRsp<sup>166</sup> nicht mehr einzeln notifiziert werden, es sei denn, die Vereinbarkeitsentscheidung oder ein

---

<sup>164</sup> VO (EG) 659/1999 des Rates v 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93 des EG-Vertrages, ABI 1999 L 83/1, Art 1 lit d.

<sup>165</sup> VO (EG) 659/1999 des Rates v 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93 des EG-Vertrages, ABI 1999 L 83/1, Art 1 lit e.

<sup>166</sup> Vgl EuGH, U v 05.10.1994, Rs C-47/91, *Italien/Kommission*, Slg 1994, I-4635, Rz 21.

übergeordneter Rechtsakt sehen dies vor.<sup>167</sup> Jede Einzelbeihilfe, die eine strikte und vorhersehbare Anwendung der Bedingungen darstellt, die in der Genehmigungsentscheidung der allgemeinen Beihilferegelung festgelegt sind, wird daher als bestehende Beihilfe angesehen, die weder der Kommission zu notifizieren noch anhand des Art 87 EGV von dieser zu prüfen ist.<sup>168</sup> Sind die Stützungsmaßnahmen hingegen nicht von den herangezogenen allgemeinen Regelungen gedeckt, stellen sie neue Beihilfen dar, die der Kommission zur Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt vorzulegen sind.

Ein Beispiel hierfür stellt etwa die von Österreich am 25. Februar 2009 bei der Kommission notifizierte *Ad hoc*-Beihilfe zugunsten der *Hypo Tirol Bank AG*<sup>169</sup> dar. Die Maßnahme sah eine Ausfallhaftung des Landes Tirol für Kapital vor, das von Privatanlegern bereitgestellt wird, weshalb Österreich diese unabhängig von der bestehenden Beihilferegelung – welche lediglich die Übernahme von Garantien für Anleiheemissionen sowie die Übernahme von Garantien für Aktiva vorsieht<sup>170</sup> – bei der Kommission anzumelden hatte, die diese im Ergebnis als *Ad hoc*-Beihilfe als für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärte.

## 1.2. Das vorläufige Prüfverfahren

Das Verfahren bei der Prüfung angemeldeter Beihilfen beginnt mit dem vorläufigen Prüfverfahren. Dieses soll der Kommission eine erste Meinungsbildung über die Vereinbarkeit der ihr notifizierten Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt ermöglichen. Nur dann, wenn die Kommission nach der vorläufigen Prüfung das Beihilfevorhaben als für mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar hält oder an dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zweifelt, darf sie und ist sie zugleich verpflichtet, das förmliche Prüfverfahren nach Art 88 Abs 2 EGV

---

<sup>167</sup> Vgl. *Kreuschitz/Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006), 1229, Rz 43.

<sup>168</sup> Vgl. EuGH, U v 16.05.2002, Rs C-321/99, *ARAP*, Slg 2002, I-4287, Rz 83; EuGH, U v 18.11.2004, Rs T-176/01, *Ferriere Nord*, Slg 2004, II-3931, Rz 51.

<sup>169</sup> Komm, E v 17.06.2009, Fall N 214/2009, ABI 2009 C/270, Rz 25 f – *Hypo Tirol*.

<sup>170</sup> S dazu Vierter Teil IV. 2.1.

iVm Art 6,7 VVO einzuleiten.<sup>171</sup> Andernfalls kann die Kommission das vorläufige Prüfverfahren durch die Entscheidung beenden,

- dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe darstellt (Art 4 Abs 2 VVO), wenn die Tatbestandsmerkmale, die für das Vorliegen einer Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV verlangt werden, nicht erfüllt sind.
- keine Einwände zu erheben (Art 4 Abs 3 VVO), wenn sie hinsichtlich der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt keine Bedenken hat. In der Entscheidung muss die Kommission die zutreffende Ausnahmebestimmung (Art 87 Abs 2 oder Abs 3 EGV) anführen (Art 4 Abs 3 S 2 VVO).

Bei vollständiger Anmeldung hat die Kommission in der Vorprüfphase binnen zwei Monaten eine Entscheidung iSd Art 249 Abs 4 EGV zu erlassen.<sup>172</sup> Durch den neuen Verhaltenskodex vom 16. Juni 2009 wurde nunmehr die Möglichkeit geschaffen, den Fristablauf auszusetzen, wenn ein Mitgliedstaat dies beantragt, um das Beihilfevorhaben zu ändern oder mit den Beihilfavorschriften in Übereinstimmung zu bringen, oder wenn Kommission und Mitgliedstaat dies einvernehmlich so beschließen.<sup>173</sup> In der Praxis bringt diese Bestimmung für den Mitgliedstaat den Vorteil, dass die Zweimonatsfrist zukünftig lediglich unterbrochen wird, während sie auf der bisher bestehenden verfahrensrechtlichen Grundlage überhaupt nur dann anlief, wenn die Anmeldung vollständig war.<sup>174</sup> Dies führte regelmäßig zu Verzögerungen in der Vorprüfphase.<sup>175</sup>

Ein entscheidender Unterschied zwischen der vorläufigen Prüfung gem Art 4 VVO und dem förmlichen Prüfverfahren gem Art 6 und 7 VVO besteht darin, dass Erstere ausschließlich zwischen der Kommission und

---

<sup>171</sup> Vgl Art 88 Abs 3 EGV iVm Art 4 Abs VVO.

<sup>172</sup> Vgl Art 4 Abs 5 S 1 VVO.

<sup>173</sup> Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl 2009 C 136/13, Rz 27.

<sup>174</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) VO 659/1999 Art 4 Rz 7.

<sup>175</sup> Vgl *Werner/Maier*, Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis, EStAL 2/2009, 180.

dem betreffenden Mitgliedstaat stattfindet. Anders als im förmlichen Prüfverfahren ist die Kommission während der vorläufigen Prüfung nicht verpflichtet, Beteiligten iSd Art 1 lit h VVO<sup>176</sup> (mit Ausnahme des Mitgliedstaats) Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

### **1.3. Das förmliche Prüfverfahren**

Das förmliche Prüfverfahren soll den betroffenen Beteiligten indes die Möglichkeit bieten, ihre Auffassung vortragen zu können und die Kommission in die Lage versetzen, sich umfassende Kenntnis sämtlicher Aspekte eines Falles zu verschaffen. Die Kommission fordert die Beteiligten durch die im Amtsblatt Teil C veröffentlichte Entscheidung zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens auf, zu der gewährten staatlichen Beihilfe Stellung zu nehmen. Der Mitgliedstaat wird durch ein Schreiben der Kommission aufgefordert. Jeder Beteiligte kann binnen einem Monat eine schriftliche Stellungnahme abgeben. Einzig der die Beihilfe notifizierende Mitgliedstaat ist Partei des Verwaltungsverfahrens. Dieser kann sich mündlich in Form einer Anhörung zum Beihilfeverfahren und den von der Kommission mitgeteilten Einwänden äußern.

Das förmliche Prüfverfahren endet stets durch Entscheidung iSd Art 249 Abs 4 EGV. Die Entscheidung ist zu begründen (Art 253 EGV) und kann in der Feststellung bestehen, dass

- das notifizierte Vorhaben keine Beihilfe darstellt (Art 7 Abs 2 VVO),
- die Beihilfe genehmigt wird (Positiventscheidung nach Art 7 Abs 3 VVO),
- die Beihilfe untersagt wird (Negativentscheidung nach Art 7 Abs 5 VVO) oder
- die Beihilfe unter Auflagen und Bedingungen gem Art 7 Abs 4 VVO genehmigt wird.

---

<sup>176</sup> Unter Beteiligten sind Mitgliedstaaten, Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu verstehen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können. Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht (2009), VO 659/1999 Art 2 Rz 15.

Ein Blick in die Prüfungspraxis der Kommission während der Finanz- und Wirtschaftskrise zeigt allerdings, dass es lediglich in vier der bis Mitte Februar 2009 registrierten 61 Beihilfefällen zur Eröffnung eines formellen Prüfverfahrens gekommen ist.<sup>177</sup> Alle anderen Fälle wurden bereits im Rahmen der Vorprüfung beendet. Zudem wurden alle diese vier Fälle (*SachsenLB*<sup>178</sup>, *WestLB*<sup>179</sup>, *Northern Rock*<sup>180</sup>, *IKB*<sup>181</sup>) bereits vor dem Eintritt der effektiven Interbankenkrise angemeldet. Der Umstand, dass viele Beihilfeverfahren bereits in der Vorprüfungsphase beendet wurden, erschwert Wettbewerbern ein Vorgehen gegen die Vereinbarkeitsentscheidungen der Kommission, da diesen – wie an obiger Stelle erwähnt – nur im förmlichen Prüfverfahren, nicht indes in der Phase der vorläufigen Prüfung durch die Kommission ein Stellungnahmerecht zukommt. Darüber hinaus können Wettbewerber gegen eine im vorläufigen Prüfverfahren erlassene Genehmigungsentscheidung nur indirekt vorgehen, dh sie können vor den Gemeinschaftsgerichten keine materielle Überprüfung erwirken, sondern zunächst lediglich den Formalfehler einer unzulässigen Nichteröffnung des förmlichen Prüfverfahrens geltend machen.<sup>182</sup>

## **2. Das Verfahren bei bestehenden Beihilferegulungen (Art 88 Abs 1 EGV)**

Bestehende Beihilferegulungen unterliegen nach Art 88 Abs 1 EGV – im Gegensatz sowohl zu bestehenden Einzelbeihilfen als auch zu neuen Beihilfen – einer fortlaufenden Kontrolle, die die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten durchführt.

---

<sup>177</sup> Vgl *Jäger* in *Jäger* (Hrsg), *Beihilfenrecht Jahrbuch 2009* (2009), 5.

<sup>178</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>179</sup> Komm, E v 17.07.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3 – *WestLB*.

<sup>180</sup> Komm, E v 02.04.2008, Fall NN 1/2008, ABI 2008 C 135/21 – *Northern Rock*.

<sup>181</sup> Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32 – *IKB*.

<sup>182</sup> Vgl zu den insoweit auch außerhalb von Krisenzeiten bestehenden Rechtsschutzdefiziten *Nehl*, *Baustelle VerfahrensVO* (Beihilfereform II) – *Verfahrensrechtliche Reformen durch „soft-law“?* in *Jäger* (Hrsg), *Beihilfenrecht Jahrbuch 2009* (2009) 163 f.

Zweck dieser fortlaufenden Überprüfung ist sicherzustellen, dass die bestehenden Beihilferegulungen zu jedem Zeitpunkt mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind und keine wettbewerbsverfälschenden oder den zwischenmitgliedstaatlichen Handel beeinträchtigenden Wirkungen haben. War eine Beihilferegulung bei ihrer Einführung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, kann sich die Wirtschafts- und Wettbewerbslage im Binnenmarkt geändert haben mit der Folge der Unvereinbarkeit der Beihilferegulung mit dem Gemeinsamen Markt. Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare, bestehende Beihilferegulungen sind jedoch weder rechtswidrig noch verboten, solange die Kommission nicht ihre Unvereinbarkeit durch Entscheidung feststellt.

Die Kommission hat freies Ermessen, wann und in welchem Umfang sie bei bestehenden Beihilferegulungen ein Überprüfungsverfahren einleitet. Indes kann dieses Ermessen nicht so weit gehen, dass die Kommission überhaupt keine Prüfung mehr vornimmt.<sup>183</sup> Das Überprüfungsverfahren nach Art 17 ff VVO kann nur zu einer Auswirkung für künftige Anwendungsfälle führen; hingegen können die aufgrund einer genehmigten Beihilferegulung bereits gewährten Beihilfen grds nicht mehr Gegenstand des Verfahrens nach Art 17 ff VVO sein.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 17 VO 659/1999 Rz 4 mwN.

<sup>184</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) Rz 441 mit dem Hinweis, dass sich die Kommission daran in der Vergangenheit nicht immer gehalten hat.

## Dritter Teil      STAATLICHE BEIHILFEN IM BANKENSEKTOR – ZUR                GENEHMIGUNGSPRAXIS                DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION

### I.                Einleitung

Kaum ein anderer Wirtschaftssektor hat im Bereich des Europäischen Beihilfenrechts bisher so viel öffentliche Aufmerksamkeit gesorgt wie der Bankensektor. In den 1990er Jahren galt das Aufsehen zunächst den Sanierungsfällen französischer und italienischer Banken, die zum damaligen Zeitpunkt bislang ungekannt hohe Beihilfenbeträge umfassten.<sup>185</sup> Zu nennen sind insb die Fälle *Crédit Lyonnais*<sup>186</sup>, *Société Marseillaise de Crédit*<sup>187</sup>, *Crédit Foncier de France*<sup>188</sup>, *Banco di Napoli*<sup>189</sup> und *Banco di Sicilia e Sicilcassa*<sup>190</sup>.

Zusammengefasst war die Sanierung dieser in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Banken durch ein Schema gekennzeichnet, das die folgenden regelmäßig wiederkehrenden Merkmale aufwies:<sup>191</sup> Die Unterstützungsmaßnahmen bestanden im Wesentlichen aus Sofortmaßnahmen, dh die Zufuhr von Kapital im Wege einer Kapitalerhöhung und der Ausgliederung wertgeminderter Aktiva in eine Tochtergesellschaft, die diese sukzessive an Dritte veräußern sollte. Der Verkauf an die Tochtergesellschaft wurde dabei häufig durch ein Darlehen der notleidenden Muttergesellschaft finanziert. In ihren

---

<sup>185</sup> Für eine Übersicht über Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor im Zeitraum 1990 bis 1999 s *Pesaresi/de la Rochefordiere*, *Crises bancaires: un bilan de l'application des règles de concurrence en matière d'aides d'Etat. Leçons de la crise du Crédit Lyonnais*, CPN 3/2000, 13.

<sup>186</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*; Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*. Der Fall *Crédit Lyonnais I* umfasste insgesamt etwa 7,5 Mrd EUR und *Crédit Lyonnais II* etwa zwischen 8 und 15 Mrd EUR. Vgl Komm, XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995), Rz 197 und Komm, XXVIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1998), Rz 270: „Such aid amounts are unique in the history of the Community.“

<sup>187</sup> Komm, E v 14.10.1998, Fall C 42/96, ABI 1999 L 198/1 – *Société Marseillaise de Crédit*.

<sup>188</sup> Komm, E v 23.06.1999, Fall C 30/96, ABI 2001 L 34/37 – *Crédit Foncier de France*

<sup>189</sup> Komm, E v 29.07.1998, ABI 1999 L 116/36 – *Banco di Napoli*.

<sup>190</sup> Komm, E v 10.11.1999, ABI 2000 L 256/21 – *Banco di Sicilia e Sicilcassa*.

<sup>191</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, *Beihilfenrecht der EU*<sup>2</sup> (2009) Rz 572.

Vereinbarkeitsentscheidungen stellte die Kommission regelmäßig fest, dass sich der Staat nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor verhalten habe. Daher bejahte die Kommission in den meisten Fällen zwar das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe iSd damaligen Art 92 Abs 1 EGV, erklärte diese jedoch zugleich auf der Grundlage von Art 92 Abs 3 lit c EGV und nach Maßgabe der R&U-LL 1994 bzw 1999<sup>192</sup> als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Um die nachteiligen Auswirkungen der staatlichen Maßnahmen auf die anderen Marktteilnehmer auszugleichen, mussten die begünstigten Bank angesichts der hohen Beihilfenbeträge erhebliche Umstrukturierungen vornehmen<sup>193</sup>, von der Aufgabe einzelner Filialen und Geschäftsbereiche bis hin zur Privatisierung. Die Kommission genehmigte unter Auflagen, soweit ersichtlich, mit einer Ausnahme sämtliche der ihr in den 1990er Jahren notifizierte staatlichen Beihilfen an in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratene Banken. Einzig im Fall der *Société de Banque Occidentale*<sup>194</sup> verneinte die Kommission die Vereinbarkeit der staatlichen Stützungsmaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt. Die beträchtlichen Höhen der genehmigten Beihilfen rechtfertigte die Kommission regelmäßig durch einen Verweis auf die besondere Sensibilität des hochgradig vernetzten Bankensektors, bei dem es negative Ausstrahlungseffekte zu vermeiden gelte.

Hinsichtlich der an die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen *Bankgesellschaft Berlin*<sup>195</sup> gewährten staatlichen Stützungsmaßnahmen unterlag im Jahr 2001 erstmals eine deutsche Bank der Beihilfenprüfung durch die Kommission. In den darauffolgenden Jahren war in Österreich 2004 die *Bank Burgenland*<sup>196</sup> Empfängerin notifizierungspflichtiger Rettungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen geworden. Ferner erhielt

---

<sup>192</sup> Komm, Leitlinien für die Beurteilung von staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (R&U-LL 1994), ABI 1994 C 368, 12; ABI 1999 C 288/2 (R&U-LL 1999).

<sup>193</sup> Vgl XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1995) Rz 197.

<sup>194</sup> Komm, E v 22.07.1998, ABI 1999 L 103/19 – *Société de Banque Occidentale*.

<sup>195</sup> Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/5 – *Bankgesellschaft Berlin I*; Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1 – *Bankgesellschaft Berlin II*.

<sup>196</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8 – *Bank Burgenland*.

2007 die *BAWAG-PSK*<sup>197</sup> unter erheblichem öffentlichem Aufsehen staatliche Unterstützung.

Mitte des Jahres 2008 erfasste die jüngste Finanzkrise durch Geschäfts- und Haftungsausfälle sowie durch das zunehmende Stagnieren des Interbankencreditmarktes schlagartig eine beträchtliche Zahl an Banken in verschiedenen europäischen Mitgliedstaaten. Unter den Betroffenen fanden sich zunächst Banken mit endogenen Existenzproblemen, rasch aber auch solche, die im Grunde wirtschaftlich gesund waren und ein ausgewogenes Risikoportfolio aufwiesen, und lediglich aufgrund der allgemeinen Marktlage und des begrenzten Liquiditätsangebots in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten waren. Wenngleich die Kommission bereits ab Mitte 2007 eine vermehrte Notifizierung einzelner Stützungsmaßnahmen für Banken zu verzeichnen hatte, traf sie das Ausmaß der Krise einigermaßen unvermittelt.<sup>198</sup> Die Beihilfebeträge in Milliardenhöhe und die kurze Zeitspanne, innerhalb derer die Kommission Entscheidungen von beträchtlicher Tragweite treffen muss, gelten seit Bestand der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht als ungekannt und stellen die Kommission vor große Herausforderungen.<sup>199</sup>

Im Zeitraum von 1. Oktober 2008 bis 12. November 2009 genehmigte die Kommission insgesamt 73 Beihilfemaßnahmen zugunsten des Finanzsektors, davon 32 Beihilferegelungen (Garantieregelungen, Rekapitalisierungsregelungen, Liquiditätsmaßnahmen, Entlastungsmaßnahmen) und 41 Einzelbeihilfen.<sup>200</sup> Die in diesem Zeitraum genehmigten Beihilfemaßnahmen weisen einen Gesamtwert<sup>201</sup> von ca EUR 3.632 Mrd auf, was 29% des EU-27-BIP entspricht<sup>202</sup> – eine

---

<sup>197</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – *BAWAG-PSK*.

<sup>198</sup> Vgl *Jaeger* in *Jäger* (Hrsg), *Beihilfenrecht Jahrbuch 2009* (2009) 3.

<sup>199</sup> Vgl Komm, *Anzeiger für staatliche Beihilfen*, Frühjahrsausgabe 2009, K(2009)164, 3.

<sup>200</sup> Stand: 12. November 2009; Für einen Überblick s Memo/09/499 v 12.11.2009: *State Aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial/economic crisis*.

<sup>201</sup> Bei diesem Gesamtwert handelt es sich um die Summe der Höchstbeträge der Risikoschirme, Rettungs- und Umstrukturierungspakete und anderer Maßnahmen der Mitgliedstaaten.

<sup>202</sup> Für Garantieregelungen wurden Mittel von bis zu EUR 2.738 Mrd (22% des EU-27-BIP), für Rekapitalisierungsmaßnahmen von bis zu EUR 231 Mrd (2% des EU-27-BIP)

Entwicklung, durch die jedenfalls die quantitative Komponente der politischen Zielvorgabe „weniger und besser ausgerichtete Beihilfen“, wie sie die Kommission im *Aktionsplan Staatliche Beihilfen 2005-2009*<sup>203</sup> festgelegt hat, massiv in Frage gestellt wird.<sup>204</sup>

## II. Der traditionelle Prüfungsansatz „vor der Krise“

In diesem Kapitel soll unter der Bezeichnung „traditioneller Prüfungsansatz“ zunächst jener Prüfungsansatz dargelegt werden, den die Kommission vor Anbeginn der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise zur Beurteilung von Rettungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen zugunsten notleidender Banken angewandt hat.

### 1. Zur Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen für Banken in Schwierigkeiten auf Grundlage der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien

In aller Regel richtet sich die beihilfenrechtliche Beurteilung staatlicher Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten nach Art 87 Abs 3 lit c EGV, dessen Anwendung durch die *Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten* (im Folgenden: Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien, R&U-LL)<sup>205</sup> konkretisiert worden ist.

---

genehmigt. Der Gesamtwert der allgemeinen Liquiditätsmaßnahmen und Entlastungsmaßnahmen belief sich auf 76 Mrd EUR (0,6% des EU-27-BIP). Darüber hinaus erließ die Kommission Entscheidungen über einige Ad-hoc-Maßnahmen zugunsten einzelner Finanzinstitute im Gesamtwert von EUR 587 Mrd. Vgl Komm, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Herbstausgabe 2009, KOM(2009)661, 11.

<sup>203</sup> Im Juni 2005 legte die Europäische Kommission mit dem *Aktionsplan staatliche Beihilfen, weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009*, KOM (2005) 107 ein umfassendes Programm zur Reform des Beihilfenrechts vor.

<sup>204</sup> Vgl Lübbig/Martin-Ehlers, *Beihilfenrecht der EU*<sup>2</sup> (2009) Vorwort; vgl Kaupa, Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise, *juridikum* 2009, 108.

<sup>205</sup> Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABI 2004 C 244/2 (Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien 2004, R&U-LL 2004). Diese lösten die gleichnamigen Vorgängerleitlinien von 1999 (R&U-LL 1999), ABI 1999 C 288/2, ab.

Ihre Politik gegenüber staatlichen Beihilfen für die Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten formulierte die Kommission erstmals in ihrem VIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik im Jahre 1978.<sup>206</sup> 1994 kam es zu der Annahme der ersten Version der Leitlinien, welche 1999 erstmals einer Revision unterlagen. Die aktuell geltenden R&U-LL 2004 hat die Kommission am 1. Oktober 2004 veröffentlicht<sup>207</sup>; sie ersetzen die gleichnamigen Vorgängerleitlinien von 1999 (R&U-LL 1999).<sup>208</sup> Die Anwendbarkeit der R&U-LL 2004 sollte ursprünglich am 9. Oktober 2009<sup>209</sup> enden, doch die Kommission verkündete im Lichte der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise am 2. Juli 2009 deren Verlängerung bis zum 9. Oktober 2012.<sup>210</sup> Insgesamt konnte bisher eine stete Verschärfung der Genehmigungsanforderungen festgestellt werden, die Ausdruck des Kommissionsansatzes ist, staatliche Unterstützungsmaßnahmen zu Gunsten von notleidenden Unternehmen auf das strikte Minimum zu begrenzen.<sup>211</sup> Die Kommission stuft Beihilfen im Zusammenhang mit der Sanierung eines in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Unternehmens als besonders sensibel ein: So verstoßen Rettungsbeihilfen grundlegend gegen den Geist des Wettbewerbs, der erfolgloses Wirtschaften im Extremfall mit dem Verschwinden eines Unternehmens vom Markt sanktioniert.<sup>212</sup> Das gilt auch und gerade für Branchen, die einem strukturellen Anpassungsprozess unterworfen sind, da auch hier dem begünstigten Unternehmen die Strukturanpassungslasten, die es als Reaktion auf geänderte Marktbedingungen trifft, teilweise oder zur Gänze abgenommen

---

<sup>206</sup> S dazu Komm, VIII. Wettbewerbsbericht (1978) Rz 177, 227.

<sup>207</sup> Die R&U-LL 2009 sollten die Kommission lediglich bis 09.10.2009 binden; die Kommission hat jedoch deren Verlängerung bis 09.10.2012 beschlossen.

<sup>208</sup> Diese wiederum hatten die R&U-LL aus dem Jahr 1994 abgelöst (R&U-LL 1994). Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABI 1994 C 368/12.

<sup>209</sup> S Rz 102 R&U-LL 2004.

<sup>210</sup> ABI 2009 C 156/3.

<sup>211</sup> Vgl speziell zu den Änderungen durch die R&U-LL 2004 *Valle/Van de Castele*, Revision of the Rescue and Restructuring Guidelines: a crackdown?, in *ESTAL* 1/2004, 9.

<sup>212</sup> Vgl *Gross*, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel – Probleme, Reformen und Perspektiven (2003) 66.

und auf andere im Wettbewerb stehende Marktteilnehmer übergewälzt werden.<sup>213</sup>

Die R&U-LL 2004 gelten für alle Unternehmen unabhängig davon, welchem Wirtschaftszweig diese angehören.<sup>214</sup> Ausgenommen sind lediglich die Sektoren Steinkohlebergbau und Stahlindustrie, für die Sondervorschriften bestehen<sup>215</sup>; zudem sehen die R&U-LL 2004 Sonderregeln für die Landwirtschaft vor<sup>216</sup>. Für den Bankensektor existierten indes trotz seiner „*unbestreitbaren Besonderheiten, die in der aktuellen Finanzkrise erneut zu Tage treten*“<sup>217</sup>, bis jüngst<sup>218</sup> keine besonderen Vorschriften, sieht man von der in Rz 25 lit a R&U-LL 2004 vorgesehenen Ausnahme für Rettungsbeihilfen im Bankensektor ab. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an Banken in wirtschaftlichen Schwierigkeiten wurden von der Kommission daher bislang grds nach denselben Kriterien geprüft wie solche an Unternehmen anderer Wirtschaftsbereiche.

Die R&U-LL 2004 gehen davon aus, dass Rettung und Umstrukturierung eines Unternehmens zwei aufeinanderfolgende Phasen ein- und desselben Vorgangs darstellen.<sup>219</sup> Die Rettungsphase ist demnach ein Zeitraum von höchstens sechs Monaten, währenddessen dem betroffenen Unternehmen die nötige Zeit zukommen soll, die Ursachen für seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu erforschen und einen Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan zu erstellen. Die Rettungsbeihilfe, die nur in Form einer rückzahlbaren Finanzhilfe bestehen

---

<sup>213</sup> Vgl Rz 31 R&U-LL 2004.

<sup>214</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), 324 Rz 928.

<sup>215</sup> Für den Steinkohlenbergbau VO (EG) Nr 1407/2002 des Rates vom 02.07.2002 über staatliche Hilfen für den Steinkohlenbergbau, ABI 2002 L 205/1; für die Stahlindustrie Mitteilung der Kommission – Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen und Schließungsbeihilfen für die Stahlindustrie, ABI 2002 C 70/21.

<sup>216</sup> Vgl Rz 87ff R&U-LL 2004.

<sup>217</sup> Vgl *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 714. Besonderheiten sind insb die hohe Vernetzung des Finanzsektors und die damit einhergehende vergleichsweise große Gefahr negativer Übertragungseffekte im Bankensektor.

<sup>218</sup> Bis zur Veröffentlichung der Bankenmitteilung ABI 2008 C 270/8.

<sup>219</sup> Vgl Rz 14 R&U-LL 2004.

darf, dient der Finanzierung dieses Zeitraums. Mit der Erstellung eines Umstrukturierungs- oder Liquidationsplanes beginnt sodann die Umstrukturierungsphase mit der Folge, dass jede weitere Beihilfe als Umstrukturierungsbeihilfe gilt.<sup>220</sup>

### 1.1. Der Begriff des „Unternehmens in Schwierigkeiten“

Nur Unternehmen in Schwierigkeiten können Begünstigte von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen sein. Während „Unternehmen“ ein autonomer Begriff des Europäischen Gemeinschaftsrechts ist<sup>221</sup>, existiert keine gemeinschaftsrechtliche Definition für das „Unternehmen in Schwierigkeiten“.<sup>222</sup> Die Kommission hat eine eigene Begriffsbestimmung entwickelt und geht in ihren R&U-LL 2004 dann vom Vorliegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten aus, wenn das Unternehmen

*„nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder Fremdmitteln, die ihm von seinen Eigentümern oder Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, Verluste aufzufangen, die das Unternehmen auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang treiben werden, wenn der Staat nicht eingreift.“<sup>223</sup>*

Hierfür typische Symptome sind etwa steigende Verluste, sinkende Umsätze, wachsende Lagerbestände, Überkapazitäten, verminderter *Cash flow*, zunehmende Verschuldung und Zinsbelastung sowie Abnahme oder Verlust des Reinvermögenswerts.<sup>224</sup>

---

<sup>220</sup> Vgl Rz 16 R&U-LL 2004.

<sup>221</sup> Er umfasst eine einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Einheit aus personellen, materiellen und immateriellen Faktoren, die auf Dauer wirtschaftlich tätig wird, unabhängig von ihrer Rechtsform oder ihrer Finanzierungsart. Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 151.

<sup>222</sup> Vgl Komm, State Aid Scoreboard v 29.10.2003, KOM(2003) 636 endg; Vgl *Valle/Van de Castele*, Revision of the Rescue and Restructuring Guidelines: a crackdown?, in EStAL 1/2004, 9.

<sup>223</sup> Rz 9 R&U-LL 2004.

<sup>224</sup> Vgl Rz 11 R&U-LL 2004.

Jedenfalls befindet sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten iSd R&U-LL 2004, wenn, unabhängig von der konkreten Unternehmensform, die in dem jeweiligen innerstaatlichen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt sind.<sup>225</sup> Dass es tatsächlich zu einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekommen ist, indes für die Erfüllung dieser Voraussetzung nicht erforderlich.<sup>226</sup> Darüber hinaus gilt ein Unternehmen insb als in Schwierigkeiten befindlich, wenn bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mehr als die Hälfte des gezeichneten Kapitals in Verlust geraten ist und zugleich mehr als ein Viertel dieses Kapitels innerhalb der letzten zwölf Monate.<sup>227</sup> Demgegenüber ist bei Gesellschaften, in denen zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt haften, neben dem Verlust von mehr als der Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel zusätzliche Voraussetzung, dass während der letzten zwölf Monate mehr als ein Viertel dieser Mittel in Verlust geraten ist.<sup>228</sup>

Im Schrifttum werden die späten Anknüpfungspunkte für die Genehmigung von Rettungsbeihilfen vereinzelt mit der Begründung kritisiert, dass diese eine Sanierung erst zu einem Zeitpunkt ermöglichen, an dem die Krise betriebswirtschaftlich bereits so weit fortgeschritten ist, dass eine Rettung des Unternehmens kaum mehr wahrscheinlich sei.<sup>229</sup> Zudem handle es sich dabei um Zeitpunkte, zu denen auf mitgliedstaatlicher Ebene regelmäßig ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden müsse mit der Folge, dass für die Frage der Sanierung nicht mehr die Perspektive des Marktes, sondern die der Gläubiger entscheidend sei. Dies könne dazu führen, dass unter dem Regime der Gläubiger eine etwaig mögliche Umstrukturierung des Unternehmens nicht durchgeführt wird, weil die Gläubiger von ihrem Interesse an Befriedigung ihrer Forderungen getragen sind und kein

---

<sup>225</sup> Vgl Rz 10 lit c R&U-LL 2004.

<sup>226</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 51mwN: Komm, 08.06.2007, Fall N 258/2007, ABI 2007 C 166/5 Rz 12 – *Rohde*.

<sup>227</sup> Vgl Rz 10 lit a R&U-LL 2004.

<sup>228</sup> Vgl Rz 10 lit b R&U-LL 2004.

<sup>229</sup> Vgl *Ehricke*, Die neuen Leitlinien der EG-Kommission über Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen, EuZW 3/2005, 73.

Interesse am Weiterbestehen des Unternehmens in einer umstrukturierten Form haben. Mögliche positive Effekte einer Unternehmensumstrukturierung auf den Gemeinsamen Markt blieben so in der Praxis allerdings unberücksichtigt.<sup>230</sup>

In ihrer Entscheidung über Rettungsbeihilfen zugunsten der *Bankgesellschaft Berlin*<sup>231</sup> (im Folgenden: BGB) legte die Kommission ausdrücklich fest, dass

*„[...] diese Kriterien, gem denen ein Unternehmen „insbesondere“ als in Schwierigkeiten [...] befindlich erachtet wird, nicht auf Finanzdienstleistungsinstitute gerichtet sind. Die Anzeichen von Problemen in diesem Sektor sind anders.“*<sup>232</sup>

Das Wort „insbesondere“ indiziert, dass sich ein Unternehmen auch in Schwierigkeiten befinden könne, ohne die in Rz 5 R&U-LL 1999<sup>233</sup> normierten Kriterien zu erfüllen, sonach auch andere Merkmale für die Einstufung eines Unternehmens als in Schwierigkeiten befindlich maßgeblich sein können.<sup>234</sup> Das Problem der BGB war die Nichterfüllung der für Banken spezifischen aufsichtsrechtlichen Vorschriften, die eine beträchtliche Einschränkung oder gar Einstellung der Geschäftstätigkeit der BGB nach sich ziehen hätte können.<sup>235</sup> Daher kann nach Ansicht der Kommission neben den in den R&U-LL 1999 ausdrücklich genannten Kriterien auch die Erfüllung der bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften einen Indikator für die Lebensfähigkeit des Unternehmens und daher dessen Einstufung als in Schwierigkeiten befindlich darstellen.<sup>236</sup> Sobald eine Bank nicht mehr die Mindesteigenmittelquote erfüllt, würde diese von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen erfasst werden, weshalb die untere Schwelle für die Einstufung einer Bank als in Schwierigkeiten befindlich

---

<sup>230</sup> Vgl Rz 10 R&U-LL 2004.

<sup>231</sup> Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45, 10 f – *Bankgesellschaft Berlin I*.

<sup>232</sup> Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45, 10.

<sup>233</sup> Entspricht Rz 10 R&U-LL 2004.

<sup>234</sup> Vgl Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45, 11.

<sup>235</sup> Vgl Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45, 11.

<sup>236</sup> Vgl Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45, 11.

nicht erst bei Insolvenzgefahr, sondern bereits bei Nichterfüllung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben liege. Eine ähnliche Konstellation ergab sich etwa im Fall der österreichischen *Bank Burgenland*<sup>237</sup>: In Abwesenheit der staatlichen Stützungsmaßnahme hätte die *Bank Burgenland* gem § 83 BWG die Anordnung der Geschäftsaufsicht beantragen müssen, was eine insolvenzrechtliche Sonderregelung für Kreditinstitute darstellt und daher einer Insolvenz des Instituts gleichzusetzen gewesen wäre. Auch hier bildete die Solvabilität des Kreditinstituts die maßgebliche Kennzahl für dessen Einstufung als ein Unternehmen in Schwierigkeiten.

Vom Anwendungsbereich der R&U-LL 2004 ausgenommen sind indes neu gegründete Unternehmen.<sup>238</sup> Hinter dieser Einschränkung steht die Ansicht der Kommission, dass ein Unternehmen nur dann gegründet werden sollte, wenn es von Anfang an im Wettbewerb mit anderen auf dem Markt bestehen kann.<sup>239</sup> Während nach den R&U-LL 1999 unklar war, bis zu welchem Zeitpunkt ein Unternehmen als neu gegründet angesehen werden kann, bestimmte die Kommission in den R&U-LL 2004, dass ein Unternehmen bis drei Jahre nach Aufnahme seiner Geschäftstätigkeit als neu gegründet gilt.<sup>240</sup> Dies gilt auch dann, wenn das betreffende Unternehmen aus der Abwicklung oder der Übernahme der Vermögenswerte eines anderen Unternehmens hervorgegangen ist. Demgegenüber ist die Übernahme der Gesellschaftsanteile als bloße Veränderung in den Eigentumsverhältnissen des begünstigten Unternehmens nicht dazu geeignet, Anlass für die Annahme einer Neugründung zu sein.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 13 – *Bank Burgenland*.

<sup>238</sup> Vgl Rz 12 R&U-LL 2004.

<sup>239</sup> Vgl Komm, E v 22.09.2004, Fall C 34/2003, ABI 2005 L 100/26, Rz 72 – *Compagnie Marseille Réparation*. Vgl *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht<sup>2</sup> (2004) 128.

<sup>240</sup> Vgl Rz 12 R&U-LL 2004.

<sup>241</sup> Vgl Rz 22 R&U-LL 2004.

Ferner gelten die R&U-LL 2004 nicht für Unternehmen, die einer größeren Unternehmensgruppe zugehören.<sup>242</sup> Dahinter steht die Vorstellung, dass durch die wirtschaftliche Verbundenheit davon ausgegangen werden kann, dass das herrschende Unternehmen in einem Konzern selbst ein Interesse daran hat, Maßnahmen zu ergreifen, um das betreffende abhängige Konzernunternehmen zu unterstützen, sodass es insoweit keiner staatlichen Hilfe bedarf. Ausnahmsweise behält sich die Kommission jedoch vor, auch konzernangehörigen Gesellschaften Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen zu gewähren, wenn der Mitgliedstaat nachweisen kann, dass es sich einerseits um originäre Schwierigkeiten des betreffenden konzernangehörigen Unternehmens selbst handelt und diese andererseits nicht auf eine willkürliche Kostenverteilung innerhalb der Gruppe zurückzuführen sind.<sup>243</sup> Zudem müssen die Schwierigkeiten „zu gravierend“ sein, um vom Konzern selbst bewältigt werden zu können.<sup>244</sup> Das Unvermögen der Unternehmensgruppe, die Probleme der Tochtergesellschaft aus eigenen Kräften zu lösen, bejaht die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis insb dann, wenn es sich bei Ersterer um eine bloße Holding-Gesellschaft handelt, deren finanzielle Ressourcen bereits bei früheren Rettungsversuchen aufgebraucht worden waren.<sup>245</sup> Dennoch verbleiben in diesem Ausnahmebereich Unklarheiten, womit der Kommission ein erheblicher Beurteilungsspielraum eröffnet ist.<sup>246</sup> So ist insb nicht abschließend geklärt, bis zu welchem Umfang eine Unternehmensgruppe die Krise eines oder mehrerer Unternehmen noch selbst bewältigen kann und wie dies von außen überhaupt feststellbar sein soll.<sup>247</sup> Auch bestimmen die R&U-LL 2004 den Begriff der „willkürlichen

---

<sup>242</sup> Vgl Rz 13 R&U-LL 2004. Zur Klärung, ob ein Unternehmen unabhängig ist oder einer bestimmten Unternehmensgruppe zugehört verweist die Kommission auf die Kriterien im Anhang I der VO (EG) Nr 68/2001 der Kommission (ABI 2001 L 10/20) geändert durch VO (EG) 363/2004 (ABI 2004 L 63/20).

<sup>243</sup> Vgl Rz 12, 13 R&U-LL 2004.

<sup>244</sup> Vgl Rz 13 R&U-LL 2004.

<sup>245</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 55 mwN: Komm, E v 10.07.2007, Fall N 561/2006, ABI 2007 C 191/1, Rz 22 – *Construction Mécanique de Normandie*.

<sup>246</sup> S dazu ausführlich *Ehricke*, Die neuen Leitlinien der EG-Kommission über Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen, EuZW 3/2005, 74.

<sup>247</sup> Vgl *Ehricke*, Die neuen Leitlinien der EG-Kommission über Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen, EuZW 3/2005, 74.

Kostenverteilung“ nicht weiter. Dessen ungeachtet wird eine willkürliche Kostenverteilung jedoch selten nachzuweisen sein, denn eine Kostenverteilung innerhalb einer Unternehmensgruppe basiert wohl stets – mag sie auch von Nachteil für bestimmte Unternehmen sein – auf einem bestimmten unternehmerischen Kalkül und ist daher gerade nicht „willkürlich“.

## **1.2. Die Genehmigungsvoraussetzungen für Rettungsbeihilfen**

Als Rettungsbeihilfe definieren die R&U-LL 2004 eine „*vorübergehende reversible Unterstützungsmaßnahme*“<sup>248</sup>, die der vorläufigen Fortführung eines Unternehmens in Schwierigkeiten<sup>249</sup> dienen soll, bis ein detaillierter Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan erstellt ist.<sup>250</sup> Ab dem Vorliegen eines solchen Plans wird jede weitere Unterstützungsmaßnahme als Umstrukturierungsbeihilfe betrachtet. Die R&U-LL 2004 stellen insgesamt fünf kumulative Voraussetzungen für die Vereinbarkeit einer Rettungsbeihilfe mit Art 87 Abs 3 lit c EGV auf:

### **1.2.1. Die Anforderungen an die Form der Beihilfengewährung**

Rettungsbeihilfen dürfen grds nur als Liquiditätshilfen in Form von Darlehen oder Darlehensbürgschaften gewährt werden, die marktüblich verzinst werden.<sup>251</sup> Lediglich für Rettungsbeihilfen im Bankensektor gilt eine Ausnahme: Dort sind Rettungsbeihilfen auch in Gestalt anderer Beihilfeformen als die beiden Vorgenannten zulässig, vorausgesetzt der vorläufige Charakter der Maßnahmen bleibt gewahrt und es handelt sich nicht um „*Finanzmaßnahmen struktureller Art* [...], die bei den

---

<sup>248</sup> Vgl Rz 15 R&U-LL 2004.

<sup>249</sup> Zwar erfasst der Katalog der Genehmigungsvoraussetzungen nicht ausdrücklich den Umstand, dass es sich beim Empfänger der Rettungsbeihilfe um ein Unternehmen in Schwierigkeiten iSd R&U-LL 2004 handeln muss, doch ergibt sich dies zweifelsfrei aus der Systematik der Leitlinien. Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 326 Rz 938.

<sup>250</sup> Vgl *Kreuschitz/Rawlinson*, Art 87 EGV, in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> (2006) 1208 Rz 75.

<sup>251</sup> Vgl Rz 15 u Rz 25 lit a R&U-LL 2004.

*Eigenmitteln der Bank ansetzen*<sup>252</sup>. Die Ausnahmeregelung erfährt allerdings insofern Einschränkung als Rettungsbeihilfen, die nicht ausschließlich Liquiditätscharakter haben (wie zB Beteiligungen, nachrangige Darlehen oder Risikoabschirmungen), bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nachfolgender Umstrukturierungsbeihilfen berücksichtigt werden.<sup>253</sup>

Hintergrund dieser Ausnahmebestimmung ist, dass es notleidenden Banken möglich sein soll, ihre Banktätigkeit in Übereinstimmung mit den geltenden aufsichtsrechtlichen Vorschriften vorübergehend weiterzuführen. Dementsprechend ist – wie an obiger Stelle erwähnt – die Gefährdung der Kriterien der Bankenaufsicht für die Gewährung einer Bankenlizenz (Unterschreitung der Mindestkernkapitalquoten bzw des Mindestsolvabilitätskoeffizienten) von der Kommission wiederholt als maßgebliches Merkmal für das Vorliegen eines Unternehmens in Schwierigkeiten iSd Leitlinien gewertet worden.<sup>254</sup>

Indes sind auf der Grundlage der R&U-LL 2004 auch im Bankensektor Rettungsbeihilfen in Gestalt irreversibler Finanzmaßnahmen struktureller Art, die bei den Eigenmitteln des Instituts ansetzen (wie zB Eigenkapitalerhöhungen), unzulässig. Nach Ansicht der Kommission sollen strukturelle Maßnahmen prinzipiell Teil des Umstrukturierungsprozesses sein und daher innerhalb eines Umstrukturierungs- oder Liquidationsplanes genehmigt werden und nicht bereits in der Rettungsphase. So hat die Kommission etwa im Fall *IKB* eine staatliche Risikoabschirmung für die der Banktochtergesellschaft bereitgestellte Liquiditätsfazilität und für andere strukturierte Investments aufgrund der Übernahme aller Rechte und Pflichten der Muttergesellschaft als hinsichtlich Auswirkungen und Charakter einer Kapitalzuführung

---

<sup>252</sup> Fn 15 zu Rz 25 lit a R&U-LL 2004. S dazu etwa Komm, E v 27.02.2008, Fall, ABI 2008 C 76/5, Rz 49 – *IKB*; Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 98 Fn 36 – *Sachsen LB*.

<sup>253</sup> Vgl *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) § 17 Rz 40.

<sup>254</sup> S Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/45, Rz 10 f – *Bankgesellschaft Berlin I*; s auch Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 13 – *Bank Burgenland*.

vergleichbar angesehen und daher als nicht formgemäß eingestuft.<sup>255</sup> Demgegenüber erachtete die Kommission die Bereitstellung einer Garantie zur Absicherung von Forderungen eines Kreditinstituts als die am wenigsten strukturelle zur Verfügung stehende Maßnahme, die es der Bank ermöglichte, für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten kein weiteres Eigenkapital aufbringen zu müssen, um ihren aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu entsprechen.<sup>256</sup> Nach Ablauf dieses Zeitraumes könnte die Garantie dann entweder mit sofortiger Wirkung beendet oder in Form einer dann wiederum separat zu genehmigenden Umstrukturierungsbeihilfe fortgeführt werden. Nach den R&U-LL 2004 ist daher entscheidend, dass die betreffenden staatlichen Maßnahmen in der Rettungsphase sich nicht unmittelbar auf das Eigenkapital der Bank auswirken, und des Weiteren, dass sie nach Ablauf der Sechsmonatsfrist<sup>257</sup> wieder vollständig reversibel sind. Beides muss für die Genehmigungsfähigkeit der Rettungsbeihilfe durch entsprechende Verpflichtungszusagen des Mitgliedstaates hinreichend abgesichert sein.<sup>258</sup>

Werden – entsprechend der obig genannten Regel – die Rettungsmaßnahmen in Gestalt von Darlehensbürgschaften oder Darlehen gewährt<sup>259</sup>, muss der Begünstigte für das Darlehen einen Zinssatz zahlen, der mindestens demjenigen vergleichbar ist, den gesunde Unternehmen zu entrichten haben. Im Grundsatz orientiert sich die Kommission hierfür an ihrer Referenzzinssatzmitteilung.<sup>260</sup>

---

<sup>255</sup> Vgl Komm, E v 27.02.2008, Fall C 10/2008, ABI 2008 C 76/5, Rz 50 – *IKB*.

<sup>256</sup> Vgl Komm, E v 17.07.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3, Rz 48 ff – *WestLB*.

<sup>257</sup> Vgl Rz 25 lit c R&U-LL 2004.

<sup>258</sup> Vgl *Valle/Van de Castele*, Revision of the Rescue and Restructuring Guidelines: a crackdown?, in EStAL 1/2004, 14.

<sup>259</sup> Vgl Komm, E v 05.12.2007, Fall NN 70/2007, ABI 2008 C 43/1, Rz 44 – *Northern Rock*.

<sup>260</sup> Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze (Referenzzinssatzmitteilung), ABI 2008 C 14/6.

### 1.2.2. Das Fehlen unverhältnismäßiger Ausstrahlungseffekte

Die Rettungsmaßnahmen müssen aus akuten sozialen Gründen gerechtfertigt sein und dürfen keine unverhältnismäßigen Ausstrahlungseffekte in anderen Mitgliedstaaten zeitigen.<sup>261</sup>

Die Voraussetzung fehlender unverhältnismäßiger Ausstrahlungseffekte wurde in der bisherigen Praxis der Kommission regelmäßig bejaht, wenn die Rettungsmaßnahmen das Überleben von Wettbewerbern in anderen Mitgliedstaaten nicht bedroht haben.<sup>262</sup> Aufgrund des hohen Zeitdrucks, unter dem die Prüfung von Rettungsbeihilfen zumeist erfolgt, sieht die Kommission grundlegend vor, eine detaillierte Analyse der Wettbewerbssituation, insb der betroffenen Märkte, erst im Rahmen der Prüfung der Umstrukturierungsmaßnahmen vorzunehmen.

Der Prüfungspunkt der Rechtfertigung aus sozialen Gründen betrifft die Frage, ob ohne die fragliche Rettungsmaßnahme Arbeitsplätze zumindest ernsthaft gefährdet sind. Neben den unmittelbar betroffenen Arbeitsplätzen im Unternehmen kann diese auch mittelbare Arbeitsplätze in der jeweiligen Region betreffen.<sup>263</sup>

### 1.2.3. Die Sechsmonatsfrist

Weitere Voraussetzung für die Genehmigung einer Rettungsbeihilfe ist, dass der Mitgliedstaat sich verpflichtet, binnen sechs Monaten ab der Genehmigungsentscheidung der Kommission entweder nachzuweisen, dass das Darlehen vollständig zurückbezahlt bzw die Darlehensbürgschaft beendet worden ist oder einen Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan vorzulegen.<sup>264</sup> Legt der Mitgliedstaat der Kommission innerhalb der Sechsmonatsfrist einen Umstrukturierungsplan vor, verlängert sich die

---

<sup>261</sup> Vgl Rz 25 lit b R&U-LL 2004.

<sup>262</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 59 mwN.

<sup>263</sup> Vgl *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 64.

<sup>264</sup> Vgl Rz 25 lit c R&U-LL 2004. Die Frist war in den R&U-LL 1999 flexibler ausgestaltet und erlaubte auch eine Überschreitung des Sechsmonatszeitraums; s Rz 24 R&U-LL 1999.

Rückzahlungsfrist des Darlehens bzw die Laufzeit der Bürgschaft bis eine Entscheidung der Kommission über den Umstrukturierungsplan vorliegt.<sup>265</sup> Demnach besteht bei Erfüllung dieser Bedingung eine Vermutung für die Verlängerung der Rettungsbeihilfe<sup>266</sup>, was häufig dazu führt, dass das ursprüngliche Genehmigungsverfahren für die Rettungsbeihilfe in ein Verfahren zur Überprüfung der Umstrukturierungsbeihilfe überführt wird.<sup>267</sup>

Diese strikte Begrenzung von Rettungsmaßnahmen auf einen Zeitraum von sechs Monaten wurde erst durch die R&U-LL 2004 eingeführt; nach den flexibleren R&U-LL 1999 konnte trotz Begrenzung der anfänglichen Genehmigung der Rettungsbeihilfen auf einen Zeitraum von sechs Monaten deren maximale Laufzeit noch auf 12 Monate nach Auszahlung des letzten Teilbetrages ausgedehnt werden.<sup>268</sup> In diese Richtung geht nun auch wieder die Bankenmitteilung<sup>269</sup>, derzufolge staatliche Garantien zur Rettung betroffener Finanzinstitute – unter der Voraussetzung deren halbjährlicher Überprüfung – bis zu zwei Jahren genehmigungsfähig sind.<sup>270</sup>

#### 1.2.4. Der Erforderlichkeitsgrundsatz

Die Höhe der Rettungsbeihilfe muss auf den für die Weiterführung des Unternehmens während des vorgenannten Sechsmonatszeitraums notwendigen Betrag beschränkt sein.<sup>271</sup> Die Einhaltung dieser Voraussetzung wird vermutet, wenn der Mitgliedstaat die Höhe der Rettungsbeihilfe auf der Grundlage des negativen operativen *Cashflows* im Jahr vor der Anmeldung der Beihilfe (bzw bei nicht angemeldeten Beihilfen vor deren Vergabe) berechnet und dabei die im Anhang der

---

<sup>265</sup> Vgl Rz 26 R&U-LL 2004.

<sup>266</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 60.

<sup>267</sup> Vgl Presseerklärung IP/02/518 v 09.04.2002 – *Bankgesellschaft Berlin* (Verfahrenseröffnung).

<sup>268</sup> Vgl Rz 23 lit b R&U-LL 1999.

<sup>269</sup> S dazu Dritter Teil III 3.2.

<sup>270</sup> Vgl Rz 24 Bankenmitteilung.

<sup>271</sup> Die Kosten dringender struktureller Maßnahmen, wie sie seit dem Inkrafttreten der R&U-LL 2004 möglich sind, können hierin enthalten sein Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 61.

R&U-LL 2004 festgelegte Formel<sup>272</sup> verwendet. Beträge, die über den anhand dieser Formel errechneten Betrag hinausgehen, bedürfen indes einer eingehenden Begründung durch den Mitgliedstaat.<sup>273</sup>

#### 1.2.5. Der Grundsatz der einmaligen Beihilfe

Ferner muss die Rettungsbeihilfe dem Grundsatz der Einmaligkeit entsprechen. Seit dem Inkrafttreten der R&U-LL 2004 gilt der Einmaligkeitsgrundsatz sowohl für Umstrukturierungs- als auch für Rettungsbeihilfen; zuvor hatte dieser lediglich auf Umstrukturierungsbeihilfen Anwendung gefunden.<sup>274</sup>

Hat ein Unternehmen bereits in der Vergangenheit eine Rettungs- oder eine Umstrukturierungsbeihilfe erhalten, kann eine weitere Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten desselben Unternehmens erst zehn Jahre nach dem zuletzt eingetretenen der folgenden Ereignisse genehmigt werden: (i) der Gewährung einer (früheren) Rettungsbeihilfe, (ii) dem Abschluss einer (früheren) Umstrukturierungsphase, (iii) der Einstellung der Durchführung eines (früheren) Umstrukturierungsplans.<sup>275</sup> Dadurch soll vermieden werden, dass Unternehmen, die nur mit wiederholter staatlicher Unterstützung überleben können, künstlich aufrecht erhalten werden und Wettbewerber, die ohne derartige Maßnahmen auszukommen in der Lage sind, in ihrer Position beeinträchtigt werden.<sup>276</sup>

Vor Ablauf der Zehnjahresfrist, jedoch frühestens fünf Jahre nach der Gewährung der Rettungsbeihilfe, kann eine erneute Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfe nur ausnahmsweise genehmigt werden, und zwar dann, wenn sie aufgrund außergewöhnlicher und unvorhersehbarer Umstände erforderlich werden, die das Unternehmen nicht zu vertreten

---

<sup>272</sup> [EBIT + Abschreibungen + (Nettoumlaufvermögen – Nettoumlaufvermögen-1)]:2

<sup>273</sup> Vgl Rz 25 lit d R&U-LL 2004.

<sup>274</sup> Vgl *Anestis/Mavroghenis/Drakakakis*, Rescue and Restructuring Aid. A Brief Assessment of the Principle Provisions of the Guidelines, in EStAL 1/2004, 33.

<sup>275</sup> Vgl Rz 75 R&U-LL 2004. Für Unternehmensgruppen und Unternehmensübernahmen gelten Sondervorschriften s dazu Rz 75 u 76 R&U-LL 2004.

<sup>276</sup> Vgl Rz 72 R&U-LL 2004.

hat.<sup>277</sup> Als außergewöhnlich und unvorhersehbar idS gelten nur solche Umstände, die von der Unternehmensleitung „*unmöglich vorhergesehen werden konnten und die nicht auf Fahrlässigkeit oder Irrtümer der Unternehmensleitung [...] zurückzuführen sind*“<sup>278</sup>. Entgegen ihrer prinzipiell strengen Auslegung des Begriffs der außergewöhnlichen und unvorhersehbaren Umstände hat die Kommission in ihrer jüngeren Entscheidungspraxis sogar einen Abschwung erheblichen Ausmaßes in einem bestimmten Wirtschaftszweig als solcherart nicht vorhersehbares Ereignis anerkannt, wengleich wohl argumentiert hätte werden können, dass dieses zum allgemeinen unternehmerischen Risiko zählt.<sup>279</sup>

Die Kommission hat in ihrer Praxis – insb in politisch brisanten Fällen bei drohenden Insolvenzen großer Unternehmen – immer wieder Ausnahmen vom Grundsatz der Einmaligkeit gemacht.<sup>280</sup> So genehmigte sie etwa im Fall der *Crédit Lyonnais*<sup>281</sup>, wengleich unter der Verpflichtung der Erbringung einschneidender und umfangreicher Gegenleistungen, weitere Umstrukturierungsbeihilfen, nachdem dem Bankinstitut zuvor bereits je einmal Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen in beträchtlicher Höhe gewährt worden waren.

### **1.3. Die Genehmigungsvoraussetzungen für Umstrukturierungsbeihilfen**

Anders als Rettungsbeihilfen sind Umstrukturierungsbeihilfen darauf ausgerichtet, die langfristige Rentabilität eines Unternehmens in Schwierigkeiten wiederherzustellen.<sup>282</sup> Voraussetzung für die Genehmigung dieser Umstrukturierungsbeihilfen ist zunächst wiederum, dass das betreffende Unternehmen als ein solches in Schwierigkeiten

---

<sup>277</sup> Vgl Rz 73 lit c R&U-LL 2004.

<sup>278</sup> Vgl Fn 2 zu Rz 73 lit b R&U-LL 2004.

<sup>279</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 63 mwN: Komm, E v 01.12.2004, Fall C 10/2004, ABI 2005 L 342/81, Rz 71 – *Bull.*

<sup>280</sup> Vgl *Soltész/Marquier*, Härtere Zeiten für notleidende Unternehmen? Die neuen Kommissionsleitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, EWS 2005, 241 mwN.

<sup>281</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>282</sup> Vgl Rz 17 R&U-LL 2004.

befindlich angesehen werden kann.<sup>283</sup> Im Übrigen knüpft die Kommission die Genehmigungsfähigkeit von Umstrukturierungsbeihilfen an die nachstehenden Erfordernisse:

### **1.3.1. Die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität**

Kernvoraussetzung für die Vereinbarkeit einer Umstrukturierungsbeihilfe mit dem Gemeinsamen Markt ist die Vorlage eines Umstrukturierungsplans, der die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des notleidenden Unternehmens innerhalb einer angemessenen Frist und unter realistischen Annahmen zu belegen geeignet ist.<sup>284</sup> Der Inhalt des Umstrukturierungsplans ist dabei regelmäßig Gegenstand harter Verhandlungen zwischen der Kommission, dem notifizierenden Mitgliedstaat und dem Unternehmen in Schwierigkeiten.

Die Anforderungen der Kommission an den Inhalt eines Umstrukturierungsplans finden sich im Detail in Rz 35 ff R&U-LL 2004; weitere Vorgaben für die Ausgestaltung eines Umstrukturierungsplans enthält das allgemeine Anmeldeformular für die Notifizierung von Beihilfen an die Kommission.<sup>285</sup> Demnach muss der Umstrukturierungsplan zunächst die Umstände darlegen, die das Unternehmen in Schwierigkeiten gebracht haben. Auf dieser Grundlage muss dann unter Betrachtung sowohl der Ist-Situation als auch der voraussichtlichen zukünftigen Entwicklung der relevanten Märkte anhand verschiedener alternativer Szenarien eine Bewertung der Chance erfolgen, unter Zuhilfenahme bestimmter Maßnahmen die langfristige Rentabilität des Unternehmens sowie dessen Erhalt aus eigener Kraft zu erreichen.<sup>286</sup> Die Verbesserung der Rentabilität muss dabei primär durch unternehmensinterne Maßnahmen durchgeführt werden und darf sich nicht auf externe Faktoren wie etwa die Preis- oder Nachfrageentwicklung

---

<sup>283</sup> Vgl Rz 33 R&U-LL 2004.

<sup>284</sup> Vgl Rz 35 R&U-LL 2004.

<sup>285</sup> S Anhang I, Teil III.8.b (2) zu VO (EG) Nr 794/2004 v 21.04.2004, ABI 2004 L 140/1.

<sup>286</sup> Vgl Rz 35 R&U-LL 2004.

stützen, es sei denn die betreffenden Marktprognosen sind allgemein anerkannt.<sup>287</sup>

Ein Blick in die Kommissionspraxis zeigt, dass die Kommission in Fällen, in denen die Unternehmenskrise maßgeblich auf Fehler des bisherigen Managements rückführbar war, auch die Auswechslung desselben als Beitrag zur Umstrukturierung anerkannte.<sup>288</sup> Ferner forderte die Kommission etwa in den Fällen der *Bank Burgenland* oder der *BAWAG-PSK*<sup>289</sup>, wo die Unternehmenskrise ua auf fehlerhafte Risikokontrollstrukturen im Unternehmen zurückzuführen war, als integralen Bestandteil der Umstrukturierungsmaßnahmen die Verbesserung des Risikocontrollings, insb die Implementierung eines unabhängigen Risikomanagements und die allgemeine Verbesserung der Managementinformation, um zukünftig derartige Krisenursachen vermeiden zu helfen.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein genehmigter Umstrukturierungsplan mit Zustimmung der Kommission auch noch während der Umstrukturierungsphase geändert werden.<sup>290</sup> Wird der Umstrukturierungsplan jedoch ohne Genehmigung der Kommission aufgrund von Umständen nicht eingehalten, die der betreffende Mitgliedstaat oder der Beihilfeempfänger zu vertreten haben, führt dies zur Unzulässigkeit der Umstrukturierungsbeihilfe.<sup>291</sup>

Die Kommission verlangt grds, dass der Umstrukturierungsplan bereits zum Zeitpunkt der Beihilfengewährung vorliegt, lässt in der Praxis jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, nämlich dann, wenn ein

---

<sup>287</sup> Vgl Rz 35 R&U-LL 2004.

<sup>288</sup> S etwa Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 126 – *SachsenLB* (von der Kommission als *Moral Hazard*-Problematik bezeichnet).

<sup>289</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 85 – *Bank Burgenland*; Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 178 – *BAWAG-PSK*.

<sup>290</sup> Vgl Rz 52 R&U-LL 2004.

<sup>291</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 760.

Unternehmen vorerst durch Rettungsbeihilfen gestützt wird und diese im weiteren Verfahren in Umstrukturierungsbeihilfen überführt werden.<sup>292</sup>

Der Zeitraum für die Umsetzung des Umstrukturierungsplans ist „so kurz wie möglich zu bemessen“<sup>293</sup>, wobei die Kommission idR einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren als angemessene Frist für die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität erachtet.<sup>294</sup>

### 1.3.2. Die Vermeidung unzumutbarer Wettbewerbsverfälschungen

Umstrukturierungsbeihilfen müssen von Maßnahmen begleitet werden, welche die nachteiligen Auswirkungen der Beihilfe auf die Handelsbedingungen weitestgehend abschwächen, sodass die Umstrukturierungsbeihilfe entsprechend der Forderung des Art 87 Abs 3 lit c EGV nicht „dem gemeinsamen Interesse zuwider läuft“. <sup>295</sup> Auch bei diesem Tatbestandsmerkmal zeigt sich die Verschärfung der Genehmigungsbedingungen der R&U-LL 2004 gegenüber jener der R&U-LL 1999: Während die R&U-LL 1999 derartige Ausgleichsmaßnahmen auf Märkte mit strukturellen Überkapazitäten begrenzt hatten, wurde in den R&U-LL 2004 auf diese Einschränkung verzichtet.

Als geeignete Ausgleichsmaßnahmen nennen die R&U-LL 2004 die Veräußerung von Vermögenswerten, die Beschränkung der Marktpräsenz durch Verkäufe von Teilen des notleidenden Unternehmens<sup>296</sup>, den

---

<sup>292</sup> S etwa Pressemitteilung der Kommission IP/08/849 v 04.06.2008: „Kommission gibt grünes Licht für Umstrukturierung der SachsenLB“.

<sup>293</sup> Rz 35 R&U-LL 2004.

<sup>294</sup> S etwa Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1, Rz 251 ff – *Bankgesellschaft Berlin*; Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 185 – *BAWAG-PSK*; Komm, E v 02.04.2008, Fall NN 1/2008, ABI 2008 C 135/21, Rz 117 – *Northern Rock*.

<sup>295</sup> Vgl Rz 38 ff R&U-LL 2004. Zur Ausnahme für kleine Unternehmen s Rz 57 lit a R&U-LL 2004.

<sup>296</sup> Vgl etwa Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1, Rz 262 – *Bankgesellschaft Berlin*; vgl auch Komm, E v 10.11.1999, ABI 2000 L 256/21, Rz 110 – *Banco di Sicilia*: In diesem Fall bestand eine Auflage zulasten der *Banco di Sicilia* darin, dass diese in Sizilien 55 Geschäftsstellen entweder zu schließen oder zu veräußern hatte.

Kapazitätsabbau durch Beschränkung der Produktions- oder Leistungskapazitäten<sup>297</sup> oder Marktöffnungsmaßnahmen durch Senkung der Zutrittsschranken zu den betreffenden Märkten.<sup>298</sup> Die Ausgleichsmaßnahmen werden idR unmittelbar vom Beihilfegünstigten verlangt, wobei der Mitgliedstaat deren Umsetzung sicherzustellen hat.<sup>299</sup> Maßnahmen, die notwendiger Bestandteil der Umstrukturierung als solche sind, dh zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des Unternehmens erforderlich sind, wie etwa die Schließung defizitärer Geschäftsbereiche, können nicht zugleich als Ausgleichsmaßnahme berücksichtigt werden.<sup>300</sup>

Infolge des Verhältnismäßigkeitsprinzips richtet sich der Umfang der erforderlichen Maßnahmen nach den durch die Beihilfe verursachten Verzerrungseffekten und insb nach der Größe und Stellung des Unternehmens auf dem jeweiligen Markt.<sup>301</sup> Indes besteht nach der Genehmigungspraxis der Kommission keine ausdrückliche numerische Korrelation zwischen dem Betrag der gewährten Beihilfe und der Höhe der erforderlichen Kapazitätsreduzierung.<sup>302</sup> Auch verlangt die Kommission keine Kausalität zwischen der Entstehung der Unternehmenskrise und der erforderlichen Kapazitätsreduzierung, sodass sich die Abschmelzung nicht auf jene Teile des Unternehmens beschränkt, die für die Schwierigkeiten ursächlich waren.<sup>303</sup>

In der bisherigen Genehmigungspraxis der Kommission zu Beihilfen im Bankensektor wurde regelmäßig eine Verkleinerung des Filialnetzes von beihilfegünstigten Banken um 10% bis 35%<sup>304</sup> als Reduzierung der Marktpräsenz eingefordert. In ihrer Vereinbarkeitsentscheidung zur

---

<sup>297</sup> Vgl etwa Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1, Rz 262 – *Bankgesellschaft Berlin*.

<sup>298</sup> Vgl Rz 39 R&U-LL 2004.

<sup>299</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 66.

<sup>300</sup> Vgl Rz 40 R&U-LL 2004.

<sup>301</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 194 – *BAWAG-PSK*.

<sup>302</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 762.

<sup>303</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 764.

<sup>304</sup> Gemessen an der Bilanzsumme. S etwa Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 2 lit c – *Crédit Lyonnais I* (hier sogar min 35%).

Rettung der *Bank Burgenland*<sup>305</sup> stellte die Kommission etwa fest, sie habe in mehreren Entscheidungen<sup>306</sup> betreffend die Sanierung von Banken eine Reduzierung der Marktpräsenz um 10% als ausreichend angesehen, jedenfalls in solchen Fällen, in denen die betroffenen Banken in den Jahren vor ihren wirtschaftlichen Schwierigkeiten eine expansive Geschäftspolitik betrieben hatten. Demgegenüber teilte die Kommission in ihrer Entscheidung zur *Bankgesellschaft Berlin*<sup>307</sup> mit, dass eine Gesamtreduzierung von etwa 25% des Bilanzvolumens der Kommissionspraxis in ähnlich gelagerten Fällen des Finanzdienstleistungssektors entspreche.

Für Umstrukturierungsbeihilfen an Unternehmen in Fördergebieten – wie etwa im Fall der *Bank Burgenland*<sup>308</sup> geschehen – kann die Kommission allgemein geringere Ausgleichsmaßnahmen zulassen als in anderen Gebieten.<sup>309</sup> Im Übrigen erachtete die Kommission bei Banken geringer Größe mit nur kleiner Marktstellung eine Reduzierung des Geschäftsstellennetzes zum Ausgleich der wettbewerbsverfälschenden Wirkung der Beihilfemaßnahme vielfach als gar nicht erforderlich.<sup>310</sup>

### 1.3.3. Die Begrenzung auf das erforderliche Mindestmaß

Die Höhe und die Intensität der Umstrukturierungsbeihilfe müssen sich auf das unbedingt nötige Mindestmaß zur Wiederherstellung der Rentabilität beschränken.<sup>311</sup> Die Umstrukturierung darf nicht dazu führen, dass dem Unternehmen überschüssige Liquidität zugeführt wird, die es zu einem aggressiven und marktverzerrenden Verhalten in anderen, von den Umstrukturierungsprozessen nicht berührten Tätigkeitsbereichen verwenden könnte. Auch darf die Beihilfe nicht zur Finanzierung von

---

<sup>305</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 101 – *Bank Burgenland*.

<sup>306</sup> Vgl etwa Komm, E v 29.07.1998, ABI 1999 L 116/36 – *Banco di Napoli*, Rz 36; Komm, E v 10.11.1999, ABI 2000 L 256/21, Rz 110 – *Banco di Sicilia e Sicilcassa*.

<sup>307</sup> Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1, Rz 282 – *Bankgesellschaft Berlin*.

<sup>308</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 90 – *Bank Burgenland*.

<sup>309</sup> Vgl Rz 56 R&U-LL 2004.

<sup>310</sup> S etwa Komm, E v 14.10.1998, ABI 1999 L 198/1 – *Société Marseillaise de Crédit*, Komm, E v 23.06.1999, ABI 2001 L 34/36, Rz 10 – *Crédit Foncier de France*.

<sup>311</sup> Vgl Rz 7 R&U-LL 2004.

Neuinvestitionen verwendet werden, die für die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität nicht unbedingt notwendig sind.<sup>312</sup>

Darüber hinaus hat der Beihilfeempfänger einen bedeutenden Eigenbeitrag entweder aus eigenen Mitteln oder durch Fremdfinanzierung zur Umstrukturierung zu leisten, wobei der eigene Finanzierungsbeitrag keine versteckten Beihilfeelemente enthalten darf.<sup>313</sup> In den R&U-LL 2004 hat die Kommission erstmalig konkrete Mindestschwellen für diesen Eigenanteil festgelegt:<sup>314</sup> Dieser liegt für große Unternehmen bei min 50%, für mittlere Unternehmen bei min 40% und für kleine Unternehmen bei min 25% der betreffenden Umstrukturierungskosten.<sup>315</sup> „In außergewöhnlichen Umständen und in Härtefällen“ kann die Kommission ausnahmsweise geringere Beiträge akzeptieren<sup>316</sup>, wobei die Kommissionspraxis sich hier allerdings als sehr zurückhaltend zeigt.<sup>317</sup>

Als Eigenbeitrag anerkennt die Kommission insb die Veräußerung von Vermögenswerten und Beteiligungen zur Deckung der Umstrukturierungskosten und des Kapitalbedarfs<sup>318</sup>, sodass es insoweit zu einer „Doppelverwertung“ dieser Zusagen zum einen als Eigenbeitrag und zum anderen auch als Ausgleichsmaßnahme kommen kann.<sup>319</sup> Neben Eigenbeiträgen des Beihilfeempfängers akzeptiert die Kommission – wie etwa im Fall der *SachsenLB* geschehen – auch Kapitalisierungsbeiträge des aktuellen oder des zukünftigen Gesellschafters.<sup>320</sup>

---

<sup>312</sup> Vgl Rz 45 R&U-LL 2004.

<sup>313</sup> Vgl Rz 43 u Fn 1 zu Rz 44 R&U-LL 2004. Dies ist zB der Fall, wenn ein entsprechendes Darlehen von der öffentlichen Hand nicht zu marktgemäßen Bedingungen gewährt oder dieses von staatlichen Bürgschaften unterlegt wird, die ein Beihilfeelement enthalten.

<sup>314</sup> In Rz 40 R&U-LL 1999 sind solche konkreten Werte noch nicht enthalten.

<sup>315</sup> Vgl Rz 44 R&U-LL 2004.

<sup>316</sup> Vgl Rz 44 R&U-LL 2004.

<sup>317</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 69 mwN.

<sup>318</sup> Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32, Rz 104 ff – *IKB*.

<sup>319</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) 285 Rz 767 mwN.

<sup>320</sup> S etwa Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 112 ff – *SachsenLB*.

Im Fall der *Bank Burgenland*<sup>321</sup> akzeptierte die Kommission sogar einen Rückgang der Bilanzsumme der Bank durch den Verlust von Kundenbeziehungen aufgrund der negativen Publizität, die mit den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Bank einherging, allein aufgrund des Umstandes, dass diese Einbußen von der Bank aus eigener Anstrengung getragen wurden. Auch der Abbau von Personal und die Reduzierung von Materialkosten wurden von der Kommission als Eigenbeitrag der *Bank Burgenland* anerkannt.

Wie bei den Ausgleichsmaßnahmen kann die Kommission auch hinsichtlich der Eigenleistung an Unternehmen in Fördergebieten weniger strenge Anforderungen stellen.<sup>322</sup>

#### **1.3.4. Besondere wettbewerbsorientierte Genehmigungsbedingungen**

Zusätzlich zu den oben erwähnten Ausgleichsmaßnahmen kann die Kommission den Mitgliedstaaten zusätzliche Bedingungen und Auflagen erteilen, die sie für erforderlich erachtet, damit durch die Gewährung der Umstrukturierungsbeihilfe der Wettbewerb nicht in einer dem gemeinsamen Interesse entgegenstehenden Weise verfälscht wird.<sup>323</sup> So können Mitgliedstaaten etwa allgemein zu eigenen wettbewerbsschützenden Aktivitäten oder zur Zusage, dem Beihilfeempfänger während der Umstrukturierungsphase keine Beihilfen mit anderen Zielsetzungen zu gewähren, verpflichtet werden.<sup>324</sup>

Die österreichische Bundesregierung etwa musste sich für die Genehmigung von Beihilfen zugunsten der *BAWAG-PSK*<sup>325</sup> verpflichten, das Kreditinstitut während eines bestimmten Zeitraumes nicht als Emittenten von Schuldverschreibungen des Bundes auszuwählen. Im Fall

---

<sup>321</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 107 u 108 – *Bank Burgenland*.

<sup>322</sup> Vgl Rz 56 R&U-LL 2004.

<sup>323</sup> Vgl Rz 46 R&U-LL 2004.

<sup>324</sup> Vgl Rz 46 R&U-LL 2004.

<sup>325</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Art 2 Abs 4 – *BAWAG-PSK*.

*SachsenLB*<sup>326</sup> musste die deutsche Bundesregierung neben Veräußerungszusagen auch Verhaltenszusagen hinsichtlich der Geschäftspolitik der Erwerberin der *SachsenLB* in bestimmten Geschäftsfeldern im Freistaat Sachsen abgeben.

Verfahrensrechtlich handelt es sich dabei je nach Tenorierung der Entscheidung entweder um Bedingungen oder Auflagen iSd Art 7 Abs 4 VVO. In den meisten Fällen lässt sich der Tenorierungspraxis der Kommission allerdings nicht eindeutig entnehmen, ob sie eine Nebenbestimmung einer Entscheidung als Bedingung oder Auflage ansieht.<sup>327</sup> In Art 1 des Tenors heißt es häufig, dass die Beihilfe zum Teil für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werde, „sofern“ der Mitgliedstaat die in Art 2 genannten Zusagen einhalte.<sup>328</sup> Art 2 ist dann regelmäßig so formuliert, dass die Rechtsnatur der jeweiligen Nebenbestimmung nicht erkennbar ist. In anderen Vereinbarkeitsentscheidungen werden die Nebenbestimmungen unterschiedslos als „*Bedingungen und Verpflichtungen*“ bzw. „*Bedingungen und Auflagen*“ tituliert, ohne dass aus der Tenorierung der Entscheidung immer eindeutig hervorgeht, welche Nebenbestimmung Bedingung oder Auflage im Rechtssinn sein soll.<sup>329</sup> Im Übrigen sind die Begriffe „Auflagen“ und „Bedingungen“ im Beihilfeverfahrensrecht nicht klar definiert. Allerdings hat sich in Anlehnung an das Verfahrensrecht der Fusionskontrolle das Verständnis durchgesetzt, dass eine Bedingung typischerweise direkt auf den Bestand einer Entscheidung einwirkt, während die Nichteinhaltung der Auflage die Wirksamkeit der Entscheidung zunächst unberührt lässt.<sup>330</sup>

---

<sup>326</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 124 – *SachsenLB*.

<sup>327</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) 279 Rz 757.

<sup>328</sup> S etwa Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1 – *Bankgesellschaft Berlin*.

<sup>329</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*. Hier legt die Tenorierung von Art 2 Abs 3 der Entscheidung nahe, die Kommission betrachte die Verhaltenszusagen als Auflagen wobei dort die Kommission den Begriff der Verpflichtung gewählt hat.

<sup>330</sup> Vgl *Ehricke*, Auflagen, Bedingungen und Zusagen in Beihilfeentscheidungen der Kommission, EWS 2006, 241 mwN.

Eine – va im Bereich des Bankensektors – bedeutende faktische Auflage/Bedingung stellt die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens dar, das Umstrukturierungsbeihilfen erhalten soll bzw hat. In der Vergangenheit gehörten Verpflichtungserklärungen der Mitgliedstaaten über die Privatisierung zumindest von Teilen der jeweils betroffenen staatlichen Bank zum festen Bestandteil der Genehmigungspolitik der Kommission.<sup>331</sup> Bereits im Fall *Banco Sicilia*<sup>332</sup> erachtete die Kommission die Überführung der Bank in privatwirtschaftliche Anteilseignerschaft als förderlich für die Gesundung des Unternehmens:

*„Die Kommission schätzt ein, dass die Privatisierung eine endgültige Lösung der [...] Probleme der BS [Anm: Banco Sicilia] bringen und dazu beitragen dürfte, dass die Bank in Zukunft auf ihre privaten Anteilseigner und auf den Markt zurückgreift, um sich die von ihr benötigten zusätzlichen Mittel zu beschaffen.“*

Auch in ihrer Entscheidung zu dem zuvor im Eigentum des Österreichischen Gewerkschaftsbundes (ÖGB) stehenden Bankunternehmens *BAWAG-PSK* gelangt dies klar zum Ausdruck:

*„Für die Kommission ist der Übergang der BAWAG-PSK als Ganzes unter die Kontrolle eines privaten Kapitalgebers für die Lösung der auftretenden Schwierigkeiten und eine positive wirtschaftliche Entwicklung der Bank von zentraler Bedeutung. In der Tat kann [...] davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmen unter der Kontrolle eines neuen, privaten Eigentümers bessere Aussichten auf langfristige Rentabilität hat und auf diese Weise sichergestellt wird, dass keine weiteren Beihilfen notwendig werden.“<sup>333</sup>*

---

<sup>331</sup> Komm, E v 10.11.1999, ABI 2000 L 256/21 – *Banco di Sicilia*; Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1 – *Bankgesellschaft Berlin*; Komm, E v 07.05.2004, ABI 2005 L 263/8 – *Bank Burgenland*.

<sup>332</sup> Komm, E v 10.11.1999, ABI 2000 L 256/21, Rz 119 – *Banco di Sicilia*.

<sup>333</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 175 – *BAWAG-PSK*.

Es steht außer Zweifel, dass die Kommission die Genehmigung von Umstrukturierungsbeihilfen im Rahmen ihrer wirtschaftspolitischen Ermessensausübung von Veräußerungszusagen des staatlichen Beihilfeempfängers abhängig machen kann.<sup>334</sup> Nicht ausdrücklich geäußert hat sich die Rsp allerdings bislang zur Frage, ob dies auch die Auflage/Bedingung einer gänzlichen Privatisierung des Beihilfeempfängers umfassen kann.<sup>335</sup> Angesichts der Neutralität des EGV gegenüber Eigentumsverhältnissen an Unternehmen (Art 295 EGV) wird die Befugnis der Kommission, die Privatisierung eines Unternehmens zur Auflage/Bedingung der Gewährung einer staatlichen Beihilfe zu machen, in der Lit in Frage gestellt.<sup>336</sup> Allerdings kann angesichts der Tatsache, dass die Aushandlung der Auflagen als Voraussetzung für die Genehmigung der Umstrukturierungsbeihilfe weniger in einem von präzisen Rechtsregeln, sondern vielmehr in einem überwiegend von faktischen Machtgegebenheiten geprägten Rahmen stattfindet, eine weitere Klärung dieser Frage mE als weitgehend müßig erachtet werden. So kommt es – wie etwa im Fall *Crédit Lyonnais*<sup>337</sup> – in der Praxis häufig zur Situation, dass der Mitgliedstaat mitunter auf entsprechenden Druck der Kommission die Zusage erteilt, das betreffende Unternehmen zu privatisieren und die Beihilfe von der Kommission auf dieser Grundlage für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird.<sup>338</sup>

Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Kommission in ihren Entscheidungen offensichtlich bemüht ist zu vermeiden, die Privatisierung explizit als Auflage/Bedingung anzuführen. So erwähnte die Kommission etwa im Fall *Crédit Lyonnais* die seitens der französischen Regierung zugesagte Privatisierung zwar in ihrer Entscheidung an mehreren Stellen

---

<sup>334</sup> Vgl Rz 46 R&U-LL 2004.

<sup>335</sup> Bezweifelt wird dies von *Ehlermann*, State Aid Control; Failure or Success?, Vortragsmanuskript v 18.01.1995, veröffentlicht auf der Website der GD Wettbewerb, 7.

<sup>336</sup> S etwa *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 934; s auch *Gross*, Das Europäische Beihilfenrecht im Wandel – Probleme, Reformen und Perspektiven (2004) 67; s auch *Idot*, Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire, RTD Eur 1998, 307.

<sup>337</sup> Komm, E v 16.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*.

<sup>338</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) 336 Rz 934.

ausdrücklich, vermied es jedoch die Privatisierung explizit als Auflage/Bedingung zu bezeichnen:

*„Die Kommission hat der Erklärung der französischen Behörden Rechnung getragen, wonach dem Crédit Lyonnais eindeutig das Ziel der Privatisierung vorgegeben ist und die Bank dank der erwarteten Sanierung in der Lage sein dürfte, binnen fünf Jahren für eine Privatisierung bereit zu sein. Eine Rückstellung der Privatisierung über die genannte Frist von fünf Jahren hinaus ist der Kommission anzuzeigen.“<sup>339</sup>*

### **1.3.5. Die Berichtspflicht**

Schließlich setzt die Genehmigung einer Umstrukturierungsbeihilfe die Verpflichtung des Mitgliedstaates voraus, der Kommission über die ordnungsgemäße Einhaltung des Umstrukturierungsplans regelmäßig Berichte vorzulegen. Bei Umstrukturierungsbeihilfen an große Unternehmen ist der erste Bericht idR binnen sechs Monaten nach Genehmigung der Umstrukturierungsbeihilfe abzugeben, wobei in weiterer Folge eine Jahresberichtspflicht gilt. Im Fall von kleinen oder mittleren Unternehmen genügt idR die Übermittlung der jährlichen Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz.<sup>340</sup>

Wird der Umstrukturierungsplan indes nicht ordnungsgemäß umgesetzt, betrachtet die Kommission dies als missbräuchliche Anwendung von Beihilfen gem Art 16 VVO.

## **2. Entscheidungen der Kommission zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor**

Im Folgenden sollen Leitentscheidungen der Kommission zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an notleidende Banken vorgestellt werden,

---

<sup>339</sup> Komm, E v 16.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Rz 118 – *Crédit Lyonnais I*.

<sup>340</sup> Vgl 49-51 R&U-LL 2004.

welche die Kommission unter Zugrundelegung der jeweils in den R&U-LL 1994, 1999 bzw 2004 dargelegten Maßstäbe und Grundsätze vor Anbeginn der Finanzkrise beurteilt hat. Ziel der Untersuchung der einzelnen Entscheidungen ist es, die in den jeweiligen R&U-LL grundgelegten und durch die Kommissionspraxis weiter präzisierten Kriterien und Maßstäbe zu identifizieren, welche die Kommission im Rahmen ihrer beihilfenrechtlichen Beurteilung von Rettungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen im Bankensektor angewandt hat.

Aufgrund des begrenzten Umfangs vorliegender Arbeit wird davon abgesehen, die ausgewählten Entscheidungen der Kommission zum *Crédit Lyonnais*<sup>341</sup>, zur *Bank Burgenland*<sup>342</sup> sowie zur *BAWAG PSK*<sup>343</sup> detailliert zu besprechen. Vielmehr sollen anhand dieser Entscheidungen schlaglichtartig wesentliche Entscheidungspassagen beleuchtet und so fallorientiert ein Bild der bisherigen Kommissionspraxis nachskizziert werden.

## 2.1. *Crédit Lyonnais*<sup>344</sup>

Der Fall des *Crédit Lyonnais* Finanzkonzerns (im Folgenden: CL) markierte für die Beihilfenaufsicht der Kommission eine besonders wichtige Etappe. Zum einen handelte es sich um den zum damaligen Zeitpunkt höchsten Beihilfebetrag, der seit Bestehen der Gemeinschaft je einem einzelnen Unternehmen gewährt wurde<sup>345</sup>, zum anderen war die Kommission erstmals gefordert, einen Beihilfenfall dieser Komplexität zu prüfen.

Im Mai 1995 eröffnete die Kommission ein förmliches Beihilfeverfahren nach Art 88 Abs 2 EGV gegen die Französische Republik, dessen

---

<sup>341</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*; Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>342</sup> Komm, E v 07.05.2004, ABI 2005 L 263/8 – *Bank Burgenland*.

<sup>343</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – *BAWAG-PSK*.

<sup>344</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*; Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>345</sup> Vgl etwa Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*, Tz 7.3. und 8.

Gegenstand die Sanierung des CL war. Am 26. Juli 1995 genehmigte die Kommission die Sanierung des CL. Die staatlichen Maßnahmen zugunsten des CL umfassten (i) eine Kapitalerhöhung im Jahr 1995 iHv FF 4,9 Mrd sowie (ii) die Auslagerung, dh den Verkauf von bestimmten Aktiva an eine Auffangstruktur, das *Consortium de Réalisations* (CDR), eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des CL. Bei den verkauften Aktiva handelte es sich um Immobilien und andere Vermögenswerte, darunter auch Beteiligungen an anderen Banken. Durch den Verkauf dieser Aktiva an das CDR sollte sich der CL sanieren. Das CDR sollte den Kaufpreis für diese Aktiva durch ein vom CL zu gewährendes Beteiligungsdarlehen iHv FF 135 Mrd finanzieren. Dieses Darlehen wurde zunächst seitens des CL an die öffentliche Verwaltungseinrichtung EPFR (*Etablissement Public de Financement et Restructuration*) und dann seitens EPFR an das CDR gewährt. Das EPFR wiederum nahm beim CL ein Darlehen iHv FF 145 Mrd auf, um dem CDR das Beteiligungsdarlehen iHv FF 135 Mrd gewähren zu können. Die restlichen FF 10 Mrd sollte das EPFR dazu verwenden, eine Nullkupon-Anleihe in gleicher Höhe zu zeichnen, was in weiterer Folge jedoch nicht geschah. Die Zeichnung der Nullkupon-Anleihe hätte es dem EPFR ermöglichen sollen Erlöse zu erzielen, mit denen die beim CDR aufgelaufenen Verluste ausgeglichen werden können. Beide Darlehen, dh jenes im Verhältnis CL zu EPFR und jenes im Verhältnis EPFR zu CDR sollten am 31. Dezember 2014 fällig werden. Während der CL das Darlehen an das EPFR über die Kapitalmärkte finanzieren sollte, sollte das CDR das Darlehen aus den Erlösen tilgen, die durch den Verkauf der Aktiva anfallen würden.

Diese Lösung über die Auffangstruktur hat es dem CL ermöglicht, niedrigere Rückstellungen und Verluste auszuweisen und so den gesetzlichen Solvabilitätskoeffizienten einzuhalten. Daher nahm die Kommission an, dass die Kosten für die Auffangstruktur danach zu berechnen waren, wieviel Eigenkapital der CL ohne Auffangstruktur hätte aufwenden müssen, um den Solvabilitätskoeffizienten zu erhalten. Auf dieser Grundlage errechnete die Kommission die Kosten der Auffangstruktur mit höchstens FF 45 Mrd. Mit ihrer Entscheidung vom

26. Juli 1995 genehmigte die Kommission unter Auflagen sodann beide staatlichen Unterstützungsmaßnahmen, dh (i) die Kapitalerhöhung iHv FF 4 Mrd und (ii) die Kosten der Auffangstruktur iHv FF 45 Mrd.<sup>346</sup> Die Kommission erachtete dabei die Maßnahmen auf der Grundlage des Art 92 Abs 3 lit c EGV<sup>347</sup> als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und insb in Einklang mit den R&U-LL 1994.

Die Kapitalerhöhung selbst stufte die Kommission implizit als Rettungsbeihilfe ein, da diese nicht Bestandteil eines Sanierungsplanes war. Die Auffangstruktur und ihre Finanzierung genehmigte die Kommission indes als Teil eines Umstrukturierungsplans. Als Gegenleistung musste der CL bis Ende 1998 seine Geschäftspräsenz im Ausland einschließlich des europäischen Bankennetzes um, gemessen an der Bilanzsumme, min 35% reduzieren, was einem Anteil von etwa 50% seiner Aktiva im europäischen Ausland entsprach.<sup>348</sup> Darüber hinaus war in der Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission vorgesehen, dass bei einer Überschreitung der errechneten Kosten für die Auffangstruktur iHv FF 45 Mrd der Umfang der von den französischen Behörden akzeptierten Reduzierung der Geschäftspräsenz des CL überprüft werden müsse.<sup>349</sup> Es kann angenommen werden, dass für die Genehmigung der Beihilfemaßnahmen durch die Kommission die Privatisierungszusage der französischen Behörden maßgeblich war<sup>350</sup>, „*wonach dem Crédit Lyonnais eindeutig das Ziel der Privatisierung vorgegeben ist und die Bank dank der erwarteten Sanierung in der Lage sein dürfte, binnen fünf Jahren für eine Privatisierung bereit zu sein*“<sup>351</sup>.

Als sich die finanzielle Lage des CL jedoch schon kurze Zeit nach der ersten Entscheidung der Kommission weiter verschlechterte, unterrichteten die französischen Behörden die Kommission von zusätzlichen Beihilfemaßnahmen zugunsten des CL. Die Kommission

---

<sup>346</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 1 – *Crédit Lyonnais I*.

<sup>347</sup> Art 92 Abs 3 lit c EG entspricht dem heutigen Art 87 Abs 3 lit c EG.

<sup>348</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 2 lit c – *Crédit Lyonnais I*.

<sup>349</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 2 lit c – *Crédit Lyonnais I*.

<sup>350</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 581.

<sup>351</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 3 – *Crédit Lyonnais I*,

beschloss daraufhin am 26. September 1996 ein weiteres Beihilfeverfahren einzuleiten, welches sich insb auf die folgenden Punkte konzentrierte: (i) die französische Regierung führte im September 1996 beim CL eine weitere Kapitalerhöhung iHv FF 4 Mrd durch; (ii) das vom CL an das CDR gewährte Darlehen wurde nicht – wie ursprünglich vorgesehen – iHv FF 145 Mrd, sondern lediglich iHv FF 135 Mrd gewährt mit der Folge, dass der EPFR nicht die für die Zeichnung der Nullkupon-Anleihe erforderlichen Gelder erhielt; (iii) die Refinanzierung des Darlehens des CL an das CDR bereitete dem CL erhebliche Schwierigkeiten, weshalb die französischen Behörden einen Plan erarbeiteten, demgemäß der CL in Bezug auf das gegenständliche Darlehen vollständig entlastet und die Refinanzierungskosten vom Staat getragen werden sollten (sog „*Neutralisierung des Darlehens*“<sup>352</sup>).

Mit Entscheidung vom 20. Mai 1998 genehmigte die Kommission auch die neuen Maßnahmen der französischen Behörden. In ihrer Entscheidung stellte die Kommission zunächst fest, dass sie bei der Untersuchung der zusätzlichen Beihilfevorhaben zugunsten des CL der Tatsache Rechnung trage, dass sie diesem bereits im Jahr 1995 Beihilfen nach den R&U-LL 1994 genehmigt hatte. Angesichts deren wettbewerbsverzerrender Wirkung und des Umstandes, dass zu den umfangreichen von ihr bewilligten Beihilfen nunmehr neue, in noch nie dagewesener Höhe hinzukommen, führe dazu, dass *„solche zusätzlichen Beihilfen nur dann als mit den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags vereinbar angesehen werden können, wenn einschneidende und umfangreiche Gegenleistungen erbracht werden“*<sup>353</sup>. Das Unternehmen müsse *„im Gegenzug einen besonders großen Beitrag“* leisten, der *„dem Ausnahmecharakter und der Höhe der ihm gewährten Beihilfen angemessen“*<sup>354</sup> ist. Dazu führte die Kommission weiter aus:

---

<sup>352</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 11.2. Art 1 Abs 1 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>353</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 2.4 – *Crédit Lyonnais II*,

<sup>354</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 2.4 – *Crédit Lyonnais II*,

*„Derartige Gegenleistungen sollten sich aber nicht auf Bereiche beschränken, die nicht mehr zu den strategischen Schwerpunkten zählen, sondern sollten auch Geschäftsfelder erfassen, deren Veräußerung geeignet ist, die mit der staatlichen Unterstützung verbundenen Nachteile für die Wettbewerber auszugleichen, sowie alles, was zur Existenzfähigkeit des CL-Kerngeschäfts nicht absolut erforderlich ist.“<sup>355</sup>*

In Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entschied die Kommission, dass in Anbetracht der außerordentlichen Höhe der eingesetzten Finanzmittel

*„allein der Staat mit seiner praktisch unbeschränkten Kapazität der Finanzierung aus Steuermitteln oder über Anleihen auf dem Kapitalmarkt in der Lage war, ein solches Finanzvolumen bereitzustellen. Kein privater Konzern in Europa und wahrscheinlich auf der ganzen Welt hätte eine entsprechende Finanzierungskapazität gehabt.“<sup>356</sup>*

Zudem sei die Rendite der zur Rettung des CL investierten Mittel in keiner Weise vergleichbar mit jener Rendite, die ein privater Investor bei einer risikobehafteten Kapitalmaßnahme erwarten würde.<sup>357</sup> Ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber wäre daher nicht in dieser Weise vorgegangen, weshalb die fraglichen Maßnahmen zur Rettung und Umstrukturierung des CL – unter Bejahung der drohenden Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels und dem Vorliegen einer zumindest potentiellen Wettbewerbsverfälschung – staatliche Beihilfen darstellen.<sup>358</sup> Hinsichtlich der Kriterien der Handelsbeeinträchtigung und Wettbewerbsverfälschung stellte die Kommission lediglich knapp fest, dass eine Beihilfe zugunsten eines

---

<sup>355</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 2.4 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>356</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 8 – *Crédit Lyonnais II*,

<sup>357</sup> In Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 3 – *Crédit Lyonnais I* wurde die entsprechende Jahresrendite auf 12% der investierten Gelder geschätzt.

<sup>358</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 8 – *Crédit Lyonnais II*.

internationalen Finanzkonzerns wie des CL, der auf den internationalen Märkten und im Wettbewerb mit anderen europäischen Finanzinstituten Finanzdienstleistungen anbietet, zu Wettbewerbsstörungen im innergemeinschaftlichen Handel führen kann.<sup>359</sup> Die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen habe zur Folge, dass sich Wettbewerbsverzerrungen in zunehmendem Maß auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken. Ohne die gegenständliche Beihilfe würde ggf eine gänzliche oder eine teilweise Liquidation des CL oder ein Verkauf an ein oder mehrere solidere Finanzinstitute erfolgen. In einem solchen Fall könnte ein Wettbewerber das Kreditinstitut oder seine Geschäftsbereiche erwerben.<sup>360</sup>

In weiterer Folge prüfte die Kommission die Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt auf der Grundlage von Art 92 Abs 3 lit c EGV<sup>361</sup>. Eine Anwendung des Art 92 Abs 3 lit b EGV<sup>362</sup>, welcher die Genehmigung staatlicher Beihilfen zur Behebung einer schwerwiegenden wirtschaftlichen Störung erlaubt, schloss die Kommission indes mit der Begründung aus, dass die gegenständliche Beihilfe darauf abziele, die Schwierigkeiten eines einzigen Begünstigten, des CL, und nicht des gesamten Wirtschaftszweigs zu beheben. Deshalb könne die gewährte Beihilfe auch nicht als im gemeinsamen europäischen Interesse liegend betrachtet werden.<sup>363</sup>

Die Kosten für die Auffangstruktur wurden erstmals in einer Bandbreite berechnet, sodass die Kommission die neuen Beihilfen in einem Umfang von FF 53 bis 98 Mrd genehmigte.<sup>364</sup>

Für eine Beschränkung der wettbewerbsverzerrenden Effekte der staatlichen Beihilfe musste der CL als Gegenleistung nahezu alle<sup>365</sup> in

---

<sup>359</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 9 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>360</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 9 – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>361</sup> Art 92 Abs 3 lit c EGV entspricht Art 87 Abs 3 lit c EGV idgF.

<sup>362</sup> Art 92 Abs 3 lit b EGV entspricht Art 87 Abs 3 lit b EGV idgF.

<sup>363</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 10.1 – *Crédit Lyonnais II*

<sup>364</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tabelle 15 – *Crédit Lyonnais II*.

seiner Bilanz zum 31. Dezember 1994 ausgewiesenen Aktiva im europäischen Ausland veräußern oder liquidieren.<sup>365</sup> Dies umfasste einen bilanziell ausgewiesenen Wert von FF 620 Mrd Aktiva. Gleichzeitig musste sich Frankreich dazu verpflichten, den CL bis spätestens Oktober 1999 in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren zu privatisieren.<sup>367</sup>

Gross etwa kritisiert die Entscheidung der Kommission im Fall CL als „Paradebeispiel für eine bedenkliche Umstrukturierungsbeihilfe“<sup>368</sup> und begründet seine Bedenken vor allem mit dem Umstand, dass die Krise der CL nicht auf einer Strukturkrise des gesamten Sektors beruhte, sondern ausschließlich auf eigenen Fehlern des Managements zurückzuführen gewesen sei.<sup>369</sup> Verstärkt wird die damit angesprochene Problematik des *Moral Hazard* im Fall des CL durch die Wiederholung der Beihilfengewährung, welche – wie durch die britischen Behörden in ihrer Stellungnahme im Rahmen des Verfahrens angemerkt haben – geeignet ist, bei der Geschäftsführung der Bank eine Erwartungshaltung in Bezug auf künftige Beihilfen zu begründen, wodurch neue Wettbewerbsverzerrungen ausgelöst werden können. Die Kommission führte zu dieser Problematik in ihrer Entscheidung Folgendes aus:

*„Staatliche Beihilfen belohnen, vor allem wenn sie wie im Fall des CL wiederholt gewährt werden, die Ineffizienz des Unternehmens und unterlaufen die Disziplin des Marktes. Aus diesem Grund wird in den*

---

<sup>365</sup> Mit Ausnahme der Aktivitäten in London, Luxemburg, Frankfurt und in der Schweiz.

<sup>366</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 11.2. Art 1 Abs 2 lit b – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>367</sup> Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 11.2. Art 1 Abs 2 lit a – *Crédit Lyonnais II*.

<sup>368</sup> Vgl Gross, Das europäische Beihilfenrecht im Wandel – Probleme, Reformen und Perspektiven (2003) 66.

<sup>369</sup> Als für die staatlichen Beihilfen verantwortlichen Faktoren führt die Kommission in ihrer Entscheidung an: „ein exzessives, unkontrolliertes Engagement im Immobiliengeschäft, eine unvorsichtige Expansionspolitik im Ausland, aber auch eine ineffiziente Kontrolle seitens des Hauptaktionärs, der den riskanten Manövern der Geschäftsführung nicht rechtzeitig Einhalt gebieten konnte. Das System der Unternehmenskontrolle hat sich [...] als ungeeignet erwiesen.“ Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28, Tz 10.2. – *Crédit Lyonnais II*.

*Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen darauf hingewiesen, dass diese Beihilfen normalerweise nur einmal erforderlich sein sollten.“*

Dass die Kommission gerade im Fall des CL von diesem Grundsatz der einmaligen Beihilfe eine Ausnahme machte, erscheint mE angesichts der beträchtlichen Höhe der gewährten Beihilfen nach wie vor umso erstaunlicher.

## **2.2. Hypo-Bank Burgenland AG<sup>370</sup>**

Als Landeshypothekenbank mit Sitz in Eisenstadt beschränkte sich die Geschäftstätigkeit der *Hypo-Bank Burgenland AG*<sup>371</sup> (im Folgenden: BB) geografisch primär auf das Land Burgenland.<sup>372</sup> Inhaltlich bestand ihr Hauptgeschäft in der Gewährung hypothekarischer Darlehen und der Ausgabe von Hypothekendarlehen sowie Kommunalschuldverschreibungen.<sup>373</sup> Hauptaktionär der BB war das Land Burgenland mit einem Anteil von fast 98% am Grundkapital.<sup>374</sup>

Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der BB traten im Zuge der Prüfung des Jahresabschlusses für das Jahr 1999 zu Tage: Im Zusammenhang mit dem Kreditmanagement für die in Insolvenz geratene *HOWE Bau AG* war der BB ein Schaden iHv rund EUR 189 Mio entstanden, denn die *HOWE Bau AG* hatte der BB Jahresabschlüsse mit gefälschten Bestätigungsvermerken vorgelegt.<sup>375</sup> Dabei stellte sich auch heraus, dass der tatsächliche Wert zur Besicherung der Kredite bei Weitem nicht ausreichend war, um die Kreditverbindlichkeiten abzudecken. Es ergab sich daher ein Wertberichtigungsbedarf iHv EUR 171 Mrd, der das Kernkapital der BB iHv EUR 80 Mrd überstiegen und unmittelbar zur

---

<sup>370</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8 – *Bank Burgenland*.

<sup>371</sup> 1991 entstand aus der Fusion der *Eisenstädter Bank* und der *Landeshypothekenbank für das Burgenland* die *EB und Hypo-Bank Burgenland AG*; 2005 wurde ihr Name auf *Hypo-Bank Burgenland AG* geändert. Vgl Geschäftsbericht der Hypo-Bank Burgenland AG für das Geschäftsjahr 2005, 7.

<sup>372</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 9.

<sup>373</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 11.

<sup>374</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 9.

<sup>375</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 13.

Zahlungsunfähigkeit der BB geführt hätte.<sup>376</sup> Ein von Österreich vorgelegtes Gutachten bezifferte den im Falle der Zahlungsunfähigkeit der BB vom Land Burgenland zu erbringenden Betrag mit EUR 247 Mio.<sup>377</sup> Die BB hätte ferner gem § 83 BWG die Anordnung der Geschäftsaufsicht beantragen müssen, was nach Ansicht Österreichs einem Konkurs der BB gleichzusetzen gewesen wäre und wodurch die damals gem § 4 Landes-Hypothekenbank-Burgenland-Gesetz bestehende Ausfallhaftung des Landes Burgenland für die BB<sup>378</sup> zum Tragen gekommen wäre.<sup>379</sup>

Zur Vermeidung dieser bankaufsichtsrechtlichen Konsequenzen schloss das Land Burgenland am 20. Juni 2000 mit der BB eine Garantievereinbarung über einen Betrag von EUR 171 Mio wodurch das Land Burgenland jene uneinbringlichen Forderungen gegen die BB abdeckte, die andernfalls zu deren bilanzmäßigen Überschuldung geführt hätten.<sup>380</sup> Der Betrugsfall *HOWE Bau AG* bildete den Anlass für eine umfassende Debitorenprüfung, wodurch im Herbst 2000 ein zusätzlicher Wertberichtigungsbedarf iHv rund EUR 189 Mio aufgedeckt wurde.<sup>381</sup> Um einen weiteren unmittelbar drohenden Schaden für das Land Burgenland als Aktionär und Ausfallsbürge zu vermeiden, schloss das Land Burgenland am 23. Oktober 2000 mit der *Bank Austria AG*<sup>382</sup> als

---

<sup>376</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 13.

<sup>377</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 13, 65. Unter Verweis auf das *Hytasa-Urteil* des EuGH (U v 14.09.1994, verb Rs C-278/92, C-279/92 und C-280/92, *Spanien/Kommission*, Slg 1994, I-4103, Rz 22) stellte die Kommission die Höhe des angeführten Betrages jedoch in Frage, denn dem EuGH zufolge müsse zwischen Verpflichtungen unterschieden werden, „die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen“. Nach Ansicht der Kommission scheint es, als hätten die österreichischen Behörden diese Unterscheidung nicht getroffen, sodass im Zuge der Berechnung fälschlicher Weise auch auf jene Kosten abgestellt worden sei, die dem Land Burgenland aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Ausfallhaftung erwachsen würden.

<sup>378</sup> Im zu untersuchenden Zeitraum bestand gem § 4 Landes-Hypothekenbank-Burgenland-Gesetz eine Haftung des Landes Burgenland als Ausfallsbürge gem § 1356 ABGB im Falle der Zahlungsunfähigkeit der BB für sämtliche ihrer Verbindlichkeiten. S Gesetz vom 18. April 1991 über die Einbringung des bankgeschäftlichen Unternehmens der Landes-Hypothekenbank Burgenland in eine Aktiengesellschaft, LGBl Nr 58/1991 idF LGBl Nr 0063/1998.

<sup>379</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 13.

<sup>380</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 14.

<sup>381</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 15.

<sup>382</sup> So hieß die heutige (Jahr 2009) *Bank Austria Creditanstalt AG* damals. Vgl <http://www.ba-ca.com> (27.11.2009)

Hauptgläubiger der BB, und der BB eine Rahmenvereinbarung ab, welche ihrerseits aus einem Forderungsverzicht der *Bank Austria AG* zugunsten der BB sowie einer Besserungsvereinbarung zwischen diesen beiden Vertragspartnern und einer Garantievereinbarung seitens des Landes zugunsten der BB iHv EUR 189 Mio bestand.<sup>383</sup>

Erst im Juni 2002<sup>384</sup> notifizierte Österreich die beschriebenen Stützungsmaßnahmen zugunsten der BB der Kommission, welche daraufhin entschied, ein förmliches Prüfverfahren gem Art 88 Abs 2 EGV einzuleiten. Im Dezember 2003 teilten die österreichischen Behörden der Kommission sodann jene beabsichtigten Änderungen der notifizierten Beihilfemaßnahmen mit, die sich aufgrund des Privatisierungsprozesses ergaben.<sup>385</sup>

Im Zuge ihrer beihilfenrechtlichen Prüfung qualifizierte die Kommission die zugunsten der BB ergriffenen Stützungsmaßnahmen als staatliche Beihilfen iSv Art 87 Abs 1 EGV, beinhalten die beiden Garantievereinbarungen des Landes Burgenland zugunsten der BB doch staatliche Mittel und wurden unter für marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber nicht akzeptablen Bedingungen gewährt.<sup>386</sup> Im Zeitpunkt der Übernahme sei nicht absehbar gewesen, dass aus der Übernahme der Garantien eine Rendite erwirtschaftet werden könnte, die für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar gewesen wäre.<sup>387</sup> Die betreffenden Maßnahmen begünstigten die BB und brachten diese gegenüber ihren Wettbewerbern künstlich in eine vorteilhafte Position, wodurch der Wettbewerb verfälscht wurde bzw drohte verfälscht zu werden und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wurde. Dabei merkte die Kommission in ihrer Entscheidung unter Verweis auf den Umstand, dass die BB in ihren wichtigsten Sparten auf regionaler

---

<sup>383</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 15.

<sup>384</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 67: „Österreich hat [...] die betreffenden Maßnahmen angemeldet, wenn auch später als vorgeschrieben.“

<sup>385</sup> Zu den Einzelheiten s Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 55 f.

<sup>386</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 63.

<sup>387</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 66.

aber auch nationaler Ebene tätig ist, bloß pauschal und ohne konkrete Prüfung dieser beiden Tatbestandsvoraussetzungen an, dass in wesentlichen Teilbereichen des Finanzdienstleistungssektors der Binnenmarkt bereits verwirklicht sei und daher starker Wettbewerb zwischen den Finanzinstituten der verschiedenen Mitgliedstaaten bestünde.<sup>388</sup>

Die Kommission vertrat ferner die Auffassung, dass die beschriebenen Beihilfemaßnahmen dazu beitragen würden, die Umstrukturierung des Unternehmens zu finanzieren, und daher als Umstrukturierungsbeihilfen auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV iVm den R&ULL 1999 auf deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu untersuchen sind.<sup>389</sup>

Nach Ansicht der Kommission war die BB ein Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten.<sup>390</sup> Ein wesentliches Indiz dafür sei gem Rz 4 R&U-LL 1999 die Tatsache gewesen, dass die BB nicht imstande war, mit eigenen oder fremden finanziellen Mitteln die Verluste zu beenden, die sie auf kurze oder mittlere Frist ohne Eingriff der Staates so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang getrieben hätten.<sup>391</sup> Da die BB in Abwesenheit der Stützungsmaßnahmen des Landes Burgenland unter Geschäftsaufsicht zu stellen gewesen wäre – was deren wirtschaftlichem Untergang iSd Rz 4 R&U-LL 1999 gleichzusetzen gewesen wäre – erachtete die Kommission die BB eindeutig als in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlich und bejahte deren Beihilfefähigkeit.<sup>392</sup>

Unter Verweis auf den Umstand, dass die Kommission gem Rz 28 R&U-LL 1999 Umstrukturierungsbeihilfen nur dann genehmige, wenn etwaige Wettbewerbsverfälschungen durch die mit der Fortführung des

---

<sup>388</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 67.

<sup>389</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 72.

<sup>390</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 75.

<sup>391</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 75; vgl dazu auch Rz 4 R&U-LL 1999.

<sup>392</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 4/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 76.

Unternehmens verbundenen Vorteile aufgewogen werden<sup>393</sup>, stellte sie unter Abwägung der beiden Faktoren fest, dass im Fall einer Liquidation der BB die Gefahr einer Unterversorgung an grundlegenden Finanzdienstleistungen in gewissen ländlichen Regionen des Burgenlandes bestünde.<sup>394</sup> Dies ergebe sich daraus, dass im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage und die geringe Attraktivität des Landes Burgenland die Wahrscheinlichkeit, dass sich eine ausländische Bank dort niederließe und die Aktivitäten der BB übernehme, als äußerst gering einzustufen sei.<sup>395</sup>

Der vorgelegte Umstrukturierungsplan wurde von der Kommission detailliert auf dessen Eignung zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität der BB geprüft und von dieser als insgesamt plausibel und vollständig erachtet.<sup>396</sup> Vor dem Hintergrund der Ursachen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der BB<sup>397</sup> wurden als Maßnahmen zur Umstrukturierung insb eine neue Risikopolitik festgelegt, ein unabhängiges Risikomanagement eingeführt, ein Managementinformationssystem implementiert und das Kostenmanagement gestrafft.<sup>398</sup> Auf Basis des Grundsatzes der vorsichtigen Planung und unter volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen übermittelte Österreich eine Planrechnung, welche eine kontinuierliche Rentabilitätsverbesserung der BB auf rund 15% in einem Zeitraum von sieben Jahren ergab.<sup>399</sup> Ebenso wie in zahlreichen vorangehenden Entscheidungen zu Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor, wie etwa dem Fall *Crédit Lyonnais*<sup>400</sup>, bildete auch im Fall der BB die eingeleitete Privatisierung einen bedeutenden Bestandteil des

---

<sup>393</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 77 f.

<sup>394</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 80.

<sup>395</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 80.

<sup>396</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 81ff.

<sup>397</sup> Als ursächlich wurde insb der Betrugsfall, falsch verstandene Risikopolitik, nicht vorhandenes Risikomanagement, fehlende interne Kontrollsysteme, unzureichendes Berichtswesen, fehlende Instrumente zur Gesamtbanksteuerung und ineffiziente Organisationsabläufe genannt. Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 4/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 85.

<sup>398</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 4/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 85.

<sup>399</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 4/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 83.

<sup>400</sup> Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92, Art 3 – *Crédit Lyonnais I*.

Umstrukturierungsplans<sup>401</sup>, der maßgeblich zur Genehmigung durch die Kommission beitrug.

Bei der Beurteilung der Gegenleistungen zur Vermeidung unzumutbarer Wettbewerbsverfälschungen hatte die Kommission im Fall der BB insb zwei Aspekte zu berücksichtigen: (i) die geringe Größe der Bank und (ii) deren Sitz in einem Fördergebiet. Da das Burgenland seit 1995 bis zum Zeitpunkt der Entscheidung durchgehend als Ziel-1-Fördergebiet eingestuft war und sohin ein Fördergebiet iSv Art 87 Abs 3 lit a EGV darstellte, entschied die Kommission gem Rz 54 R&U-LL 1999 weniger strenge Beurteilungsmaßstäbe an den verlangten Kapazitätsabbau anzulegen.<sup>402</sup> Ferner betrachtete die Kommission die BB aufgrund ihrer geringen Größe als ein Kleinunternehmen unter Österreichs Banken, das unter dem Gesichtspunkt des Beschäftigungsniveaus und der Finanzkraft einem KMU, das gem Rz 36 R&U-LL 1999 grds gar keine Gegenleistungen erbringen müsse, nahe käme. Die Kommission prüfte sodann, ob die nachstehend angeführten Gegenleistungen in Verbindung mit den beiden genannten Faktoren als ausreichend zur Abschwächung der beihilfenbedingten Wettbewerbsverzerrungen gesehen werden können: (i) die BB reduzierte in den Jahren 2001 bis 2003 die von ihr per Ende 2000 gehaltenen Beteiligungen um rund ein Drittel; (ii) darüber hinaus setzte die BB ihre Marktpräsenz durch eine Filialschließung um knapp 6 % herab; (iii) schließlich sagte Österreich zu, dass die BB künftig keine Bundesdarlehen mehr vergeben werde, was insofern eine gewichtige Gegenleistung darstellte als der Umfang mit 12% der ausgereichten Darlehen vergleichsweise bedeutsam war und es sich um ein sehr lukratives Geschäft handelte, da diese Darlehen aufgrund der erstklassigen Bonität des Bundes für die BB risikofrei waren und keine „Unterlegungsverpflichtungen“ bestanden.

---

<sup>401</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 87.

<sup>402</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 90; vgl auch Rz 54 R&U-LL 1999.

Die Kommission entschied, dass die angeführten Gegenleistungen zur Milderung der beihilfenbedingten Wettbewerbsverzerrungen ausreichen<sup>403</sup>; weitere Kompensationsleistungen würden in Anbetracht der geringen Größe der BB und ihrer geringen Marktstellung würden indes deren Lebensfähigkeit gefährden. Dabei verwies die Kommission auf vergangene Entscheidungen zu Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor: Hatte das Kreditinstitut vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten eine expansive Geschäftspolitik betrieben, erachtete die Kommission eine 10%-ige Reduktion der Marktpräsenz als ausreichend; bei kleineren Banken – die aber dennoch weitaus größer als die BB waren – verlangte die Kommission indes gar keine Verringerung des Geschäftsstellennetzes.

Die Kommission anerkannte, dass die von Österreich gewährten Beihilfen auf das für die Umstrukturierung der BB unbedingt erforderliche Mindestmaß beschränkt sind und der BB weder überschüssige Liquidität noch überschüssige Eigenmittel zugeführt wurden, die sie zu einer unangemessenen Geschäftsausweitung zu Lasten ihrer Wettbewerber missbrauchen könnte.<sup>404</sup> Der vom Land garantierte Betrag von in Summe rund EUR 359,8 Mio war in dieser Höhe bemessen worden, um die EUR 171 Mio aus dem betrugsbedingten Wertberichtigungsbedarf sowie die EUR 189 Mio aus dem durch die Debitorenprüfung zusätzlich aufgedeckten Wertberichtigungsbedarf abzudecken.<sup>405</sup> Aufgrund eines Kernkapitals der BB iHv nur rund EUR 80 Mio waren diese Schritte unbedingt für die Sicherung des kurzfristigen Überlebens der BB, für die Vermeidung der Verhängung der Geschäftsaufsicht sowie für die Nichtinanspruchnahme der Ausfallhaftung erforderlich.<sup>406</sup> Da die Garantien des Landes zugunsten der BB nicht zur Beibehaltung einer ausreichenden Solvabilität genügten, musste die BB die aufgrund der Kreditausfälle erforderlichen Zinslosstellungen selbst tragen.<sup>407</sup> Darüber hinaus musste die BB bei der Erstellung des Jahresabschlusses für 1999

---

<sup>403</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 102.

<sup>404</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 103.

<sup>405</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 104.

<sup>406</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 104.

<sup>407</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 105.

aus eigener Kraft weitere Wertberichtigungen iHv EUR 41 Mio vornehmen.<sup>408</sup> Hervorzuheben ist, dass die Kommission im Fall der BB sogar den Umstand, dass die BB einen Rückgang der Bilanzsumme durch den Verlust von Kundenbeziehungen aufgrund der die Krise begleitenden negativen Publizität aus eigenen Anstrengungen trug, als Eigenbeitrag wertete.<sup>409</sup> Neben dem Abbau aller stillen Reserven aus eigener Anstrengung akzeptierte die Kommission auch die Reduzierung von Personal- und Materialkosten als Eigenbeitrag der BB.<sup>410</sup>

In ihrer Entscheidung vom 7. Mai 2004 erklärte die Kommission sonach die staatlichen Beihilfen zugunsten der BB in einer Gesamthöhe von EUR 359,8 Mio – bestehend aus der seitens des Landes Burgenland am 20. Juni 2000 übernommenen Garantievereinbarung iHv EUR 171 Mio zzgl 5% Zinsen und der Rahmenvereinbarung vom 23. Oktober 2000, welche eine Garantievereinbarung seitens des Landes Burgenland iHv EUR 189 Mio enthält – auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

### **2.3. BAWAG-PSK<sup>411</sup>**

Nach dem Erscheinen von Presseberichten zu finanziellen Schwierigkeiten der *Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG* (im Folgenden: BAWAG-PSK) im Mai 2006 richtete die Kommission ein Auskunftersuchen an Österreich.<sup>412</sup> Auf der Grundlage der seitens der österreichischen Behörden daraufhin übermittelten Informationen über eine Haftungsübernahme des Bundes für die BAWAG-PSK, teilte die Kommission mit Schreiben vom 22. November 2006 Österreich ihre Entscheidung über die Einleitung des förmlichen

---

<sup>408</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 106.

<sup>409</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 107. Im Oktober 2000 musste die BB aus eigener Anstrengung den durch die negative Publizität verursachten Abfluss von Kundeneinlagen iHv 218 Mio EUR verkraften, was etwa 10% ihrer Bilanzsumme entsprach.

<sup>410</sup> Vgl Komm, E v 07.05.2004, Fall C 4/2003, ABI 2005 L 263/8, Rz 108.

<sup>411</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – BAWAG-PSK.

<sup>412</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI L 83/7 v 26.03.2008, Rz 1.

Prüfverfahren nach Art 88 Abs 2 EGV mit.<sup>413</sup> Die BAWAG-PSK befand sich zum damaligen Zeitpunkt mittelbar in vollständigem Besitz des ÖGB.<sup>414</sup> Ihre wirtschaftlichen Schwierigkeiten waren insb auf zwei Sondergeschäfte, die sog „Karibikgeschäfte“ und „Refcogeschäfte“<sup>415</sup>, die durch einige Mitglieder des früheren Managements vorgenommen worden waren, zurückzuführen.

Der Bund übernahm als Reaktion auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Bank per Gesetz eine zeitlich befristete Bürgschaft über einen Betrag iHv EUR 900 Mio, um andere Investoren dazu zu bewegen, der Bank im Zeitraum der Umstrukturierung das zur Erhaltung des Solvabilitätskoeffizienten erforderliche Eigenkapital zur Verfügung zu stellen.

Die Kommission qualifizierte die BAWAG-PSK zum Zeitpunkt der Beihilfengewährung als ein Unternehmen in Schwierigkeiten iSd Rz 9 R&U-LL 2004 mit der Begründung, dass sie ohne die staatliche Haftungsübernahme nicht in der Lage gewesen wäre, den anhaltenden Einlagenabzug zu verkraften und „*innerhalb von Wochen Insolvenz/Konkurs anmelden [hätte] müssen*“<sup>416</sup>. Da die Schwierigkeiten der BAWAG-PSK eindeutig der Bank selbst zuzuschreiben waren und zu schwer wogen, als dass sie von der Gruppe, der die Bank angehört, ohne staatliche Unterstützung hätten bewältigt werden können, bejahte die Kommission die Beihilfefähigkeit der BAWAG-PSK gem Rz 13 R&U-LL 2004.<sup>417</sup> Darüber hinaus verwies die Kommission auf den Umstand, dass

*„ohne die Haftungsübernahme des Bundes für die BAWAG-PSK kein Privatinvestor bereit gewesen wäre, Mittel zu stellen, die als Eigenkapital betrachtet würden. Die Investitionen von privater Seite*

---

<sup>413</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 4.

<sup>414</sup> Der ÖGB hielt direkt 51% der Gesellschaftsanteile und indirekt über seine private Stiftung *Österreichische Gewerkschaftliche Solidarität Privatstiftung* (ÖGSP) 49% der Anteile. Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 10 Fn 4.

<sup>415</sup> Im Einzelnen s dazu Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 20 ff.

<sup>416</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 112.

<sup>417</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 114.

*stehen daher nicht im Widerspruch zu der Tatsache, dass sich die BAWAG-PSK in Schwierigkeiten befand.*<sup>418</sup>

In einem ersten Prüfungsschritt bejahte die Kommission das Vorliegen sämtlicher Kriterien, welche die Stützungsmaßnahme als staatliche Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV qualifizierten: Da es sich bei der fraglichen Maßnahme um eine staatliche Bürgschaft handelte, die auf der Grundlage eines Bundesgesetzes gewährt wurde, erachtete die Kommission sowohl das Kriterium der staatlichen Herkunft der eingesetzten Mittel als auch jenes der staatlichen Zurechenbarkeit als erfüllt.<sup>419</sup> Das Kriterium der Selektivität bejahte die Kommission aufgrund des Umstandes, dass die Bürgschaft ausschließlich die BAWAG-PSK begünstigte. Auch sei die Bürgschaft geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb insofern zu verfälschen als die BAWAG-PSK durch die Bürgschaft gegenüber anderen Banken, mit denen sie im innergemeinschaftlichen Handel im Wettbewerb stehe, gestärkt werde. Zudem werde der BAWAG-PSK durch die Haftungsübernahme des Bundes ein wirtschaftlicher Vorteil zuteil. So stellte die Kommission fest, dass Rz 4.2 der Bürgschaftsmittelteilung 2008<sup>420</sup>, dergemäß eine Bürgschaft neben weiteren Voraussetzungen dann keine staatliche Beihilfe darstelle, wenn das begünstigte Unternehmen nicht in Schwierigkeiten ist und ein marktübliches Entgelt für die Haftungsübernahme geleistet wird, gegenständlich nicht zur Anwendung gelange. Schließlich sei die BAWAG-PSK im Zeitpunkt der Haftungsübernahme ein Unternehmen in Schwierigkeiten gewesen und kein Marktteilnehmer hätte die Haftung für ein von der BAWAG-PSK gezahltes Entgelt von 0,2% übernommen. Hierzu führte die Kommission unter Verweis auf die gemeinschaftsgerichtliche Rsp<sup>421</sup> aus:

---

<sup>418</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 115.

<sup>419</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 118.

<sup>420</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (Bürgschaftsmittelteilung 2008), ABI 2008 C 155/2, Rz 4.2.

<sup>421</sup> S EuGH, U v 16.05.2002, Rs C-482/99 *Frankreich/Kommission*, Slg. 2002, S. I-4397, Rz 71; EuG, U v 06.03.2003, verb Rs T-228/99 u T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg 2003, II-435, Rz 255.

*„Ein hypothetischer Investor handelt wie ein umsichtiger Kapitalgeber, der seine Gewinne maximieren möchte, ohne jedoch zu große Risiken im Verhältnis zur Rendite einzugehen.“<sup>422</sup>*

Die Kommission stellte weiters fest, dass ein privater Investor aufgrund der vorliegenden Umstände gar keine Bürgschaft hätte stellen können:

*„Von der Kommission ist auch zu berücksichtigen, dass der Zeitdruck im April/Mai 2006, als der private Bürge hätte handeln müssen, sehr groß war. Es standen lediglich einige Wochen zur Verfügung, um die finanzielle Lage der Bank zu analysieren und ein Angebot zu unterbreiten. [...] Durch diesen Zeitdruck und den hohen erforderlichen Haftungsbetrag waren Angebote privater Marktteilnehmer kaum oder überhaupt nicht möglich.“<sup>423</sup>*

*„Nach Auffassung der Kommission wäre von einem privaten Kapitalgeber eher eine Kapitalzufuhr zu erwarten gewesen, die ihn zum Anteilseigner gemacht und an den Entscheidungen für eine erfolgreiche Umstrukturierung beteiligt hätte.“<sup>424</sup>*

*„Die Übernahme der Bürgschaft spiegelt vielmehr die Interessen Österreichs wieder [...] das Vertrauen der Anleger und Partner in die Stabilität der Bank und den Finanzsektor Österreich wieder herzustellen.“<sup>425</sup>*

Insb aufgrund dieser Umstände hatte die Kommission hier erhebliche Schwierigkeiten, für eine Bürgschaft dieser Größenordnung eine Prämie zu bestimmen. Letztlich setzte sie aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Bank den Wert der Prämie mit dem Wert der Bürgschaft gleich. Hierzu führte die Kommission aus:

---

<sup>422</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 134.

<sup>423</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 150.

<sup>424</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 153.

<sup>425</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 154.

*„Folglich kann das in der Bundeshaftung enthaltene Beihilfeelement nach Auffassung der Kommission nur als Bandbreite geschätzt werden. Das obere Ende dieser Bandbreite liegt bei 898 Mio EUR, also dem Nominalbetrag der Haftung abzüglich des von der Bank dafür geleisteten Entgelts [...]. Die Festlegung des unteren Endes ist weitaus komplexer; es könnte nach Auffassung der Kommission bei mindestens 2/3 des Nominalbetrages der Haftung liegen.“<sup>426</sup>*

In einem zweiten Prüfungsschritt untersuchte die Kommission die Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV iVm R&U-LL 2004. Unter Verweis auf die sehr restriktive Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV in der bisherigen Praxis der Kommission, stellte diese – wie bereits im Fall *Crédit Lyonnais* – fest, dass Beihilfen mit nur einem Begünstigten nicht geeignet seien, schwerwiegende wirtschaftliche Störungen eines Mitgliedstaates und somit Situationen zu beheben, auf die der zweite Teil des Art 87 Abs 3 lit b EGV abstellt und schloss dessen Anwendung daher aus.<sup>427</sup> Im Übrigen habe Österreich

*„nicht dargelegt, dass die Insolvenz/der Konkurs der BAWAG-PSK systemische Auswirkungen auf das österreichische Finanzsystem, und im weiteren Sinne, auf die gesamte österreichische Volkswirtschaft gehabt hätte.“<sup>428</sup>*

Dass im Insolvenzfall andere Banken zur Sicherung von Einlagen hätten herangezogen werden können, erachtete die Kommission indes als nicht ausreichend, um eine Gefährdung des gesamten österreichischen Bankensektors aufzuzeigen und den Anwendungsbereich des Art 87 Abs 3 lit b EGV zu eröffnen.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 155.

<sup>427</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 169.

<sup>428</sup> Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 164.

<sup>429</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 166.

Da die Laufzeit der Bürgschaft die für Rettungsbeihilfen zulässige Höchstdauer von sechs Monaten im Zeitpunkt der Prüfung bereits überschritten hatte, erübrigte sich eine Prüfung als Rettungsbeihilfe. Indes prüfte die Kommission die Vereinbarkeit der Maßnahme als Umstrukturierungsbeihilfe und genehmigte diese im Ergebnis als solche.<sup>430</sup> Dies insb auf Basis der folgenden Überlegungen:

Hinsichtlich des Kriteriums der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität betonte die Kommission in Entsprechung ihrer bisherigen Genehmigungspraxis zu Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor auch in ihrer Entscheidung zur BAWAG-PSK, dass

*„der Übergang der BAWAG-PSK als Ganzes unter die Kontrolle eines privaten Kapitalgebers für die Lösung der aufgetretenen Schwierigkeiten und eine positive wirtschaftliche Entwicklung der Bank von zentraler Bedeutung sei.“<sup>431</sup>*

Die Zusage der Privatisierung war sonach – wie bei einer Vielzahl anderer Beihilfefälle im Bankensektor – auch im Fall der BAWAG-PSK wesentlich für die Genehmigungsfähigkeit des Umstrukturierungsplans. Ferner forderte die Kommission als integralen Bestandteil der Umstrukturierungsmaßnahmen eine verbesserte Risikoüberwachung<sup>432</sup>, denn die Umstände, die zu den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der BAWAG-PSK geführt hatten, waren insb durch ein unzureichendes Risikocontrolling im Unternehmen ermöglicht worden.

Die Kommission erachtete die Beihilfe auf das erforderliche Mindestmaß beschränkt und betonte dabei, dass das obere Ende der Bandbreite, in der das Beihilfeelement liegt, mit EUR 898 Mio lediglich 1,6% der Bilanzsumme entspreche, was verglichen zu anderen Fällen<sup>433</sup>, in denen

---

<sup>430</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 173.

<sup>431</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 175.

<sup>432</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 178.

<sup>433</sup> Vgl zB Komm E v 14.10.1998, Fall C 42/97, ABI 1999 L 198/1 – *Société Marsellaise de Crédit*; Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1 – *Bankgesellschaft*

die Kommission eine positive Entscheidung erlassen hat, einen sehr geringen Prozentsatz darstelle.

Hervorzuheben im Fall BAWAG-PSK ist der Umstand, dass die Kommission sogar den Kundeneinlagenverlust der Bank zwar nicht in vollem Umfang als Ausgleichsmaßnahme anerkannte, jedoch als mildernden Umstand „*bei der Gesamtbeurteilung eventueller unzumutbarer Wettbewerbsverfälschungen*“<sup>434</sup>. Ferner verpflichtete sich die Bank als Ausgleichsmaßnahmen wichtige, nicht dem Kerngeschäft angehörige Beteiligungen sowie Liegenschaften zu veräußern.<sup>435</sup> Die Schließung dreier Zweigstellen in Wien anerkannte die Kommission indes in diesem Fall nicht als Ausgleichsmaßnahme mit der Begründung, dass es sich bei den betreffenden Zweigstellen nicht um verlustbringende Tätigkeiten handelt, die zur Wiederherstellung der Rentabilität ohnedies der Einstellung bedurft hätten.<sup>436</sup> Auch die dem ÖGB auferlegte Verkaufspflicht anerkannte die Kommission nicht als Ausgleich für die Wettbewerbsverfälschung, denn unmittelbarer Beihilfeempfänger war die BAWAG-PSK und nicht der ÖGB.<sup>437</sup>

### **3. Zwischenergebnis**

- Die Kommission prüfte die Vereinbarkeit von Rettungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen zugunsten von Banken in Schwierigkeiten stets auf der Grundlage des Art 92 Abs 3 lit c EG bzw Art 87 Abs 3 lit c EGV und den R&U-LL 1994, 1999 bzw 2004. Die Anwendung des Art 92 Abs 3 lit b EGV bzw Art 87 Abs 3 lit b EGV schloss die Kommission indes regelmäßig mit der Begründung aus, dass die gegenständliche Beihilfe darauf abziele, die Schwierigkeiten eines einzigen Begünstigten und nicht des gesamten Wirtschaftszweiges zu beheben.

---

*Berlin*; Komm, E v 23.06.1999, Fall C 30/96, ABI 2001 L 34/36 – *Crédit Foncier de France*.

<sup>434</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 207.

<sup>435</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 203 ff.

<sup>436</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 202.

<sup>437</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 211.

- Bei einer Gegenüberstellung der in den R&U-LL 1999 niedergelegten Vereinbarkeitsanforderungen von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen mit jenen in der R&U-LL 2004 lässt sich allgemein eine tendenziell restriktive Haltung der Kommission gegenüber den als besonders wettbewerbsverzerrend geltenden Umstrukturierungsbeihilfen erkennen.
- Mit Ausnahme weniger Sonderbestimmungen in den R&U-LL 1999 bzw 2004 gelangten auf Banken dieselben beihilfenrechtlichen Vorschriften zur Anwendung wie im Falle anderer Unternehmen in Schwierigkeiten. Dennoch anerkannte die Kommission die Besonderheiten des Bankensektors sowie die hohe Sensibilität der Finanzmärkte und berücksichtigte dies bei der Anwendung der Beihilferegeln insofern als eine insgesamt großzügige Genehmigungspraxis festzustellen ist.<sup>438</sup> So genehmigte die Kommission hohe Beihilfensummen zugunsten notleidender Banken, mitunter auch unter flexibler Handhabung des Grundsatzes der einmaligen Beihilfe.<sup>439</sup>
- Die Kommission stellte in ihren Entscheidungen wiederholt fest, dass die untere Schwelle für die Einstufung einer Bank als in Schwierigkeiten befindlich nicht erst bei Insolvenzgefahr, sondern bereits bei Nichterfüllung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben liegt. Die Solvabilität der Bank bildet sonach die maßgebliche Kennzahl für dessen Einstufung als ein Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten.
- Damit in Zusammenhang steht auch die in den R&U-LL 2004 vorgesehene Ausnahmebestimmung, dass Rettungsbeihilfen im Bankensektor nicht nur wie im Normalfall in Form von Darlehen oder Darlehensbürgschaften, sondern auch in Gestalt anderer

---

<sup>438</sup> Vgl *Jann*, Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der EG, ÖZW 2000, 58.

<sup>439</sup> Vgl Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*.

Beihilfeformen genehmigungsfähig sind, vorausgesetzt diese stellen keine irreversiblen Finanzmaßnahmen struktureller Art dar, die bei den Eigenmitteln des Instituts ansetzen. Dies soll es betroffenen Banken ermöglichen, ihre Banktätigkeit in Übereinstimmung mit den geltenden aufsichtsrechtlichen Vorschriften in der Rettungsphase fortzuführen.

- In ihrer vergangenen Entscheidungspraxis zu Umstrukturierungsbeihilfen erachtete die Kommission regelmäßig einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren als eine angemessene Frist für die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität der notleidenden Bank.
- Als Ausgleichsmaßnahme zur Abschwächung der wettbewerbsverzerrenden Effekte von Umstrukturierungsbeihilfen forderte die Kommission von den begünstigten Banken regelmäßig eine Reduzierung deren Marktpräsenz um, gemessen an der Bilanzsumme, 10% bis 35%.
- Entsprechend dem in den R&U-LL 2004 für große Unternehmen bestimmten Mindesteigenbeitrag an den Umstrukturierungskosten verlangte die Kommission von der begünstigten Bank idR einen Eigenanteil von min 50% der Umstrukturierungskosten.
- Verpflichtungserklärungen der Mitgliedstaaten über die Privatisierung zumindest von Teilen der jeweils betroffenen staatlichen Bank gehörten zum festen Bestandteil der Genehmigungspolitik der Kommission.
- Der Grundsatz der einmaligen Beihilfe wurde von der Kommission in ihrer Entscheidungspraxis im Bankensektor flexibel gehandhabt.

- Die Kommission eröffnete über die ihr notifizierte Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an Banken in Schwierigkeiten in aller Regel ein förmliches Prüfverfahren gem Art 88 Abs 2 EGV.

### **III. Der neue Prüfungsansatz „in der Krise“**

In Fortsetzung ihrer anhand obiger Entscheidungen dargelegten Prüfungspraxis beurteilte die Kommission auch in der Anfangsphase der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise die Vereinbarkeit staatlicher Stützungsmaßnahmen zugunsten notleidender Banken zunächst auf Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV iVm R&U-LL 2004. Mit dem Fortschreiten der Krise und der rasch steigenden Anzahl an Banken, die dringend staatlicher Unterstützung in beträchtlicher Höhe bedurften, zeigte sich in der weiteren Folge jedoch, dass die auf Art 87 Abs 3 lit c EGV basierenden R&U-LL 2004 keine hinreichend geeignete Grundlage darstellten, um eine effiziente Beihilfenaufsicht in einer Krise des gegebenen Ausmaßes sicherstellen zu können. Die Kommission entwickelte daraufhin ihren traditionellen Prüfungsansatz „vor der Krise“ in ihren Vereinbarkeitsentscheidungen und insb durch die Veröffentlichung einer Reihe neuer Mitteilungen zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor zu einem neuen Prüfungsansatz „in der Krise“ fort.

Im Folgenden soll die Entwicklung der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht durch die Kommission vor dem Hintergrund der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise Erläuterung finden und etwaige krisenbedingte Anpassungen der materiellen und formellen Beihilfenkontrolle identifiziert werden.

## 1. Erste Phase: Prüfung staatlicher Beihilfen zugunsten einzelner Banken anhand der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien

Ab Mitte 2007 begann die US-amerikanische „Subprime-Krise“ die Weltwirtschaft zu erfassen und auch auf den europäischen Finanzmärkten ihre ersten Auswirkungen zu zeigen. In Europa gerieten zunächst va Banken mit umfangreichen *CDO*-Portfolios<sup>440</sup> oder aufgrund ihres in sich nicht tragfähigen Geschäftsmodells in wirtschaftliche Schwierigkeiten.<sup>441</sup> Die Mitgliedstaaten reagierten vorerst mit Rettungsaktionen für einzelne betroffene Banken, um deren Insolvenz und negative Ausstrahlungseffekte (sog *Spillover*-Effekte) auf andere Finanzinstitute abzuwenden. Unter den ersten Betroffenen fanden sich die britische Hypothekenbank *Northern Rock*<sup>442</sup> und die dänische *Roskilde Bank*<sup>443</sup>. In Deutschland gerieten binnen kürzester Zeit gleich drei Banken in Schwierigkeiten: die *IKB*<sup>444</sup>, die *Sachsen LB*<sup>445</sup> und die *West LB*<sup>446</sup>.

In Fortführung ihrer bisherigen Genehmigungspraxis prüfte die Kommission diese ersten Rettungsmaßnahmen zugunsten einzelner Banken wie gehabt auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit c EGV und den R&U-LL 2004. Zwar hatten sich Mitgliedstaaten bei der finanziellen Unterstützung einzelner Kreditinstitute unter Hinweis auf die Gefahr einer systemischen Krise mitunter auf die Ausnahmebestimmung des Art 87 Abs 3 lit b EGV berufen, wonach Beihilfen „zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates“ für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können, doch sah die

---

<sup>440</sup> Verbriefte oder unverbrieftete Rechte, die durch einen Pool verschiedener Vermögensgegenstände gedeckt sind. Die Vermögensgegenstände, die als „*Collateral*“ bezeichnet werden, sind idR Forderungen aus Darlehen oder Anleihen. Vgl *Bartsch*, Die Geister, die ich rief... Das Trauerspiel der aktuellen Finanzmarktkrise in drei Akten, NJW 46/2008, 3339.

<sup>441</sup> Vgl Komm, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2009, Sonderausgabe „staatliche Beihilfen in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, KOM (2009) 164, 6.

<sup>442</sup> Komm, E v 05.12.2007, Fall NN 70/2007, ABI 2008 C 43/ 1 – *Northern Rock*.

<sup>443</sup> Komm, E v 31.07.2008, Fall NN 36/2008, ABI 2008 C 238/51 – *Roskilde I*.

<sup>444</sup> Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32 – *IKB*.

<sup>445</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>446</sup> Komm, E v 17.07.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3 – *WestLB*.

Kommission vorerst keine Veranlassung, von dem Prüfmaßstab der auf Art 87 Abs 3 lit c EGV basierenden R&U-LL 2004 abzuweichen.

## **2. Zweite Phase: Feststellung der Ungeeignetheit der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien**

Mit der Insolvenz mehrerer amerikanischer Hypothekenbanken im Spätsommer 2008 endete die „*Phase der impliziten Rettungsgarantie für systemrelevante Banken*“<sup>447</sup>. Die Belastungen der einzelnen Finanzunternehmen hatten sich in kürzester Zeit zu einer Vertrauenskrise ungekannten Ausmaßes zugespitzt mit der Folge, dass der Markt für Interbankenkredite zunehmend austrocknete und Finanzinstitute in immer größere Schwierigkeiten gerieten sich Liquidität zu verschaffen.<sup>448</sup>

Während die Kommission in der ersten Phase der Finanzkrise Rettungsbeihilfen an betroffene Finanzinstitute in Fortsetzung ihrer bisherigen Praxis auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV nach den strengen Vereinbarkeitskriterien der R&U-LL 2004 geprüft hatte, entstanden zunehmend Zweifel, ob die R&U-LL 2004 aus den im Folgenden darzustellenden Gründen eine geeignete Grundlage für die Beurteilung der steigenden Zahl mitgliedstaatlicher Anmeldungen von Rettungsbeihilfen für den Bankensektor bilden konnten. Die Verschärfung der Krise offenbarte schließlich die Unzulänglichkeit der R&U-LL 2004 für deren Bewältigung<sup>449</sup> und die Notwendigkeit deren temporärer Modifizierung.

---

<sup>447</sup> Vgl Komm, Anzeiger für staatliche Beihilfen – Frühjahrsausgabe 2009, KOM(2009)164 v 08.04.2009, 8.

<sup>448</sup> Vgl Rz 1 Bankenmitteilung.

<sup>449</sup> Vgl *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 714.

## **2.1. Grenzen und Probleme bei der Anwendung der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien in der Krise**

Im Folgenden sollen die Grenzen und Probleme aufgezeigt werden, die sich bei Anwendung der R&U-LL 2004 auf den Bankensektor in der Anfangsphase der Finanzkrise ergeben haben und die Kommission in weiterer Folge zu einer Adaptierung ihrer Genehmigungskriterien von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an die besonderen Umstände der Krise veranlasst haben.

### **2.1.1. „Grundsätzlich gesunde Banken“ als Unternehmen in Schwierigkeiten?**

Schwierigkeiten bei der Anwendung der R&U-LL 2004 ergaben sich angesichts des Umstandes, dass sich die Krise rasch nicht mehr nur auf Banken beschränkte, deren wirtschaftliche Schwierigkeiten auf ihr risikoträchtiges Geschäftsmodell zurückzuführen waren, sondern auch zunehmend Finanzunternehmen erfasste, deren Aufstellung als vergleichsweise konservativ galt und die ausschließlich aufgrund der Vertrauenskrise am Interbankenmarkt in Liquiditätsschwierigkeiten geraten waren. Diese sog „grundsätzlich gesunden“ Banken stellten aber regelmäßig gerade keine Unternehmen in Schwierigkeiten iSv Rz 9 ff R&U-LL 2004 dar, sodass deren Beihilfefähigkeit im Einklang mit den R&U-LL 2004 vielfach nicht bejaht werden konnte.<sup>450</sup> Insb am Beispiel staatlicher Garantien für Privatkundeneinlagen zeigt sich deutlich, weshalb der Anknüpfungspunkt des Unternehmens in Schwierigkeiten iSd R&U-LL 2004 für die Beurteilung der Beihilfefähigkeit in der Krise ungeeignet war.<sup>451</sup> So setzen staatliche Garantien für Privatkundeneinlagen bereits lange vor jenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten an, die nach den R&U-LL 2004 eine staatliche

---

<sup>450</sup> Vgl *Drijber/Burmester*, Competition Law in a Crashed Economy: State Aid to the Financial Sector, *Ondernemingsrecht* 2009-14, 578; vgl auch *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, *BRZ* 2009, 66.

<sup>451</sup> Vgl *Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? *WuW* v 05.06.2009, 609.

Intervention rechtfertigen würden. Doch gerade für die Wiederherstellung bzw. Stärkung des Vertrauens in den Finanzmarkt kam derartigen staatlichen Garantieerklärungen erhebliche Bedeutung zu. Vor diesem Hintergrund verzichtete die Kommission in der Bankenmitteilung auf das Erfordernis, dass Empfänger von Rettungsbeihilfen Unternehmen in Schwierigkeiten iSd R&U-LL 2004 sein müssen.

### 2.1.2. Reversibilität von Rettungsbeihilfen

Auch die in den R&U-LL 2004 enthaltene Beschränkung von Rettungsbeihilfen auf reversible Maßnahmen hatte sich im Kontext der Krise als problematisch erwiesen. So wurden die Grenzen der Anwendung in der steigenden Zahl jener Fälle deutlich, wo dringender Bedarf an struktureller Hilfe bestand. Insb. in ihren Genehmigungsentscheidungen zu *Bradford & Bingley*<sup>452</sup> (B&B) und *Roskilde*<sup>453</sup> war die Kommission durch die Genehmigung überwiegend strukturell geprägter Maßnahmen bereits bis an die Grenze dessen gegangen, was gem. R&U-LL 2004 unter einer Rettungsbeihilfe subsumiert und als solche genehmigt werden kann.<sup>454</sup> Bei beiden Banken wurden primär aufgrund der Notwendigkeit, Gläubiger und Kleinsparer zu schützen, Unterstützungsmaßnahmen ergriffen, die eine kontrollierte Abwicklung der Gesellschaft und den Verkauf lebensfähiger Geschäftsbereiche an Wettbewerber ermöglichten.<sup>455</sup> Dabei erfolgte die Genehmigung dieser Maßnahmen durch die Kommission gerade auch unter dem Eindruck, dass eine Finanzmarktstabilisierung ohne die Gewährung derartiger Maßnahmen nicht hätte erreicht werden können.<sup>456</sup> Mit der in den R&U-LL 2004 ursprünglich vorgegebenen Beschränkung von Rettungsbeihilfen auf reversible Maßnahmen schien das Vorgehen der Kommission allerdings nur mehr schwerlich vereinbar.

---

<sup>452</sup> Komm., E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51 – *Bradford & Bingley*.

<sup>453</sup> Komm., E v 31.07.2008, Fall NN 36/2008, ABI 2008 C 238/51 – *Roskilde I*.

<sup>454</sup> Vgl. Komm., Anzeiger für staatliche Beihilfen – Frühjahrsausgabe 2009, KOM(2009)164 v 08.04.2009, 7.

<sup>455</sup> Vgl. *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 66.

<sup>456</sup> Vgl. *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 67.

### 2.1.3. Die zeitliche Befristung von Rettungsbeihilfen

Ein weiteres Hindernis für die Genehmigung flexibler Rettungsmaßnahmen zugunsten notleidender Banken angesichts der Finanz- und Wirtschaftskrise stellte die nach den R&U-LL 2004 vorgesehene strikte Begrenzung der Laufzeit von Rettungsbeihilfen auf sechs Monate dar<sup>457</sup>: Aufgrund des Umstandes, dass die zeitliche Dauer der Krise nicht absehbar war und der weltweite Finanzmarkt äußerst sensibel auf Schwierigkeiten systemrelevanter Unternehmen reagiert, wurde deutlich, dass mit einer solcherart starren Befristung der Laufzeit der Rettungsmaßnahmen den konkreten Schwierigkeiten der Banken in der Krise nicht in hinreichendem Maße begegnet werden konnte. Denn nach den R&U-LL 2004 ist eine Verlängerung der Rettungsbeihilfen über den sechsmonatigen Zeitraum hinaus grds nicht vorgesehen.<sup>458</sup> IdR kann nur durch die rechtzeitige Vorlage eines Umstrukturierungsplans der Rückforderung einer Beihilfe entgangen werden, zumal sich in diesem Fall der Zeitraum bis zum Ende der Prüfungstätigkeit durch die Kommission verlängert.<sup>459</sup>

### 2.1.4. Der Grundsatz der einmaligen Beihilfe

Ähnliche Probleme ergaben sich bei einer strikten Anwendung des in den R&U-LL 2004 vorgegebenen Grundsatzes der einmaligen Beihilfe<sup>460</sup> auf die Beihilfeverfahren in der Krise. So können beispielsweise die im Bestand der Wertpapiere enthaltenen Risiken vielfach nicht abschließend beurteilt werden, was zur Folge hat, dass die Notwendigkeit weiterer staatlicher Unterstützungsmaßnahmen nicht ausgeschlossen werden kann. Darüber hinaus impliziert die politische Zusicherung einzelner Mitgliedstaaten, die Insolvenz systemrelevanter Banken jedenfalls zu verhindern, die Gewährung wiederholter staatlicher Beihilfen und machte

---

<sup>457</sup> Vgl Rz 25 lit c u 27 R&U-LL 2004.

<sup>458</sup> Vgl Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7, Rz 172 f – BAWAG-PSK: Ausschluss der Maßnahme als Rettungsbeihilfe.

<sup>459</sup> Vgl Rz 26 R&U-LL 2004.

<sup>460</sup> Vgl Rz 72 ff R&U-LL 2004.

eine flexible Handhabe des Einmaligkeitsgrundsatzes in der Krise erforderlich.<sup>461</sup>

### **2.1.5. Die Verfahrensdauer**

Angesichts der Notwendigkeit einer raschen Stabilisierung der Finanzmärkte und der steigenden Anzahl notifizierter Rettungsmaßnahmen zugunsten notleidender Banken erforderte die Systemkrise zudem eine verkürzte Dauer des beihilfenrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Wenngleich auch die R&U-LL 2004 ein vereinfachtes Verfahren vorsehen, das eine Vereinbarkeitsentscheidung binnen eines Monats ermöglicht, setzt dessen Durchführung nach den R&U-LL 2004 voraus, dass (i) das Unternehmen eines der in den R&U-LL 2004 genannten Fallbeispiele für Unternehmen in Schwierigkeiten erfüllt, (ii) die für Rettungsbeihilfen genannten Voraussetzungen erfüllt sind, (iii) der Beihilfebetrag sich im Rahmen der im Anhang der R&U-LL 2004 vorgegebenen Berechnungsformel hält und (iv) den Höchstbetrag von EUR 10 Mio nicht übersteigt.<sup>462</sup> Bereits in Anbetracht der diesen Maximalbetrag übersteigenden Höhe der notifizierten Beihilfen für den Bankensektor wäre es der Kommission daher regelmäßig nicht möglich gewesen, ein vereinfachtes Prüfverfahren im Einklang mit den R&U-LL 2004 durchzuführen.

### **2.2. *Bradford & Bingley*<sup>463</sup>**

Da sich in der Entscheidung zu *Bradford & Bingley* (im Folgenden: B&B) die soeben erläuterten Grenzen und Schwierigkeiten, welchen die Kommission bei der Anwendung der R&U-LL 2004 auf die steigende Anzahl von Rettungsbeihilfen im Bankensektor begegnete, besonders deutlich zeigen, sollen die wesentlichen Züge der Entscheidung im Folgenden erläutert werden.

---

<sup>461</sup> Vgl. *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 67.

<sup>462</sup> Vgl. Rz 30 R&U-LL 2004.

<sup>463</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51 – *Bradford & Bingley*.

Die Entwicklungen am Interbankencreditmarkt im September 2008 schränkten die Liquidität von B&B erheblich ein und das Institut erfuhr durch die größten Ratingagenturen bedeutende Herabstufung, was wiederum deren Refinanzierung erschwerte.<sup>464</sup> Am 27. September 2008 entschied die britische *Financial Services Authority* (FSA), dass B&B<sup>465</sup> die erforderlichen Voraussetzungen für eine Genehmigung im Rahmen des *Financial Services and Markets Act* nicht mehr erfüllte und entzog der Bank die Konzession für das Einlagengeschäft, was *de facto* einer Schließung von B&B gleichkam.<sup>466</sup> Insofern ergab sich ein zu den in den Fällen der *Bankgesellschaft Berlin* und der *Bank Burgenland*<sup>467</sup> vergleichbares Szenario der Unterschreitung der aufsichtsrechtlichen Solvabilitätsvorschriften.<sup>468</sup> In dieser Situation kam es zunächst zur Verstaatlichung von B&B. Sodann wurde das private Einlagengeschäft zusammen mit einem den Verbindlichkeiten entsprechenden Geldbetrag aus dem Einlagensicherungsfonds *Financial Services Compensation Scheme* (FSCS) und von HM Treasury samt des Filialnetzes nach einem Ausschreibungsverfahren an den Konkurrenten *Abbey National* veräußert. Die verbleibenden Teile der Bank sollten zerschlagen werden und HM Treasury stellte im Interesse eines geordneten Ablaufs für die verbleibenden Geschäftsbereiche eine Betriebsmittelfazilität und eine Bürgschaft bereit. Am 30. September 2008 meldete das Vereinigte Königreich diese Unterstützungsmaßnahmen zugunsten von B&B bei der Kommission förmlich an.

Die Kommission gelangte im Rahmen ihrer beihilferechtlichen Würdigung zu dem Schluss, dass die staatliche Finanzhilfe, die den Verkauf des privaten Einlagengeschäfts ermöglichen soll ebenso wie die von HM

---

<sup>464</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 5.

<sup>465</sup> *Bradford & Bingley* (B&B) war ein Finanzinstitut mit Sitz im Vereinigten Königreich, das auf Hypothekarkredite und Sparprodukte spezialisiert war. Zum 31.12.2007 betrug die Bilanzsumme von B&B 52 Mrd GBP (etwa 65,7 Mrd EUR). Landesweit unterhielt das Unternehmen 197 Zweigstellen und 141 Agenturen, der Marktanteil bei neuen Hypothekarkrediten lag Ende 2007 bei 7,7%. Vgl C(2008)5673 Rz 2-4.

<sup>466</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 7.

<sup>467</sup> Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8; s dazu oben Dritter Teil II.

2.2.

<sup>468</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 41.

Treasury bereitgestellte Betriebsmittelfazilität und die übernommene Bürgschaft eine staatliche Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV darstellten.<sup>469</sup> Zugleich stellte die Kommission fest, dass das Einlagengeschäft zum marktüblichen Preis veräußert wurde und dem Käufer daher keine staatliche Beihilfe zuteil wurde.<sup>470</sup> Indes musste sich die Kommission nicht mit der Frage befassen, ob diese Maßnahmen den Privatkunden von B&B Vorteile verschaffen könnten, da Beihilfen an Einzelpersonen nicht unter die Beihilfavorschriften des EGV fallen.<sup>471</sup>

Oft wird der Fall B&B als Paradebeispiel für die noch nie dagewesene Schnelligkeit angeführt, mit der die Kommission im Herbst 2008 die Vielzahl der ihr zur Prüfung vorgelegten Rettungsbeihilfen genehmigte, erklärte doch die Kommission bereits binnen 24 Stunden die angemeldeten Maßnahmen als Rettungsbeihilfe auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit c EGV und den R&U-LL 2004 als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Im Zeitpunkt der Entscheidung zu B&B umging die Kommission noch die Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV mit der Begründung, dass die Voraussetzungen für eine Genehmigung unter Art 87 Abs 3 lit c EGV vorlagen und daher keine weitere Prüfung dessen Anwendbarkeit erforderlich sei.<sup>472</sup>

Bemerkenswert an der Entscheidung B&B ist, dass die Kommission die Maßnahmen als Rettungsbeihilfe im Einklang mit den R&U-LL 2004 genehmigte, obwohl die Abwicklung der Gesellschaft und der Verkauf des privaten Einlagengeschäfts an einen Wettbewerber Maßnahmen struktureller Art darstellten. Entsprechend nahm die Kommission im Vereinbarkeitsteil der Entscheidung einleitend die Besonderheiten des Falls vorweg:

---

<sup>469</sup> Vgl Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 30.

<sup>470</sup> Vgl Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 38.

<sup>471</sup> Vgl Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 34.

<sup>472</sup> Vgl Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 52: „Given that the Commission considers that the measure is compatible on the basis of Article 87(3)(c) EC, it did not consider it necessary at this stage to assess whether Article 87(3)(b) EC [...] would apply.“

*„As a preliminary remark, the measures taken in this case have the peculiarity that they integrate in one go a rescue of B&B, a restructuring part of it [...] and a liquidation of the remaining part and considers that they had an undeniable character of urgency, given the situation of B&B on 26 September and as the three measures took place in the scope of one weekend.“*

In ihrer Vereinbarkeitsbegründung stützte sich die Kommission auf Rz 6 und Rz 16 R&U-LL 2004, wonach Rettungsbeihilfen ausnahmsweise auch gewährt werden können, um den Begünstigten Sofortmaßnahmen struktureller Art (zB Schließung einer Niederlassung oder sofortiger Rückzug aus defizitären Geschäftsbereichen) zu ermöglichen.<sup>473</sup>

*“[...] according to paragraphs 6 and 16 of the Guidelines, structural measures which need to be implemented immediately can be undertaken within the framework of rescue aids. [...]. Given the current tension on the UK financial markets and the need to protect B&B’s creditors, the state intervened urgently to avoid financial instability [...] the Commission considers that this measure is an urgent structural measure to halt a worsening of the financial situation of a company in the rescue phase, and therefore may be taken into account in the context of the present rescue plan.“<sup>474</sup>*

Mit dieser in den R&U-LL 2004 erstmalig vorgesehenen Ausnahmebestimmung<sup>475</sup> soll es Unternehmen bereits in der Rettungsphase möglich sein, strukturelle Maßnahmen zu ergreifen, die für ein Auffangen der Verluste umgehend durchgeführt werden müssen. Während Rettungsbeihilfen für betriebliche Umstrukturierungsmaßnahmen sohin an der Grenze des nach den R&U-LL 2004 Zulässigen erachtet werden können, dürfen Rettungsbeihilfen nicht für eine finanzielle

---

<sup>473</sup> Vgl Rz 6 R&U-LL 2004.

<sup>474</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 46.

<sup>475</sup> Vgl Rz 3.1 und 3.2 R&U-LL 1999. Die Aufgabe der früher strikten Trennung zwischen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen ist eine zentrale Neuerung der R&U-LL 2004 gegenüber den Vorgängerleitlinien.

Umstrukturierung (zB Kapitalzuführung, Schuldenabbau) des Unternehmens in Schwierigkeiten gewährt werden.<sup>476</sup> Doch waren es gerade solche finanziellen Umstrukturierungen, die in Anbetracht der Krise bei einer rasch zunehmenden Zahl von Finanzunternehmen dringend erforderlich wurden.

### 2.3. Die Handlungsalternativen der Kommission

Nachdem deutlich geworden war, dass die R&U-LL 2004 in ihrer bisherigen Anwendungsform nicht ausreichten, um der Krise zu begegnen, stellte sich die Frage nach der Art und Weise der Anwendung der Beihilfevorschriften in der Krise:

*„In fact, the Commission faced a difficult dilemma, both in terms of substantive rules and in terms of procedure. Maintaining the substantive rules and the pre-crisis procedure could mean that the Member States would simply disregard the Commission’s State aid control in what they saw as an existential crisis. This would certainly have irreparably damaged State aid control now and in the future. On the other hand, it was clear that the financial and economic crisis requires swift action to avoid further negative effects and a collapse of the whole financial system. But simply relaxing State aid control was not a sound option either because “(a)llowing too much derogation might be just as detrimental as too little flexibility for adaption”<sup>477</sup>.<sup>478</sup>*

Im Folgenden sollen hypothetische Handlungsalternativen der Kommission in dieser Situation skizziert und kritisch betrachtet werden. Anstelle der schlussendlich erfolgten Aktivierung des Art 87 Abs 3 lit b EGV wäre insb auch eine flexiblere Anwendung der auf Art 87 Abs 3

---

<sup>476</sup> Vgl Rz 16 R&U-LL 2004.

<sup>477</sup> Jäger, How much flexibility do we need? Commission crisis management revisited, EStAL 1/2009, 3.

<sup>478</sup> Werner/Maier, Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission’s State Aid Procedure during the Current Crisis, EStAL 2/2009, 177.

lit c EGV basierenden R&U-LL 2004 oder gar eine fortgesetzte Anwendung der stringenten R&U-LL 2004 zumindest theoretisch denkbar gewesen. Darüber hinaus wurde vereinzelt auch die krisenbedingte Suspension des Beihilfeverbots im Bankensektor als Option ins Treffen geführt.

### 2.3.1. Suspension des Beihilfeverbots?

Entgegen verschiedentlich geäußelter Vorschläge, das gemeinschaftliche Beihilfeverbot im Bankensektor krisenbedingt auszusetzen, entschied sich die Kommission allerdings auch oder gerade in der Finanz- und Wirtschaftskrise für die Fortführung der Beihilfenaufsicht.<sup>479</sup> Rufen nach einer Suspension des Beihilfeverbots oder einer vorübergehenden Freistellung von der Notifizierungspflicht entgegnete die damalige Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* bei jeder sich bietenden Gelegenheit, dass die Beihilfenkontrolle als „*part of the solution, not part of the problem*“<sup>480</sup> angesehen werden müsse, denn diese stelle im Prozess der gemeinschaftsweiten Finanzmarktstabilisierung das zentrale Instrument zur Sicherstellung der Kohärenz der einzelstaatlichen Stützungsmaßnahmen und der Vermeidung eines wettbewerbsschädlichen Subventionswettlaufes dar.<sup>481</sup> Die Beihilfenkontrolle sei demnach ein notwendiges Instrument, um das koordinierte Vorgehen der Mitgliedstaaten sicherzustellen und den mitgliedstaatlichen Lösungsansätzen eine binnenmarktweite Dimension und damit größere Effektivität zu verleihen.

Im Übrigen ist für eine gänzliche Aussetzung der Beihilfenaufsicht mE weder eine Rechtsgrundlage erkennbar noch wäre diese mit dem Schutzzweck des Art 87 Abs 1 EGV, der Verhinderung von

---

<sup>479</sup> Vgl *Kroes*, Dealing with the Current Financial Crisis, Speech/08/498 v 06.10.2008, veröffentlicht auf der Internetseite der GD Wettbewerb.

<sup>480</sup> Vgl etwa Memo/08/757 v 02.12.2008, State Aid: Commissioner Kroes briefs Economics and Finance Ministers on financial crisis measures.

<sup>481</sup> Vgl Komm, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2009, K(2009)164, 3.

Wettbewerbsverfälschungen im Europäischen Binnenmarkt, vereinbar gewesen.

### 2.3.2. Flexiblere Anwendung der R&U-LL 2004?

Als eine weitere Handlungsoption hätte die Kommission die Anwendung der R&U-LL 2004 auf den Bankensektor temporär flexibler gestalten können, indem sie die Kriterien – wie in Einzelfällen auch geschehen<sup>482</sup> – grds weiter ausgelegt hätte. Allerdings hätten grundsätzliche Erwägungen gegen eine solche „Aufweichung“ der Kriterien der R&U-LL 2004 gesprochen:

Wie bereits erörtert, gelten Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten als besonders wettbewerbsverzerrend, da die Gewährung staatlicher Beihilfen an notleidende Unternehmen stets mit der Gefahr verbunden ist, dass auch zuvor wettbewerbsfähige Marktteilnehmer in Schwierigkeiten geraten.<sup>483</sup> Durch die Anwendung der stringenten R&U-LL 2004 intendiert die Kommission diese Gefahr auf das erforderliche Mindestmaß zu begrenzen, um den legitimen Zielen, die mit der Gewährung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen verfolgt werden<sup>484</sup>, Rechnung zu tragen. Wendet man die Kriterien der R&U-LL 2004 indes flexibel an, würden Präzedenzfälle geschaffen werden mit der nachteiligen Folge, dass die zukünftige Anwendung der R&U-LL 2004 auch außerhalb des Bankensektors im Hinblick auf Fragen der Wettbewerbsbeeinträchtigung erschwert werden würde.<sup>485</sup> Eine Aufweichung der gem R&U-LL 2004 bestehenden Kriterien hätte somit nicht nur die Gefahr mangelnder Rechtssicherheit in der zukünftigen Anwendung, sondern insb auch die Gefahr einer langfristigen Schwächung des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts in sich geborgen.

---

<sup>482</sup> S etwa Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51 – *Bradford & Bingley*.

<sup>483</sup> Vgl *Valle/Van de Castele*, Revision of the State aid Rescue and Restructuring Guidelines, CPN 3/2004, 58.

<sup>484</sup> Wie zB sozial- und regionalpolitische Gründe oder die Beibehaltung einer Marktstruktur. Vgl Rz 8 R&U-LL 2004.

<sup>485</sup> Vgl *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 67.

Aus diesen Gründen ist es mE zu begrüßen, dass sich die Kommission gegen eine unmittelbare gelockerte Anwendung der R&U-LL 2004 entschieden hat.

### **2.3.3. Fortgesetzte Anwendung der stringenten R&U-LL 2004?**

Während eine allzu große Aufweichung der bisherigen Regeln sonach die Autorität der Kommission in ihrer Eigenschaft als zentrale Beihilfenaufsichtsbehörde gefährden hätten können, sah sich die Kommission bei einer zu unflexiblen Handhabung der Beihilfevorschriften in der Krise der Gefahr ausgesetzt, von den Mitgliedstaaten ignoriert bzw. „*overruled*“ zu werden.<sup>486</sup> Dies wäre nicht nur politisch, sondern auch rechtlich mit Verweis auf Art 87 Abs 2 lit b EGV oder sogar über einstimmige Entscheidungen des Rates gem Art 88 Abs 2 EGV denkbar gewesen.<sup>487</sup>

*In concreto* wäre es möglich gewesen, dass die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise als ein „*außergewöhnliches Ereignis*“ iSd Art 87 Abs 2 lit b EGV hätte qualifiziert werden können mit der Folge, dass die Kommission zur Genehmigung von Beihilfen zum Ausgleich der entstandenen Schäden, die durch außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, ohne weiteren Ermessensspielraum verpflichtet gewesen wäre.<sup>488</sup> Schließlich steht der Kommission – wie an obiger Stelle ausgeführt<sup>489</sup> – im Bereich der Legalausnahmen des Art 87 Abs 2 EGV das im Bereich des Art 87 Abs 3 EGV eingeräumte Ermessen nicht zu.

---

<sup>486</sup> Vgl *Losch*, Das EU-Beihilfenrecht im wirtschaftspolitischen Spannungsfeld, BRZ aktuell 1/2008, 5.

<sup>487</sup> Vgl *Losch*, Das EU-Beihilfenrecht im wirtschaftspolitischen Spannungsfeld, BRZ aktuell 1/2008, 4.

<sup>488</sup> Angesichts der tendenziell engen Auslegung dieser Ausnahmebestimmung und deren bisheriger Anwendungspraxis wäre dies indes mE inkonsistent, denn die Anwendung des Art 87 Abs 2 lit b EGV bezog sich bislang auf Kriegsfolgen, schwere innere Unruhen, Industrieunglücke oder aber Folgen terroristischer Anschläge, wie etwa jene der Attentate vom 11. September 2001. Vgl XXXI. Wettbewerbsbericht 2001, Rz 445. Allgemeine wirtschaftliche Schwierigkeiten sind von Art 88 Abs 2 EGV idR jedoch nicht erfasst. Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 159.

<sup>489</sup> S dazu Zweiter Teil V. 1.

Darüber hinaus sieht Art 88 Abs 2 EGV vor, dass der Rat auf Antrag eines Mitgliedstaates einstimmig entscheiden kann, dass eine von Ersterem gewährte oder geplante Beihilfe auch dann als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn dies in Anwendung des Art 87 EGV nicht der Fall wäre. Voraussetzung ist, dass außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen, wobei darunter nur solche zu verstehen sind, die sich nicht bereits aus Art 87 Abs 2 und 3 EGV ergeben.<sup>490</sup> Durch die Berufung auf derartige außergewöhnliche Umstände soll es dem Rat möglich sein, bei Vorliegen erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten, die in bestimmten Mitgliedstaaten regional- oder sektorspezifisch auftauchen, einzugreifen, wenn die strikte Anwendung der von der Kommission anzuwendenden Genehmigungsregeln deren Lösung im Wege steht.<sup>491</sup> Im Nachhinein lassen sich nur Mutmaßungen anstellen, ob die Mitgliedstaaten im Falle einer zu unflexiblen Anwendung der Beihilfavorschriften in der Krise tatsächlich die erforderliche Geschlossenheit gezeigt hätten, um über Art 88 Abs 2 EGV gleichsam die Kommission als Beihilfenaufsichtsbehörde zu umgehen. Aus der Perspektive des gemeinschaftlichen Wettbewerbs ist es jedenfalls erfreulich, dass die beihilfenrechtliche Kontrolle letztlich nicht auf diese Weise ausgehebelt wurde.<sup>492</sup>

#### **2.3.4. Die Aktivierung des Art 87 Abs 3 lit b EGV**

Die Kommission hatte in ihren früheren Vereinbarkeitsentscheidungen zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor wiederholt die äußerst restriktive Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV als Ausnahmenvorschrift betont und deren Anwendbarkeit regelmäßig abgelehnt. Begründet hatte die Kommission ihre ablehnende Haltung – wie auch noch in der Anfangsphase der Krise in den Entscheidungen

---

<sup>490</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 88 EGV Rz 24.

<sup>491</sup> Art 88 Abs 2 EGV wurde bislang insb in Agrarbeihilfeangelegenheiten immer wieder angewandt. Vgl *Losch*, Das EU-Beihilfenrecht im wirtschaftspolitischen Spannungsfeld, BRZ aktuell 1/2008, 4.

<sup>492</sup> Vgl *Luja*, State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework, EStAL 2/2009, 145.

*SachsenLB*<sup>493</sup>, *IKB*<sup>494</sup>, *B&B*<sup>495</sup>, *Northern Rock*<sup>496</sup> sowie der Eröffnungsentscheidung über die Umstrukturierungsmaßnahmen zugunsten der *WestLB*<sup>497</sup> hervorgehoben wurde – damit, dass es sich bei den Schwierigkeiten lediglich um solche der einzelnen Banken handelte, welche auf die risikoträchtige Geschäftspraxis der jeweiligen Unternehmen zurückzuführen seien. Die Kommission orientierte sich dabei an der gemeinschaftsgerichtlichen Rsp zu Art 87 Abs 3 lit b EGV, wonach für die Anwendung des Tatbestandes die Beeinträchtigung einer Region oder eines Gebietsteils eines Mitgliedstaates nicht ausreichend sei.<sup>498</sup> Vielmehr müsse die Störung einen gesamten Wirtschaftszweig eines Mitgliedstaates erfassen, um eine beträchtliche Störung des Wirtschaftslebens iSd Art 87 Abs 3 lit b EGV zu begründen.

Ausschlaggebend für die grundlegende Neubewertung und Weichenstellung zur Anpassung der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenpolitik im Bankensektor war der Umstand, dass die Verschärfung der Krise im Herbst 2008 die Einsicht befördert hatte, dass auch grundsätzlich gesunde Finanzinstitute in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten können, die ausschließlich auf die allgemeinen Marktbedingungen und insb die Liquiditätskrise am Interbankenmarkt zurückzuführen sind.<sup>499</sup> Als Konsequenz zeigte die Kommission Bereitschaft, die Auswirkungen der Finanzkrise als eine „*beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats*“ iSd Art 87 Abs 3 lit b EGV anzusehen und genehmigte erstmals die Liquidationsbeihilfe zugunsten der dänischen *Roskilde*<sup>500</sup> Bank auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit b EGV, wobei sie dieser kurze

---

<sup>493</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34, Rz 95 – *SachsenLB*.

<sup>494</sup> Komm, E v 27.02.2008, Fall C 10/2008, ABI 2008 C 76/5, Rz 60 – *IKB*.

<sup>495</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 52 – *Bradford & Bingley*.

<sup>496</sup> Komm, E v 05.12.2007, Fall NN 70/2007, ABI 2008 C 43/ 1 – *Northern Rock*.

<sup>497</sup> Komm, E 17.12.2008, Fall C 43/2008, ABI 2008 C 322/16, Rz 44 – *WestLB*.

<sup>498</sup> Vgl *Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitische Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? WuW v 05.06.2009, Heft 6, 609.

<sup>499</sup> Rz 2 Bankenmitteilung.

<sup>500</sup> E v 05.11.2008, Fall NN 39/2008, ABI 2009 C 12/3, Rz 73 ff – *Roskilde II*.

Zeit davor noch eine Rettungsbeihilfe gem Art 87 Abs 3 lit c EGV genehmigt hatte.<sup>501</sup>

In ihren darauf folgenden Krisenmitteilungen zog die Kommission Art 87 Abs 3 lit b EGV sodann ausdrücklich als Rechtsgrundlage zur Bewältigung der Systemkrise heran. Dass Art 87 Abs 3 lit b EGV von der Störung im Wirtschaftsleben *eines* Mitgliedstaates spricht, also nach dem Wortlaut nicht auf eine Störung des Wirtschaftslebens *aller* Mitgliedstaaten zugeschnitten ist, problematisierte die Kommission nicht ausdrücklich.<sup>502</sup> Allerdings kündigte sie an, bei ihrer beihilfenrechtlichen Würdigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen mitunter besonders die Tatsache zu berücksichtigen, dass die für die Stabilität der Finanzmärkte zuständigen staatlichen Behörden ihr gegenüber erklären, dass das Risiko einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben des Mitgliedstaates bestehe.<sup>503</sup>

### **3. Dritte Phase: Koordinierte Unterstützung für den Bankensektor durch Mitteilungen der Kommission**

Als sich die Finanzkrise im Herbst 2008 zu einer umfassenden Systemkrise ausweitete, die eine steigende Zahl auch grundsätzlich gesunder Finanzinstitute aufgrund der allgemeinen Marktverunsicherung und des generell begrenzten Liquiditätsangebots in Schwierigkeiten gerieten ließ, anerkannte der Rat Wirtschaft und Finanzen (ECOFIN) vom 7. Oktober 2008 die Notwendigkeit eines Eingreifens der Mitgliedstaaten. Die Staats- und Regierungschefs verpflichteten sich

*„[...] alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Solidität und Stabilität des Bankensystems zu stärken und das Vertrauen in*

---

<sup>501</sup> Komm, E v 31.07.2008, Fall NN 36/2008, ABI 2008 C 238/51, Rz 40 – *Roskilde I*.

<sup>502</sup> Vgl *Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? WuW v 05.06.2009, Heft 6, 609. Dies ist mE nicht problematisch, zumal darauf geschlossen werden kann, dass Art 87 Abs 3 lit b EG nicht nur die Störung im Wirtschaftslebens *eines* Mitgliedstaates, sondern erst recht auch jene *aller* Mitgliedstaaten erfasst.

<sup>503</sup> Vgl Rz 9 Bankenmitteilung.

*den Finanzsektor sowie dessen ordnungsgemäßes Funktionieren wiederherzustellen.“<sup>504</sup>*

Es bestand Einigkeit darüber, dass sämtliche Beihilfemaßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene in einem koordinierten Rahmen und gem einer Reihe gemeinsamer Grundsätze beschlossen werden müssen.<sup>505</sup> Daraufhin beschlossen die Staaten der Eurozone und die Europäische Zentralbank (EZB)<sup>506</sup> bereits am 12. Oktober 2008 einen konkreteren gemeinsamen Aktionsplan.<sup>507</sup> In den Schlussfolgerungen zum Gipfeltreffen des Europäischen Rates vom 15. und 16. Oktober 2008 übernahm der französische Präsident des Europäischen Rates diesen Aktionsplan ausdrücklich für alle Mitgliedstaaten.<sup>508</sup> Der Europäische Rat befürwortete,

*„[...] dass die Kommission die Regeln der Wettbewerbspolitik, insbesondere hinsichtlich der staatlichen Beihilfen, umsetzt und dabei die Grundsätze des Binnenmarkts und der Vorschriften über staatliche Beihilfen weiterhin anwendet.“<sup>509</sup>*

In der Folge veröffentlichte die Kommission zwischen Oktober 2008 und Juli 2009 insgesamt vier Mitteilungen (im Folgenden:

---

<sup>504</sup> Rz 3 Bankenmitteilung.

<sup>505</sup> In den Schlussfolgerungen des Rates Wirtschaft und Finanzen vom 7. Oktober 2008 wurden folgende Grundsätze festgelegt:

- Interventionen sollen rechtzeitig erfolgen und die Unterstützung sollte grundsätzlich zeitlich befristet sein,
- die Mitgliedstaaten werden die Interessen der Steuerzahler aufmerksam im Auge behalten,
- die derzeitigen Aktionäre sollten die entsprechenden Folgen der Intervention tragen,
- die Regierungen sollten in der Lage sein, einen Wechsel der Führung herbeizuführen,
- die Führungskräfte sollten keine unangemessenen Leistungen beziehen – die Regierungen sollten ua die Befugnis haben, in die Vergütung einzugreifen,
- die rechtmäßigen Interessen der Wettbewerber müssen geschützt werden, insbesondere durch die Vorschriften über staatliche Beihilfen,
- negative Nebeneffekte sollten vermieden werden.

<sup>506</sup> Sog „Eurogruppe“, ein informell tagendes Gremium.

<sup>507</sup> Gipfeltreffen der Länder des Euro-Währungsgebiets – Erklärung zu einem abgestimmten Aktionsplan der Länder des Euro-Währungsgebiets, Doc 14 239/08 v 14.10.2008.

<sup>508</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes Nr 14368/08.

<sup>509</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes Nr 14368/08, Pkt 5.

„Krisenmitteilungen“), worin sie die Grundsätze ihrer temporären Genehmigungspolitik zu staatlichen Beihilfen für Banken in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise vorgibt:

- (1) *„Mitteilung der Kommission – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise“* vom 13. Oktober 2008 (im Folgenden: „Bankenmitteilung“)<sup>510</sup>;
- (2) *„Mitteilung der Kommission – Die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfen auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen“* vom 5. Dezember 2008 (im Folgenden „Rekapitalisierungsmitteilung“)<sup>511</sup>;
- (3) *„Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft“* vom 25. Februar 2009 (im Folgenden: „Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva“)<sup>512</sup>;
- (4) *„Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gem den Beihilfenvorschriften“* vom 22. Juli 2009 (im Folgenden: „Umstrukturierungsmitteilung“)<sup>513</sup>.

In den Krisenmitteilungen erkennt die Kommission an, dass das Ausmaß der gegenwärtigen Krise die Gewährung von Beihilfen auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit b EGV rechtfertigt, und legt einen Rahmen für staatliche Garantien, Rekapitalisierungs- und Entlastungsmaßnahmen fest, die die Mitgliedstaaten für einzelne Banken oder im Rahmen nationaler Regelungen gewähren können. Durch die Veröffentlichung der

---

<sup>510</sup> ABI 2008 C 270/8.

<sup>511</sup> ABI 2009 C 10/2.

<sup>512</sup> ABI 2009 C 72/1.

<sup>513</sup> ABI 2009 C 195/9.

Krisenmitteilungen galt es sicherzustellen, dass die Rettungs-, Entlastungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen zugunsten betroffener Finanzunternehmen geeignet sind, die angestrebten Ziele der Finanzmarktstabilisierung und der Aufrechterhaltung der Kreditversorgung zu erreichen.<sup>514</sup> Darüber hinaus sollte dafür Sorge getragen werden,

*„dass für die in unterschiedlichen Mitgliedstaaten tätigen Banken wie auch für die durch den Staat unterstützen bzw nicht unterstützten Banken gerechte Ausgangsbedingungen herrschen, denn es gilt, einen wettbewerbsschädlichen Subventionswettlauf zu verhindern, das moralische Risiko zu verringern sowie Wettbewerbsfähigkeit und Effizienz der europäischen Banken innerhalb der Gemeinschaft und auf den Weltmärkten zu wahren.“<sup>515</sup>*

Vorwegzunehmen ist, dass die Kommission die Begriffe „Finanzinstitut“, „Kreditinstitut“ und „Bank“ in ihren Krisenmitteilungen, soweit ersichtlich, gleichbedeutend und einander substituierend verwendet. An keiner Stelle der Mitteilungen erfolgt eine konkrete Definition dieser Begriffe, ebenso wenig wird auf eine solche außerhalb der Mitteilung verwiesen. Lediglich in ihrer jüngsten Mitteilung vom 22. Juli 2009 heißt es:

*„Die vorliegende Mitteilung gilt nur für Finanzinstitute im Sinne der Bankenmitteilung. In der vorliegenden Mitteilung wird der Einfachheit halber von Banken gesprochen. Die Erläuterungen gelten jedoch sinngem auch für Finanzinstitute anderer Art.“<sup>516</sup>*

Eine festgeschriebene Erläuterung wie der Finanzinstitutsbegriff iSd Bankenmitteilung auszulegen ist, ist in dieser allerdings nicht ersichtlich. Es kann daher die Annahme getroffen werden, dass eine begriffliche Trennung in Kreditinstitute einerseits und Finanzinstitute andererseits im

---

<sup>514</sup> Vgl Rz 2 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>515</sup> Rz 2 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>516</sup> Rz 2 Fn 3 Umstrukturierungsmitteilung.

Kontext der beihilfenrechtlichen Mitteilungen der Kommission nicht vorzunehmen ist. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund der Tatsache schlüssig, dass die Kommission den Mitgliedstaaten durch die Mitteilungen eine umfassende Orientierungshilfe zur Ausgestaltung und Durchführung von staatlichen Beihilfen im Finanzsektor zur Verfügung stellen möchte, ohne sich dabei auf bestimmte Institutsarten beschränken zu wollen. Auch kann dies in Anbetracht des Ziels der umfassenden Finanzmarktstabilisierung und der Sicherstellung der Kreditvergabe an die Realwirtschaft als plausibel und sinnvoll erachtet werden, denn eine Beschränkung auf einzelne Institutsarten wäre diesem Ziel nicht zuträglich. Entsprechend sollen – ebenso wie in den vorhergehenden Ausführungen – auch im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen dieses Kapitels, welches die gemeinschaftliche Ebene betrifft, die Begriffe „Kreditinstitut“, „Finanzinstitut“ und „Bank“ gleichbedeutend verwendet werden. Im Rahmen des Kapitels zum österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets soll hingegen ausschließlich der Begriff des Kreditinstituts iSd § 1 Abs 1 BWG Verwendung finden. Schließlich sind potentiell Begünstigte der in der österreichischen Beihilferegelung vorgesehenen Maßnahmen (neben Versicherungsunternehmen iSd § 1 VAG) ausschließlich Kreditinstitute iSd § 1 Abs 1 BWG, nicht hingegen Finanzinstitute iSd § 1 Abs 2 BWG.

Nachstehend sollen zunächst die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen beihilfenrechtlicher Mitteilungen erläutert werden, ehe in der Folge die Krisenmitteilungen auf ihre inhaltlichen Unterschiede zu den R&U-LL 2004 untersucht werden.

### **3.1. Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen im Europäischen Beihilfenrecht**

Mitteilungen im gemeinschaftlichen Beihilfenrecht wie die jüngst erlassenen Krisenmitteilungen leisten einen wichtigen Beitrag zu mehr Transparenz und zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit in der

beihilfenrechtlichen Entscheidungspraxis der Kommission.<sup>517</sup> Vorwegzunehmen ist, dass die Kommission im Einzelnen insofern eine uneinheitliche Terminologie verwendet als sie Mitteilungen zT nur mit dieser Bezeichnung, zT aber auch mit oder in Verbindung mit der Bezeichnung Leitlinien veröffentlicht.<sup>518</sup> Allerdings lassen sich gemeinsame Merkmale feststellen, die eine Abgrenzung von Mitteilungen und Leitlinien zum einen von Gemeinschaftsrahmen zum anderen erlauben.

Die beihilferechtlichen Mitteilungen lassen sich zunächst unter keinen der in Art 249 EGV angeführten Rechtsakte subsumieren: Weder werden sie in Form einer verbindlich wirkenden Verordnung, Richtlinie oder Entscheidung erlassen noch können sie als unverbindlich wirkende Stellungnahme oder Empfehlung angesehen werden.<sup>519</sup> Der EuGH hat sich zur Rechtsnatur solcher Mitteilungen bislang nicht explizit geäußert; sie finden zuweil als Akte *sui generis* Umschreibung.<sup>520</sup>

Da Art 249 EGV nach hM nicht abschließend ist<sup>521</sup>, schließt der Umstand, dass Mitteilungen im Katalog des Art 249 EGV nicht explizit angeführt sind, deren Rechtswirkung jedoch nicht aus. Während Mitteilungen im Schrifttum in der Vergangenheit vereinzelt sogar jede rechtliche Wirkung aberkannt wurde<sup>522</sup>, steht nach stRsp des EuGH heute fest, dass die Kommission berechtigt ist, sich in ihrem zukünftigen Verwaltungshandeln

---

<sup>517</sup> Vgl. *Rauchenwald*, Zwischenbilanz zur Beihilfereform, in *Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009), 145.

<sup>518</sup> Vgl. etwa Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABI 2004 C 244/2. Vgl. *Jestaedt/Häsemeyer*, Die Bindungswirkung von Gemeinschaftsrahmen und Leitlinien, EuZW 23/1995 mwN mit dem Hinweis, dass im Gemeinschaftsrecht der Grundsatz gilt, dass die Bezeichnung eines (Rechts-)Aktes für dessen Qualifizierung und Wirkung nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die ausgeführten Eigenschaften von Mitteilungen gelten daher auch für „Leitlinien“.

<sup>519</sup> Zu den Gründen dafür s. *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Vertikal- und Horizontalleitlinien im reformierten Europäischen Wettbewerbsrecht (2005) 33 mwN zu der vergleichbaren Rechtslage im Beihilfenrecht.

<sup>520</sup> Vgl. *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Rz 39.

<sup>521</sup> Vgl. *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 1/2005, 12.

<sup>522</sup> Vgl. *Schütterle*, Die Beihilfenkontrollpraxis der Europäischen Kommission im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, EuZW Heft 13/1995, 393.

– in den Grenzen des EGV<sup>523</sup> – selbst zu binden.<sup>524</sup> Selbstbindung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Kommission aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung<sup>525</sup> (und auch aufgrund des Grundsatzes des Vertrauensschutzes<sup>526</sup>) verpflichtet ist, die in den Mitteilungen formulierten Kriterien in gleichgelagerten Fällen einheitlich anzuwenden.<sup>527</sup> Hingegen steht es der Kommission frei, die Mitteilungen jederzeit aufzuheben oder zu ändern, wenn die Umstände dies gebieten.<sup>528</sup> Während Mitteilungen zwar die Kommission selbst zu binden vermögen, entfalten sie im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung.<sup>529</sup> Mitgliedstaaten dürfen daher auch solche Beihilfevorhaben bei der Kommission anmelden, die sich mit den Regelungen einschlägiger Mitteilungen nicht vereinbaren lassen.<sup>530</sup> Dies ergibt sich aus deren systematischer Einordnung in den Kanon der europäischen Handlungsinstrumente, wonach es sich gerade nicht um verbindlich wirkende Rechtsakte iSd Art 249 EGV handelt.<sup>531</sup>

Wenngleich die beihilferechtlichen Mitteilungen die Mitgliedstaaten sonach nicht unmittelbar zu binden vermögen, entfalten sie diesen gegenüber dennoch eine faktische Bindung, weil sich die Kommission im Zuge der

---

<sup>523</sup> Mitteilungen und Leitlinien können keine Ausnahmetatbestände über Art 87 oder Art 88 hinaus begründen. Vgl *Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 56 mwN: EuGH, U v 24.02.1987, Rs 310/85, *Deuffil*, Slg 1987, 901 Rz 22.

<sup>524</sup> Vgl *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 1/2005, 12 mwN: EuG, Slg 2003, II-1433 (1515) Rz 242 = EuZW 2003, 769 – *Philips/Kommission*.

<sup>525</sup> Vgl *Jestaedt/Schweda* in *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) § 14 Rz 34.

<sup>526</sup> Vgl *Jestaedt/Häsemeyer*, Die Bindungswirkung von Gemeinschaftsrahmen und Leitlinien im EG-Beihilfenrecht, EuZW 1995, 790. Vgl *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 1/2005, Fn 19.

<sup>527</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 4 mwN: EuG, U v 30.04.1998, Rs T-214/95, *Vlaams Gewest/Kommission*, Slg 1998, II-717 Rz 89.

<sup>528</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 1 EGV Rz 4 mwN: EuG, U v 30.04.1998, Rs T-214/95, Slg 1998, II-717, Rz 89 – *Vlaams Gewest/Kommission*.

<sup>529</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 1 EGV Rz 6.

<sup>530</sup> Vgl *Jestaedt/Schweda* in *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) § 14 Rz 37.

<sup>531</sup> In der Lit wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass aus Art 10 EGV eine verbindliche Rechtswirkung gefolgert werden könne. Zudem existiert eine singular geliebene Meinung, derzufolge aus Art 211 EGV die verbindliche Rechtswirkung von Auslegungshilfen der Kommission folge. S *Klösters*, Kompetenzen der EG-Kommission im innerstaatlichen Vollzug von Gemeinschaftsrecht (1994) 94 ff. Zit nach Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 1/2005, Fn 21.

Vereinbarkeitsprüfung in aller Regel an die darin festgelegten Genehmigungskriterien hält. Da jedoch die Entscheidung der Kommission über die Genehmigung einer Beihilfe nicht auf die Mitteilungen gestützt werden darf, sondern vielmehr nur auf die Primärrechtsregelung des Art 87 Abs 3 EGV, ist eine Abweichung von den in den Mitteilungen formulierten Beurteilungskriterien immer dann möglich, und unter Umständen sogar geboten, wenn ein besonderer, atypischer Einzelfall vorliegt.<sup>532</sup>

Die Gemeinschaftsgerichte sind gehalten, Kommissionsentscheidungen am Maßstab der einschlägigen Mitteilungen zu messen und sie ggf aufzuheben, wenn sie bei unzureichender Begründung davon abweichen. Dies folgt daraus, dass die Kommission die ihr bei der Anwendung des Art 87 Abs 3 EGV zukommenden Ermessensspielräume verbindlich durch die Veröffentlichung der Mitteilungen konkretisiert.<sup>533</sup>

In Abgrenzung zu den beihilferechtlichen Mitteilungen und Leitlinien werden Gemeinschaftsrahmen nicht einseitig von der Kommission erlassen, sondern vielmehr erst durch Zustimmung des Mitgliedstaates wirksam. Neben der Selbstbindung der Kommission entfalten Gemeinschaftsrahmen darüber hinaus auch gegenüber dem Mitgliedstaat Bindungswirkung, der ihm zugestimmt hat. Verweigert die Regierung eines Mitgliedstaates die Zustimmung, hat die Kommission die Möglichkeit, diese in einem Verfahren nach Art 88 Abs 2 EGV zu erzwingen.<sup>534</sup>

---

<sup>532</sup> Vgl *Jestaedt/Schweda* in *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) § 14 Rz 34.

<sup>533</sup> Vgl *Jestaedt/Schweda* in *Heidenhain* (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) § 14 Rz 39.

<sup>534</sup> Vgl *Mederer/van Ysendyck* in von der *Groeben/Schwarze* (Hrsg), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art 87 Rz 151.

### 3.2. Die „Bankenmitteilung“ vom 13. Oktober 2008<sup>535</sup>

Nur wenige Tage nachdem der ECOFIN vom 7. Oktober 2008 wesentliche Grundsätze zur Bewältigung der Folgen der Finanzkrise vorgestellt hatte, nahm die Kommission am 13. Oktober 2008 mit der sog Bankenmitteilung ihre erste Krisenmitteilung zur Koordinierung und Harmonisierung staatlicher Rettungsbeihilfen für Finanzinstitute an.<sup>536</sup> Mit der Bankenmitteilung beabsichtigte die Kommission zunächst zum einen den Mitgliedstaaten einen allgemeinen Leitfaden zu bieten, der diesen eine rasche Vereinbarkeitsbeurteilung staatlicher Rettungsmaßnahmen mit den gemeinschaftlichen Vorschriften für staatliche Beihilfen ermöglichen sollte, und zum anderen in beiderseitigem Interesse diesbezügliche Prüfverfahren zu beschleunigen.<sup>537</sup>

#### 3.2.1. Art 87 Abs 3 lit b EGV statt Art 87 Abs 3 lit c EGV

*„In dieser Mitteilung legt die Kommission eine bisher nicht gekannte Großzügigkeit bei der Genehmigung von Beihilfen an den Tag – aus Sicht der betroffenen Institute sicherlich eine sehr positive Überraschung, die auch in die Zeit passen dürfte.“<sup>538</sup>*

Während die Kommission Stützungsmaßnahmen für Finanzinstitute in wirtschaftlichen Schwierigkeiten idR stets nach Art 87 Abs 3 lit c EGV und den jeweils in Geltung stehenden R&U-LL geprüft hatte<sup>539</sup>, legte sie im Einklang mit der Politik des Rates in der Bankenmitteilung ausdrücklich fest, dass in Anbetracht des schwerwiegenden Ausmaßes der Finanzkrise und ihrer potentiellen Auswirkungen auf die Realwirtschaft Art 87 Abs 3

---

<sup>535</sup> Mitteilung der Kommission - Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABI 2008 C 270/8.

<sup>536</sup> Vgl schon Pressemeldungen v 06.10.2008, Speech/08/498; v 07.10.2008, Memo/98/608.

<sup>537</sup> Vgl Rz 3 Bankenmitteilung.

<sup>538</sup> Soltész, „Fast Track“ – Beihilfenkontrolle durch die Kommission in Zeiten der Finanzkrise, Börsen-Zeitung v 15.10.2008, 2.

<sup>539</sup> Vgl Rz 6 Bankenmitteilung.

lit b EGV als Rechtsgrundlage für die Genehmigung staatlicher Beihilfen im Bankensektor herangezogen werden könne.<sup>540</sup>

Dabei kann nach Ansicht der Kommission Art 87 Abs 3 lit b EGV als Rechtsgrundlage sowohl für die Genehmigung staatlicher Beihilferegungen iSd Art 1 lit d VVO als auch für die Genehmigung individueller *Ad-hoc*-Beihilfen herangezogen werden.<sup>541</sup> Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Kommission in ihrer Bankenmitteilung die Beurteilungskriterien für die Genehmigungsfähigkeit von Rettungsmaßnahmen bezogen auf Beihilferegungen erläutert; die Vereinbarkeitsanforderungen gelten jedoch auch für Einzelbeihilfen entsprechend.

### 3.2.2. „Systemrelevante“ Banken?

In den Anfängen der Finanzkrise erschien zunächst unklar, ob die Ausnahmebestimmung des Art 87 Abs 3 lit b EGV lediglich auf „systemrelevante“ Banken Anwendung findet oder sämtliche, sohin auch kleinere, „nicht systemrelevante“ Banken von dessen Anwendungsbereich erfasst sind. In der Bankenmitteilung führte die Kommission hierzu in unklarer Weise aus wie folgt: *„Die Mitteilung enthält einen Leitfaden zu den Kriterien für die Vereinbarkeit allgemeiner Regelungen, konkreter Anwendungsfälle und systemrelevanter Ad-hoc-Maßnahmen.“*<sup>542</sup> Wenngleich die Mitgliedstaaten aus wirtschaftspolitischen Gründen ihren Fokus zunächst freilich auf die Rettung großer Institute legten und sich die Mitgliedstaaten auch im Rahmen des Aktionsplans<sup>543</sup> zur Unterstützung „systemrelevanter“ Banken bekundet hatten, bestand aus beihilferechtlicher Perspektive – unter der Annahme, dass die Entwicklungen im Finanzsektor bereits zu einer beträchtlichen Störung im

---

<sup>540</sup> Vgl Rz 9 Bankenmitteilung.

<sup>541</sup> Vgl Rz 9 Bankenmitteilung.

<sup>542</sup> Rz 5 Bankenmitteilung.

<sup>543</sup> Vgl Erklärung zu einem abgestimmten Aktionsplan der Länder des Euro-Währungsgebiets, Doc 14 239/08 v 14.10.2008.

Wirtschaftsleben der Mitgliedstaaten geführt hatte – kein Anlass für deren unterschiedliche Behandlung.<sup>544</sup>

Zudem kann mE eine Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV auch auf „nicht systemrelevante“ aufgrund des Umstandes gerechtfertigt werden, dass in Zeiten der aktuellen Krise auch die Unterstützung kleinerer Banken maßgeblich zur Stabilisierung der wirtschaftlichen Lage geeignet ist und daher auch diesen insoweit Systemrelevanz zuzuschreiben ist. Schließlich erscheint angesichts der vorherrschenden Vertrauenskrise auf dem Finanzmarkt auch die Insolvenz kleinerer Banken geeignet, die Stabilisierung der Finanzmärkte zu gefährden, insb durch das Auslösen eines sog *bank run*, also eines Ansturms auf eine Bank durch Anleger zur Behebung von Einlagen. Diese Annahme legt die Kommission auch ihren Entscheidungen zugrunde, in denen sie bislang, soweit ersichtlich, keiner Bank ausdrücklich deren Systemrelevanz in der Krise abgesprochen hat.<sup>545</sup>

In diese Richtung bekräftigte die Kommission auch in der Frühjahrsausgabe 2009 des Beihilfeanzeigers ihre Ansicht, dass es

*„[...] willkürlich [sei], im Falle von Mitgliedstaaten, die zugunsten ihres gesamten Bankensektors oder systemrelevanter Banken intervenierten, Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b anzuwenden, die*

---

<sup>544</sup> Vgl *Luja*, State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework, EStAL 2/2009, 147.

<sup>545</sup> S etwa Komm, E v 05.11.2008, Fall NN 39/2008, ABI 2009 C 12/3 – *Roskilde II* (damals achtgrößte Bank Dänemarks): „it appears that the Danish banking sector is to a large extent dependant on capital market funding. Any losses on loans to RB may have lead to adverse knock-on effects on other Danish banks. Furthermore, the possible suspension of payments by RB would have a potential negative effect on the international trust in the Danish financial system. Therefore, the Commission does not dispute the analysis of Denmark that the default of RB on its senior liabilities towards the financial institutions could pose a considerable threat to financial stability in Denmark. In addition, the Commission notes that during the current crisis the loss of confidence in the financial market of a particular state can lead to adverse effects in the economy as demonstrated by events in Iceland.“

*Rettung kleinerer Banken aber weiterhin auf der Basis von Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c zu bewerten.*<sup>546</sup>

Dieser Ansatz der Kommission ist mE zu begrüßen, andernfalls „nicht systemrelevante“ Banken im Gegensatz zu „systemrelevanten“ Banken weiterhin den strengen Kriterien der auf Art 87 Abs 3 lit c EGV basierenden R&U-LL 2004 unterfallen wären und es in der Folge zu einer aus beihilferechtlicher Perspektive nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung der beiden Banktypen gekommen wäre.

Nach der Entscheidungspraxis der Kommission lässt sich nach heutigem Stand zudem nur schwer beurteilen, welche Kriterien die Kommission für das Tatbestandsmerkmal „Systemrelevanz“ heranzieht. Im Rahmen des österreichischen BWG handelt es sich bei „systemrelevanten“ Instituten allgemein um solche, *„die wegen ihrer Größe oder ihrer besonderen Bedeutung für die Finanzmarktstabilität von erhöhter Bedeutung sind.*<sup>547</sup>

Im Übrigen ist mE eine rein rechtliche, zur Gänze entpolisierte Abgrenzung der beiden Banktypen nur schwer möglich. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung, dass, soweit ersichtlich, gegenüber der Kommission kein Mitgliedstaat eine Bank als ausdrücklich „nicht-systemrelevant“ bezeichnet hat.<sup>548</sup> Dies ergibt sich wohl auch aufgrund des Umstandes, dass die in aller Regel sehr hohen Beihilfesummen für betroffene Banken gegenüber den jeweiligen Steuerzahlern so auf nationaler Ebene einer erleichterten politischen Rechtfertigung zugänglich sind.

---

<sup>546</sup> Komm, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2009, v 08.04.2009, KOM(2009) 164, 11.

<sup>547</sup> Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/ O. Schütz, BWG (Loseblatt), § 70 Rz 5.

<sup>548</sup> Vgl Komm, E v 19.11.2008, Fall NN 49/2008, ABI 2009 C 181/42, Rz 48 – *Dexia*: „en aurait résulté une grave perte de confiance du publique (risque réel mouvement de panique avec retraits massifs, ou „bank run“), qui à son tour aurait déclenché une grave crise de confiance dans le système bancaire dans sa totalité (tant au niveau belge qu’au niveau international)“; Komm, E v 12.11.2008, Fall NN 528/2008, Fall N 528/2008, ABI 2008 C 328/10 – *ING*; s Presseerklärung IP/08/1699 v 13.11.2008: „ING has a pivotal function within the Dutch financial sector – a loss of confidence in such core institution would have led to further disturbance of the current situation and harmful spill-over effects to the economy as a whole“.

Mit Erlass der Bankenmitteilung war der Anwendungsbereich des sonst so restriktiv angewandten Art 87 Abs 3 lit b EGV daher letztlich für alle Banken eröffnet. Zugleich kündigte die Kommission vorerst jedoch an, dass diese Ausnahmenvorschrift nicht zur Anwendung gelangen könne, wenn es in anderen Wirtschaftssektoren als dem Bankensektor zu einer Krisensituation komme, *„aber kein vergleichbares Risiko einer unmittelbaren Auswirkung auf die Gesamtwirtschaft eines Mitgliedstaats besteht“*.<sup>549</sup> Entgegen dieser Ankündigung dehnte die Kommission in weiterer Folge, als die Finanzkrise beträchtliche rezessionsfördernde Auswirkungen auf die Realwirtschaft zeigte, den Anwendungsbereich der Ausnahmenvorschrift sehr wohl auch auf Maßnahmen zugunsten der Realwirtschaft aus.<sup>550</sup>

### **3.2.3. Allgemeine Genehmigungsvoraussetzungen für Beihilferegelungen zugunsten des Bankensektors**

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Geeignetheit, der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit staatlicher Beihilfen fordert die Kommission in der Bankenmitteilung, dass Beihilferegelungen zugunsten des Finanzsektors den folgenden Kriterien gerecht werden, um genehmigungsfähig zu sein:<sup>551</sup>

- *„sie müssen zielgenau ausgerichtet sein, damit die angestrebte Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben wirksam erreicht werden kann,*
- *sie müssen der zu meisternden Herausforderung angemessen sein, dh sie dürfen nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen, und*

---

<sup>549</sup> Rz 11 Bankenmitteilung.

<sup>550</sup> S Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfe zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABI 2009 C 16/1, Tz 4.1.

<sup>551</sup> Rz 15 Bankenmitteilung.

- *sie müssen so ausgestaltet sein, dass die negativen Nebeneffekte für Wettbewerber, andere Branchen und andere Mitgliedstaaten möglichst gering ausfallen.“*

Diese allgemeinen Kriterien konkretisiert die Kommission in der Bankenmitteilung sodann unter Bezugnahme auf bestimmte Beihilferegulungen, und zwar bezogen auf (i) staatliche Garantieregelungen zur Deckung der Verbindlichkeiten von Finanzinstituten<sup>552</sup> sowie auf (ii) staatliche Rekapitalisierungsregelungen.<sup>553</sup> Doch sind daneben auch andere Formen staatlicher Unterstützungsmaßnahmen genehmigungsfähig, sofern sie den für Garantien und Rekapitalisierungen dargelegten Kriterien entsprechen.

Abstrahiert man die im Hinblick auf staatliche Garantie- und Rekapitalisierungsregelungen präzisierten Genehmigungskriterien, sind der Bankenmitteilung zusammengefasst die nachstehenden Anforderungen für die Genehmigung staatlicher Beihilferegulungen zugunsten des Bankensektors zu entnehmen:

- Die in der Beihilferegulung enthaltenen Maßnahmen müssen entweder allen in dem betreffenden Mitgliedstaat (einschließlich durch Filialen) ansässigen Finanzinstituten diskriminierungsfrei, dh ohne dass deren nationale Herkunft eine Rolle spielt, offen stehen oder – soweit eine Beschränkung auf systemisch relevante Banken besteht – objektive Kriterien für die Stützungswürdigkeit der Finanzinstitute festlegen.<sup>554</sup>
- Die Beihilferegulung muss in ihrer Geltungsdauer beschränkt sein.<sup>555</sup>

<sup>552</sup> Vgl Rz 17 ff Bankenmitteilung.

<sup>553</sup> Vgl Rz 34 ff Bankenmitteilung.

<sup>554</sup> S Rz 18 u 35 Bankenmitteilung. Eine Beihilferegulung, die nur Staatsangehörige eines Mitgliedstaates begünstigt und nicht unterschiedslos auch Angehörigen aus anderen Mitgliedstaaten zugute kommt, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit nach Art 6 EGV. In der territorialen Begrenzung der Maßnahme auf den Mitgliedstaat allein liegt kein Verstoß. Vgl *Bär-Bouyssière*, EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009) Art 87 EGV Rz 14 mwN.

<sup>555</sup> Vgl Rz 12, 24 u 35 Bankenmitteilung.

- Die Beihilferegung muss vorsehen, dass das begünstigte Finanzinstitut und/oder der Finanzsektor als Ganzes einen angemessenen Eigenbeitrag zu der staatlichen Unterstützung leisten.<sup>556</sup>
- Die Beihilferegung muss Verhaltensmaßregeln für die begünstigten Finanzinstitute beinhalten, um das Risiko zu minimieren, dass Beihilfeempfänger ihre durch die staatliche Unterstützung vorteilhaftere Lage missbrauchen und Wettbewerbsvorteile erzielen.<sup>557</sup>
- Die Beihilferegung darf nur als vorübergehende Notmaßnahme zur Behebung der akuten Symptome der Finanzmarktkrise darstellen. Im Anschluss an die Unterstützungsmaßnahmen sind entsprechende Strukturanpassungsmaßnahmen für den Finanzsektor als Ganzes und/oder die Umstrukturierung bzw Liquidation einzelner Finanzinstitute, die staatliche Unterstützung in Anspruch nehmen mussten, vorzusehen.<sup>558</sup>

#### **3.2.4. Konkrete Rettungsmaßnahmen und die Anforderungen an ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt**

Hinsichtlich der konkreten Rettungsmaßnahmen lässt die Bankenmitteilung den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Beihilferegungen – unter Einhaltung der darin bestimmten Grundsätze – weiten Gestaltungsspielraum. Nur wenige Bestimmungen sind so strikt, dass von ihnen in der mitgliedstaatlichen Beihilferegung nicht abgewichen darf. An vielen Stellen sieht die Bankenmitteilung nicht abschließende Aufzählungen möglicher Kriterien vor, die sich positiv bei der Vereinbarkeitsbeurteilung auswirken sollen. Diese grds zu begrüßende Gestaltungsoffenheit lässt zu, dass die einzelnen Beihilferegungen nach den spezifischen mitgliedstaatlichen Marktverhältnissen kreiert werden können ohne deren

<sup>556</sup> Vgl Rz 25 ff u 38 Bankenmitteilung.

<sup>557</sup> Vgl Rz 27 Bankenmitteilung,

<sup>558</sup> Vgl Rz 28 u 29 Bankenmitteilung.

Genehmigungsfähigkeit zu gefährden. In der Praxis hat dies dazu geführt, dass die mitgliedstaatlichen Beihilferegulungen im Detail zT recht unterschiedlich ausgestaltet sind. Um allfällige daraus resultierende Wettbewerbsverfälschungen hintanzuhalten, hat die Kommission jedoch strikt auf die Einhaltung der wesentlichen Grundsätze zu achten, durch die eine annähernde Vergleichbarkeit der mitgliedstaatlichen Stützungsmaßnahmen gewahrt bleiben muss.<sup>559</sup>

Hervorzuheben ist die Besonderheit, dass die Kommission in der Bankenmitteilung offenbar sämtlichen staatlichen Maßnahmen zugunsten von Banken in der gegenwärtigen Krise *a priori* das beihilfenrelevante Element der finanziellen Begünstigung unterstellt, ohne für dessen Bestimmung zunächst den MEIT heranzuziehen.<sup>560</sup> Dies erklärt sich wohl angesichts der eingeschränkten Anwendbarkeit des MEIT in der Krise, da sich die Bestimmung der Marktüblichkeit aufgrund eines gegenwärtig quasi nicht vorhandenen Marktes in der Tat als schwierig erweist.<sup>561</sup>

#### **3.2.4.1. Gewährung staatlicher Garantien**

Die Genehmigung einer staatlichen Garantie bzw Garantieregelung durch die Kommission setzt zunächst voraus, dass die Auswahl der Begünstigten in objektiver und nicht diskriminierender Weise erfolgt.<sup>562</sup> Darüber hinaus müssen die staatlichen Garantemaßnahmen für ihre Genehmigungsfähigkeit entsprechend der oben dargelegten allgemeinen Grundsätze (i) geeignet, (ii) notwendig und (iii) verhältnismäßig sein:

- (i) Die Kommission erkennt das Aufsetzen von Garantieregelungen als grds geeignet zur Behebung der Vertrauenskrise auf den

---

<sup>559</sup> Vgl *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 713.

<sup>560</sup> Vgl *Luja*, State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework, EStAL 2/2009, 148.

<sup>561</sup> Vgl *Drijber/Burmester*, Competition Law in a Crashed Economy: State Aid to the Financial Sector, Ondernemingsrecht 2009-14, 577.

<sup>562</sup> Vgl Rz 18 Bankenmitteilung.

Finanzmärkten an<sup>563</sup>, betont jedoch zugleich, dass die Erfüllung des Kriteriums der Geeignetheit davon abhängt, dass die Regelung auf solvente Institute begrenzt ist.<sup>564</sup>

- (ii) Um das Kriterium der Erforderlichkeit zu erfüllen, muss die Maßnahme sowohl dem Umfang als auch der Dauer nach auf das notwendige Minimum beschränkt sein.

Was den Umfang der gedeckten Verbindlichkeiten betrifft, erachtet die Kommission Garantien zum Schutz von Privatkundeneinlagen<sup>565</sup> als eine in der Systemkrise zulässige und aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive unproblematische Maßnahme zur Wahrung des Vertrauens der Einleger und der Vermeidung negativer Ausstrahlungseffekte auf gesunde Banken.<sup>566</sup> Darüber hinaus können auch Garantien zum Schutz von Großkundeneinlagen und erstrangige, ungesicherte, kurz- bis mittelfristige Schuldtitel gerechtfertigt sein, soweit dies die durch den gegenseitigen Vertrauensverlust zwischen den Finanzinstituten bedingte Kreditklemme auf dem Interbankenmarkt erfordert.<sup>567</sup> So hat die Kommission etwa im Fall der niederländischen Garantieregelung für die Finanzbranche Bereitschaft gezeigt, dass auch Schuldtitel solcher Art erfasst werden können.<sup>568</sup> Sofern noch weitergehend auch nachrangige Schuldtitel von der Garantieregelung erfasst sein sollten, macht die Kommission ihre

---

<sup>563</sup> Vgl auch Komm, E v 13.10.2008, Fall NN 48/2008, ABI 2008 C 312/2, Rz 59 – *Garantieregelung für Banken in Irland*.

<sup>564</sup> Vgl Komm, E v 10.10.2008, Fall NN 51/2008, ABI 2008 C 73/2, Rz 43 – *Garantieregelung für Banken in Dänemark*; Komm, E v 27.10.2008, Fall N 512/2008, ABI 2008 C 293/2, Rz 61 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*; Komm, E v 31.10.2008, Fall N 524/2008, ABI 2008 C 328/09, Rz 31 – *Garantieregelung für Banken in den Niederlanden*.

<sup>565</sup> Garantieerklärungen für Privatkundeneinlagen stellen staatliche Beihilfen iSd Art 87 Abs 1 EGV dar, da – wenngleich der Primärzweck der Schutz der Sparer ist – auch den Finanzinstituten insofern ein wirtschaftlicher Vorteil zuteil wird, als die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten durch den Staat garantiert wird. Derartige staatliche Garantien verschaffen den Finanzinstituten regelmäßig größere finanzielle Spielräume, sodass ihnen eine einer direkten finanziellen Zuwendung vergleichbare Wirkung zukommt.

<sup>566</sup> Vgl Rz 19 Bankenmitteilung.

<sup>567</sup> Vgl Rz 21 Bankenmitteilung.

<sup>568</sup> Vgl Komm, E v 31.10.2008, Fall N 524/2008, ABI 2008 C 328/09, Rz 40 – *Garantieregelung für Banken in den Niederlanden*.

Genehmigung davon abhängig, dass sich die betreffenden Finanzinstitute zur Einhaltung des Solvabilitätskoeffizienten verpflichten, der im Zeitpunkt der Einführung der Beihilfemaßnahme gilt. Durch eine solche Zusage soll sichergestellt werden, dass das Kreditinstitut nicht in die Lage versetzt wird, die staatliche Garantie zur Ausweitung seines Geschäftsvolumens zu nutzen.<sup>569</sup> Grenzen sind dem Garantiefumfang insoweit gesetzt als dieser nicht sämtliche Verbindlichkeiten schlechthin eines Kreditinstitutes erfassen sollte.<sup>570</sup> Die Frage, ob nur neue<sup>571</sup> oder auch zum Zeitpunkt der Garantie bereits bestehende<sup>572</sup> Verbindlichkeiten abgedeckt werden, wurde auf mitgliedstaatlicher Ebene bisher unterschiedlich beantwortet.<sup>573</sup> Allgemein festgestellt werden kann daher, dass die Kommission in der Bankenmitteilung keine unumstößlichen Regeln trifft, welche Verbindlichkeiten von staatlichen Garantien erfasst werden dürfen, vielmehr gilt der Grundsatz: Je mehr Titel von der staatlichen Garantie erfasst sind, desto eingehender hat die Rechtfertigungsprüfung auszufallen.<sup>574</sup>

In zeitlicher Hinsicht geht die Bankenmitteilung deutlich über die Sechsmonatsfrist hinaus, die für die Genehmigung von Rettungsbeihilfen nach den R&U-LL 2004 gilt.<sup>575</sup> Vielmehr erachtet die Kommission in der Bankenmitteilung eine Dauer der Maßnahmen von bis zu zwei Jahren als im Grundsatz unproblematisch, wobei sie zusätzlich die Tür zu weiteren Verlängerungen offen lässt.<sup>576</sup> Deckt die Garantie Verbindlichkeiten bis zu einem Fälligkeitstermin nach Ablauf dieser zweijährigen

---

<sup>569</sup> Vgl Komm, E v 13.10.2008, Fall NN 48/2008, Rz 64 – *Garantieregung für Banken in Irland*.

<sup>570</sup> Vgl Rz 23 Bankenmitteilung.

<sup>571</sup> S etwa Komm, E v 13.11.2008, Fall N 567/2008, ABI 2008 C 309/7 – *Finnische Garantieregung für Finanzinstitute*.

<sup>572</sup> Vgl Komm, E v 13.10.2008, Fall NN 48/2008 – *Garantieregung für Banken in Irland*.

<sup>573</sup> Vgl *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 716.

<sup>574</sup> Vgl Rz 22 Bankenmitteilung.

<sup>575</sup> Hierzu oben Rz 53 R&U-LL 2004.

<sup>576</sup> Rz 24 Bankenmitteilung.

Begebungsfrist, sieht die Bankenmitteilung vor, dass der Mitgliedstaat zusätzliche Schutzmaßnahmen vor übermäßigen Wettbewerbsverzerrungen vorzusehen hat, etwa abschreckende Entgeltbedingungen oder angemessene Obergrenzen für die gedeckten Verbindlichkeiten.<sup>577</sup> Während die ersten notifizierten Beihilferegulungen die Zweijahresfrist vorerst einhielten, sieht die deutsche Garantieregelung bereits eine Dreijahresfrist, jene Finnlands (bei hypothekarisch gesicherten Verbindlichkeiten) und Italiens (auch bei sonstigen Verbindlichkeiten, jedoch prozentual gedeckelt) gar eine fünfjährige Laufzeit vor.<sup>578</sup> Im Gegenzug für ihre großzügige Genehmigungspraxis verpflichtet die Kommission die Mitgliedstaaten, die Erforderlichkeit der Fortdauer der Garantiemaßnahmen im Abstand von sechs Monaten zu überprüfen.<sup>579</sup>

- (iii) Damit die Garantiemaßnahme neben der Anforderung der Geeignetheit und Notwendigkeit auch jener der Verhältnismäßigkeit gerecht wird, müssen zudem die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

Zunächst muss die Höhe und die Intensität der staatlichen Beihilfe auf das Minimum beschränkt werden. Dies setzt voraus, dass die begünstigten Institute und/oder der gesamte Finanzsektor<sup>580</sup> einen signifikanten Eigenbeitrag zu den Garantiekosten und ggf zu den Kosten der staatlichen Intervention leisten, falls die Garantie gezogen wird.<sup>581</sup> So sind die begünstigten Institute zur Entrichtung eines marktnahen Entgelts, das sich nach der Höhe der Risiken

---

<sup>577</sup> Rz 24 Bankenmitteilung.

<sup>578</sup> Vgl *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 716.

<sup>579</sup> Rz 24 Bankenmitteilung.

<sup>580</sup> Während etwa die dänische Garantieregelung vorsieht, dass der Eigenbeitrag dem gesamten Finanzsektor obliegt, verpflichtet beispielsweise die deutsche, britische und irische Garantieregelung die einzelnen begünstigten Banken zur Entrichtung einer Garantiegebühr.

<sup>581</sup> Rz 26 Bankenmitteilung.

und den Kreditprofilen der Begünstigten richtet, zu verpflichten.<sup>582</sup> Die Kommissionspraxis orientiert sich hierbei an den Empfehlungen der EZB, die eine Bereitstellungsprämie von 0,5% der garantierten Summe sowie eine zusätzliche, von dem *CDS-Spread* des jeweiligen Kreditinstitutes abhängige Risikoprämie vorschlagen.<sup>583</sup> Eine weitere Möglichkeit, die Beihilfe auf das Minimum zu beschränken, besteht nach der Bankenmitteilung darin, im Garantiefall einen beträchtlichen privaten Finanzierungsanteil seitens der Begünstigten zu verlangen.<sup>584</sup> Sollten indes weder die Zahlung einer marktnahen Prämie noch ein privater Finanzierungsanteil kurzfristig realisierbar sein, kommt auch eine Aufschiebung der Zahlungsverpflichtungen in Betracht.<sup>585</sup> Mitunter – so etwa im Fall der Garantieregelung für Banken in Irland<sup>586</sup> – hat die Kommission auch gefordert, dass, wenn im Fall von Ausfallsleistungen aufgrund der Garantien ein Rückgriff auf das betreffende Finanzinstitut nicht möglich ist, die übrigen Garantiennehmer entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit hierfür einstehen müssen.

Darüber hinaus will die Kommission im Rahmen ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung Wettbewerbsverzerrungen in Folge der Beihilfegewährung möglichst entgegenwirken. Um das Risiko zu begrenzen, dass begünstigte Banken ihre durch die Garantienmaßnahme vorteilhaftere Lage zu Lasten nichtbegünstigter Wettbewerber missbrauchen, muss die Garantieregelung sowohl materielle Verhaltensregeln, die etwa das Geschäftsverhalten der begünstigten Bank Restriktionen unterwerfen (zB Werbeverbot mit

---

<sup>582</sup> Rz 26 Bankenmitteilung.

<sup>583</sup> Vgl Komm, 13.10.2008, Fall N 507/2008, ABI 2008 C 290/4, Rz 61 – *Garantieregelung für Banken im Vereinigten Königreich*; vgl auch Komm, 27.10.2008, Fall N 512/2008, ABI 2008 C 293/02, Rz 66 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*.

<sup>584</sup> Vgl Komm, 10.10.2008, Fall NN 51/2008, ABI 2008 C 73/2, Rz 50 – *Garantieregelung für Banken in Dänemark*.

<sup>585</sup> Rz 26 Bankenmitteilung.

<sup>586</sup> Vgl Komm, E v 13.10.2008, Fall NN 48/2008, ABI 2008 C 312/2, Rz 68 – *Garantieregelung für Banken in Irland*.

dem Garantiestatus, Expansionsverbot<sup>587</sup>), als auch angemessene verfahrensrechtliche Regeln zur Durchsetzung dieser Verhaltensregeln vorsehen, die bei Nichtbefolgung auch die Rücknahme der gewährten Garantien zulassen.<sup>588</sup>

Des Weiteren kann die Kommission, den Mitgliedstaaten, die derartige Garantieregelungen anmelden, die Vornahme struktureller Änderungen sowohl in der Bankenaufsicht als auch ggf die Restrukturierung und Liquidierung bestimmter Institute zur Pflicht machen.<sup>589</sup> Sofern es im Einzelfall dazu kommt, dass bestimmte Institute die Garantie in Anspruch nehmen (müssen), verlangt die Bankenmitteilung ebenso wie die R&U-LL 2004 grds die Notifizierung eines geeigneten Umstrukturierungs- oder Liquidationsplanes binnen sechs Monaten.<sup>590</sup> In diesem Zusammenhang gelten dann im Grundsatz die oben dargestellten Voraussetzungen der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität, der Vermeidung unzumutbarer Wettbewerbsverfälschungen sowie der Begrenzung der Beihilfe auf das erforderliche Mindestmaß. In welcher Form die höhere Flexibilität, wie sie durch die Genehmigung derartiger Maßnahmen auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit b EGV möglich geworden ist, zu Abweichungen von diesen strikten Regeln der R&U-LL 2004 führt, wird nach den ersten Einzelfallentscheidungen<sup>591</sup> nunmehr durch die am 22. Juli 2009 angenommene Umstrukturierungsmitteilung präzisiert.<sup>592</sup>

---

<sup>587</sup> Vgl Rz 27 Bankenmitteilung. Vgl Komm, E v 13.10.2008, Fall NN 48/2008, ABI 2008 C 312/2, Rz 70 – *Garantieregelung für Banken in Irland*; vgl auch Komm, E v 31.10.2008, Fall N 524/2008, ABI 2008 C 328/09, Rz 40 – *Garantieregelung für Banken in den Niederlanden*.

<sup>588</sup> Vgl Rz 27 Bankenmitteilung.

<sup>589</sup> Vgl Rz 28 f Bankenmitteilung.

<sup>590</sup> Vgl Rz 30 Bankenmitteilung.

<sup>591</sup> Komm, E v 31.03.2009, Fall C/2009 – *ING*; Komm, E v 07.05.2009, Fall N 244/2009 – *Commerzbank*; Komm, E v 12.05.2009, Fall C 43/08 – *WestLB*; Komm, 12.05.2009, Fall C 16/2009 – *BayernLB*.

<sup>592</sup> S dazu Dritter Teil III. 3.5.

### 3.2.4.2. Maßnahmen zur Rekapitalisierung

Eine wesentliche Neuerung der Bankenmitteilung gegenüber den R&U-LL 2004 besteht darin, dass auf ihrer Grundlage nun auch eigenkapitalwirksame Refinanzierungsmaßnahmen möglich sind. Hingegen dürfen nach den R&U-LL 2004 Rettungsbeihilfen nur in Form von Darlehensbürgschaften oder Darlehen gewährt werden.<sup>593</sup> Zwar sehen die R&U-LL 2004 gewisse Ausnahmen für den Bankensektor vor, doch dürfen nach den R&U-LL 2004 auch im Bankensektor keine irreversiblen Finanzmaßnahmen struktureller Art, wie dies bei Rekapitalisierungen der Fall ist, gewährt werden.<sup>594</sup> Indes legt die Kommission in der Bankenmitteilung nun ausdrücklich die Zulässigkeit solcher irreversibler Maßnahmen fest, wobei sie ihre Genehmigung von folgenden Voraussetzungen abhängig macht:

Für Rekapitalisierungsmaßnahmen<sup>595</sup> gelten grds die an Garantieregelungen gestellten Anforderungen *mutatis mutandis*. So muss zunächst – ebenso wie im Rahmen von Garantieregelungen – ein diskriminierungsfreier Zugang für alle in einem bestimmten Mitgliedstaat zugelassenen Banken einschließlich der Niederlassungen der ausländischen Institute gelten. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung müssen – ebenso wie bei den Garantieregelungen – der Umfang als auch die zeitliche Dauer der Maßnahme auf das strikte Minimum begrenzt werden. Bei der abschließend zu prüfenden Verhältnismäßigkeit fordert die Kommission wiederum die Zahlung einer angemessenen Vergütung als Gegenleistung für die Refinanzierungsmaßnahme, des Weiteren Verpflichtungen, die einem Missbrauch entgegenwirken sollen, wie zB Auflagen hinsichtlich den Umfang des Geschäftsvolumens sowie der Werbung, und schließlich angemessene Beteiligungsrechte des Staates im Gegenzug für seinen Kapitaleinsatz.<sup>596</sup> Schließlich verlangt die Kommission auch bei derartigen Refinanzierungsmaßnahmen alle sechs

---

<sup>593</sup> Vgl Rz 25 R&U-LL 2004. S dazu oben Dritter Teil II. 1.2.

<sup>594</sup> Vgl Fn 3 zu Rz 25 lit a R&U-LL 2004.

<sup>595</sup> Rz 34-42 Bankenmitteilung.

<sup>596</sup> Vgl Rz 27 Bankenmitteilung.

Monate einen Bericht über die Umsetzung der Regelung sowie für jedes begünstigte Kreditinstitut Umstrukturierungs- oder Liquidationspläne innerhalb von sechs Monaten nach der Realisierung der jeweiligen Maßnahme.<sup>597</sup>

Diese in der Bankenmitteilung nur umrisshaft formulierten Anforderungen an Rekapitalisierungen hat die Kommission in ihrer Rekapitalisierungsmitteilung vom 8. Dezember 2008 weiter präzisiert.<sup>598</sup> Daher soll hier auf die diesbezüglichen Ausführungen an unterer Stelle, insb auch zu der im Rahmen der Bankenmitteilung eingeführten und in der Rekapitalisierungsmitteilung näher ausgeführten Unterscheidung zwischen „grundsätzlich gesunden“ und „nicht grundsätzlich gesunden“ Banken, verwiesen werden.

### **3.2.4.3. Andere Liquiditätshilfen**

Neben Garantie- und Rekapitalisierungsmaßnahmen steht es den Mitgliedstaaten frei, zugunsten betroffener Finanzinstitute auch andere als die genannten Liquiditätshilfen aus öffentlichen Mitteln einzusetzen. Darunter können beispielsweise auch Maßnahmen, welche durch bzw von einer Zentralbank gewährt werden, fallen. Sofern die Zentralbanken durch die Zurverfügungstellung zusätzlicher Liquidität in den Markt eingreifen, verneint die Kommission unter den nachstehenden Bedingungen das Vorliegen einer Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV.<sup>599</sup>

- Zunächst muss das betreffende Finanzinstitut im Zeitpunkt der Zurverfügungstellung zusätzlicher Liquidität solvent sein. Die Liquiditätszuführung darf aber nicht Bestandteil eines weitergehenden Beihilfepakets sein.
  
- Die zusätzliche Liquidität muss dabei vollständig durch die Hingabe von Sicherheiten gedeckt sein. Letztere müssen vor dem

---

<sup>597</sup> Vgl Rz 41 f Bankenmitteilung.

<sup>598</sup> S dazu Dritter Teil III. 3.3.

<sup>599</sup> Vgl Rz 51 Bankenmitteilung.

Hintergrund ihrer Qualität und ihres Marktwertes auf den richtigen Betrag abgezinst werden.

- Die handelnde Zentralbank muss von dem begünstigten Institut einen Strafzins verlangen.
- Die Maßnahme wird auf Initiative der handelnden Zentralbank hin getroffen, ohne durch eine staatliche Rückbürgschaft gedeckt zu sein.

Sofern in bestimmten Ausnahmefällen dagegen derartige Maßnahmen als Beihilfen iSd Art 87 Abs 1 EGV qualifiziert werden müssen, weil sie die obigen Voraussetzungen nicht einhalten, kündigt die Kommission eine Prüfung nach den R&U-LL 2004 an, wobei sie allerdings die für Rettungsbeihilfen geltende Sechsmonatsfrist auf im Grundsatz bis zu zwei Jahre zu verlängern bereit ist.<sup>600</sup>

#### **3.2.4.4. Kontrollierte Liquidation**

Ferner sieht die Bankenmitteilung Regeln für die kontrollierte Liquidation von Finanzinstituten vor, um den Ausstieg unrentabler Marktteilnehmer im Interesse der Finanzstabilität zu unterstützen.<sup>601</sup> Die Abwicklung einer notleidenden Bank sollte nach Ansicht der Kommission immer dann in Erwägung gezogen werden, wenn sich im Einzelfall herausstellt, dass nach der Gewährung einer Rettungsbeihilfe eine Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität auch bei Umstrukturierung der Bank nicht realistisch oder bereits gescheitert ist oder wenn die Liquidation im Garantiefall automatisch einzuleiten ist.<sup>602</sup>

Für die Bewertung von allgemeinen Liquidationsregelungen sowie einzelnen Liquidationsbeihilfen gelten sinngemäß dieselben Anforderungen wie bei staatlichen Garantie- und

---

<sup>600</sup> Vgl Rz 52 Bankenmitteilung.

<sup>601</sup> Vgl Rz 43 ff u Rz 21 Bankenmitteilung.

<sup>602</sup> Vgl Rz 43 Bankenmitteilung.

Rekapitalisierungsmaßnahmen. Darüber hinaus verlangt die Kommission, dass die Liquidationsphase auf den für eine ordnungsgemäße Liquidation unbedingt notwendigen Zeitraum beschränkt ist<sup>603</sup> ohne jedoch im Einzelfall konkrete Fristen vorzuschreiben.<sup>604</sup> Das begünstigte Finanzinstitut sollte, solange es seine Geschäftstätigkeit fortsetzt, keine neuen Tätigkeiten aufnehmen, sondern lediglich die laufenden Geschäfte weiterführen und abwickeln und diesem die Banklizenz ehestens entzogen werden.<sup>605</sup> Daneben fordert die Kommission besondere Vorkehrungen, um zu verhindern, dass die Erwerber eines Finanzinstituts oder von Teilen hiervon in den Genuss von Beihilfemaßnahmen gelangen. Zu diesem Zweck fordert sie nach offenen und nicht diskriminierenden Kriterien abgehaltene Verkäufe, des Weiteren, dass Letztere zu marktangemessenen Bedingungen erfolgen, sowie eine möglichst anzustrebende Maximierung der erzielbaren Verkaufserlöse.<sup>606</sup>

Für den Fall, dass im Rahmen eines derartigen Verkaufes jedoch Beihilfen zugunsten des Käufers oder des Verkaufsobjektes fließen sollten, kündigt die Kommission in der Bankenmitteilung an, diese einer gesonderten beihilferechtlichen Prüfung nach den Grundsätzen der R&U-LL 2004 zu unterziehen.<sup>607</sup>

### **3.2.5. Beihilferechtliche Prüfung im Eilverfahren**

Während – wie an obiger Stelle dargelegt – bei bestimmten Rettungsbeihilfen bereits nach den R&U-LL 2004 eine gegenüber der regulären Zweimonatsfrist deutlich reduzierte Prüfdauer von nur einem Monat gilt<sup>608</sup>, stellt die Kommission in der Bankenmitteilung nochmals deutlich kürzere Prüf Fristen in Aussicht und bestimmt – im Unterschied zu den R&U-LL 2004 – für die Durchführung einer beihilferechtlichen Prüfung

---

<sup>603</sup> Vgl Rz 47 Bankenmitteilung.

<sup>604</sup> S etwa Komm, E v 05.11.2008, Fall NN 39/2008, ABI 2009 C 12/3, Rz 91 f – *Roskilde*

*II.*

<sup>605</sup> Vgl Rz 47 Bankenmitteilung.

<sup>606</sup> Vgl Rz 49 Bankenmitteilung.

<sup>607</sup> Rz 49, 50 Bankenmitteilung.

<sup>608</sup> Vgl Rz 30 R&U-LL 2004.

im Eilverfahren insb keine betragliche Höchstgrenze der Stützungsmaßnahme.<sup>609</sup> Dies bedeutet, dass auch betraglich substantielle – *in concreto* die in den R&U-LL 2004 vorgegebene Höchstgrenze von EUR 10 Mio übersteigende – Stützungsmaßnahmen einer Prüfung im Eilverfahren zugänglich sind.

Die Kommission verpflichtet sich in der Bankenmitteilung, über vollständige Beihilfeanmeldungen „[f]alls erforderlich“ binnen 24 Stunden und sogar über ein Wochenende zu entscheiden.<sup>610</sup> Wann eine solche Erforderlichkeit konkret vorliegt, bestimmt die Kommission indes nicht weiter, sondern trifft lediglich die Zusage, so zügig zu verfahren „*wie es nötig ist, um Rechtssicherheit zu schaffen und das Vertrauen in die Finanzmärkte wiederherzustellen.*“<sup>611</sup> Tatsächlich hat die Kommission in einer Vielzahl an Fällen ihre Genehmigungsentscheidung innerhalb weniger Tage erlassen (zB *B&B, Northern Rock, Roskilde* <sup>612</sup>). Neben Einzelbeihilfen wurden auch Beihilferegulungen von der Kommission binnen kürzester Zeit geprüft und genehmigt, so etwa die finnische Garantieregelung für Finanzinstitute<sup>613</sup> (binnen zwei Werktagen) oder die britische Beihilferegulung<sup>614</sup> (binnen zwei Tagen über das Wochenende). Diese anfängliche, im Herbst 2008 geübte „*Übereile der Kommission*“<sup>615</sup> korrigierte sich in den darauf folgenden Monaten jedoch dahingehend, dass der Zeitraum zwischen Notifizierung und Entscheidung der

---

<sup>609</sup> Vgl Rz 30 R&U-LL 2004.

<sup>610</sup> Vgl Rz 53 Bankenmitteilung. Vgl zu einer Prüfung innerhalb von 10 Tagen Komm, E v 13.10.2008, Fall N 524/2008 – *Garantieregelung für Banken in den Niederlanden* sowie von sogar nur 3 Tagen Komm, E v 31.10.2008, Fall N 548/2008, ABI 2009 C 123/1– *Französische Regelung zur Refinanzierung von Kreditinstituten.*

<sup>611</sup> Rz 5 Bankenmitteilung.

<sup>612</sup> Etwa bei *Bradford & Bingley* förmliche Anmeldung am 30.09.2008, Genehmigung am 01.10.2008 (Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51 – *Bradford & Bingley*); bei *Northern Rock* förmliche Anmeldung am 17.03.2008, Genehmigung am 02.04.2008; bei *Roskilde I* förmliche Anmeldung am 21.07.2008, Genehmigung am 31.07.2008 (Komm, E v 31.07.2008, Fall NN 36/2008, ABI 2008 C 238/51 – *Roskilde I*)

<sup>613</sup> Komm, E 13.11.2008, Fall N 567/2008, ABI 2008 C 309/7– *Finnische Garantieregelung für Finanzinstitute.*

<sup>614</sup> Komm, 13.10.2008, Fall N 507/2008, ABI 2008 C 290/4– *Garantieregelung für Banken im Vereinigten Königreich*

<sup>615</sup> Vgl *Jäger in Jäger* (Hrsg), *Beihilfenrecht Jahrbuch 2009* (2009), 4.

Kommission ab Dezember 2008 bei durchschnittlich einem Monat (zB *Fortis II*<sup>616</sup>, *KBC*<sup>617</sup>, *Roskilde II*<sup>618</sup>) lag.

Ermöglicht wurde eine solche bislang ungekannte Verfahrensschnelle durch eine beträchtliche Aufstockung der Ressourcen in der GD Wettbewerb sowie durch die Einführung eines besonderen Eilverfahrens, wonach die Genehmigung von Rettungsbeihilfen im Bankensektor auf ein vierköpfiges Gremium aus Kommissaren übertragen wurde.<sup>619</sup> So ist der Wettbewerbskommissar gemeinsam mit dem Kommissionspräsidenten sowie zwei weiteren Kommissionsmitgliedern zur Entscheidung ermächtigt<sup>620</sup>, wohingegen im Normalfall die Beschlussfassung durch die gesamte Kommission erforderlich ist.<sup>621</sup> Das Eilverfahren darf nur im Fall von Positiventscheidungen zur Anwendung gelangen.

Anzumerken ist, dass das von der Kommission in der Bankenmitteilung zugesicherte „Eilverfahren“ von dem sog „vereinfachten Prüfverfahren“ zu unterscheiden ist, welches die Kommission in ihrer *Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren für die Würdigung bestimmter Kategorien staatlicher Beihilfen* vom 16. Juni 2009 vorsieht. Wie in dieser Mitteilung nämlich ausdrücklich festgelegt wurde können Rettungsbeihilfen für den Finanzsektor nicht Gegenstand dieses vereinfachten Prüfverfahrens sein.<sup>622</sup>

---

<sup>616</sup> Komm, E v 03.12.2008, Fall NN 42/2008, ABI 2009 C 80/7 – *Fortis II*.

<sup>617</sup> Komm, E v 18.12.2008, Fall N 602/2008, ABI 2009 C 109/4 – *KBC*.

<sup>618</sup> Komm, E v 05.11.2008, Fall NN 39/2008, ABI 2009 C 12/3 – *Roskilde II*.

<sup>619</sup> Vgl *Soltész*, „Fast Track“ – Beihilfenkontrolle durch die Kommission in Zeiten der Finanzkrise, *Börsen-Zeitung* v 15.10.2008, 2.

<sup>620</sup> *Kroes*, Dealing with the Current Financial Crisis, Speech/08/498 v 06.10.2008: „[...] new temporary arrangements were put in place [...] to allow quicker decisions on emergency rescue measures of financial institutions. This temporary empowerment allows the Competition Commissioner in agreement with the President, Commissioner Almunia and Commissioner McCreevy to make positive decisions on emergency rescue measures in favour of financial institutions.“

<sup>621</sup> Vgl Art 1 u 4 of the Commission's Rules of Procedure as modified on 15 November 2005, OJ 2005 L 347/83.

<sup>622</sup> *Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren für die Würdigung bestimmter Kategorien staatlicher Beihilfen*, ABI 2009 C 136/13, Rz 5 lit a.

### 3.2.6. *Exkurs: Verdeckte Rückkehr zur Gewährträger- bzw Ausfallhaftung?*

Auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit b EGV erachtet die Kommission in ihrer Bankenmitteilung staatliche Garantien bzw Garantieregelungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, vorausgesetzt sie erfüllen die an obiger Stelle erläuterten Kriterien.<sup>623</sup> Der erst unlängst erfolgten Abschaffung der deutschen Gewährträgerhaftung und österreichischen Ausfallhaftung zugunsten öffentlicher Banken stehen nun somit wieder einzelnen Banken gewährte staatliche Garantien gegenüber. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht ein Widerspruch vorliegt, wenn die Kommission noch vor Kurzem gegen die Gewährträger- bzw Ausfallhaftung vorgegangen ist und nun in Anbetracht der Krise wieder staatliche Bankgarantien in hohem Umfang zulässt.

Für die Beantwortung dieser Frage sind zunächst in aller Kürze die wesentlichen Charakteristika der Gewährträger- und Ausfallhaftung zu umreißen: In Deutschland begründete die Gewährträgerhaftung eine im Außenverhältnis unbegrenzte Haftung des Anstaltsträgers gegenüber Dritten für die Verbindlichkeiten der Anstalt.<sup>624</sup> Diese Einstandspflicht musste von Gesetzes wegen angeordnet worden sein; sie bestand insb im Hinblick auf die Landesbanken.<sup>625</sup> Die genaue Rechtsnatur der Gewährträgerhaftung – vieles spricht für eine Ausfallsbürgschaft – blieb in der Lit ungeklärt.<sup>626</sup> In Österreich bestand eine der deutschen Gewährträgerhaftung vergleichbare Haftung der öffentlichen Hand für Landeshypothekenbanken und Gemeindesparkassen in Gestalt einer Ausfallsbürgschaft gem § 1356 ABGB (sog Ausfallhaftung). Die öffentliche Hand verpflichtete sich als Ausfallsbürge, im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Landeshypothekenbank bzw der Sparkasse für deren Verbindlichkeiten zu haften. Die Kommission beschreibt die Ausfallhaftung wie folgt:

---

<sup>623</sup> S Dritter Teil III. 3.2.4.1.

<sup>624</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU (2009) Rz 442.

<sup>625</sup> Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 80 Rz 244 f.

<sup>626</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU (2009) Rz 443.

*„Die Ausfallhaftung kann als „Bürgschaftsverpflichtung“ verstanden werden. Sie beinhaltet die Verpflichtung des Staates (Bund, Land oder Kommunen), im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Liquidation des Kreditinstituts einzutreten. Sie begründet einen direkten Anspruch der Gläubiger der Kreditinstitute gegen den Bürgen, der jedoch nur zur Leistung verpflichtet ist, wenn die Vermögenswerte der Kreditinstitute nicht ausreichen, um die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen. Die Ausfallhaftung ist weder zeitlich befristet noch auf einen bestimmten Betrag begrenzt.“<sup>627</sup>*

Grundlage für die zwischenzeitlich erfolgte Abschaffung der Gewährträgerhaftung (und Anstaltslast) war die Beschwerde der europäischen Interessenvereinigung der privaten Banken im Dezember 1999. Die im Juli 2000 nachgereichte Beschwerdebegründung machte im Wesentlichen geltend, dass die Gewährträgerhaftung zu einer besseren Bewertung durch Ratingagenturen führen und diese bessere Bewertung wiederum eine wesentlich günstigere Refinanzierung ermögliche. Die bessere Bewertung führe zu ungerechtfertigten Refinanzierungsvorteilen, die als staatliche Beihilfen einzustufen seien. Deutschland hatte zunächst erhebliche Anstrengungen unternommen, das Rechtsinstitut der Gewährträgerhaftung (und auch jenes der Anstaltslast) gemeinschaftsrechtlich abzusichern, wozu insb eine Einstufung der Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art 86 Abs 2 EGV zählte. Dennoch gab die Kommission Deutschland letztlich die Abschaffung der Gewährträgerhaftung mit Übergangsregelungen bis zum 18. Juli 2005 auf.<sup>628</sup> Auf dieser Grundlage ging die Kommission sodann

---

<sup>627</sup> Komm, E v 30.04.2003, Fall E 8/2002, ABI 2003 C 175/04 – Österreich; Ausfallhaftung des Bundes, der Länder und der Gemeinden in Österreich für bestimmte Kreditinstitute (Landeshypothekenbanken und Sparkassen).

<sup>628</sup> S dazu Schreiben der Kommission an den [damaligen] deutschen Bundesminister des Auswärtigen, Herrn Joschka Fischer, v 27.03.2002 betreffs Staatliche Beihilfe Nr E 10/2000 – Deutschland. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, KOM(2002) 1286. Die Vertreter des deutschen Bundesfinanzministeriums, der Landesfinanzministerien und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes einigten sich – mit Übergangsregelungen – auf eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung bis zum 18.07.2005

auch gegen die österreichische Ausfallhaftung vor. Mit Entscheidung vom 30. April 2003<sup>629</sup> wurde Österreich die Abschaffung der Ausfallhaftung aufgetragen. Die Übergangszeit bis zur Abschaffung lief bis zum 1. April 2007; bis dahin eingegangene Verbindlichkeiten sind bis zum 30. September 2017 abgesichert.

Insb anhand dreier wesentlicher Unterschiede zwischen der vormaligen Gewährträger- bzw Ausfallhaftung und der nun von der Kommission unter eng umrissenen Voraussetzungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erachteten staatlichen Garantien zugunsten notleidender Banken lässt sich aufzeigen, dass gegenwärtig weder eine offenkundige noch eine verdeckte Rückkehr zur abgeschafften Gewährträger- bzw Ausfallhaftung zu beobachten ist.

- Während die Gewährträger- bzw Ausfallhaftung staatsnahe, dh öffentlich-rechtliche Banken gegenüber privaten Banken bevorzugte und lediglich deutschen Landesbanken bzw österreichischen Landeshypothekenbanken und Gemeindesparkassen offen stand, erachtet die Kommission nach der Bankenmitteilung staatliche Garantien nur dann als zulässig, wenn sie sämtlichen in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassenen Banken, dh sowohl öffentlichen als auch privaten, diskriminierungsfrei offen stehen.<sup>630</sup>
- Während die Gewährträgerhaftung eine zeitlich und der Höhe nach unbegrenzte Einstandspflicht des Staates für die Verbindlichkeiten der Bank darstellte, dürfen staatliche Garantien nach der Bankenmitteilung keine pauschale Deckung aller Verbindlichkeiten einer Bank beinhalten.<sup>631</sup> Die Kommission bestimmt in der Bankenmitteilung, hinsichtlich der Art der gedeckten

---

<sup>629</sup> Komm, E v 30.04.2008, Staatliche Beihilfe E 8/2002 – Österreich; Ausfallhaftung des Bundes, der Länder und der Gemeinden in Österreich für bestimmte Kreditinstitute (Landeshypothekenbanken und Sparkassen), KOM(2003) 1329. Mit BGBl I 45/2004 setzte Österreich die Gesetzesanpassungen um.

<sup>630</sup> Vgl Rz 18 Bankenmitteilung.

<sup>631</sup> Vgl Rz 23 Bankenmitteilung.

Verbindlichkeiten eine besonders enge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen und bei ihrer Vereinbarkeitsbeurteilung den Grundsatz zu berücksichtigen, dass je mehr Titel von der staatlichen Garantie erfasst sind, desto schärfer die Rechtfertigungsprüfung ausfallen müsse.<sup>632</sup>

- Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht in der zeitlichen Befristung der gem Bankenmitteilung zulässigen staatlichen Garantien sowie deren halbjährlicher Überprüfung durch die Kommission. Gegenüber der zeitlich unbegrenzten Gewährträgerhaftung, welche einer objektiven Rechtfertigungsprüfung im Hinblick auf Ziele und Verhältnismäßigkeit ebenso wenig standhielt wie einer marktwirtschaftlichen Analyse<sup>633</sup>, stellen die nach der Bankenmitteilung als zulässig erachteten staatlichen Garantien vorübergehende Maßnahmen zur Finanzmarktstabilisierung dar und werden nach Art, Höhe und Laufzeit auf die aktuellen Schwierigkeiten einer Bank ausgerichtet.

Die von der Kommission in der Bankenmitteilung dargelegte beihilferechtliche Beurteilung staatlicher Garantien kann daher als in Einklang mit ihrem bisherigen restriktiven Vorgehen gegen umfassende Haftungen der öffentlichen Hand zugunsten von Banken gesehen und jeder Vorwurf der Widersprüchlichkeit ihres jüngsten Vorgehens, wie dargelegt, entkräftet werden.

---

<sup>632</sup> Vgl Rz 22 Bankenmitteilung.

<sup>633</sup> Vgl *Jäger*, Bankenkrise: Stößt die Wettbewerbsaufsicht an ihre Grenzen? *ecolex* 2008, 983.

### **3.3. Die „Rekapitalisierungsmitteilung“ vom 5. Dezember 2008<sup>634</sup>**

Bereits in der Bankenmitteilung vom 13. Oktober 2008 hatte die Kommission anerkannt, dass Rekapitalisierungsregelungen zur Gewährleistung der Stabilität und des ordnungsgemäßen Funktionierens der Finanzmärkte erforderlich sind und ausgeführt, unter welchen grundlegenden Voraussetzungen diese mit Art 87 Abs 1 EGV vereinbar sind.<sup>635</sup> Auf dieser Grundlage genehmigte die Kommission in mehreren Mitgliedstaaten allgemeine Rekapitalisierungsregelungen sowie Maßnahmen zur Rekapitalisierung einzelner Banken.

Die einzelnen mitgliedstaatlichen Rekapitalisierungsregelungen fielen im Hinblick auf Art, Umfang und Auflagen sehr unterschiedlich aus. Am 2. Dezember 2008 anerkannte der ECOFIN daher die Notwendigkeit, den Mitgliedstaaten und den betroffenen Finanzinstituten eine genauere Orientierungshilfe für Rekapitalisierungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen. Bereits am 5. Dezember 2008 war die Kommission der Aufforderung des Rates mit der Veröffentlichung der Rekapitalisierungsregelung nachgekommen.

Die Rekapitalisierungsmitteilung ergänzt und präzisiert die Bankenmitteilung insb im Hinblick auf die Höhe der von den Begünstigten für die Rekapitalisierungsmaßnahmen zu entrichtenden Vergütung sowie die Notwendigkeit eines Umstrukturierungsplans. Zentral ist der Rekapitalisierungsmitteilung dabei die – in der Bankenmitteilung bereits angedeutete – Kategorisierung in „grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken.

In der Rekapitalisierungsmitteilung trifft die Kommission zudem weitere Präzisierungen hinsichtlich der bereits in der Bankenmitteilung

---

<sup>634</sup> Mitteilung der Kommission – Die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfe auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen (Rekapitalisierungsmitteilung), ABI 2009 C 10/2.

<sup>635</sup> Vgl Rz 1 Rekapitalisierungsmitteilung.

angeführten Verhaltensauflagen<sup>636</sup>, die unangemessene Wettbewerbsverzerrungen infolge aggressiver Geschäftsstrategien der Begünstigten vermeiden sollen. Hierbei erwähnt die Rekapitalisierungsmitteilung insb das Verbot werblicher Hinweise auf die staatliche Rekapitalisierung und den Vollzug von Zukäufen im Rahmen offener Ausschreibungsverfahren.<sup>637</sup>

### 3.3.1. „Grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken

Die Kommission differenziert im Rahmen ihrer beihilferechtlichen Vereinbarkeitsbeurteilung von Rekapitalisierungsmaßnahmen zwischen (i) Banken, die „grundsätzlich gesund“ und nur durch die aktuelle außergewöhnliche Finanzmarktlage, insb die Vertrauenskrise am Interbankenmarkt, in Bedrängnis geraten sind (sog exogene Existenzprobleme) und (ii) Banken, deren Schwierigkeiten strukturell bedingt sind (sog endogene Existenzprobleme) und somit als „nicht grundsätzlich gesund“ gelten. Strukturell bedingte Solvenzprobleme liegen nach Ansicht der Kommission insb bei Ineffizienz, mangelhaftem Aktiv-Passiv-Management oder bei der Übernahme übermäßiger Risiken vor.<sup>638</sup>

Dieser Ansatz der Unterteilung in „grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Unternehmen ist nicht neu, sondern war von der Kommission bereits im Zusammenhang mit der griechischen Beihilferegelung aus dem Jahr 1987 ins Treffen geführt worden.<sup>639</sup>

Die Unterscheidung zwischen „grundsätzlich gesunden“ Banken und „nicht grundsätzlich gesunden“ Banken spielt für die Anforderungen an die Genehmigungsfähigkeit der Rekapitalisierungsmaßnahme eine

---

<sup>636</sup> Vgl Rz 35, 38 Bankenmitteilung.

<sup>637</sup> Vgl Rz 35 ff Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>638</sup> Vgl *Jestaedt/Armory*, Beihilfen für Banken in der Finanzmarktkrise, online: [www.jonesday.com/.../State%20Aid%20in%20Financial%20Markets.pdf](http://www.jonesday.com/.../State%20Aid%20in%20Financial%20Markets.pdf) (17.08.2009)

<sup>639</sup> Vgl *Luja*, State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework, EStAL 2/2009, 147 unter Verweis auf Komm, E v 07.10.1987, ABI 1988 L 76/18: „*companies which, although basically viable, have run into difficulties threatening their survival*“.

entscheidende Rolle, insb für die Höhe der vom Begünstigten zu leistenden Vergütung und die Frage, ob eine Umstrukturierung zu erfolgen hat und daher ein Umstrukturierungsplan vorzulegen ist. Für Banken, die keine staatliche Beihilfe in Anspruch nehmen, sich jedoch durch die Subventionierung anderer Marktteilnehmer als nachhaltig in ihrem Wettbewerb beeinträchtigt erachten, kann die Einstufung des einzelnen Beihilfeempfängers als „grundsätzlich gesund“ oder „nicht grundsätzlich gesund“ daher einen zentralen Ansatzpunkt für Beschwerden bilden.<sup>640</sup>

Rekapitalisierungsmaßnahmen zugunsten „nicht grundsätzlich gesunder“ Banken genehmigt die Kommission nur dann, wenn es zu einer Liquidation der Bank kommt oder wenn weitreichende Umstrukturierungsmaßnahmen ergriffen werden.<sup>641</sup> Dementsprechend muss der Mitgliedstaat der Kommission binnen sechs Monaten nach der Rekapitalisierung entweder einen Liquidations- oder einen Umstrukturierungsplan vorlegen.<sup>642</sup> Anders als für „grundsätzlich gesunde“ Banken müssen für „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken bis zur Rückzahlung des staatlichen Kapitals restriktive Verhaltensmaßnahmen etwa zur Dividendenpolitik (einschließlich eines Dividendenverbots zumindest in der Umstrukturierungsphase), zur Vergütung von Führungskräften<sup>643</sup> und Bonuszahlungen sowie ein höherer Solvabilitätskoeffizient<sup>644</sup> vorgesehen werden.<sup>645</sup>

Als „grundsätzlich gesund“ eingestufte Banken müssen der Kommission hingegen sechs Monate nach einer Rekapitalisierung einen Bericht über die ergriffenen Maßnahmen vorlegen<sup>646</sup> und sind nur dann zur Vorlage

---

<sup>640</sup> Vgl *Jestaedt/Amory*, Beihilfen für Banken in der Finanzmarktkrise, 4.

<sup>641</sup> Vgl Rz 44 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>642</sup> In der Banken- wie auch der Rekapitalisierungsmitteilung verweist die Kommission noch darauf, dass sie Umstrukturierungspläne auf der Grundlage der R&U-LL 2004 bewerten wird. Im Juli 2009 hat die Kommission jedoch die Umstrukturierungsmitteilung erlassen, worin sie die Kriterien darlegt.

<sup>643</sup> S etwa Komm, E v 27.10.2008, Fall N 512/2008, ABI 2008 C 293/02, Rz 57 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*.

<sup>644</sup> S etwa Komm, E v 19.11.2008, Fall N 560/2008, ABI 2009 C 125/6, Rz 61 f – *Stützungsmaßnahmen zugunsten von Kreditinstituten in Griechenland*.

<sup>645</sup> Vgl Rz 45 ff Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>646</sup> Vgl Rz 40 Rekapitalisierungsmitteilung.

eines Umstrukturierungsplans verpflichtet, wenn sie nach der Rekapitalisierung in Schwierigkeiten geraten.<sup>647</sup> Ein solcher Bericht muss insb Angaben zur Verwendung des zugeführten Kapitals, zur Einhaltung der Zusagen der Mitgliedstaaten sowie Maßnahmen zur Beendigung der Abhängigkeit von staatlichem Kapital beinhalten.<sup>648</sup> Zudem muss im Rahmen einer Rentabilitätsanalyse das Risikoprofil der Bank dargelegt, die voraussichtliche Kapitaladäquanz aufgezeigt und das Geschäftsmodell bewertet werden.

Vorweggenommen sei an dieser Stelle, dass die Kommission auf diesen in der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung festgelegten Ansatz der Zweiteilung in „grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken in ihrer darauf folgenden Mitteilung, der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva, verzichtet hat.<sup>649</sup> Ungeklärt ist zum aktuellen Zeitpunkt allerdings, ob die Kommission diesen neuen Ansatz nur im Bereich der Entlastungsmaßnahmen hinsichtlich der wertgeminderten Aktiva anwendet oder ob dieser für sämtliche Beihilfemaßnahmen Anwendung finden soll oder sich jedenfalls in der Praxis auf diese auswirkt.

**Tabelle 1: Unterschiede in der Behandlung von „grundsätzlich gesunden“ und „nicht grundsätzlich gesunden“ Banken gem Rekapitalisierungsmitteilung**

	<b>„grundsätzlich gesunde“ Banken</b>	<b>„nicht grundsätzlich gesunde“ Banken</b>
<b>Grund der Schwierigkeiten</b>	nur durch die aktuelle außergewöhnliche Finanzmarktlage in Bedrängnis geraten (exogene Existenzprobleme)	strukturell bedingte Solvenzprobleme (endogene Existenzprobleme)
<b>Vergütungssätze</b>	niedrigere Vergütungssätze als aktuelle Marktsätze	Vergütung soll das höhere Risikoprofil der

<sup>647</sup> Vgl Rz 42 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>648</sup> Vgl Rz 40 Rekapitalisierungsmitteilung und Anhang 5 der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>649</sup> Vgl Rz 17 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva. S dazu Dritter Teil III. 3.4.

	akzeptabel	Bank widerspiegeln
<b>Notwendigkeit von Umstrukturierungen</b> <sup>650</sup>	keine Umstrukturierung	weitreichende Umstrukturierung als Ausgleichsmaßnahme für Wettbewerbsverfälschungen
<b>Pflicht zur Vorlage eines Berichts oder eines Umstrukturierungsplans</b>	6 Monate nach Rekapitalisierung Vorlage eines Berichts	6 Monate nach Rekapitalisierung Vorlage eines Umstrukturierungs- oder Liquidationsplans

### 3.3.2. Die Vergütung für Rekapitalisierungen

Die Kommission bekräftigt in ihrer Rekapitalisierungsmitteilung, dass sich die durch staatliche Rekapitalisierungsmaßnahmen bedingten wettbewerbsverzerrenden Effekte am ehesten durch eine marktnahe Vergütung begrenzen lassen.<sup>651</sup> Dabei stellt die Kommission unterschiedliche Anforderungen an die Einstiegsvergütungssätze, abhängig davon, ob die staatliche Rekapitalisierungsmaßnahme mit oder ohne signifikante Beteiligung Privater erfolgt.

#### 3.3.2.1. Rekapitalisierung mit signifikanter Beteiligung Privater

Wird staatliches Kapital unter signifikanter Beteiligung privater Investoren, dh iHv 30% oder mehr, zu gleichen Bedingungen zugeführt, akzeptiert die Kommission ohne weitere Vorgaben die in der jeweiligen Rekapitalisierungsregelung niedergelegte Vergütung.<sup>652</sup> Dh die Vergütung ist in diesem Fall dispositiv. Schließlich indiziere nach Ansicht der Kommission eine solcherart signifikante Beteiligung Privater die Angemessenheit der Vergütung. In diesem Fall sei es nicht erforderlich ex

<sup>650</sup> Notwendigkeit von Umstrukturierungen gem Rekapitalisierungsmitteilung, vgl Rz 44 Rekapitalisierungsmitteilung. Indes sah die Bankenmitteilung auch im Fall „grundsätzlich gesunder“ Banken die Notwendigkeit einer Umstrukturierung bzw der Vorlage eines Umstrukturierungsplans vor.

<sup>651</sup> Vgl Rz 19 Rekapitalisierungsmitteilung, Rz 39 Bankenmitteilung.

<sup>652</sup> Rz 21 Rekapitalisierungsmitteilung. Vgl etwa Komm, E v 27.10.2008, N 512/08, ABI 2008 C 293/02, Rz 54 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*.

*ante* wettbewerbsrechtliche Schutzmaßnahmen oder Ausstiegsanreize vorzusehen.<sup>653</sup> Ausnahmen bestehen nur dann, wenn die Einzelbestimmungen der Transaktion die Anreize der Privaten wesentlich zu verändern geeignet sind, so zB im Fall staatlicher Haftungsübernahmen für die privat eingesetzten Mittel.<sup>654</sup>

### **3.3.2.2. Rekapitalisierung ohne signifikante Beteiligung Privater**

Erfolgt die Rekapitalisierung eines Finanzinstituts indes ohne eine zumindest 30%ige Beteiligung privater Investoren, differenziert die Kommission hinsichtlich der Anforderungen an den Vergütungssatz zwischen „grundsätzlich gesunden“ und „nicht grundsätzlich gesunden“ Banken.

Bei „grundsätzlich gesunden“ Banken akzeptiert die Kommission auch Vergütungssätze unterhalb des derzeitigen Marktniveaus.<sup>655</sup> Zentrale Kriterien bei der Festlegung der Vergütung sollen (i) das aktuelle Risikoprofil der begünstigten Bank<sup>656</sup>, (ii) die Merkmale des zur Rekapitalisierung gewählten Instruments einschließlich des Grads der Nachrangigkeit, (iii) vorgesehene Anreize zum Ausstieg aus der Beihilfegewährung und (iv) ein angemessener risikofreier Referenzzinssatz sein.<sup>657</sup> Entsprechend den Empfehlungen der EZB vom 20. November 2008 zieht die Kommission als Richtwert für „grundsätzlich gesunde“ Banken innerhalb der Eurozone eine Durchschnittsrendite von 7% bei Vorzugsaktien, die über nachrangigen Schuldtiteln ähnliche Eigenschaften verfügen, und eine Durchschnittsrendite von 9,3% bei

---

<sup>653</sup> Rz 21 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>654</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 74.

<sup>655</sup> Dies deshalb, weil die derzeitigen Marktsätze nicht zwangsläufig normale Marktbedingungen widerspiegeln, sondern die gegenwärtig starke Nachfrage nach Tier-1-Kapital, die dadurch bedingt ist, dass sich viele Banken von ihrem bisherigen, durch Unterkapitalisierung gekennzeichneten Geschäftsmodell abwenden. Vgl Fn 7 zu Rz 24 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>656</sup> Indikatoren für die Risikobehaftetheit finden sich in Anhang 1 der Rekapitalisierungsmitteilung. S zu den hiermit verbundenen Abgrenzungsproblemen *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, *EuZW* 23/2008, 712, 714.

<sup>657</sup> Vgl Rz 23 Rekapitalisierungsmitteilung.

Stammaktien heran.<sup>658</sup> Die Vergütungssätze können in Abhängigkeit von der Art des eingesetzten Kapitals (Stammaktien, Nicht-Kernkapital, nachrangiges Kapital)<sup>659</sup>, des Risikoprofils aller förderungswürdigen Institute in dem jeweiligen Mitgliedstaat und des individuellen Risikoprofils des betreffenden Begünstigten angepasst werden.<sup>660</sup> Abhängig von den durch die begünstigten Institute erfolgten Verhaltenszusagen, hat die Kommission bisher Vergütungen für hybrides Kernkapital wie Vorzugsaktien iHv 10%<sup>661</sup> und 12%<sup>662</sup> akzeptiert.

Strengere Regeln gelten indes für Banken, die „nicht grundsätzlich gesund“ sind. Da die Vergütung das Risikoprofil der Bank widerspiegeln soll, muss die Vergütung bei „nicht grundsätzlich gesunden“ Banken höher ausfallen als bei „grundsätzlich gesunden“ Banken.<sup>663</sup> Der Vergütungssatz ist jedenfalls so eng wie möglich an den Vergütungssatz anzulehnen, der unter normalen Marktbedingungen für eine Bank mit vergleichbarem Risikoprofil gefordert werden würde. Österreich hat beispielsweise im Rahmen des Genehmigungsverfahrens der Kommission zugesagt, für „nicht grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute eine Verzinsung von min 10% zu fordern.<sup>664</sup>

---

<sup>658</sup> Vgl Rz 16 f Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>659</sup> Dabei gilt: Je geringer die Nachrangigkeit, desto geringer ist die erforderliche Vergütung innerhalb des Vergütungskorridors. Vgl Rz 28 lit a Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>660</sup> Vgl Rz 28 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>661</sup> Komm, 27.10.2008, Fall N 512/2008, ABI 2008 C 293/02, Rz 54 ff – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*.

<sup>662</sup> Komm, 13.10.2008, Fall N 597/2008, ABI 2008 C 290/4, Rz 58 f – *Garantieregulung für Banken im Vereinigten Königreich*.

<sup>663</sup> Vgl Rz 44 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>664</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 102.

**Tabelle 2: Vergütungssätze**

Kapitalgeber	Staat + Private (min 30%)		Staat	
Banktyp	Banken mit exogenen Existenzproblemen	Banken mit endogenen Existenzproblemen	Banken mit exogenen Existenzproblemen	Banken mit endogenen Existenzproblemen
Vergütungssatz	dispositiver Vergütungssatz		niedrigerer Vergütungssatz als aktueller Marktsatz zulässig	höherer Vergütungssatz als bei grds gesunden Banken (höheres Risikoprofil)

### 3.3.3. Anreize für die Rückzahlung des staatlichen Kapitals

Ferner verlangt die Rekapitalisierungsmitteilung, dass die Mitgliedstaaten in den Rekapitalisierungsregelungen geeignete Anreizmechanismen für die Rückzahlung des staatlichen Kapitals vorsehen.<sup>665</sup> Die Kommission nennt in diesem Zusammenhang neben angemessen hohen Vergütungsniveaus, die in Form höherer Nominalpreise oder eines Anstiegs der Gesamtvergütung etwa durch *Call*-Optionen oder andere Rückzahlungsklauseln für die Institute einen Anreiz zur Aufgabe der staatlichen Kapitalbeteiligungen bilden sollen, auch die Auferlegung von Verpflichtungen betreffend die Ausschüttung von Dividenden.<sup>666</sup> Dabei gilt: je umfangreicher die Rekapitalisierung und je höher das Risikoprofil der begünstigten Bank ist, desto wichtiger sind klare Anreize zur Rückzahlung des staatlichen Kapitals.<sup>667</sup>

### 3.3.4. *Exkurs:* Kein Grundsatz der einmaligen Beihilfe in der Krise?

Es galt zunächst als fraglich, ob Kreditinstituten, die bereits Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfen nach den auf Art 87 Abs 3 lit c EGV

<sup>665</sup> Rz 31 f Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>666</sup> Rz 32-34 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>667</sup> Vgl Rz 34 Rekapitalisierungsmitteilung.

basierenden R&U-LL 2004 empfangen haben, innerhalb der Zehnjahresfrist noch weitere Beihilfen nach Maßgabe der Banken- bzw Rekapitalisierungsmitteilung gewährt werden können.<sup>668</sup> Beide Mitteilungen sehen vor, dass in ihrem Anwendungsbereich die allgemeinen Grundsätze der R&U-LL 2004 Geltung haben<sup>669</sup>, sodass davon auszugehen war, dass der Grundsatz der einmaligen Beihilfe auch im Rahmen dieser Mitteilungen zur Anwendung gelangt. In der Lit war eine strenge Fortführung des Grundsatzes der einmaligen Beihilfe in der Krise allerdings von Beginn an mit dem Einwand kritisiert worden, dass die gegenwärtige Wirtschafts- und Finanzlage keine konkreten Prognosen über den Kapital- und Liquiditätsbedarf der Kreditinstitute zuließe, weshalb die Möglichkeit zu Anpassungen und wiederholten Beihilfen für die Fortdauer der Krise bestehen müsse, „*jedenfalls soweit der weitere Bedarf allein der Finanzkrise und nicht einer strukturellen Schwäche des eigenen Geschäftsmodells geschuldet ist*“<sup>670</sup>.

Die Genehmigungspraxis der Kommission, so insb die Entscheidungen zur *IKB*<sup>671</sup> und *Hypo Real Estate*<sup>672</sup>, hat zwischenzeitlich bestätigt, dass die Kommission die Genehmigung von (weiteren) Beihilfen gem Banken- oder Rekapitalisierungsmitteilung nicht bereits aufgrund einer in der Vergangenheit gewährten Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfe ausschließt. Das in den R&U-LL 2004 festgelegte Einmaligkeitsprinzip gelangt im Bereich der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung sohin nicht zur Anwendung. Dies hat die Kommission nun auch in ihrer jüngsten Mitteilung, der Umstrukturierungsmitteilung, in Bezug auf Umstrukturierungsbeihilfen ausdrücklich bestätigt.<sup>673</sup>

---

<sup>668</sup> So hatte sich etwa die *Hypo Real Estate* um weitere Beihilfen nach dem deutschen Rettungspaket beworben, obwohl sie bereits Empfängerin von Rettungsbeihilfen gem R&U-LL 2004 gewesen war.

<sup>669</sup> Vgl Rz 10 Bankenmitteilung.

<sup>670</sup> *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, *EuZW* 23/2008, 717.

<sup>671</sup> Komm, E v 22.12.2008, Fall N 639/2008, *ABI* 2009 C 63/14 – *IKB*.

<sup>672</sup> Komm, E v 02.10.2008, Fall NN 44/2008, *ABI* 2008 C 293/51 – *Hypo Real Estate*.

<sup>673</sup> S Rz 16 Umstrukturierungsmitteilung.

### 3.4. Die „Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva“ vom 25. Februar 2009<sup>674</sup>

Zur Finanzmarktstabilisierung und Sicherstellung der Kreditvergabe kündigten zahlreiche Mitgliedstaaten an, zusätzlich Entlastungsmaßnahmen für wertgeminderte Vermögenswerte von Finanzinstituten ergreifen zu wollen. Das Ziel der staatlichen Entlastung von Risikopositionen ist die Bereinigung der Bankbilanzen von Schuldtiteln, deren Ausfallsrisiken in der aktuellen Marktsituation nicht rational bewertet werden und die daher das Interbankenvertrauen belasten. Darüber hinaus soll vermieden werden, dass staatliche Rekapitalisierungsmaßnahmen ins Leere laufen, weil neues Eigenkapital nicht für die Kreditvergabe, sondern als „Kapitalpuffer“ zur Absicherung gegen zukünftige Wertminderungen genutzt wird.<sup>675</sup>

Vor diesem Hintergrund erließ die Kommission in Abstimmung mit der EZB und auf der Grundlage der Empfehlungen des Eurosystems vom 5. Februar 2009 ihre *Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Vermögenswerte im Bankensektor der Gemeinschaft* (im Folgenden: *Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva*)<sup>676</sup>, die diese seit dem 25. Februar 2009 anwendet. In dieser ihrer dritten Krisenmitteilung beschreibt die Kommission Möglichkeiten des Umgangs mit wertgeminderten, verlustträchtigen Aktiva – dazu gehören insb der staatliche Erwerb der betreffenden Vermögenswerte (einschließlich sog *Bad Bank*-Szenarien) und Versicherungslösungen – und legt dar, auf welche Grundsätze sie sich bei der beihilferechtlichen Beurteilung von Entlastungsmaßnahmen für wertgeminderte Vermögenswerte stützen wird.

Die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva der Kommission stellt den Mitgliedstaaten sonach Leitlinien zur Verfügung, wie Beihilferegulungen aber auch *Ad-hoc*-Maßnahmen zur Absicherung von Risikoaktiva

---

<sup>674</sup> Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft (*Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva*), ABI 2009 C 72/1.

<sup>675</sup> Rz 6 f *Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva*

<sup>676</sup> ABI 2009 C 72/1.

strukturiert werden können.<sup>677</sup> Die Kommission erkennt dabei an, dass die konkrete Ausgestaltung von Entlastungsmaßnahmen den Mitgliedstaaten frei steht, solange eine funktionelle und organisatorische Trennung der wertgeminderten Vermögenswerte von der Bank und ihren Kunden sichergestellt wird. So steht es in der Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten, ob eine Entlastung etwa in der Form eines staatlichen Erwerbs oder einer befristeten Übernahme der wertgeminderten Aktiva, einer Versicherung, einer Garantie oder auch einer Mischform erzielt werden soll. Alle Entlastungsmaßnahmen werden von der Kommission jedoch nach einheitlichen, in der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva dargelegten Kriterien geprüft.<sup>678</sup>

In der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva hat die Kommission die noch in der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung vorgenommene Kategorisierung in „grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken aufgegeben und durch einen differenzierten Ansatz ersetzt.<sup>679</sup> Die Praxis zeigte, dass eine Einteilung in zwei Kategorien nicht nur schwierig und deren Abgrenzung im Graubereich wenig handhabbar<sup>680</sup>, sondern insb auch stigmatisierend für betroffene Banken war.<sup>681</sup> In Anbetracht der Möglichkeit, dass sich wichtige Abgrenzungskriterien kurzfristig ändern, führten bereits unterschiedliche Bewertungszeitpunkte zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen<sup>682</sup>, denn anders als im Bereich der Realwirtschaft, wo nach Mitteilung der Kommission vom 17. Dezember 2008<sup>683</sup> darauf abgestellt wird, ob die

---

<sup>677</sup> S Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva, ABI 2009 C 72/4 Rz 17 und Annex 5.

<sup>678</sup> Vgl Rz 11 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>679</sup> Vgl Rz 17 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva: „Diese Leitlinien gelten für alle Banken, die Entlastung von ihren notleidenden Aktiva erhalten, unabhängig von ihrer konkreten Lage; die praktischen Auswirkungen der Anwendung können sich jedoch je nach Risikoprofil und Lebensfähigkeit der begünstigten Bank unterscheiden.“

<sup>680</sup> Vgl Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva der Kommission vom 25. Februar 2009, März 2009, 4.

<sup>681</sup> Vgl Drijber/Burmester, Competition Law in a Crashed Economy: State Aid to the Financial Sector, Ondernemingsrecht 2009-14, 580. Vor diesem Hintergrund suchte die Kommission in der Praxis zu vermeiden, Institute als Banken mit strukturellen Problemen zu bezeichnen. Vgl Jestaedt/Amory, Beihilfen für Banken in der Finanzmarktkrise, 4.

<sup>682</sup> Vgl Jestaedt/Amory, Beihilfen für Banken in der Finanzmarktkrise, 4.

<sup>683</sup> Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABI 2009 C 16/1, ua Tz 4.2.2. lit c.

Unternehmen bereits am 1. Juli 2008 in Schwierigkeiten waren, wurde für den Bankensektor kein fixer Beurteilungsstichtag festgelegt. Der neue Ansatz der Kommission in der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva besteht nun darin, von einer solchen kategorischen Zweiteilung abzusehen und die in der Mitteilung bestimmten Kriterien grundlegend auf alle Banken, die Entlastung von ihren wertgeminderten Aktiva erhalten, anzuwenden, unabhängig davon, ob es sich um „grundsätzlich gesunde“ oder „nicht grundsätzlich gesunde“ Banken iSd Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung handelt. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass sich die praktischen Auswirkungen der Anwendung je nach Risikoprofil und Lebensfähigkeit der begünstigten Bank nicht unterscheiden können.<sup>684</sup> Der neue differenzierte Ansatz der Kommission besteht sonach im Verzicht auf eine explizite Kategorisierung und im Abstellen auf den individuellen Einzelfall des betroffenen Kreditinstituts.

### **3.4.1. Der Beihilfecharakter staatlicher Entlastungsmaßnahmen**

Ausgangspunkt der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva ist, dass nach Ansicht der Kommission staatliche Entlastungsmaßnahmen für wertgeminderte Vermögenswerte insofern staatliche Beihilfen darstellen, als

*„[...] sie der begünstigten Bank den Ausweis von Verlusten bzw. Rückstellungen für potentielle Ausfälle ihrer wertgeminderten Vermögenswerte ersparen (oder diese ausgleichen) und/oder Eigenkapital für andere Zwecke freisetzen.“<sup>685</sup>*

Entlastungsbeihilfen können daher insofern mit Beihilfen in Form von Kapitalzuführungen verglichen werden als sie der Verlustübernahme dienen und ihnen ein regulatorischer Eigenmitteleffekt zuzuschreiben ist.<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> Vgl Rz 17 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>685</sup> Rz 15 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>686</sup> Vgl Rz 21 Fn 1 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

### **3.4.2. Genehmigungsvoraussetzungen für staatliche Entlastungsmaßnahmen in der Rettungsphase**

Im Folgenden gilt es jene in der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva formulierten Kriterien zu erläutern, worauf sich die Kommission im Rahmen ihrer Vereinbarkeitsprüfung von Entlastungsmaßnahmen für wertgeminderte Vermögenswerte betroffener Finanzinstitute in der Rettungs- und Umstrukturierungsphase stützt.

#### **3.4.2.1. Die Offenlegung der Wertminderung**

Wesentliche Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit staatlicher Entlastungsmaßnahmen ist, dass die betreffenden Kreditinstitute die Wertminderung ihrer Aktiva, diesbezüglich derer sie Entlastung beantragen, *ex ante* offen legen.<sup>687</sup> Die Offenlegung hat gegenüber den zuständigen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten<sup>688</sup>, den zuzuziehenden unabhängigen Sachverständigen sowie der Kommission zu erfolgen.

Die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva enthält eine Reihe von Bewertungsgrundsätzen zur Bestimmung jener Vermögenswerte, um die eine Entlastung in Betracht kommt.<sup>689</sup> Durch einen gemeinschaftsweit koordinierten, einheitlichen Ansatz sollen Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt weitgehend hintangehalten werden. Dabei sucht die Kommission offensichtlich einen Mittelweg zwischen einer allzu restriktiven Begrenzung der entlastungsfähigen Vermögenswerte und einer besonders weitgehenden, ein sog „Entlastungsshopping“ befürwortenden Herangehensweise zu beschreiten.<sup>690</sup> Zur besseren Systematik enthält Anhang III der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva Orientierungshilfen zur Abgrenzung der einzelnen Kategorien von Aktiva. Dabei ist vorgesehen, dass einheitliche Kategorien von Vermögenswerten (sog Körbe) gebildet werden, die den derzeitigen Stand der

---

<sup>687</sup> Rz 19 f Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>688</sup> Im Fall von Österreich etwa ist dies die FMA.

<sup>689</sup> Rz 32-36 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>690</sup> Vgl *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009) Art 87 Abs 3 EGV Rz 78.

Vermögensminderung wiedergeben. Dadurch soll ein gemeinschaftsweiter Vergleich von Banken und ihren Risikoprofilen möglich sein. Die Mitgliedstaaten müssten dann entscheiden, welche der Kategorien in welchem Umfang von ihren jeweiligen Maßnahmen abgedeckt werden. Darüber hinaus bleibt es den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen mit entsprechender Begründung ihre Entlastungsmaßnahmen auch auf andere, im Einzelnen zu definierende Kategorien auszuweiten, ohne dabei an quantitative Begrenzungen gebunden zu sein. Um den unterschiedlichen Umständen in den einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen, ist es den Mitgliedstaaten überdies ohne spezifische Begründung erlaubt, ihre Maßnahmen auch auf nicht in einer Kategorie enthaltene Risikoaktiva anzuwenden, sofern diese 10% bis 20% der Gesamtaktiva der von der Maßnahme betroffenen Bank nicht übersteigen.<sup>691</sup>

Die Kommission lässt Rettungsmaßnahmen jedoch lediglich für solche wertgeminderten Aktiva zu, die vor einem bestimmten Stichtag<sup>692</sup> vor Bekanntgabe der Beihilferegelung in die Bilanz einer begünstigten Bank aufgenommen wurden. Demgegenüber sind Vermögenswerte, die aktuell keiner Wertminderung unterliegen, von Entlastungsmaßnahmen ausgeschlossen. Schließlich dürfe es nicht Zweck der Entlastungsmaßnahmen sein, den Finanzinstituten eine unbefristete Absicherung gegen künftige Folgen der Rezession zu bieten.<sup>693</sup>

Parallel zur Bestätigung der von der Entlastung erfassten Aktiva fordert die Kommission, dass nach Antragstellung einer einzelnen Bank eine Rentabilitätsprüfung vorgenommen wird, dh die Geschäftstätigkeit und Bilanz der Bank überprüft werden, um die Kapitaladäquanz und die

---

<sup>691</sup> Vgl Rz 35 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>692</sup> Die Kommission nennt als Beispiel Ende 2008.

<sup>693</sup> Vgl Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Vermögenswerte im Bankensektor der Gemeinschaft – Häufig gestellte Fragen, Memo/09/85 v 26.02.2009, 4.

Aussichten auf Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität zu bewerten.<sup>694</sup>

### 3.4.2.2. Lastenverteilung

Die mit den wertgeminderten Aktiva verbundenen Verluste müssen für eine gleichmäßige Lastenverteilung zwischen dem Mitgliedstaat sowie den Anteilseignern und den Gläubigern des begünstigten Finanzinstituts aufgeteilt werden. Dies erfordert nach der Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva erstens die bereits genannte Offenlegung der Wertminderungen vor Durchführung der Entlastungsmaßnahme, zweitens die ebenfalls *ex ante* erfolgende Bewertung der Aktiva und drittens eine angemessene Vergütung für die Entlastung.<sup>695</sup>

Eine angemessene Aufteilung der Risiken ist *va* erforderlich, um angesichts der unterschiedlichen Finanzkraft der einzelnen Mitgliedstaaten Wettbewerbsverzerrungen sowohl zwischen den Mitgliedstaaten als auch zwischen den Banken zu begrenzen. Ferner dient sie dazu, die Kosten für den Staat zu begrenzen und „*die Grundsätze der Transparenz und der Offenlegung in die Praxis umzusetzen, das moralische Risiko zu begrenzen und zu gewährleisten, dass die Banken einen Teil der Folgen früher eingegangener Risiken tragen*“<sup>696</sup>.

Die Lastenverteilung zwischen Bank und Staat sollte grds derart ausgestaltet sein, dass die betroffene Bank die mit den wertgeminderten Vermögenswerten verbundenen Verluste, dh die Differenz zwischen dem Buchwert der Aktiva und ihrem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert (auf der Grundlage der *cash flows* und einer längerfristigen Perspektive)<sup>697</sup>, weitestgehend selbst trägt.<sup>698</sup> Für den Fall, dass dies *ex ante* nicht realisiert werden kann, kann die Lastenverteilung auch *ex post* erfolgen.

---

<sup>694</sup> Vgl Rz 20 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>695</sup> Vgl Rz 21 ff Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>696</sup> Memo/09/85 v 26.02.2009, 4. S auch ABI 2009 C 72/12 Anhang I.

<sup>697</sup> Vgl Memo/09/85 v 26.02.2009, 4.

<sup>698</sup> Vgl Rz 21 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

Hierzu regt die Kommission an, dass die Bank den Erstverlust (von min 10%) aus den Risikoaktiva übernehmen und einer Verlustbeteiligung in Höhe von min 10% an allen weiteren Verlusten zustimmen sollte.<sup>699</sup>

### **3.4.2.3. Die Bewertung der Vermögensgegenstände**

Die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva fordert eine genaue Berechnung des Beihilfeelements einer Entlastungsmaßnahme, indem in einem ersten Schritt der aktuelle Marktpreis der Vermögenswerte bewertet wird und in einem zweiten Schritt denselben Aktiva sodann ein über dem Marktpreis liegender Übernahmewert zugewiesen wird. Die Differenz der beiden bildet sodann das zu genehmigende Beihilfeelement.<sup>700</sup> Die Bewertung der Risikoaktiva ist von unabhängigen Sachverständigen vorzunehmen und von der zuständigen mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörde<sup>701</sup> zu bestätigen.

Viele Risikoaktiva des Bankensektors besitzen derzeit keinen Marktwert. Dies hat zur Folge, dass ihr Buchwert wesentlich höher als ihr derzeitiger Marktwert ist. Um einen Entlastungseffekt zu erzielen, muss den Risikoaktiva im Zusammenhang mit Entlastungsmaßnahmen daher zwangsläufig ein höherer Wert als der Marktwert zugeschrieben werden (sog. Übernahmewert). Die Kommission erachtet dabei einen Übernahmewert, der den tatsächlichen wirtschaftlichen Wert der Risikoaktiva widerspiegelt, für eine geeignete Bezugsgröße.<sup>702</sup> Die Differenz zwischen dem aktuellen Marktwert und dem Übernahmewert auf der Grundlage des realen wirtschaftlichen Wertes entspricht der zulässigen staatlichen Beihilfe. Die Differenz zwischen Buchwert und Übernahmewert stellt indes jenen Verlust dar, den die Bank selbst zu tragen hat.

---

<sup>699</sup> Vgl Rz 24 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>700</sup> Vgl Rz 37 ff Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>701</sup> In Österreich ist diese von der FMA vorzunehmen.

<sup>702</sup> Vgl Rz 40 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

Der reale wirtschaftliche Wert ist auf der Basis beobachtbarer Marktinformationen und realistischer und vorsichtiger Annahmen über zukünftige Geldflüsse zu bestimmen. Dabei gilt: je mehr der Übernahmewert den tatsächlichen wirtschaftlichen Wert übersteigt, desto größer ist das Beihilfenelement, der potentiell wettbewerbsverzerrende Effekt und folglich auch der Bedarf für Ausgleichs- und Umstrukturierungsmaßnahmen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass allfällige Strukturierungsalternativen, die eine Bewertung der zu übertragenden Risikoaktiva vermeiden – so etwa eine Übertragung durch Abspaltung – beihilfenrechtlich gleichermaßen zu beurteilen sind als eine unmittelbare Übertragung.<sup>703</sup>

#### **3.4.2.4. Die Vergütung der Entlastungsbeihilfe**

Begünstigte Finanzinstitute müssen dem Staat eine angemessene Vergütung für die Entlastung leisten.<sup>704</sup> Hinsichtlich der konkreten Höhe dieser Vergütung verweist die Kommission auf die Rekapitalisierungsmitteilung, die unter Zugrundelegung der Besonderheiten bei Rettungsmaßnahmen für wertgeminderte Vermögenswerte als Orientierung herangezogen werden könne.<sup>705</sup> Die Kommission regt an, im ersten Schritt den Kapitaleffekt der geplanten Entlastungsmaßnahme als eine hypothetische Kapitalzuführung in gleicher Höhe zu erachten und nach der Rekapitalisierungsmitteilung zu vergüten. Doch müsse die Vergütungshöhe in einem zweiten Schritt an das höhere Risiko einer Entlastung von Risikoaktiva und – im Falle einer Garantie- oder Versicherungslösung – an den Wegfall der Liquiditätszufuhr angepasst werden. Allgemein haben Entgelte für Entlastungsbeihilfen nach Ansicht der Kommission grds höher auszufallen als jene für Kapitalzuführungen. Die Kommission begründet dies mit dem

---

<sup>703</sup> Vgl. *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva* der Kommission vom 25. Februar 2009, März 2009, 2.

<sup>704</sup> Vgl. Rz 21 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>705</sup> S. Anhang IV Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

Umstand, dass der Staat bei der Entlastung von Kreditinstituten um wertgeminderte Aktiva generell höhere Abwärts- und geringere Aufwärtsrisiken als im Fall von Kapitalzuführungen in Kauf nimmt und somit ein höheres Risiko eingeht.<sup>706</sup>

Ist eine angemessene Vergütung *ex ante* nicht möglich, kann etwa über Rückforderungsklauseln eine Beteiligung der Bank an späteren Verlusten oder mittels Besserungsklauseln eine spätere Erhöhung der Vergütung erreicht werden.<sup>707</sup>

#### **3.4.2.5. Verhaltensbeschränkungen**

Erhält eine Bank Entlastung von ihren wertgeminderten Aktiva, hat sie einer Reihe von Verhaltensbeschränkungen zu unterliegen. Zweck dieser ist *va* sicherzustellen, dass sich die begünstigten Banken wieder angemessen an der Kreditversorgung beteiligen. Verhaltensbeschränkungen hat die Kommission bereits in ihrer Bankenmitteilung vorgesehen und in ihrer Rekapitalisierungsmitteilung präzisiert.<sup>708</sup>

#### **3.4.3. Genehmigungsvoraussetzungen für staatliche Entlastungsmaßnahmen in der Umstrukturierungsphase**

Im Anschluss an die vorübergehend gewährte Entlastung um wertgeminderte Vermögenswerte stellt die Mitteilung in der ggf folgenden Umstrukturierungsphase drei Genehmigungsbedingungen auf, wie sie bereits aus den R&U-LL 2004 bekannt sind.<sup>709</sup>

Erstens verlangt die Mitteilung einen angemessenen Beitrag der begünstigten Bank zu den Kosten der Entlastung, wobei sie diese

---

<sup>706</sup> Vgl Fn 1 zu Rz 21 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>707</sup> Vgl Rz 41 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>708</sup> S etwa Rz 27 Bankenmitteilung.

<sup>709</sup> Vgl Rz 49 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

Voraussetzung stets dann als erfüllt erachtet, wenn die vorgenannten Anforderungen an (i) Offenlegung, (ii) Bewertung, (iii) Vergütung und (iv) Lastenaufteilung eingehalten werden.<sup>710</sup> Sind diese Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt, stellt die Kommission bei der zweiten und dritten Genehmigungsbedingung entsprechend höhere Anforderungen, *ie* bei der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität (mittels Konzentration auf das Kerngeschäft, Neuausrichtung des Geschäftsmodells, Auflösung und/oder Verkauf von Tochtergesellschaften/Geschäftsbereichen, Änderung des Aktiv-Passiv-Managements) sowie bei den notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, wobei deren Intensität sowohl auf der Basis der erwarteten Wettbewerbsverzerrungen als auch auf derjenigen des Gesamtbetrages der der Bank auch in Form von Garantie- und Rekapitalisierungsmaßnahmen zukommenden Beihilfen zu bestimmen ist.<sup>711</sup>

Hinsichtlich der allfällig erforderlichen Umstrukturierungsmaßnahmen wird die Kommission neben den bereits in der Rekapitalisierungsmitteilung angeführten Kriterien *va* (i) den Umfang der Risikoaktiva, (ii) den Übertragungswert verglichen mit dem Marktpreis, (iii) Art und Herkunft der Schwierigkeiten, und (iv) Stimmigkeit des Geschäftsmodells und der Investitionsstrategie ihre Beurteilung zugrunde legen.<sup>712</sup>

### **3.5. Die „Umstrukturierungsmitteilung“ vom 22. Juli 2009<sup>713</sup>**

In Ergänzung zur Banken-, Rekapitalisierungs- und Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva veröffentlichte die Kommission am 22. Juli 2009 mit der *„Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den*

---

<sup>710</sup> Vgl Rz 50 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>711</sup> Vgl Rz 51 ff Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>712</sup> Vgl Rz 52 Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva.

<sup>713</sup> Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den Beihilfavorschriften (Umstrukturierungsmitteilung), ABI 2009 C 195/9.

*Beihilfenvorschriften*“ (im Folgenden: Umstrukturierungsmitteilung)<sup>714</sup> ihre vierte und bislang letzte Krisenmitteilung zur Beurteilung staatlicher Stützungsmaßnahmen im Bankensektor.

In der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung erörterte die Kommission vordergründig die Kriterien der Genehmigungsfähigkeit von Rettungsbeihilfen zugunsten notleidender Banken und nur ansatzweise die Genehmigungsbedingungen von Umstrukturierungsbeihilfen, wobei sie darin zunächst auf die in den R&U-LL 2004 dargelegten allgemeinen Vereinbarkeitskriterien für Umstrukturierungsbeihilfen verwies.<sup>715</sup> Während die Kommission in der Bankenmitteilung bei der Beurteilung kurzfristiger staatlicher Rettungsbeihilfen eine krisenbedingt vergleichsweise großzügige Genehmigungspraxis in Aussicht stellte, intendierte diese längerfristige Umstrukturierungsbeihilfen hingegen nicht ohne Berücksichtigung der in den R&U-LL 2004 dargelegten Kriterien zu genehmigen. Dieses Vorgehen der Kommission kann in Übereinstimmung gesehen werden mit dem angestrebten Ziel der Rettung des Finanzsystems und nicht der Sanierung einzelner an dessen Zusammenbruch schuldiger Marktteilnehmer.<sup>716</sup> In der Praxis erfolgt eine Sicherstellung dieses Ziels etwa dadurch, dass umfassende staatliche Garantien vielfach rasch genehmigt werden, die Kommission sich bei Eintreten des Garantiefalls aber eine individuelle Prüfung von Umstrukturierungsplänen vorbehält.<sup>717</sup> Dies gilt entsprechend in Fällen langfristiger Rekapitalisierungsmaßnahmen.

Mit diesem in der Bankenmitteilung dargelegten Prüfungsansatz hatte sich die Kommission ein beträchtliches Maß an Flexibilität vorbehalten, dass die Annahme nahe legte, das Prüfungsergebnis werde im Einzelfall mehr von den zum Zeitpunkt der Prüfung bestehenden gesamtwirtschaftlichen Notwendigkeiten und politischen Rahmenbedingungen abhängen als von

---

<sup>714</sup> S IP/09/1180 v 23.07.2009; Memo/09/350 v 23.07.2009.

<sup>715</sup> Vgl Rz 5 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>716</sup> Vgl *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 715

<sup>717</sup> Rz 30-33 Bankenmitteilung.

der Schlüssigkeit des einzelnen Umstrukturierungsplans.<sup>718</sup> In diesen Tagen obliegt der Kommission nun die Überprüfung einer Vielzahl staatlicher Beihilfen zur Umstrukturierung von Finanzinstituten, für die sie zuvor Rettungsbeihilfen<sup>719</sup> unter der Bedingung genehmigt hat, dass binnen sechs Monaten ein Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan vorgelegt wird.

Im Interesse erhöhter Transparenz und Kohärenz konkretisiert die Kommission daher in ihrer jüngsten Mitteilung jene Genehmigungskriterien, die sie der Bewertung von Umstrukturierungsbeihilfen für Banken bis zum 31. Dezember 2010<sup>720</sup> zugrunde legen wird. Die Kommission bestimmt in der Umstrukturierungsmitteilung explizit, dass sie sich bei der beihilferechtlichen Vereinbarkeitsbeurteilung von Umstrukturierungsbeihilfen für Banken im Rahmen der derzeitigen Systemkrise nicht – wie vorerst in der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung in Aussicht gestellt – auf die auf Art 87 Abs 3 lit c EGV basierenden R&U-LL 2004, sondern auf die Umstrukturierungsmitteilung stützen werde.<sup>721</sup> Diese orientiert sich allerdings an den in den R&U-LL 2004 grundgelegten Kriterien. Es bleibt mit Spannung zu erwarten wie die darin bestimmten Kriterien in der Praxis der Kommission konkret zur Anwendung zu gelangen.

Die Kommission betont die befristete Geltung der Umstrukturierungsmitteilung und behält sich zugleich vor, *„Inhalt und Geltungsdauer der Mitteilung entsprechend der Entwicklung der Marktbedingungen, den in der Fallbearbeitung gewonnenen Erkenntnissen und dem übergeordneten Interesse an der Wahrung der*

---

<sup>718</sup> Arhold, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 715

<sup>719</sup> Dh Rettungsbeihilfen, die die Kommission nach den R&U-LL 2004 vorübergehend genehmigt hat, nach Art 87 Abs 3 lit b EG vorübergehend genehmigte Beihilfen sowie neue Beihilfen, die zur Durchführung von Umstrukturierungsmaßnahmen angemeldet werden. Vgl Fn 1 zu Rz 4 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>720</sup> Vgl Rz 49 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>721</sup> Fn 1 zu Rz 4 Umstrukturierungsmitteilung.

*Finanzstabilität zu überprüfen*<sup>722</sup>. Nach Ablauf der Geltung der Umstrukturierungsmitteilung beabsichtigt die Kommission eine Rückkehr zur Anwendung der R&U-LL 2004 auf der Grundlage von Art 87 Abs 3 lit c EGV.<sup>723</sup> In diesem Zusammenhang verkündete die Kommission jüngst die Verlängerung der am 9. Oktober 2009<sup>724</sup> auslaufenden R&U-LL 2004 bis zum 9. Oktober 2012 mit der Begründung, dass die Finanz- und Wirtschaftskrise eine schwierige und instabile wirtschaftliche Lage geschaffen habe, in der es darauf ankomme, die Kontinuität und Rechtssicherheit bei der Behandlung der staatlichen Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten zu gewährleisten.<sup>725</sup>

Im Folgenden sollen die Vereinbarkeitsanforderungen, welche die Kommission derzeit gem Umstrukturierungsmitteilung an Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor stellt, mit jenen der allgemeinen R&U-LL 2004 gegenübergestellt werden. Da die Genehmigungskriterien für Umstrukturierungsbeihilfen nach den allgemeinen R&U-LL 2004 bereits an obiger Stelle<sup>726</sup> ausführlich erläutert wurden, sollen nachstehend insb die durch die Systemkrise bedingten temporären Modifizierungen der beihilferechtlichen Beurteilungskriterien von Umstrukturierungsmaßnahmen im Bankensektor aufgezeigt werden.

### **3.5.1. Die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität**

Was das Erfordernis der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität begünstigter Banken betrifft, enthält die Umstrukturierungsmitteilung in ihrem Anhang ein indikatives Modell hinsichtlich der erforderlichen Inhalte des hierfür notwendigen Umstrukturierungsplanes. Die Umstrukturierungsmitteilung verlangt dabei einen äußerst hohen Detaillierungsgrad an Informationen über das Finanzinstitut, insb über

---

<sup>722</sup> Rz 50 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>723</sup> S Rz 49 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>724</sup> S Rz 102 R&U-LL 2004.

<sup>725</sup> ABI 2009 C 156/3.

<sup>726</sup> S Dritter Teil II. 1.3.

dessen Geschäftsmodell, seine Organisationsstruktur, die Finanzierung<sup>727</sup>, die Struktur der *Corporate Governance*<sup>728</sup>, das Risikomanagement (einschließlich einer Offenlegung wertgeminderter Vermögenswerte und einer vorsichtigen Bewertung weiterer Risikoaktiva), das Aktiv-Passiv-Management, seine außerbilanziellen Verpflichtungen<sup>729</sup> und der *Cashflow*-Situation.<sup>730</sup> Zudem erwartet die Kommission, dass der Umstrukturierungsplan einen Vergleich des Umstrukturierungsplans mit Alternativlösungen wie dem getrennten Verkauf unterschiedlicher Teile der Bank oder gar des kompletten Aufkaufs durch ein anderes Institut enthält, sodass die Kommission prüfen kann, ob kostengünstigere oder den Wettbewerb weniger stark verzerrende Lösungen zur Finanzmarktstabilisierung zur Verfügung stehen.<sup>731</sup>

Die Rückkehr zur langfristigen Rentabilität soll – wie auch nach den R&U-LL 2004 – überwiegend durch unternehmensinterne Restrukturierungsmaßnahmen erzielt werden.<sup>732</sup> Externe Faktoren, die dabei hilfreich sein können, auf die das Unternehmen jedoch kaum Einfluss hat (zB der Anstieg der Nachfrage nach bestimmten Bankdienstleistungen), will die Kommission auch im Rahmen der Umstrukturierungsmitteilung nur dann mitberücksichtigen, wenn deren Eintritt allgemein anerkannt ist.<sup>733</sup>

Die wohl wichtigste Neuerung bei der Prüfung des Erfordernisses der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität ist, dass dieses neben einem Basisszenario auch an alternativen sog „Belastungsszenarien“, wie einer weiteren deutlichen Verschlechterung der globalen Wirtschaftslage

---

<sup>727</sup> Nachweis der Tragfähigkeit der kurz- und langfristigen Finanzierungsstruktur s etwa Komm, E v 02.04.2008, Fall NN 1/2008, ABI 2008 C 135/21 – *Northern Rock*; Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>728</sup> Nachweis der Verhinderung von Interessenkonflikten sowie der erforderlichen Veränderungen im Management s etwa Komm, Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>729</sup> Nachweis ihrer Nachhaltigkeit und Konsolidierung bei Banken mit hoher Risikoexponierung; ausgenommen in begründeten Fällen s etwa Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32 – *IKB*.

<sup>730</sup> Vgl Rz 11 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>731</sup> Vgl Rz 9 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>732</sup> Vgl Rz 12 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>733</sup> Vgl Rz 13 Umstrukturierungsmitteilung.

zu messen ist (sog „Stresstest“).<sup>734</sup> Die Kommission regt an, bei den Stresstests mehrere Szenarien einschließlich einer Kombination von Stressereignissen und einer langen weltweiten Rezession heranzuziehen.<sup>735</sup> So sollen Banken die potenziellen Auswirkungen krisenhafter Entwicklungen im Detail untersuchen, um bereits im Vorfeld geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen zu können. Der Umstrukturierungsplan sollte sodann jene Maßnahmen beinhalten, mit denen etwaigen, sich aus den Stresstests ergebenden Anforderungen entsprochen werden kann.<sup>736</sup>

Während die Kommission in der Vergangenheit üblicherweise eine maximale Laufzeit des Umstrukturierungsplans von zwei bis drei Jahren akzeptierte<sup>737</sup>, zeigt sie sich in der Umstrukturierungsmitteilung großzügiger: Zwar fordert sie wie auch in den R&U-LL 2004, dass der Umstrukturierungszeitraum zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität „so kurz wie möglich“<sup>738</sup> zu bemessen ist, stellt jedoch in Anbetracht der derzeitigen Krisensituation in Aussicht, auch strukturelle Maßnahmen mit einer längeren Durchführungszeit als üblich, und zwar bis zu fünf Jahren, zu genehmigen.<sup>739</sup> Durch diese großzügigere Beurteilung soll insb rückläufigen Marktentwicklungen durch „Notverkäufe“ entgegengewirkt werden. Damit ist die Verschleuderung von Vermögenswerten in größerem Umfang zu den derzeitigen, niedrigen Marktpreisen gemeint, wodurch ein weiterer Preisverfall ausgelöst werden könnte.<sup>740</sup>

Schließlich erwähnt die Umstrukturierungsmitteilung auch die Möglichkeit, die langfristige Rentabilität durch einen Verkauf der notleidenden Bank an einen gesunden Käufer wiederherzustellen.<sup>741</sup> In diesem Zusammenhang weist die Kommission unter exemplarischer Anführung ihrer Entscheidung

---

<sup>734</sup> Vgl Rz 7 u 13 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>735</sup> Vgl Rz 13 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>736</sup> Vgl Rz 13 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>737</sup> Vgl Fn 2 zu Rz 15 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>738</sup> Rz 35 R&U-LL 2004.

<sup>739</sup> Vgl Rz 15 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>740</sup> Vgl Fn 2 zu Rz 15 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>741</sup> Vgl Rz 17 ff Umstrukturierungsmitteilung.

im Fall *SachsenLB*<sup>742</sup> darauf hin, dass der Verkauf der Bank auch eine staatliche Beihilfe für den Käufer und/oder für den verkauften Geschäftsbereich beinhalten kann.<sup>743</sup> Entsprechend ihrer üblichen Praxis bei Verkäufen stellt sie die Vermutung einer beihilfefreien Transaktion bei Durchführung einer offenen und bedingungsfreien Ausschreibung und der Auswahl des höchsten Angebots auf.

Sofern indes die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität nicht möglich erscheint, fordert die die Kommission die kontrollierte Liquidation des Instituts, wobei sie auf die in der Bankenmitteilung aufgestellten Regeln verweist.<sup>744</sup> Alternativ erwähnt die Kommission die Möglichkeit des Verkaufs der werthaltigen Aktiva der Bank durch einen Dritten oder die Schaffung einer autonomen sog *Good Bank*, in welche die werthaltigen Assets eingebracht werden.<sup>745</sup>

### 3.5.2. Der Eigenbeitrag des Begünstigten

Hier fordert die Umstrukturierungsmitteilung zunächst, dass die Beihilfe keineswegs dazu verwendet werden darf, um marktverzerrende Aktivitäten zu fördern, wie zB den Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen oder die Vornahme neuer Investitionen, es sei denn der Mitgliedstaat vermag darzulegen, dass dies notwendig ist, um die Rentabilität des Instituts langfristig wiederherzustellen.<sup>746</sup>

Im Unterschied zu den R&U-LL 2004 verzichtet die Kommission in der Umstrukturierungsmitteilung im Übrigen jedoch darauf, *ex ante* konkrete Schwellenwerte im Hinblick auf die Lastenverteilung, dh den Eigenbeitrag des Beihilfeempfängers zu den Kosten der Restrukturierung, festzulegen<sup>747</sup>, mit der Begründung, dass „*dies dem eigentlichen Ziel, den Zugang zu privatem Kapital zu erleichtern und die Rückkehr zum*

---

<sup>742</sup> Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *SachsenLB*.

<sup>743</sup> Vgl Rz 20 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>744</sup> Vgl Rz 21 Umstrukturierungsmitteilung; s Rz 5 Bankenmitteilung.

<sup>745</sup> Vgl Rz 21 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>746</sup> Vgl Rz 22 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>747</sup> Vgl Rz 24 Umstrukturierungsmitteilung.

*normalen Marktgeschehen zu fördern, abträglich sein könnte*<sup>748</sup> Während die R&U-LL 2004 bei großen Unternehmen einen finanziellen Eigenbeitrag des Begünstigten von 50% der Umstrukturierungskosten fordern, verlangt die Umstrukturierungsmitteilung lediglich einen „*signifikanten Eigenbeitrag*“<sup>749</sup> ohne diesen im Vorfeld der Einzelfallentscheidung näher zu determinieren. In den R&U-LL 2004 hatte die Kommission – anders als noch in den R&U-LL 1999 – erstmals prozentuale Mindestschwellen für den Eigenanteil bestimmt.<sup>750</sup> Doch hatte sich die Kommission auch in den R&U-LL 2004 vorbehalten, „*in außergewöhnlichen Umständen und in Härtefällen*“<sup>751</sup> ausnahmsweise einen geringeren Betrag zu akzeptieren. Diese gegenüber den R&U-LL 2004 nun wieder flexiblere Handhabung der Mindesteigenbeitragshöhe ist mE in Anbetracht der Krise zu begrüßen. Die oben genannte Begründung der Kommission, damit „*die Rückkehr zum normalen Marktgeschehen zu fördern*“, ist mE jedoch nur schwer nachvollziehbar, zumal durch die gegenwärtig tendenziell niedrigen Eigenbeiträge begünstigter Kreditinstitute die wettbewerbsverzerrenden Effekte von Umstrukturierungsbeihilfen nicht in dem sonst üblichen Maße beschränkt werden und somit die Rückkehr zum normalen Marktgeschehen gegenteilig sogar erschwert wird.

Darüber hinaus bestimmt die Kommission, dass jede Abweichung von einer angemessenen Lastenverteilung, die in der Rettungsphase ausnahmsweise aus Gründen der Finanzstabilität zugestanden wird, in der späteren Phase der Umstrukturierung durch sog. *Claw-Back-Mechanismen* kompensiert werden muss.<sup>752</sup>

### **3.5.3. Die Begrenzung von Wettbewerbsverzerrungen**

Schließlich knüpft die Kommission die Genehmigung des Umstrukturierungsplans an die Begrenzung von

---

<sup>748</sup> Rz 24 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>749</sup> Rz 24 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>750</sup> Vgl Rz 44 R&U-LL 2004.

<sup>751</sup> Rz 44 R&U-LL 2004.

<sup>752</sup> Vgl Rz 25 Umstrukturierungsmitteilung.

Wettbewerbsverzerrungen, die durch entsprechende Verhaltensaufgaben hergestellt werden muss. Als Leitprinzipien nennt die Umstrukturierungsmittelung erstens das Verhältnis des Gesamtbetrages an Beihilfen zu dem Eigenbeitrag des Begünstigten, zweitens die Marktstellung des Begünstigten nach Durchführung der Restrukturierung und drittens eventuelle Verpflichtungen der begünstigten Bank, eine offene Kreditvergabepolitik nicht nur in dem die Beihilfe gewährenden, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten der Union zu verfolgen.<sup>753</sup> Als mögliche Auflagen werden hier die Zahlung einer angemessenen Vergütung für die staatliche Stützungsmaßnahme<sup>754</sup>, der Verkauf von Geschäftsfeldern oder Tochtergesellschaften<sup>755</sup> und das Verbot des Einsatzes der Beihilfen zur Verfolgung wettbewerbsschädlicher Ziele, wie zB der Ausweitung des Geschäftsvolumens oder des Angebots besonders günstiger Konditionen<sup>756</sup>, angeführt. Allgemein gilt, dass staatliche Beihilfen nicht zum Nachteil von Wettbewerbern verwendet werden dürfen, die keine vergleichbare staatliche Unterstützung erhalten haben.<sup>757</sup>

Im Unterschied zu den R&U-LL 2004 stellt die Kommission in der Umstrukturierungsmittelung in Aussicht die Durchführung der Ausgleichsmaßnahmen auf bis zu 5 Jahre zu erstrecken, wenn diese aufgrund der aktuellen Marktbedingungen nicht unmittelbar umgesetzt werden können.<sup>758</sup> Übergangsweise fordert die Kommission jedoch geeignete Verhaltensmaßregeln vorzusehen.<sup>759</sup>

---

<sup>753</sup> Rz 31-33 Umstrukturierungsmittelung.

<sup>754</sup> Rz 34 Umstrukturierungsmittelung.

<sup>755</sup> Vgl Rz 35 ff Umstrukturierungsmittelung. S etwa Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32 – *IKB*; Komm, E v 07.05.2009, Fall N 244/2009, ABI 2009 C 147/4 – *Commerzbank*.

<sup>756</sup> Rz 39 ff Umstrukturierungsmittelung.

<sup>757</sup> Vgl Rz 39 Umstrukturierungsmittelung. So kann es einer Bank unter bestimmten Umständen untersagt werden, die höchsten auf dem Markt angebotenen Zinssätze für private Einlagen anzubieten. S zB Komm, E v 19.11.2008, Fall NN 49/2008, NN 50/2008 und NN 45/2008, Rz 73 – *Dexia*; Komm, E v 19.11.2008, Fall N 574/2008, ABI 2009 C 38/2, Rz 58 – *Fortis I*; Komm, E v 03.12.2008, Fall NN 42/2008, ABI 2009 C 80/7, Rz 94 – *Fortis II*.

<sup>758</sup> Rz 37 Umstrukturierungsmittelung.

<sup>759</sup> Vgl Rz 7 Umstrukturierungsmittelung.

### **3.5.4. Kein Grundsatz der einmaligen Beihilfe**

Eine weitere in der Umstrukturierungsmitteilung vorgesehene Flexibilisierung der beihilferechtlichen Umstrukturierungsregeln ist, dass der gem R&U-LL 2004 geltende Grundsatz der Einmaligkeit hier keine Anwendung findet. Vielmehr erachtet die Kommission in der Umstrukturierungsmitteilung die Gewährung weiterer Beihilfen auch während der Umstrukturierungsphase als zulässig, vorausgesetzt der Mitgliedstaat legt entsprechende Rechtfertigungsgründe dar.<sup>760</sup> Diese Entwicklung erscheint mE insb angesichts der krisenbedingten Unvorhersehbarkeit ob der Notwendigkeit weiterer staatlicher Hilfe begrüßenswert, vorausgesetzt die Kommission berücksichtigt die wiederholte Inanspruchnahme staatlicher Hilfe insb hinsichtlich der vom Begünstigten zu erbringenden Ausgleichsmaßnahmen und Eigenbeiträge in angemessener Weise. Im Übrigen steht die Vorgehensweise der Kommission in Einklang mit der auch bereits in der Vergangenheit geübten flexiblen Handhabung dieses Grundsatzes im Bankensektor.

### **3.5.5. Die Berichtspflicht**

Abschließend weist die Kommission in der Umstrukturierungsmitteilung darauf hin, dass sie die ordnungsgemäße Erfüllung des genehmigten Umstrukturierungsplanes in regelmäßigen Abständen überwachen wird und zu diesem Zweck einen ersten Bericht hierüber innerhalb von sechs Monaten nach Genehmigung dieses Planes verlangt.<sup>761</sup> Dies entspricht der bisherigen Bestimmung in den R&U-LL 2004.<sup>762</sup>

## **IV. Fazit: Krisenbedingte Adaptierung der Beihilfenaufsicht im Bankensektor**

Trotz oder gerade wegen des beträchtlichen Ausmaßes der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise bleiben die Rettungs- und

---

<sup>760</sup> Vgl Rz 27 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>761</sup> Vgl Rz 46 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>762</sup> Vgl Rz 50 R&U-LL 2004.

Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor dem Beihilfenaufsichtsregime der Art 87 ff EGV unterworfen.<sup>763</sup> Die Kommission wendet die primärrechtlichen Beihilfenvorschriften auch in der Krise konsequent an, wenngleich es in Anbetracht der Systemkrise zu einer Anpassung der Vereinbarkeitskriterien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an die schwierigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen gekommen ist.<sup>764</sup> Die Kommission hat im Bankensektor nicht nur die idR nach den R&U-LL 2004 geltenden materiellen Genehmigungsanforderungen an Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, sondern auch das beihilferechtliche Prüfverfahren faktisch adaptiert.

Obwohl die R&U-LL 2004 in ihrer unmittelbaren Anwendung in der Finanzkrise an ihre Grenze gestoßen sind, bilden sie dennoch eine Orientierungshilfe für die Überprüfung auf Grundlage der Krisenmitteilungen.<sup>765</sup> Es kann daher zusammenfassend festgestellt werden, dass die Kommission mit der Veröffentlichung der Krisenmitteilungen die bisherigen Grundsätze der Beihilfenkontrolle nicht aufgegeben hat, sondern insb die Prinzipien der R&U-LL 2004 als zentrale Orientierungshilfe auch in der Krise zur Anwendung bringt.<sup>766</sup> Dies zeigt die Eigenschaft der Krisenmitteilungen als Hilfe zur Konkretisierung der allgemeinen beihilferechtlichen Grundsätze und nicht als Ausnahme davon.<sup>767</sup>

Dennoch kann festgestellt werden, dass die Kommission in der Krise von ihrer bislang geübten Beihilfepolitik abgegangen ist: Während sich die Kommission noch im Rahmen des Aktionsplans einem weitgehend neoliberalen Politikverständnis verschrieben hatte, das staatliche Interventionen auf dem Markt prinzipiell ablehnt, und der Auffassung

---

<sup>763</sup> Vgl *Jäger*, Bankenkrise: Stößt die Wettbewerbsaufsicht an ihre Grenzen? *ecolex* 2008, 982; ebenso *Hattenberger*, Finanzkrise: Bankenrettungspakete und Beihilfenverbot, in *Jäger* (Hrsg), *Beihilfenrecht Jahrbuch 2009* (2009), 231.

<sup>764</sup> Vgl Rz 7 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>765</sup> Vgl *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, *BRZ* 2009, 69

<sup>766</sup> S etwa Rz 10, 42 u 49 Bankenmitteilung; s auch Rz 44 Rekapitalisierungsmitteilung.

<sup>767</sup> Vgl *Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? *WuW* v 05.06.2009, 612.

folgte, dass der Markt (nur) ohne staatliche Eingriffe zur effektivsten Lösung findet<sup>768</sup>, ist sie in Anbetracht der politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten nun gleichsam gezwungen, das Gegenteil ihrer bisherigen Beihilfepolitik zu exekutieren.<sup>769</sup> Die Kommission betont sogar die Notwendigkeit staatlicher Beihilfen angesichts der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise (und dies zwischenzeitlich nicht nur auf dem Bankensektor), sodass in Abkehr zu ihrer bisher neoliberal geprägten Beihilfepolitik ihr gegenwärtiges Vorgehen von einem keynesianistischen Politikverständnis geprägt ist. Dieser Umstand ist mE weniger als Widersprüchlichkeit zu kritisieren<sup>770</sup>, sondern vielmehr als krisenbedingt notwendige Anpassung der Beihilfepolitik zu erachten. Darüber hinaus wäre es – wie *Kaupā* mE zu Recht feststellt – zu begrüßen, wenn die Finanz- und Wirtschaftskrise allgemein die Einsicht der Kommission befördert,

*„[...] nicht alle wirtschaftspolitischen Regeln vom marktradikalen Paradigma [abzuleiten], sondern jeweils jene Instrumente zu nutzen, die angesichts der politischen und wirtschaftlichen Situation am ehesten Erfolg versprechen. Staat oder Markt – von dieser Dichotomie muss sich die Kommission lösen.“<sup>771</sup>*

## 1. Kritische Würdigung

Möchte man den Anteil der Kommission an der Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise bewerten, ist allgemein zu berücksichtigen, dass der Kommission gem der ihr im Wettbewerbskapitel des EGV zugewiesenen Rolle das Setzen eigener Krisenbewältigungsmaßnahmen nicht erlaubt ist. Aktives Handeln zur Unterstützung betroffener Banken obliegt den Mitgliedstaaten, sodass die Kommission – wider manch realpolitischer

---

<sup>768</sup> S KOM (2005) 107, 8.

<sup>769</sup> Vgl *Kaupā*, The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? EStAL 3/2009, 311.

<sup>770</sup> aA *Kaupā*, Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise, *juridikum* 2009, 108.

<sup>771</sup> *Kaupā*, Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise, *juridikum* 2009, 108.

Erwartungshaltungen der Mitgliedstaaten – auf deren Initiative angewiesen ist.<sup>772</sup> Zugleich dokumentiert die aktive Kontrolltätigkeit der Kommission in der Krise jedoch deutlich, welche Begrenzungen der mitgliedstaatlichen Souveränität aus der gemeinschaftlichen Beihilfenaufsicht resultieren.<sup>773</sup>

Die Verbindung der auf Grundlage von Art 87 Abs 3 lit b EGV erlassenen Krisenmitteilungen mit den bewährten Kriterien der R&U-LL 2004 und der differenzierten Anwendung in Abhängigkeit mit der Ursache für die konkreten Schwierigkeiten einzelner Banken erscheint aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive begrüßenswert.<sup>774</sup> Die Kommission hat insb durch ihre Krisenmitteilungen nicht nur kurzfristig ein Regelwerk für eine rasche Umsetzung von Unterstützungsmaßnahmen noch nie dagewesenen Umfangs geschaffen, sondern dadurch zugleich auch deren Kohärenz herbeigeführt, um kontraproduktive Subventionswettläufe der Mitgliedstaaten – wie sie gerade in der Frühphase der Bankenrettungen sichtbar waren<sup>775</sup> – zu vermeiden und unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen am Binnenmarkt zu begrenzen. Wenngleich eine abschließende Bewertung der Effektivität der angepassten Beihilfenkontrolle durch die Kommission im Hinblick auf den gemeinschaftlichen Wettbewerbsschutz zu diesem Zeitpunkt noch verfrüht ist<sup>776</sup>, kann mE bereits jetzt festgehalten werden, dass es der Kommission jedenfalls gelungen ist, auf eine seit Bestand der gemeinschaftlichen Beihilfenkontrolle in diesem Ausmaß präzedenzlose Situation rasch und flexibel zu reagieren und damit ihre Kompetenz zu unterstreichen. Die Kommission hat rasch notwendige Maßnahmen getroffen, um die

---

<sup>772</sup> Gem Art 98 EGV ist die Finanzpolitik als Teil der Wirtschaftspolitik in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben. Sie soll im Rahmen des Rates Koordinierung erfahren (Art 99 Abs 1 EGV).

<sup>773</sup> Vgl *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009) Vorwort.

<sup>774</sup> Vgl *Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 69.

<sup>775</sup> Vgl *Kaupa*, Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise, *juridikum* 2009, 109.

<sup>776</sup> S dazu den Bericht der Kommission v 07.08.2009 *DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis*, worin die Effektivität der Garantie- und Rekapitalisierungsregelungen anhand drei Kriterien ansatzweise umrissen wird: (i) Wiederherstellung der Finanzstabilität, (ii) Wiederbelebung der Kreditvergabe an die Realwirtschaft, und (iii) Einfluss auf den öffentlichen Finanzhaushalt und das Funktionieren des Binnenmarktes.

Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, den Zusammenbruch der Finanzmärkte zu vermeiden.

Für ihre Vorgehensweise wurde der Kommission in Lehre und Schrifttum vielfach Lob zuteil<sup>777</sup>, dem es sich aus den oben dargelegten Gründen an dieser Stelle anzuschließen gilt. Dennoch sollen die potentiellen Gefahren der krisenbedingten Adaptierung der Beihilfenaufsicht nicht ausgeblendet bleiben und der neue Prüfungsansatz der Kommission im Folgenden auch kritisch betrachtet werden.

In Anbetracht der – insb in der Anfangsphase der Krise – ungewöhnlich rasch durchgeführten Prüfverfahren mag die juristische Qualität der ergangenen Entscheidungen bezweifelt werden. Wenngleich diese Bedenken bei genauer Betrachtung hinsichtlich der meisten Prüfverfahren ausgeräumt werden können (zB *Fortis I*<sup>778</sup>, *ING*<sup>779</sup>, *Roskilde I* und *II*<sup>780</sup>), ist in einzelnen Entscheidungen die Begründungsdichte zu deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt tatsächlich zu bemängeln. Dies gilt insb für die Vereinbarkeitsentscheidungen der Kommission zu *Bradford&Bingley*<sup>781</sup> wie auch zur *Hypo Real Estate*.<sup>782</sup> So beschränkte sich die Kommission zB in ihrer Vereinbarkeitsbegründung zu *Bradford&Bingley* ohne eine entsprechende Sachverhaltswürdigung vorzunehmen auf Leerformeln und Zirkelargumente wie die folgenden:<sup>783</sup> „*The measures must [...] be restricted to the amount needed*“ oder „*[...] the Commission notes that the working capital measure is*

---

<sup>777</sup> S etwa *Drijber/Burmester*, Competition Law in a Crashed Economy: State Aid to the Financial Sector, Ondernemingsrecht 2009-14, 582; s auch *Werner/Maier*, Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis, EStAL 2/2009, 182; s auch *Jäger*, How much flexibility do we need? EStAL 1/2009, 4; s auch *Luja*, State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework, EStAL 2/2009, 159; s auch *Derenne*, Aides d'état Chroniques – Crise financière globale, Concurrences 4/2008, 104.

<sup>778</sup> Komm, E v 19.11.2008, Fall N 574/2008, ABI 2009 C 38/2 – *Fortis I*.

<sup>779</sup> Komm, E v 12.11.2008, Fall NN 528/2008, ABI 2008 C 328/10 – *ING*.

<sup>780</sup> Komm, E v 31.07.2008, Fall NN 36/2008, ABI 2008 C 238/51 – *Roskilde I*; E v 05.11.2008, Fall NN 39/2008, ABI 2009 C 12/3, Rz 73 ff – *Roskilde II*.

<sup>781</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51 – *Bradford & Bingley*.

<sup>782</sup> Vgl *Jäger* in *Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009), 4.

<sup>783</sup> Vgl *Jäger*, How much flexibility do we need? Commission crisis management revisited EStAL 1/2009, 4.

*restricted to the minimum necessary.*<sup>784</sup> Dass dies – so wie *Jestaedt* die Ansicht vertritt<sup>785</sup> – als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in jenen Fällen akzeptiert werden kann, in denen eine Durchführung des „üblichen Prüfprogramms“ zu Schäden führen kann, die gegenüber den Vorteilen der gründlicheren Prüfung außer Verhältnis stehen, erscheint mE jedoch sowohl aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz als auch aus Gründen der Effektivität des Individualrechtsschutzes bedenklich und nicht vertretbar.

Doch auch jene Vereinbarkeitsbeurteilungen, die ausführlicher begründet sind, fallen dadurch auf, dass die Kommission den im *Aktionsplan Staatliche Beihilfen 2005* angekündigten verstärkten ökonomischen Ansatz (sog *more economic approach*, MEA)<sup>786</sup> in ihrer Praxis nicht anwendet.<sup>787</sup> Anders als der Reformname „*more economic approach*“ suggeriert untermauert die Kommission ihre Vereinbarkeitsentscheidungen nicht mittels ökonomischer Ergebnisse; ebenso wenig lassen die Krisenmitteilungen eine verstärkte Einbeziehung ökonomischer Analyse erkennen. Wenngleich dieser fehlende ökonomische Ansatz (leider) auch der vor Anbeginn der Krise geübten, durch die stRsp gedeckten Kommissionspraxis entspricht und sonach wenig überrascht, wäre eine verstärkte ökonomische Fundierung der Vereinbarkeitsentscheidungen insb in Anbetracht der besonders wettbewerbswirksamen Beihilfensummen, die den Entscheidungen der Kommission zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen im Bankensektor zugrunde liegen, zum Schutz des Binnenmarktes gerade in der Krise wünschenswert gewesen. Schließlich können aufgrund unzureichend ökonomisch fundierter Vereinbarkeitsentscheidungen

---

<sup>784</sup> Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51, Rz 49 – *Bradford & Bingley*.

<sup>785</sup> Vgl *Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? WuW v 05.06.2009, 606.

<sup>786</sup> S dazu ausführlich etwa *Jäger*, Systemfragen des More Economic Approach im Beihilfenrecht, WuW v 09.10.2008, Heft 10, 1064 ff; *Kaupa*, Führt der „more economic approach“ im Beihilfenrecht zu einer Reduktion öffentlicher Handlungsfähigkeit? in *Jäger*, (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009), 385f.

<sup>787</sup> Vgl *Kaupa*, Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise, *juridikum* 2009, 108.

allfällige Wettbewerbswirkungen der genehmigten Beihilfemaßnahmen weniger gezielt eingegrenzt werden, weshalb zu befürchten ist, dass als Negativeffekt der beihilferechtlichen Krisenpolitik Wettbewerbsverzerrungen nicht vollständig hintangehalten werden konnten und können. In dieser Hinsicht gilt es sich daher *Jäger* anzuschließen, der den Umstand, dass derart wesentliche wirtschaftspolitische Steuerungsentscheidungen alleine unter juristischen Aspekten vorgenommen werden, als bedenklich erachtet und kritisiert, dass die Kommission den MEA offensichtlich als „eine Art Luxushobby“ ansieht, „das sich die Kommission in Krisenzeiten nicht leisten will“.<sup>788</sup>

Die Kommission hat sich entschieden, ihre Beihilfepolitik in der Krise auf Art 87 Abs 3 lit b EGV zu stützen, macht zugleich jedoch deutlich, dass es sich bei den aktuellen Anpassungen gleichsam um Ausnahmemaßnahmen für Ausnahmezeiten handeln müsse. Insb in ihrer letzten Krisenmitteilung, der Umstrukturierungsmitteilung, unterstrich die Kommission ihre Intention ehestmöglich zu dem vor Anbeginn der Krise geübten, auf Art 87 Abs 3 lit c EGV basierenden Prüfungsansatz, zurückkehren zu wollen. Eine solche Rückkehr wird dabei insb durch den Umstand erleichtert, dass sich die Kommission gegen eine Flexibilisierung der R&U-LL 2004 auf Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV und für eine zeitweilige Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV entschieden hat, was eine sukzessive, über den Zeitraum der Krise hinaus dauernde Aufweichung der Kriterien der R&U-LL 2004 zu vermeiden geeignet ist. Dies bildet neben dem Umstand, dass die Kommission trotz des Ausmaßes der Krise im Hinblick auf die Anpassung der Genehmigungskriterien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen eine insgesamt eher zurückhaltende Herangehensweise gewählt hat, die wesentlichen Voraussetzungen für die Möglichkeit einer alsbaldigen Rückkehr zum vor der Krise geübten Prüfungsansatz der Kommission.

---

<sup>788</sup> *Jäger* in *Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009), 5.

Die Kommission hatte im Herbst 2008 in ungekannter Schnelligkeit Grundsätze und Maßstäbe für die beihilferechtliche Beurteilung von Rettungsmaßnahmen im Bankensektor erarbeitet und diese in der Folge sukzessive präzisiert, aber auch revidiert.<sup>789</sup> Es kann daher resümiert werden, dass das gemeinschaftliche Beihilfenrecht krisenbedingt jedenfalls an beträchtlicher Dynamik gewonnen hat. Damit einhergehend ist allerdings – zumindest temporär – auch eine steigende Komplexität und Zersplitterung im Bereich der beihilferechtlichen Sekundärrechtsakte festzustellen. Wenngleich die Kommission im Bemühen um erhöhte Transparenz und Vorhersehbarkeit ihrer beihilferechtlichen Beurteilung zwischen Oktober 2008 und Juli 2009 regelmäßig neue Mitteilungen erlassen hat, ergeben diese in Summe ein recht unüberschaubares Bild der Beurteilungskriterien von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen in der Krise.

Im Folgenden sollen für mehr Klarheit die wichtigsten materiellen und faktisch-formellen Anpassungen des gemeinschaftlichen Beihilfenaufsichtsregimes an die Krisensituation nochmalig punktuell zusammengefasst werden.

## **2. Anpassungen materieller Natur**

- Nach den R&U-LL 2004 können Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen nur an Unternehmen gewährt werden, die sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten iSv Rz 9 R&U-LL 2004 befinden. Demgegenüber dürfen nach den Krisenmitteilungen auch Finanzunternehmen, die sich nicht in Schwierigkeiten iSd R&U-LL 2004 befinden, Empfänger von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen sein.
- Die R&U-LL 2004 sehen vor, dass Rettungsbeihilfen ausschließlich in Form von Darlehen oder Darlehensbürgschaften genehmigungsfähig

---

<sup>789</sup> Vgl. *Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? WuW v 05.06.2009, 618.

sind; lediglich im Bankensektor erlaubt die Kommission andere Beihilfeformen, vorausgesetzt es handelt sich nicht um Finanzmaßnahmen struktureller Art, die bei den Eigenmitteln der Bank ansetzen. Die Bankenmitteilung erweitert den Kreis genehmigungsfähiger Beihilfeformen unter Lockerung des Erfordernisses der Reversibilität nun auch auf eigenkapitalwirksame Refinanzierungsmaßnahmen.

- Während die R&U-LL 2004 Rettungsbeihilfen in Form staatlicher Garantien nur für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten als zulässig erachten, können diese aufgrund der Bankenmitteilung für eine Laufzeit von bis zu zwei Jahren genehmigt werden, vorausgesetzt der gewährende Mitgliedstaat überprüft diese alle sechs Monate auf ihre Notwendigkeit hin.
- Die R&U-LL 2004 verlangen von dem Begünstigten einen Eigenbeitrag zu den Umstrukturierungskosten, der für große Unternehmen min 50% zu betragen hat.<sup>790</sup> In der Bankenmitteilung verzichtet die Kommission indes auf konkrete Schwellenwerte und verlangt die Leistung eines „substantiellen“ Beitrags ohne diesen im Vorfeld der Einzelfallentscheidung prozentual weiter zu konkretisieren.
- Auch hinsichtlich der Ausgleichsmaßnahmen kommt dem Beihilfeempfänger nach der Bankenmitteilung größerer Spielraum zu: Der Umfang der Ausgleichsmaßnahmen hängt wesentlich davon ab, wie sehr die finanziellen Schwierigkeiten auf den strukturellen Unzulänglichkeiten beruhen. Je eher die Finanznot eines begünstigten Unternehmens auf endogenen Problemen beruht, desto höher sind die von der Kommission an die Ausgleichsmaßnahmen gestellten Anforderungen. Können Ausgleichsmaßnahmen aufgrund der Marktbedingungen nicht unmittelbar umgesetzt werden, kann die Kommission die Frist für die Durchführung dieser Maßnahmen auf bis

---

<sup>790</sup> S Rz 44 R&U-LL 2004.

zu 5 Jahre verlängern. In ihrer früheren Genehmigungspraxis hatte die Kommission indes höchstens einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren als angemessen erachtet.

- Im Rahmen des Umstrukturierungsplanes ist die Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des Finanzinstituts neben einem Basisszenario nun auch an alternativen sog „Belastungsszenarien“, einschließlich einer Kombination von Stressereignissen und einer langen weltweiten Rezession, zu prüfen<sup>791</sup>. Der Umstrukturierungsplan hat folglich Maßnahmen umfassen, womit den sich aus den Stresstests ergebenden Anforderungen entsprochen werden kann.
- Die Kommission sieht von einer strengen Anwendung des Grundsatzes der Einmaligkeit in der Krise ab. Die Gewährung zusätzlicher Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen vor Ablauf der Zehnjahresfrist kann aus Gründen der Finanzstabilität gerechtfertigt sein.

**Tabelle 3: Genehmigungskriterien für Rettungsbeihilfen**

<b>Beurteilungsgegenstand</b>	<b>R&amp;U-LL 2004</b>	<b>Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung</b>
<b>Beihilfefähigkeit des Unternehmens</b>	Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten iSd Rz 9 ff R&U-LL 2004	Vorliegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten iSd Rz 9 ff R&U-LL 2004 ist keine Voraussetzung für die Beihilfefähigkeit der Bank
<b>Form der Rettungsbeihilfe</b>	Darlehen und Darlehensbürgschaften, Ausnahmen für Bankensektor (aber keine irreversible)	neue Instrumente, insb Rekapitalisierungen (auch irreversible Maßnahmen)

<sup>791</sup> Vgl Rz 13 Umstrukturierungsmitteilung.

	Maßnahmen struktureller Art)	
<b>Höchstdauer der Rettungsbeihilfe</b>	6 Monatsfrist	Verlängerung der 6 Monatsfrist bei Garantien auf bis zu 2 Jahre
<b>Wiederholte Rettungsbeihilfe</b>	Grundsatz der einmaligen Beihilfe <sup>792</sup>	wiederholte Beihilfen zulässig, sofern aus Gründen der Finanzstabilität gerechtfertigt <sup>793</sup>

**Tabelle 4: Genehmigungskriterien für Umstrukturierungsbeihilfen**

<b>Beurteilungs- gegenstand</b>	<b>R&amp;U-LL 2004</b>	<b>Umstrukturierungs- mitteilung</b>
<b>Bestandteil des Umstrukturierungs- plans</b>	Entwicklungsszenarien zur Wiederherstellung der Rentabilität	zusätzliche Stresstests ggf Offenlegung wertgeminderter Aktiva
<b>Laufzeit des Umstrukturierungs- plans</b>	„so kurz wie möglich“ <sup>794</sup> , idR 2 bis 3 Jahre	bis zu 5 Jahre <sup>795</sup>
<b>Eigenbeitrag</b>	min 25-50% je nach Größe des Unternehmens <sup>796</sup>	kein <i>ex ante</i> determinierter Schwellenwert, weniger als 50% <sup>797</sup>
<b>Wiederholte Umstrukturierungs- beihilfe</b>	Grundsatz der einmaligen Beihilfe <sup>798</sup>	wiederholte Beihilfen zulässig, sofern aus Gründen der Finanzstabilität gerechtfertigt <sup>799</sup>
<b>Ausgleichs- maßnahmen</b>	unmittelbare Umsetzung	wenn aufgrund von Marktbedingungen nicht

<sup>792</sup> Vgl Rz 72 R&U-LL 2004.

<sup>793</sup> Vgl Rz 27 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>794</sup> Rz 35 R&U-LL 2004.

<sup>795</sup> Vgl Rz 16 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>796</sup> Vgl Rz 44 R&U-LL 2004.

<sup>797</sup> Vgl Rz 24 Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>798</sup> Vgl Rz 72 R&U-LL 2004.

<sup>799</sup> Vgl Rz 27 Umstrukturierungsmitteilung.

**Tabelle 4: Genehmigungskriterien für Umstrukturierungsbeihilfen**

<b>Beurteilungsgegenstand</b>	<b>R&amp;U-LL 2004</b>	<b>Umstrukturierungsmitteilung</b>
		unmittelbar umsetzbar, Durchführungsfrist für Ausgleichsmaßnahmen auf bis zu 5 Jahre verlängerbar

### **3. Anpassungen faktisch-formeller Natur**

- Bis in die Anfangsphase der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise hatte die Kommission lediglich individuelle Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen zugunsten bestimmter Finanzunternehmen auf ihre beihilferechtliche Vereinbarkeit zu prüfen. Mit dem Fortschreiten der Krise genehmigte sie neben Einzelbeihilfen *va* zahlreiche mitgliedstaatliche Beihilferegelungen, auf deren Grundlage die Mitgliedstaaten sodann individuelle Beihilfen gewährten, die grds keiner weiteren Notifizierung bei der Kommission bedurften.
- Das informelle Kontakt- und Beratungsangebot im Vorfeld des Prüfverfahrens wurde verbessert. Einer Vielzahl an Eilverfahren gingen ausführliche Beratungen zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission voraus, die für den Mitgliedstaat ein erhöhtes Maß an Vorhersehbarkeit und letztlich rasche Entscheidungen durch die Kommission gewährleisteten.
- Während beihilferechtliche Prüfverfahren im Regelfall mehrere Wochen oder gar Monate dauern, hat die Kommission in Anbetracht der Krise die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen, um Genehmigungen erforderlichenfalls auch binnen 24 Stunden bzw über das Wochenende erteilen zu können. Um eine rasche Prüfung der Bankenbeihilfefälle zu gewährleisten, erfolgte zudem eine interne

Priorisierung. Im Unterschied zu den R&U-LL 2004 sieht die Bankenmitteilung für die Durchführung des Eilverfahrens insb keine betragliche Höchstgrenze der Beihilfe vor. Demgegenüber ist nach den R&U-LL 2004 Voraussetzung für die Durchführung eines vereinfachten Prüfverfahrens, dass das Unternehmen eines der in den R&U-LL 2004 genannten Fallbeispiele für Unternehmen in Schwierigkeiten erfüllt, die für Rettungsbeihilfen genannten Voraussetzungen gegeben sind, der Beihilfebetrag sich im Rahmen der Berechnungsformel hält und dieser max EUR 10 Mio beträgt.<sup>800</sup>

- Dass die Kommission in der Vielzahl ihrer Vereinbarkeitsentscheidungen zu Rettungsbeihilfen von der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens abgesehen und die Verfahren binnen kürzester Zeit in der Vorprüfungsphase beendet hat, lässt ihr eine besondere Verantwortung als Wettbewerbshüterin in der Krise zukommen. Neben dem daraus resultierenden und durch die parallel laufenden informellen Vorabkonsultationen überdies verstärkten Transparenzproblem verwehrt dieser Umstand Wettbewerbern das Stellungnahmerecht im Verfahren. Vergrößert wird diese in der Krise besonders verantwortungsvolle Rolle der Kommission noch durch den Umstand, dass private Beschwerdeführer im Umfeld der Krise bislang zurückhaltend agieren.

**Tabelle 5: Das Verfahren zur Prüfung von Rettungsbeihilfen**

„vor der Krise“	„in der Krise“
<p>Vorprüfungsphase (Art 4 VO 659/99): 2 Monate</p> <p>Formelles Prüfverfahren (Art 7 Abs 6 VO 659/99): 18 Monate</p>	<p>in der Praxis kein formelles Prüfverfahren</p>

<sup>800</sup> Vgl Rz 30 R&U-LL 2004.

**Tabelle 5: Das Verfahren zur Prüfung von Rettungsbeihilfen**

„vor der Krise“	„in der Krise“
<p data-bbox="373 427 746 499">„Vereinfachtes Verfahren“ gem Rz 30 R&amp;U-LL 2004</p> <p data-bbox="331 539 788 611">Entscheidung binnen 4 Wochen durch volle Kommission</p> <p data-bbox="427 685 692 719"><u>Voraussetzungen:</u></p> <ul data-bbox="304 763 815 1234" style="list-style-type: none"> <li data-bbox="304 763 815 902">• Unternehmen erfüllt eines der in den R&amp;U-LL 2004 genannten Fallbeispiele für Unternehmen in Schwierigkeiten</li> <li data-bbox="304 947 815 1055">• Voraussetzungen für Rettungsbeihilfen gem R&amp;U-LL 2004 sind gegeben</li> <li data-bbox="304 1099 815 1234">• Beihilfebetrag hält sich im Rahmen der Berechnungsformel und beträgt max EUR 10 Mio</li> </ul>	<p data-bbox="895 427 1310 499">„Eilverfahren“ gem Rz 53 Bankenmitteilung</p> <p data-bbox="847 539 1358 647">Entscheidung binnen 24 Stunden bzw über das Wochenende durch 4 Kommissare</p> <p data-bbox="970 685 1235 719"><u>Voraussetzungen:</u></p> <ul data-bbox="847 763 1342 871" style="list-style-type: none"> <li data-bbox="847 763 1342 871">• Voraussetzungen für Rettungsbeihilfen gem Bankenmitteilung sind gegeben</li> </ul>

## **Vierter Teil    DIE    ÖSTERREICHISCHE    BEIHILFEREGELUNG ZUR FINANZMARKTSTABILISIERUNG**

In diesem Abschnitt vorliegender Arbeit soll das österreichische Maßnahmenpaket zur Finanzmarktstabilisierung als Beispiel für eine mitgliedstaatliche Beihilferegulung vorgestellt werden. Ziel ist es, anhand einer Zusammenschau der nationalen Beihilferegulung sowie der dazu ergangenen Genehmigungsentscheidung der Kommission den neu geschaffenen Rechtsrahmen zur Stabilisierung und Stärkung des österreichischen Finanzmarktes in Anbetracht der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise zu erläutern. Im Lichte der beihilferechtlichen Würdigung durch die Kommission sollen dabei insb die Stützungsmaßnahmen erörtert werden, welche Österreich im Einklang mit der Banken- und Rekapitalisierungsmittelteilung zugunsten betroffener Kreditinstitute ergreifen kann.

Als dynamischer Begriff umfasst das österreichische Finanzmarktstabilisierungspaket sämtliche Maßnahmen, die der österreichische Gesetzgeber zur Erhaltung der nationalen Finanzmarktstabilität aktuell setzt. Im Folgenden soll der Untersuchungsschwerpunkt auf die Maßnahmen zur Liquiditätsstützung des Finanzsektors sowie die Rekapitalisierungsmaßnahmen zugunsten von Kreditinstituten gelegt werden. Die darüber hinausgehenden Bestandteile des österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung – so insb die Erhöhung der Einlagensicherungsbeträge im Rahmen des BWG<sup>801</sup>, die im BörseG der Finanzmarktaufsichtsbehörde eingeräumte Möglichkeit, Leerverkäufe zu untersagen oder einzuschränken<sup>802</sup> oder die im FMABG vorgesehenen erweiterten Informationspflichten der FMA gegenüber dem BMF<sup>803</sup> – sollen hiermit zwar erwähnt werden, jedoch aufgrund des Fokus

---

<sup>801</sup> S § 93 ff BWG

<sup>802</sup> S insb § 48 d Abs 12 BörseG; s auch die Leerverkaufsverordnungen BGBl II 75/2008 (1. LVV) sowie BGBl II 412/2008 (2. LVV).

<sup>803</sup> S § 2 FMABG.

vorliegender Arbeit auf die Untersuchung des Finanzmarktstabilisierungspakets aus beihilferechtlicher Perspektive im Detail ausgeklammert bleiben.

## **I. Neue gesetzliche Rahmenbedingungen zur Stabilisierung des Finanzmarktes in Österreich**

Ausgehend von den auf gemeinschaftlicher Ebene gesetzten Maßnahmen hat der österreichische Gesetzgeber mit bemerkenswerter Schnelligkeit – zwischen dem Einlangen der Regierungsvorlage<sup>804</sup> und dem Beschluss des Bundesrates, keinen Einspruch zu erheben, verstrich nicht länger als eine Woche – einen gemeinhin als „Bankenhilfspaket“ oder „Bankenrettungspaket“ und im Folgenden als Finanzmarktstabilisierungspaket bezeichneten Gesetzesbeschluss gefasst.

Dieses am 26. Oktober 2008 in BGBl I 136/2008 verlautbarte Artikelgesetz besteht insb aus dem Bundesgesetz zur Stärkung des Interbankmarktes (Interbankmarktstärkungsgesetz, IBSG) dem Bundesgesetz über Maßnahmen zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilitätsgesetz, FinStaG). Die beiden Bundesgesetze, welche die wesentliche rechtliche Grundlage und somit den Kern des österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets bilden, stellen Querverbindungen zu bestehenden Gesetzeslagen dar, sodass durch das Artikelgesetz überdies das ÖIAG-Gesetz 2000 (ÖIAG-G), das Bankwesengesetz (BWG), das Börsegesetz (BörseG), das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG) sowie das Bundesfinanzgesetz 2008 (BFG) Änderungen erfahren haben. Ergänzend zu diesem Artikelgesetz wurde in BGBl II 382/2008 auf der Grundlage von § 2 Abs 5 FinStaG und § 1 Abs 4 IBSG eine begleitende Verordnung zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem FinStaG und dem IBSG (im Folgenden:

---

<sup>804</sup> ErläutRV 682 BlgNR 23.GP.

Ausführungsverordnung, AusfVO)<sup>805</sup> erlassen, die mit 31. Oktober 2008 in Kraft getreten ist.

Durch die Verabschiedung des österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets galt es eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die den Bund in die Lage versetzt

*„[...] effizient, umfassend und insbesondere rasch Maßnahmen zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarktes [...] zwecks Vermeidung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben Österreichs, Sicherstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und zum Zweck des Schutzes der österreichischen Volkswirtschaft setzen zu können“.*<sup>806</sup>

Die zu diesem Zweck im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungspakets vorgesehenen Maßnahmen können im Wesentlichen in zwei Arten von Maßnahmen unterteilt werden: Neben den im IBSG vorgesehenen Maßnahmen zur Liquiditätsversorgung des Finanzsektors und zur Belebung des Interbankencreditmarktes werden im Rahmen des FinStaG Rekapitalisierungsmaßnahmen zur Stabilisierung und Stärkung einzelner Kreditinstitute normiert.

Das österreichische Maßnahmenpaket zur Finanzmarktstabilisierung umfasst ein Gesamtvolumen von EUR 90 Mrd, wovon EUR 65 Mrd in Form von Garantien zur Belebung des Interbankencreditmarktes<sup>807</sup>, EUR 15 Mrd für direkte Kapitalzufuhrmaßnahmen zur Stärkung einzelner Kreditinstitute und EUR 10 Mrd zur Absicherung der Aufhebung der

---

<sup>805</sup> Verordnung zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitätsgesetz und dem Interbankenmarktstärkungsgesetz (Ausführungsverordnung, AusfVO), BGBl II 382/2008.

<sup>806</sup> Vorblatt ErläutRV 682 BlgNR XXIII. GP.

<sup>807</sup> Das IBSG idF BGBl I 136/2008 sah ursprünglich ein maximales Finanzierungsvolumen für Maßnahmen gem IBSG iHv EUR 75 Mrd vor, sodass sich der Höchstrahmen des Finanzmarktstabilisierungspakets zunächst auf EUR 100 Mrd belief. Mit Inkrafttreten des ULSG (BGBl I 78/2009) erfolgte allerdings eine Einschränkung des Höchstbetrages für Maßnahmen gem IBSG auf EUR 65 Mrd, sodass das Gesamtvolumen für Beihilfen zugunsten des österreichischen Finanzsektors gegenwärtig auf EUR 90 Mrd herabgesetzt wurde.

begrenzten Einlagensicherung von Einlagen natürlicher Personen sowie zur Erhöhung der Einlagensicherung von KMU zur Verfügung gestellt werden. Obwohl bei einem Vergleich mit dem Gesamtfinanzierungsvolumen der Maßnahmenpakete anderer Mitgliedstaaten die Höhe des österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets unverhältnismäßig erscheint, hat die Kommission im Zuge ihrer Vereinbarkeitsbeurteilung daran keinen Anstoß genommen, sondern von Österreich lediglich die Zusage institutsbezogener Höchstgrenzen eingefordert.<sup>808</sup>

## **II. Die Vereinbarkeitsentscheidung der Europäischen Kommission zur österreichischen Beihilferegelung**

Am 31. Oktober 2008 meldete Österreich die Beihilferegelung bei der Europäischen Kommission an. Nach umfangreichem sowohl formellem als auch informellem Informationsaustausch erklärte die Kommission mit Entscheidung vom 9. Dezember 2008<sup>809</sup> die im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungspakets vorgesehenen Beihilfemaßnahmen als mit dem Gemeinsamen Markt gem Art 87 Abs 3 lit b EGV vereinbar. Mit Entscheidung vom 30. Juni 2009<sup>810</sup> genehmigte die Kommission sodann – unter weiteren Zusagen Österreichs – die Verlängerung des Maßnahmenpakets bis zum 31. Dezember 2009. Gegenstand der Genehmigungsentscheidung der Kommission bildeten lediglich die im Rahmen des IBSG und FinStaG vorgesehenen Stützungsmaßnahmen, einschließlich der Bestimmungen der AusfVO. Die übrigen im Rahmen des Artikelgesetzes normierten Bestimmungen zur Finanzmarktstabilisierung bedurften indes keiner beihilferechtlichen Prüfung durch die Kommission,

---

<sup>808</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 41 ff. Vgl *Hattenberger*, Finanzkrise: Bankenrettungspakete und Beihilfenverbot in Jäger (Hrsg) *Beihilfenrecht 2009* (2009) 225.

<sup>809</sup> Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2 – Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitäts- und dem Interbankmarktstärkungsgesetz für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in Österreich.

<sup>810</sup> Komm, E v 30.06.2009, Fall N 352/2009, ABI 2009 C 172/3 – Verlängerung der Beihilferegelung N 557/2008 „Maßnahmen für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in Österreich“.

da diese naturgemäß nicht geeignet sind, Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt zu wirken.<sup>811</sup>

Die beihilferechtliche Genehmigung erfolgte auf der Grundlage einer Vielzahl von (innerstaatlich nicht in Rechtsform fixierter) Zusagen Österreichs, sodass sich der Inhalt der Beihilferegelung nicht nur aus den gesetzlichen Vorgaben des IBSG und des FinStaG und der diese konkretisierenden AusfVO, sondern darüber hinaus *va* aus der Genehmigungsentscheidung der Kommission ergibt.<sup>812</sup> Nur durch eine entsprechende Zusammenschau aller dieser Rechtsquellen lässt sich daher erschließen, in welchem beihilferechtlich zulässigen Umfang österreichische Kreditinstitute tatsächlich von den im Rahmen des IBSG und des FinStaG normierten Maßnahmen Gebrauch machen können. Schließlich hat sich nicht alles, was der Wortlaut des IBSG, des FinStaG und der AusfVO zuließe, als beihilferechtlich machbar erwiesen. Der Kommissionsentscheidung kommt für das Verständnis der nationalen Beihilferegelung daher auch insofern besondere Bedeutung zu als sich auf ihrer Grundlage Abweichungen bzw Konkretisierungen zu den Formulierungen des österreichischen Gesetzgebers – etwa die Umdeutung diverser Sollbestimmungen in absolute Verpflichtungen<sup>813</sup> – ergeben.

## **1. Staatliche Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV**

Die Kommission würdigte die im Rahmen des IBSG und FinStaG vorgesehenen Maßnahmen insb unter folgenden Gesichtspunkten als staatliche Beihilfen iSd Art 87 Abs 1 EGV:

---

<sup>811</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilisierung: Das österreichische Maßnahmenpaket, ZFR 2009/32, 55.

<sup>812</sup> Vgl *Hattenberger*, Finanzkrise: Bankenrettungspakete und Beihilfenverbot in Jäger (Hrsg) *Beihilfenrecht 2009* (2009) 225.

<sup>813</sup> S etwa Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 16: Ungeachtet der „Soll-Bestimmung“ des § 9 AusfVO *müssen* Kreditinstitute, die von der OeCAG Geld „ausleihen“, zumindest die in § 9 Abs 1-3 AusfVO vorgesehenen Vergütungen als Haftungsprämie bezahlen.

Durch die Inanspruchnahme der einzelnen Maßnahmen des IBSG und FinStaG wird den begünstigten Kreditinstituten ein wirtschaftlicher Vorteil ohne eine marktadäquate Gegenleistung zuteil und deren Position auf dem Kapitalmarkt derart gestärkt wie es im Wege des Leistungswettbewerbes unter den derzeitigen Finanzmarktbedingungen nicht möglich wäre.<sup>814</sup> So stellte die Kommission fest, dass

*„[...] ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber weder die Haftungen für Verbindlichkeiten gestellt hätte, noch eine Rekapitalisierung, Haftung für Aktiva oder Liquidität, oder eine der anderen im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen zu diesen Bedingungen vorgenommen hätte“.*<sup>815</sup>

Im Hinblick auf Rekapitalisierungsmaßnahmen wies die Kommission zudem darauf hin, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber in angemessener Frist eine marktübliche Rendite erwarte, eine solche jedoch aufgrund der derzeitigen Finanzmarktverhältnisse nicht verfügbar sei.<sup>816</sup>

Das Kriterium der Selektivität erachtete die Kommission mit der Begründung als erfüllt, dass die im Rahmen des österreichischen Finanzmarktstabilisierungspakets vorgesehenen Maßnahmen ausschließlich den im IBSG und FinStaG festgelegten Begünstigten, nämlich Kreditinstituten gem § 1 Abs 1 BWG und inländischen Versicherungsunternehmen iSd § 1 VAG, offen stehen.<sup>817</sup>

---

<sup>814</sup> Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 53.

<sup>815</sup> Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 54.

<sup>816</sup> Vgl auch Komm, E v 27.10.2008, Fall N 512/2008 – Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland, K(2008) 6422 Rz 43. S insb auch Fn 4 Rz 43: „Diese Position hat die Kommission in verschiedenen Mitteilungen dargelegt: Mitteilung über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag auf staatliche Beteiligungen (Bulletin EG 9-1984) und Mitteilung über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (ABl. C 307 vom 13.11.1993, S.3).“

<sup>817</sup> Vgl E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 53.

Zu den übrigen Beihilfekriterien traf die Kommission – wohl auch angesichts des Umstandes, dass Österreich den Beihilfecharakter der notifizierten Regelung bereits im Vorfeld anerkannt hatte<sup>818</sup> – lediglich oberflächliche Feststellungen als tatsächliche Sachverhaltswürdigungen: Unter Verweis auf die Finanzierung der Maßnahmen aus staatlichen Mitteln anerkannte die Kommission deren Staatlichkeit und stellte fest:

*„[...] Da dies den Begünstigten einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft und ihre Position gegenüber ihren Mitbewerbern in Österreich und in anderen Mitgliedstaaten stärkt, verfälschen diese Maßnahmen den Wettbewerb und beeinträchtigen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten [...]“<sup>819</sup>*

Eine darüber hinausgehende beihilferechtliche Würdigung der im österreichischen Finanzmarktstabilisierungspaket vorgesehenen Unterstützungsmaßnahmen soll jeweils im Rahmen der Vorstellung der einzelnen Maßnahmen und Instrumente an unterer Stelle vorliegender Arbeit erfolgen.

## **2. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gem Art 87 Abs 3 lit b EGV**

Nachdem die Kommission in einem ersten Prüfungsschritt zum Schluss gelangt war, dass die im IBSG und FinStaG vorgesehenen Maßnahmen eine staatliche Beihilferegelung iSd Art 87 Abs 1 EGV darstellten, erklärte sie diese in einem zweiten Prüfungsschritt unter Anwendung der Ermessensausnahme des Art 87 Abs 3 lit b EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

---

<sup>818</sup> Vgl E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 45.

<sup>819</sup> Vgl E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 53.

Unter Verweis auf ihre früheren Entscheidungen<sup>820</sup> betonte die Kommission in ihrer Genehmigungsentscheidung wiederholt die besonders restriktive Auslegung des Art 87 Abs 3 lit b EG. Im Unterschied zu den zitierten Fällen, wo die Beihilfe nur ein bestimmtes Unternehmen begünstigt hätte, stellte die Kommission zur österreichischen Beihilferegulation nun jedoch fest, dass diese den gesamten österreichischen Banken- und Versicherungssektor betreffe und sonach zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben Österreichs beitrage.<sup>821</sup>

Die Kommission genehmigte die Bestimmungen des IBSG und des FinStaG als Beihilferegulation iSd Art 1 lit d VVO. Dadurch wurde Österreich die Möglichkeit eingeräumt, rasch Maßnahmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes zu ergreifen, denn einzelne Unterstützungsmaßnahmen bedürfen als *Ad hoc*-Maßnahme nur dann einer gesonderten Notifizierung, wenn diese in der Beihilferegulation keine Deckung finden.<sup>822</sup> Dennoch behält sich die Kommission die Aufsicht über die einzelnen, im Rahmen einer Beihilferegulation gewährten Unterstützungsmaßnahmen insofern vor als Österreich verpflichtet ist, halbjährlich nicht nur einen Bericht über die Anwendung der allgemeinen Beihilfenregelung, sondern innerhalb der ersten sechs Monate nach einer individuellen Maßnahme nach dem FinStaG auch einen Bericht oder einen Umstrukturierungs- oder Liquidationsplan für ein begünstigtes Unternehmen vorzulegen.<sup>823</sup>

### **III. Allgemeine Bestimmungen der Beihilferegulation**

Nachstehend sollen zunächst wesentliche allgemeine Bestimmungen der österreichischen Beihilferegulation erörtert werden, die sowohl die im IBSG

---

<sup>820</sup> S etwa Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*; Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*; Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – *BAWAG-PSK*.

<sup>821</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 59.

<sup>822</sup> S dazu Zweiter Teil VI. 1.1.1.

<sup>823</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 39 ebenso Rz 13, 18, 15.

als auch im FinStaG vorgesehenen Unterstützungsmaßnahmen betreffen, ehe in weiterer Folge die konkreten in dem jeweiligen Bundesgesetz vorgesehenen Beihilfemaßnahmen Besprechung finden sollen.

## 1. Der Begünstigtenkreis

Wenngleich § 1 Abs 2 IBSG und § 1 Z 1 FinStaG als Kreis potentiell begünstigter Rechtsträger allgemein Kreditinstitute mit österreichischer Konzession iSd § 1 Abs 1 BWG vorsehen<sup>824</sup>, kommen diese Rechtsträger nicht uneingeschränkt als Beihilfenempfänger in Betracht. Vielmehr ergibt sich aus der Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission eine angemessene Eigenmittelausstattung der Kreditinstitute als weitere Voraussetzung für deren Beihilfefähigkeit:

So hat Österreich gegenüber der Kommission zugesichert, dass Maßnahmen nach IBSG sowie Haftungsübernahmen und Darlehensgewährungen nach FinStaG, soweit sie der Liquiditätsstützung dienen, jenen Kreditinstituten vorbehalten sind, die einen Tier-1-Quotienten von min 7% aufweisen.<sup>825</sup> Nur solcherart solvente Kreditinstitute kommen daher als Empfänger der angeführten Liquiditätsstützungsmaßnahmen in Betracht.<sup>826</sup>

Demgegenüber übernehmen Kreditinstitute, die zur Stärkung ihrer Eigenmittelquote gem FinStaG eine Rekapitalisierung beabsichtigen, die Verpflichtung, ihre Eigenkapitalausstattung in Einklang mit diesen Anforderungen, dh ihren Tier-1-Quotienten auf min 7%, zu bringen, und

---

<sup>824</sup> Gem § 1 Abs 2 IBSG und § 1 Z 2 FinStaG zählen auch Versicherungsunternehmen iSd § 1 VAG zu den potentiell begünstigten Rechtsträgern. Da der Fokus vorliegender Arbeit jedoch auf dem Bankensektor liegt, werden diese an weiterer Stelle nicht mehr jeweils gesondert erwähnt. Die nachstehenden Ausführungen gelten grds jedoch auch für Versicherungsunternehmen gleichermaßen.

<sup>825</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 6. S auch § 5 AusfVO.

<sup>826</sup> Dies hat die Kommission auch in einer Reihe weiterer Vereinbarkeitsentscheidungen zu mitgliedstaatlichen Beihilferegelungen betont. S etwa Komm, E v 10.10.2008, Fall NN 51/2008, ABI 2008 C 73/2, Rz 43 – *Garantieregulung für Banken in Dänemark*; Komm, E v 27.10.2008, Fall N 512/2008, ABI 2008 C 293/2, Rz 61 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*; Komm, E v 31.10.2008, Fall N 524/2008, ABI 2008 C 328/9, Rz 31 – *Garantieregulung für Banken in den Niederlanden*.

sicherzustellen, dass die minimal geforderte Eigenmittelausstattung nach Basel II plus 2%-Punkte nicht unterschritten wird.<sup>827</sup> Dies soll auch beitragen zu verhindern, dass das begünstigte Kreditinstitut das zusätzliche Staatskapital einsetzt, um Unternehmenskäufe vorzunehmen, zu denen es andernfalls nicht in der Lage gewesen wäre.

Die österreichische Beihilferegung steht sowohl österreichischen Kreditinstituten als auch österreichischen Tochterunternehmen ausländischer Institute in Österreich offen und erfüllt somit das in der Bankenmitteilung proklamierte Erfordernis der Nichtdiskriminierung.<sup>828</sup>

## **2. Die zeitliche Befristung**

Seinem Kriseninterventionscharakter entsprechend unterliegt das IBSG einer zeitlich befristeten Geltung. So bestimmt § 11 IBSG ausdrücklich das Außerkrafttreten des IBSG mit Ablauf des 31. Dezember 2009. Allerdings bleiben bis dahin getroffene Maßnahmen einschließlich der Gründung der OeCAG sowie bereits bestehende Haftungen über diesen Zeitpunkt hinaus aufrecht. Wenngleich dem FinStaG zweifelsohne ein dem IBSG vergleichbarer Kriseninterventionscharakter zukommt, hat der Gesetzgeber im FinStaG das Außerkrafttredatum nicht ausdrücklich festgelegt. Jedoch hat sich Österreich im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigungsentscheidung verpflichtet, sechs Monate nach Inkrafttreten des IBSG und des FinStaG nur dann neue Maßnahmen auf der Grundlage dieser beiden Gesetze zu gewähren, wenn die Kommission eine Verlängerung der Beihilfenregelung genehmigt.<sup>829</sup>

Diese Zusicherung Österreichs ist vor dem Hintergrund von § 1 Abs 5 IBSG und § 1 FinStaG möglich, welche ausdrücklich bestimmen, dass auf die in den beiden Gesetzen vorgesehenen

---

<sup>827</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 6.

<sup>828</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 49.

<sup>829</sup> Mit Komm, E v 30.06.2009, Fall N 352/2009, ABI 2009 C 172/3 genehmigte die Kommission – unter weiteren Zusagen Österreichs – die Verlängerung der Beihilferegung bis 31.12.2009.

Unterstützungsmaßnahmen kein Rechtsanspruch besteht. Weder ein konkretes Kreditinstitut noch sonstige Dritte, insb Anteilseigner und Gläubiger von betroffenen Kreditinstituten, haben Anspruch, dass in einem konkreten Einzelfall die in den beiden Bundesgesetzen normierten Unterstützungsmaßnahmen ergriffen werden. Der Gesetzgeber begründet diesen Rechtsansprucausschluss damit, dass die im IBSG und FinStaG normierten Maßnahmen – im Unterschied etwa zur Einlagensicherung – nicht dem Individualrechtsschutz, sondern der „Gewährleistung der Stabilität des für die Volkswirtschaft essentiellen Finanzsektors“<sup>830</sup> dienen. *Dallmann/Reich-Rohrwig* kritisieren indes – mE wenig nachvollziehbar – die nicht als Verfassungsbestimmungen beschlossenen Normen des § 1 Abs 5 IBSG und § 1 FinStaG unter dem Aspekt des auch auf das Privatrecht durchschlagenden Gleichheitssatzes gem Art 7 B-VG als problematisch.<sup>831</sup>

### 3. Die Ausführungsverordnung

Auf der Ermächtigungsgrundlage des § 2 Abs 5 FinStaG iVm § 1 Abs 4 IBSG hat der BMF im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler in der *Verordnung zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitätsgesetz und dem Interbankmarktstärkungsgesetz* (im Folgenden: Ausführungsverordnung, AusfVO) Bedingungen und Auflagen festgelegt, die sicherstellen sollen, dass den begünstigten Kreditinstituten die Rekapitalisierungsmaßnahmen nach FinStaG sowie die Emissionshaftungen gem IBSG „nach gleichen, generell festgelegten Regeln“ zukommen und damit auch das Effizienzprinzip des Art 126 b B-VG gewahrt bleibt.<sup>832</sup> Muss ein Kreditinstitut Maßnahmen des IBSG oder FinStaG beanspruchen, sind die in der AusfVO allgemein vorgegebenen Bedingungen und Auflagen im Rahmen des Vertrages mit dem betroffenen Kreditinstitut weiter zu konkretisieren und die Begünstigten zu deren Einhaltung „während des gesamten Zeitraumes,

<sup>830</sup> Vgl EBRV 682 BlgNR 23. GP (zu § 1 FinStaG).

<sup>831</sup> S *Dallmann/Reich-Rohrwig*, Staatshilfe für Banken, *ecolex* 2008, 1076.

<sup>832</sup> Vgl ErläutAB 683 BlgNR 23.GP (zu § 2 FinStaG).

*innerhalb dessen die Maßnahme wirksam ist*<sup>833</sup> zu verpflichten. Können gewisse Auflagen oder Bedingungen nicht durch vertragliche Regelungen mit dem Begünstigten sichergestellt werden und ist die persönliche Mitwirkung von organschaftlichen Vertretern des Begünstigten zur Erreichung der Maßnahmenzwecke erforderlich, ist die Abgabe einer von allen organschaftlichen Vertretern des begünstigten Kreditinstitutes unterfertigten Verpflichtungserklärung zu verlangen.<sup>834</sup>

Bemerkenswert ist die in der AusfVO zum Ausdruck gelangende Vielfalt der Möglichkeiten zu staatlicher Intervention in die Geschäftspolitik begünstigter Kreditinstitute, worin sich deutlich der Wille des BMF manifestiert, die zweckentsprechende Verwendung staatlicher Beihilfen sicherzustellen.<sup>835</sup> Insgesamt spannt sich der normative Rahmen von Vorgaben für die geschäftspolitischen Ausrichtungen und die Verwendung der zugeführten Mittel über arbeitsrechtliche Aspekte, wie die Vergütung von Organen, und die Arbeitsplatzsicherung bis hin zu Vorschriften über Eigenmittelausstattung und Dividendenausschüttung. Weiters bestimmt die AusfVO umfassende Informations- und Auskunftsrechte: Wie in § 10 AusfVO festgelegt kann der BMF im Einvernehmen mit dem Bundeskanzler von begünstigten Kreditinstituten auch jederzeit Buch- und Betriebsprüfungen sowie die Vorlage der erforderlichen Belege gem § 66 Abs 2 Z 1 BHG verlangen.

Ogleich der Vielfalt der Bedingungen und Auflagen ist die auffallende Unbestimmtheit der AusfVO<sup>836</sup> hervorzuheben, die an vielen Stellen der AusfVO insb durch den (bloßen) Bezug auf die Angemessenheit der Maßnahmen deutlich wird, wobei die Angemessenheit in keiner Weise weiter bestimmt wird. Dies hat zur Folge, dass die Bedingungen und Auflagen im Einzelfall so weit bzw so eng ausgelegt werden können wie

---

<sup>833</sup> S § 1 AusfVO.

<sup>834</sup> Vgl § 11 AusfVO.

<sup>835</sup> Vgl *Hattenberger*, Finanzkrise: Bankenrettungspakete und Beihilfenverbot, in *Jäger* (Hrsg), *Beihilfenrecht Jahrbuch 2009* (2009), 236.

<sup>836</sup> Vgl § 2 AusfVO „*erforderlichenfalls*“, § 7 AusfVO „*angemessen Bedacht nehmen*“, § 8 AusfVO „*geeignet erscheinen*“.

dies dem Normanwender beliebt.<sup>837</sup> Abgesehen von den sich daraus allenfalls ergebenden verfassungsrechtlichen Fragen ist diese Unbestimmtheit der Umsetzung der neuen Gesetze in der Praxis insofern hinderlich als umfassende, zeitlich aufwändige Diskussionen über die Auslegung des Begriffs der Angemessenheit geführt werden müssen.

Im Folgenden sollen wesentliche Bedingungen und Auflagen der AusfVO näher erläutert werden, wobei die gleichfalls in der AusfVO konkretisierten Entgeltbestimmungen<sup>838</sup> vorerst ausgeklammert bleiben und erst an unterer Stelle einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden sollen.

### **3.1. Ausrichtung der Geschäftspolitik auf Nachhaltigkeit**

In § 2 AusfVO ist zunächst eine Verpflichtung begünstigter Kreditinstitute vorgesehen, ihre Geschäftspolitik auf Nachhaltigkeit auszurichten. Unter der Ausrichtung auf Nachhaltigkeit ist insb die Reduzierung oder die Aufgabe von riskanten Geschäften und des Engagements in bestimmten Produkten oder Märkten zu verstehen, wobei § 2 AusfVO explizit Bezug auf Anhang V der KapitalanforderungsRL 48/2006/EG<sup>839</sup> nimmt. Darin sind als Risikoarten va das Kredit- und Gegenparteirisiko, das Restrisiko, das Konzentrationsrisiko, Verbriefungs- und Marktrisiken, das operationelle Risiko sowie das Liquiditätsrisiko angeführt. Da es sich allerdings auch hierbei um eine breite Aufzählung ohne hinreichende Bestimmtheit handelt, bedürfen die Bestimmungen der AusfVO in diesem Bereich jedenfalls weiterer Konkretisierung auf Grundlage einer Einzelfallbetrachtung des jeweiligen Geschäftsmodells des betroffenen Kreditinstituts.<sup>840</sup>

---

<sup>837</sup> Vgl auch *Putzer*, Finanzmarktstabilisierung: Das österreichische Maßnahmenpaket, ZFR 32/2009, 52.

<sup>838</sup> § 9 AusfVO.

<sup>839</sup> Richtlinie 48/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABI 2006 L 177.

<sup>840</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 51.

### **3.2. Vorgaben zur Mittelverwendung**

Um sicherzustellen, dass die Unterstützungsmaßnahmen nicht nur unmittelbar der Stabilisierung des betroffenen Kreditinstituts, sondern mittelbar auch der Sicherstellung deren Kreditvergabe dienen, sieht die AusfVO in § 3 als weitere Verhaltensauflage die Pflicht des Begünstigten vor, die durch die Beihilfemaßnahme erhaltenen Mittel auch zur Kreditvergabe oder für Kapitalanlagen zu marktüblichen Konditionen, insb an KMU und zur Hypothekarkreditvergabe an private Haushalte, zu verwenden. Die Sicherstellung der Kreditversorgung von KMU wurde in der öffentlichen Diskussion der vergangenen Monate stets besonders betont, zumal den KMU im Zusammenhang mit dem Gesamtkonjunkturabschwung und der Gefahr einer Kreditklemme besondere Bedeutung zugeschrieben wird. Anzumerken ist, dass im Gegensatz zu den im Zusammenhang mit der Neuregelung der Einlagensicherung verwendeten Legaldefinitionen<sup>841</sup> im Rahmen der AusfVO darauf verzichtet wurde, den Begriff der KMU zu konkretisieren. Dies mag zugunsten erhöhter Flexibilität begrüßenswert sein, führt zugleich allerdings zu gewisser Rechtsunsicherheit. Für die praktische Überprüfung, ob die begünstigten Kreditinstitute ihre Auflagen im Hinblick auf die Vergabe von Krediten erfüllen, wurde in Zusammenarbeit der OeNB und der FIMBAG ein Meldesystem zum Nachweis der Kreditvergabeauflagen aufgesetzt (sog „Kreditmonitoring“).<sup>842</sup> Details zu dessen Ausgestaltung liegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt indes nicht öffentlich vor.

### **3.3. Angemessenheit der Vergütungssysteme**

Für die zweckentsprechende Verwendung der staatlichen Mittel bestimmt § 4 AusfVO darüber hinaus, dass bei Abschluss der Rechtsgeschäfte zu den Unterstützungsmaßnahmen das begünstigte Kreditinstitut zu verpflichten ist, die Vergütung seiner Organe, leitenden Angestellten oder wesentlichen Erfüllungsgehilfen auf ihre Angemessenheit zu überprüfen

---

<sup>841</sup> S die Kriterien des § 221 Abs 1 UGB.

<sup>842</sup> S Presseaussendung der Parlamentskorrespondenz v 11.11.2009, PK0970.

und ggf so anzupassen, dass dadurch ein nachvollziehbarer finanzieller Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung des betroffenen Kreditinstitutes geleistet wird.<sup>843</sup> Soweit dies zivilrechtlich zulässig ist<sup>844</sup>, kann ein Eingriff in die Vergütungsregelungen und -vereinbarungen des begünstigten Kreditinstituts auch insofern erfolgen als dieses zur Rückforderung überhöhter Vergütungen von Organmitgliedern verpflichtet werden kann, wenn diese maßgeblich nachteilig zur wirtschaftlichen Lage eines Institutes beigetragen haben.<sup>845</sup> Wenngleich das Kreditinstitut Unterstützungshilfe nach IBSG oder FinStaG erhält, ist die Gewährung marktkonformer Entgelte weiterhin ausdrücklich zulässig, was die Vermutung nahelegt, dass das marktkonforme als höchstes angemessenes Entgelt angesehen werden kann.<sup>846</sup> Auch Leistungsbelohnungen sind nicht ausgeschlossen, wenngleich keine unangemessenen Anreize, insb Risikoanreize, gesetzt werden dürfen und insgesamt auf eine nachvollziehbare Spargesinnung in Krisenzeiten zu achten ist.<sup>847</sup> Zudem sind Aktienoptionsprogramme zugunsten von Organen der Kreditinstitute während der Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem FinStaG – bemerkenswerter Weise nicht jedoch bei der Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem IBSG – außer Kraft zu setzen.

---

<sup>843</sup> Vgl ErläutRV 682 BlgNR 23. GP (zu § 2 FinStaG).

<sup>844</sup> Vgl *Dallmann/Reich-Rohrwig*, Staatshilfe für Banken, *ecolex* 2008, 1079. Im Unterschied zu den Bankenkrisen in den 1920er und 1930er Jahren wurde kein Gesetz für die zivilrechtliche Haftung von Bankvorständen (s Bundesgesetz vom 24. Juli 1924 über die zivilrechtliche Haftung des Vorstandes von Bank-Aktiengesellschaften, Bankhaftungsgesetz, BGBl 1924/284) und auch kein der Bankenentlastungsverordnung (s VO vom 19. März 1933, BGBl 1933/68) 1933 entsprechendes Gesetz erlassen, womit in bestehende Dienstverträge und Pensionszusagen aus Sonderverträgen von Banken mit ihren Vorstandsmitgliedern und leitenden Mitarbeitern eingegriffen wurde.

<sup>845</sup> Vgl § 4 Abs 3 AusfVO.

<sup>846</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilisierung: Das österreichische Maßnahmenpaket, *ZFR* 2009, 52.

<sup>847</sup> Zur Ermittlung des marktkonformen Entgelts in einer solchen Lage S *Gröhs/Havranek/Prändl*, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzmarktkrise, Aufsichtsrat aktuell 1/2009, 8, auch online:

<http://www.deloitte.com/assets/Dcom->

[Austria/Local%20Assets/Documents/HCAS/Vorstandsverguetungen.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Austria/Local%20Assets/Documents/HCAS/Vorstandsverguetungen.pdf) (27.10.2009)

### 3.4. Beschränkung der Gewinnausschüttung

§ 6 AusfVO bestimmt ferner eine Ausschüttungsbeschränkung insofern als Dividenden oder sonstige Gewinnanteile – sofern diese nicht vertraglich oder gesetzlich geschuldet sind – bei der Inanspruchnahme von Unterstützungsmaßnahmen gem FinStaG „*nur im angemessenen Ausmaß unter Bedachtnahme auf die Ertragslage des Begünstigten*“ ausgeschüttet werden dürfen. Was angemessen ist, wird im Einzelfall vertraglich geregelt. Auch darf das begünstigte Kreditinstitut für die Zeit der Unterstützungsmaßnahmen keine Aktienkäufe oder Kapitalherabsetzungen vornehmen, es sei denn diese dienen Sanierungszwecken. Hervorzuheben ist, dass § 6 AusfVO – anders als die sonstigen Bestimmungen der AusfVO<sup>848</sup> – nur auf Kreditinstitute zur Anwendung gelangt, die Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch nehmen, nicht aber auf solche, denen nur Haftungsübernahmen gem IBSG gewährt werden. Der Aspekt der Dividendenausschüttung war Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen zwischen Österreich und der Kommission im beihilferechtlichen Prüfverfahren. Schließlich musste Österreich der Kommission zusichern, dass durch Rekapitalisierungsmaßnahmen unterstützte Kreditinstitute vor einer Gewinnausschüttung iSd § 6 AusfVO zuerst ihre Geschäftsanteile zurückkaufen müssen oder diese Anteile an Dritte veräußert werden, bevor die Unternehmen Dividenden an ihre Aktionäre ausschütten dürfen, „*es sei denn, der von grundsätzlich gesunden Banken ausgeschüttete Betrag beträgt höchstens 17,5% des ausschüttungsfähigen Gewinns vor Dotierung von Rücklagen*“<sup>849</sup>.

Abschließend ist im Zusammenhang mit der AusfVO darauf hinzuweisen, dass sich im Bemühen um mehr Transparenz gegenwärtig eine eigene Website der FIMBAG in Aufbau befindet, wo künftig Übersichten zu den Bedingungen und Auflagen der gem IBSG und FinStaG getroffenen

---

<sup>848</sup> Abgesehen von § 4 Abs 2 Z 3 AusfVO, der die Verpflichtung zum Außerkräftsetzen der Aktienoptionsprogramme zugunsten ebenso lediglich während der Inanspruchnahme von Maßnahmen gem FinStaG vorsieht.

<sup>849</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 33.

Unterstützungsmaßnahmen veröffentlicht werden sollen.<sup>850</sup> Eine Offenlegung der mit den Kreditinstituten geschlossenen einzelnen Verträge in ihrer Gesamtheit ist indes weiterhin nicht vorgesehen. Ferner ist anzumerken, dass die meisten nach § 2 Abs 1 und Abs 2 FinStaG möglichen Maßnahmen solche darstellen, die bei Bekanntwerden ihrer Ergreifung für die Wertpapiere des betreffenden Kreditinstitutes von Kursrelevanz sein können und damit einhergehend – solange sie nicht veröffentlicht sind – Insider-Informationen iSd § 48a BörseG darstellen.<sup>851</sup>

Der BMF ist allerdings gem § 6 FinStaG verpflichtet, jeweils einen Monat nach Ablauf des Quartals dem Nationalrat einen detaillierten Bericht über sämtliche ergriffene Maßnahmen vorzulegen. Wesentliche Informationen zur Inanspruchnahme von Maßnahmen gem IBSG und FinStaG werden daher in die Berichte des BMF an den Hauptausschuss des Nationalrates aufgenommen, die insb die finanziellen Auswirkungen der gesetzten Maßnahmen auszuweisen haben.

#### **IV. Die Beihilfemaßnahmen nach IBSG und FinStaG im Einzelnen**

Im Folgenden gilt es die im IBSG und FinStaG niedergelegten Unterstützungsmaßnahmen zugunsten des österreichischen Bankensektors unter Bezugnahme auf die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erfolgten Zusagen Österreichs im Detail zu erläutern:

##### **1. Das Interbankmarktstärkungsgesetz (IBSG)**

Die andauernde Vertrauenskrise auf den internationalen Finanzmärkten hat zu einer Beeinträchtigung der Refinanzierungsbedingungen der österreichischen Banken und zu einer Beeinflussung deren

---

<sup>850</sup> Vgl Presseaussendung der Parlamentskorrespondenz v 11.11.2009, PK0970.

<sup>851</sup> S dazu auch *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 42.

Kreditvergabepolitik, zunächst vor allem am Interbankenmarkt, geführt.<sup>852</sup> Banken leihen überschüssige Liquidität gegenwärtig nur äußerst zurückhaltend an andere Banken aus, weshalb Liquiditätsanspannungen entstehen und selbst solvente Marktteilnehmer mit erheblichen Problemen bei der Liquiditätsbeschaffung konfrontiert sind. Ziel des Bundesgesetzes zur Stärkung des Interbankmarktes (im Folgenden: Interbankmarktstärkungsgesetz, IBSG)<sup>853</sup> ist es, durch eine „*Stärkung des Vertrauens*“<sup>854</sup> den krisenbedingt nur eingeschränkt funktionierenden Interbankenmarkt wiederzubeleben, die Liquiditätsversorgung und -weitergabe zu erleichtern und so eine Kreditklemme zu vermeiden bzw. eine solche im Falle ihres Entstehens zu lösen.<sup>855</sup>

### **1.1. Maßnahmen zur Liquiditätsversorgung des Bankensektors**

Zu diesem Zweck sieht das IBSG im Wesentlichen zwei konkrete Maßnahmen vor: (i) die Errichtung einer Clearingbank, und (ii) die Haftungsübernahme des Bundes für Wertpapieremissionen von Kreditinstituten iSd § 1 Abs 1 Z 10 BWG.

#### **1.1.1. Die Oesterreichische Clearingbank AG (OeCAG)**

§ 1 Abs 1 IBSG schafft die gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung einer Gesellschaft, die auf Staatshaftungen gestützt den Liquiditätsaustausch im Finanzsektor organisiert und Interbankenfinanzierungen zur Verfügung stellt. Als eine solche sog. „Liquiditäts-Clearingstelle“ wurde am 14. November 2008 die

---

<sup>852</sup> S dazu Nowotny in *Mitterlehner/Nowotny/Leitl*, Diskussion: „Kreditklemme“ – real oder gefühlt? ÖBA 2009, 1 f.

<sup>853</sup> Bundesgesetz zur Stärkung des Interbankmarktes (Interbankmarktstärkungsgesetz, IBSG), BGBl I 136/2008.

<sup>854</sup> Zur *ratio* des IBSG s § 1 Abs 1 IBSG.

<sup>855</sup> Zur Diskussion über das Vorliegen einer Kreditklemme s *Mitterlehner/Nowotny/Leitl* ua, Diskussion: „Kreditklemme“ – real oder gefühlt? ÖBA 2009, 1.

„Oesterreichische Clearingbank AG“ (OeCAG) im Firmenbuch eingetragen.<sup>856</sup>

Zwar wäre zur Errichtung der OeCAG als eine mit einer Banklizenz ausgestattete Spezialbank an sich keine besondere gesetzliche Ermächtigung erforderlich gewesen, doch bedurften die Einschränkungen deren Tätigkeitsfeldes und deren Eigentümerstruktur sowie insb die Bestimmungen der möglichen Haftungsübernahmen durch den Bund einer gesetzlichen Regelung wie sie sich nun in § 1 Abs 1 IBSG wiederfindet.

#### 1.1.1.1. Zweck und Aufgabe der OeCAG

Um die Liquidität am Interbankenmarkt wiederherzustellen, hat die OeCAG gem § 1 Abs 1 IBSG zur ausschließlichen Aufgabe, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung von Kreditinstituten im Wege des Interbankenmarktes überschüssige Mittel „auszuleihen“ und diese im Wege des Interbankenmarktes wieder an refinanzierungsbedürftige Kreditinstitute „zu verleihen“.<sup>857</sup> Die Kreditinstitute haben so die Möglichkeit, Liquidität anzulegen, welche mittels Auktion an die nachfragenden Kreditinstitute weitergegeben wird. Mit den Worten der Kommission stellt die OeCAG sonach ein „*bloßes Vehikel der Banken*“<sup>858</sup> dar, das dazu dienen soll, das krisenbedingt dezimierte Transaktionsvolumen am österreichischen Geldmarkt wieder zu erhöhen. Das „Clearing“ beruht im Wesentlichen auf einer fristen- und währungskonformen Umverteilung der Liquidität, wobei sich die Laufzeiten von einem Monat bis hin zu zwölf Monaten weniger einen Tag belaufen.<sup>859</sup> Um zusätzliche Liquidität zu beschaffen, kann die OeCAG auch auf eigene Rechnung mit Bundeshaftung abgesicherte Wertpapiere

---

<sup>856</sup> Die OeCAG ist unter FN 318553k im Firmenbuch eingetragen. Für die Website der OeCAG s [www.clearingbank.at](http://www.clearingbank.at).

<sup>857</sup> Die im Gesetzestext verwendeten Termini „auszuleihen“ und „zu verleihen“ werden von *Putzer* zu Recht als irreführend kritisiert, zumal es sich bei den abzuschließenden Geschäften zivilrechtlich gesehen nicht um Leih-, sondern um Darlehensgeschäfte handelt. S *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 9.

<sup>858</sup> Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 62.

<sup>859</sup> Vgl OeCAG, <http://www.clearingbank.at/de/instrumente/seiten/default.aspx> (16.04.2009)

emittieren.<sup>860</sup> Darüber hinausgehende gewerbliche Banktätigkeiten der OeCAG sind indes nicht vorgesehen.

Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit ist die OeCAG grds berechtigt, ein anderes Kreditinstitut mit der Durchführung einzelner, mehrerer oder sämtlicher ihrer Aufgaben zu beauftragen, sofern dieses über die für die konkrete(n) Aufgabe(n) erforderliche(n) Konzession(en) gem § 1 Abs 1 BWG verfügt.<sup>861</sup> Für den Fall einer umfassenden Aufgabendelegierung kann der Konzessionsumfang der OeCAG als Maßstab für die an das Kreditinstitut zu stellenden Anforderungen herangezogen werden.<sup>862</sup> Dieser umfasst gem der Konzessionsdatenbank der FMA:<sup>863</sup> Einlagengeschäft (§ 1 Abs 1 Z 1 BWG), Kreditgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 3 BWG), Handel mit Wertpapieren, Zahlungsmitteln, Optionen und Futures (§ 1 Abs 1 Z 7 BWG), Garantiegeschäft (§ 1 Abs 1 Z 8 BWG), Wertpapieremissionsgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 9 BWG) und sonstiges Wertpapieremissionsgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 10 BWG). In der Praxis ist die OeCAG in der OeKB angesiedelt, welche die Geschäfte der OeCAG gem Geschäftsbesorgungsvertrag abwickelt.

Wie bereits in den Gesetzesmaterialien zum IBSG festgehalten wurde ist die Bestellung von Sicherheiten auf dem Interbankencreditmarkt idR unüblich.<sup>864</sup> Dieser Usance entsprechend und um aktuell die Belebung des Interbankencreditmarktes nicht durch eine unbedingte Verpflichtung zur Erbringung von Sicherheiten zu konterkarieren, normiert § 1 Abs 3 IBSG als Kann-Bestimmung lediglich die Möglichkeit zur Vereinbarung von Sicherheiten. In der Praxis sieht die OeCAG davon ab und vereinbart

---

<sup>860</sup> Die Emission erfolgt mit direkter Garantie der Republik Österreich bis max EUR 5 Mrd. Vgl OeCAG, <http://www.clearingbank.at/de/haftungstraeger/seiten/default.aspx> (03.12.2009).

<sup>861</sup> Vgl § 1 Abs 2 IBSG.

<sup>862</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 11. Gem Stand der Konzessionsdatenbank der FMA v 28.02.2009 bestimmt sich der Konzessionsumfang der OeCAG dzt wie folgt: Einlagengeschäft (§ 1 Abs 1 Z 1 BWG), Kreditgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 3 BWG), Handel mit Wertpapieren, Zahlungsmitteln, Optionen und mit Futures (§ 1 Abs 1 Z 7 BWG), Garantiegeschäft (§ 1 Abs 1 Z 8 BWG), Wertpapieremissionsgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 9 BWG) und sonstiges Wertpapieremissionsgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 10 BWG).

<sup>863</sup> Stand: 28.02.2009.

<sup>864</sup> Vgl EBRV 683 BlgNR 23. GP (zu § 1 IBSG).

mit den „entleihenden“ Kreditinstituten keine Sicherheiten, wobei laut Auskunft der OeCAG folgende Überlegung dahinter steht:

*„Im Normalfall verwenden Banken ihre hochrangigen Sicherheiten zur Inanspruchnahme von günstigen Krediten der EZB. Für die Clearingbank würden dann zweit- oder drittrangige Sicherheiten bleiben, die kompliziert zu bewerten wären. Daher hat die Clearingbank zur Kreditvergabe ein Limitsystem entwickelt, im Rahmen dessen bankspezifische Höchstlinien je nach Geschäftsvolumen, Eigenkapitalausstattung und ähnlichen Kriterien festgelegt wurden.“<sup>865</sup>*

#### **1.1.1.2. Eigentümerstruktur der OeCAG**

Der potentielle Eigentümerkreis der OeCAG ist auf die am Interbankenmarkt beteiligten Unternehmen sowie deren gesetzliche Interessenvertretungen auf Fachverbandsebene beschränkt<sup>866</sup>; Eigentumsrechte des Staates an der OeCAG sind indes keine vorgesehen.<sup>867</sup> Als Eigentümer der OeCAG sind gem Stand vom 6. Mai 2009 die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG (24,85%), die Erste Group Bank AG (19,03%), die UniCredit Bank Austria AG (18,51%), die Hypo-Banken-Holding-Gesellschaft.m.b.H. (12,66%), die Österreichische Volksbanken-Aktiengesellschaft (11,78%) sowie die BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft (5,33%), die 3-Banken Beteiligung Gesellschaft m.b.H. (4,54%) sowie weitere Kreditinstitute (gemeinsam 3,30%) ausgewiesen.

---

<sup>865</sup> Zit nach Anfragebeantwortung zu parlamentarischer Anfrage Nr 2180/J v 26.05.2009, 2207/AB XXIV.GP, Pkt 3 u 4.

<sup>866</sup> Vgl § 1 Abs 1 letzter Satz IBSG; vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 13.

<sup>867</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 62.

### 1.1.1.3. Haftungsübernahme des Bundes für Forderungsausfälle der OeCAG

§ 1 Abs 1 Z 1 IBSG ermächtigt den BMF zur Übernahme einer – bezogen auf die Geschäftsart – generellen Haftung für Ausfälle von Forderungen, die der OeCAG aus den im Rahmen ihrer Aufgabe als Interbankenmarkt-Clearingstelle eingegangenen Geschäften (sog Intermediationsgeschäften) zustehen.

Auf dieser Grundlage wurde vom BMF für die OeCAG eine Haftung als Garant gem § 880a ABGB iHv EUR 4 Mrd übernommen. Der Bund ist verpflichtet, für den Fall, dass die gesetzlichen Eigenmittelerfordernisse der OeCAG aufgrund von Forderungsausfällen aus deren Geschäften iSd § 1 Abs 1 Z 1 IBSG unterschritten werden, ihr den daraus resultierenden erforderlichen Unterschiedsbetrag bis zum Höchstbetrag von insgesamt EUR 4 Mrd „in eigenkapitalfähiger Form“ zur Verfügung zu stellen.<sup>868</sup> Die Haftung gilt für Forderungsausfälle, die bis zum 31. Dezember 2010 entstanden sind und aus Geschäften resultieren, die bis spätestens 31. Dezember 2009 rechtswirksam abgeschlossen werden.<sup>869</sup> Die OeCAG muss an den Bund ein Haftungsentgelt iHv 0,5% vom durchschnittlich ausgeschöpften Haftungsrahmen entrichten.<sup>870</sup> Im Falle einer Inanspruchnahme der Haftung erwirbt der Bund nach § 1358 ABGB die der OeCAG im Verhältnis zu ihrem Schuldner zustehenden Forderungsrechte im Wege der Legalzession.<sup>871</sup> Bislang ist es noch zu keinen Forderungsausfällen aus getätigten Intermediationsgeschäften gekommen.<sup>872</sup> Im Falle eines Forderungsausfalls haftet die OeCAG zunächst bis zum Erreichen der gesetzlichen Eigenkapitalunterlegung und erst darüber hinaus der Bund.

---

<sup>868</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 15.

<sup>869</sup> S online <http://www.clearingbank.at/de/haftungstraeger/seiten/default.aspx> (24.06.2009).

<sup>870</sup> S Anfragebeantwortung zu parlamentarischer Anfrage Nr 2180/J v 26.05.2009, 2207/AB XXIV.GP, Pkt 2.

<sup>871</sup> Vgl Putzer, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 9.

<sup>872</sup> Stand: 30. September 2009.

Wenngleich der OeCAG selbst aus ihrer Tätigkeit kein beihilferelevanter wirtschaftlicher Vorteil zuteil wird, kommt den Kreditinstituten, die sich über die OeCAG und der dieser bereitgestellten Garantie Liquidität beschaffen können, ein solcher zu.<sup>873</sup> Dieser Vorteil stellt eine beihilferelevante Begünstigung iSd Art 87 Abs 1 EGV dar, weil kein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber unter den gegenwärtigen Umständen des Marktes – jedenfalls nicht ohne entsprechende jährliche Vergütung – eine Haftung für die OeCAG übernommen hätte.<sup>874</sup> Die vorgesehene Überlassung etwaiger Gewinne im Falle der Auflösung der OeCAG ist nach Ansicht der Kommission für einen marktwirtschaftlich handelnden Investor indes unzureichend, um sich für eine Haftungsübernahme anzubieten.<sup>875</sup>

#### **1.1.1.4. Wettbewerbsorientierte Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der OeCAG**

Um die wettbewerbsverfälschende Wirkung dieser beihilferelevanten Begünstigung auf das Mindestmaß zu begrenzen, sehen § 1 Abs 2 und Abs 3 IBSG für das Tätigwerden der OeCAG insb die folgenden Rahmenbedingungen vor:

- Wenngleich den österreichischen Kreditinstituten kein Rechtsanspruch auf die Leistungen der OeCAG zukommt<sup>876</sup>, müssen diese allen Kreditinstituten iSd § 1 Abs 1 BWG nach den gleichen Grundsätzen zur Inanspruchnahme offen stehen.<sup>877</sup> Für den Fall des Zuwiderhandelns der OeCAG hat der Gesetzgeber allerdings keinerlei Sanktion vorgesehen, weshalb diese Bestimmung dogmatisch als *lex*

---

<sup>873</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 55.

<sup>874</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 55.

<sup>875</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 55.

<sup>876</sup> Vgl § 1 Abs 5 IBSG.

<sup>877</sup> Vgl § 1 Abs 2 IBSG. In diesem Zusammenhang sind auch die von der OeCAG festgelegten RL zu den Interbankgeschäften, s online <http://www.clearingbank.at/de/instrumente/richtlinien/seiten/default.aspx> (24.06.2009), und ihre Regeln über das Zuteilungsverfahren für die Clearingplattform, s online <http://www.clearingbank.at/de/osn/DownloadCenter/Clearingplattform-Zuteilungsverfahren-NEU.pdf> (24.06.2009).

*imperfecta* zu betrachten ist.<sup>878</sup> Da im Übrigen keine Aufsicht der FMA über diesen Aspekt angeordnet ist, kann auch diese in einem solchen Fall grds nicht eingreifen.<sup>879</sup> Im Hinblick auf das Kreditlimit hat die OeCAG indes die Möglichkeit, jedem Kreditinstitut einen individuellen Rahmen einzuräumen. Wesentliches Parameter ist dabei die Eigenmittelausstattung, sodass sich die Kreditaufnahme max auf 10% der Eigenmittel belaufen darf.

- Die OeCAG ist verpflichtet, ihre Leistungen gegen ein den Marktusancen des Interbankenmarktes entsprechendes Entgelt und Ausleihzinsen zu erbringen, welches auch das von der OeCAG gegenüber dem Bund zu leistende Haftungsentgelt berücksichtigt.<sup>880</sup> Dabei hat Österreich der Kommission im Rahmen der Vereinbarkeitsentscheidung zugesagt, dass die von der OeCAG ausleihenden Kreditinstitute min die in § 9 Abs 1 bis 3 AusfVO vorgegebene Haftungsvergütung bezahlen *müssen*, unbeschadet der in der AusfVO festgelegten „Soll-Bestimmung“.<sup>881</sup> Die Kommission sieht lediglich das ausleihende Kreditinstitut als Begünstigten an und erachtet es somit als gerechtfertigt, dass ausschließlich das ausleihende Kreditinstitut ein Haftungsentgelt zu leisten hat.<sup>882</sup> Um dem einlegenden Kreditinstitut nicht den Anreiz zu nehmen, seine Liquidität über die OeCAG zur Verfügung zu stellen, befürwortet es die Kommission, diese nicht weiter mit Zinsabschlägen zu belasten. Dennoch kann mE auch das einlegende Kreditinstitut als begünstigt angesehen werden. Schließlich garantiert die OeCAG in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise eine sichere Anlagemöglichkeit, die jedes Ausfallrisiko ausschließt. In Anbetracht dessen erschiene es mE durchaus gerechtfertigt, dass auch die einlegenden Kreditinstitute mit einem Abschlag versehen werden und die Belastung nicht zur Gänze bei den Kreditnehmern liegt. Eine derartige beidseitige Belastung findet

---

<sup>878</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 10.

<sup>879</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 10.

<sup>880</sup> Vgl § 1 Abs 3 IBSG.

<sup>881</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 16.

<sup>882</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 69.

darüber hinaus aufgrund der Konstellation der aktuellen Krise ihre Rechtfertigung: Während sich der Kreditgeber angesichts der Lage am Interbankencreditmarkt in einem Vertrauensdilemma befindet, ist der Kreditnehmer einem Liquiditätsproblem ausgesetzt. Daher könnte es durchaus als gerechtfertigt erachtet werden, nicht nur den Kreditnehmer, der so die Liquiditätsklemme umgehen kann, sondern auch den Kreditgeber, der sich dadurch dem am Interbankencreditmarkt herrschenden Vertrauensproblem entziehen kann, für die sichere Rückzahlung der Kredite zu belasten.

- Die Geschäftspolitik der OeCAG ist nicht auf Gewinn ausgerichtet.<sup>883</sup> Österreich hat der Kommission zugesichert, dass die Eigentümer der OeCAG als eine nicht gewinnorientierte Gesellschaft „*lediglich eine Aufwandsentschädigung und eine Vergütung für das eingesetzte Eigenkapital in Höhe der Rendite einer vergleichbaren Bundesanleihe*“<sup>884</sup> erhalten. Die OeCAG darf Zeit ihres Bestehens keine (sich ggf aus der Zinsspanne ergebende) Gewinne an die Eigentümerbanken abführen, sondern ist verpflichtet diese einer Thesaurierung zuzuführen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass zugunsten der OeCAG kein eigener, wettbewerbsverzerrender Vorteil entsteht. Die Kommission hat sich eine Verifizierung dieses Umstandes auf der Grundlage der zugesicherten halbjährlichen Berichtspflicht Österreichs vorbehalten.<sup>885</sup>

#### **1.1.1.5. Zwischenbilanz zur OeCAG**

Mit der Implementierung der OeCAG hatte Österreich einen europaweit innovativen Schritt unternommen. Das Geschäftsvolumen der OeCAG

---

<sup>883</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 62.

<sup>884</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 13. Nach Auskunft des Vorsitzenden der OeCAG, Dr. Johann Kernbauer, verzichteten die Kreditinstitute in der Praxis jedoch auf das Entgelt für das eingesetzte Kapital iHd Verzinsung einer vergleichbaren Bundesanleihe „*als Beitrag der Banken für das Ausstehen der Finanzkrise*“. Zit nach *Dür/Hirschfeld/Kofler* ua (Hrsg), Die Vertrauenskrise im Interbankenmarkt. Eine experimentelle Studie einer Clearingstelle, Beitrag zum Postbank Finance Award 2009, 15.

<sup>885</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 13 u Rz 55.

betrug per 30. September 2009 rund EUR 1,131 Mrd; ihre Geschäfte sollen mit Ende 2009 auslaufen.<sup>886</sup> Wenngleich die OeCAG mE ein geeignetes und zu begrüßendes Instrument darstellt, um dem massiven Rückgang der Handelsaktivitäten am Interbankenmarkt durch ansteigende Ausfallwahrscheinlichkeiten zu begegnen, ist anzumerken, dass die Tätigkeit der OeCAG bislang nicht in dem erwarteten Ausmaß nachgefragt wurde. Wesentliche Gründe dafür sind neben der durch die Inanspruchnahme entstehenden Kostenbelastung insb das Vorhandensein für die Kreditinstitute attraktiver Alternativen, va seitens der EZB, die der OeCAG somit gleichsam das Geschäftsvolumen entziehen.<sup>887</sup> Konkret hat die günstige Einlagenfazilität der EZB den Banken den Anreiz genommen, der OeCAG Liquidität zu überlassen.<sup>888</sup>

Dennoch wäre es mE nicht richtig, den bislang geringen Umsatz der OeCAG als Indikator für den Erfolg dieses temporären Kriseninterventionsinstituts heranzuziehen. Schließlich handelt es sich bei der OeCAG um eine Art „*Lender of Last Resort*“ und das besicherte Kapital kann durch die Bereitstellungsprämie für den Normalbetrieb durchaus als zu „teuer“ angesehen werden. Solange es daher Refinanzierungsalternativen wie die EZB gibt, ist die bloße Betrachtung des Geschäftsvolumens kein geeigneter Parameter für eine kritische Bewertung.

Ihrem Anspruch als vertrauensfestigende Institution für den Interbankenmarkt wurde die OeCAG mE gerecht und dem etwaigen Vorwurf, dass die OeCAG den Interbankenkreditmarkt nicht ausreichend in Gang bringen konnte, ist zu entgegnen, dass die OeCAG zu keiner Zeit beansprucht hat, als Ersatz für einen funktionierenden Interbankenmarkt

---

<sup>886</sup> S Presseaussendung der Parlamentskorrespondenz v 11.11.2009, PK0970.

<sup>887</sup> Vgl *Dür/Hirschfeld/Kofler* ua (Hrsg), Die Vertrauenskrise im Interbankenmarkt. Eine experimentelle Studie einer Clearingstelle, Beitrag zum Postbank Finance Award 2009, 43.

<sup>888</sup> Laut Interviewauskunft von Gouverneur Ewald Nowotny, Vorsitzender der OeNB (19.01.2009) zit nach *Dür/Hirschfeld/Kofler* ua (Hrsg), Die Vertrauenskrise im Interbankenmarkt. Eine experimentelle Studie einer Clearingstelle, Beitrag zum Postbank Finance Award 2009, 21.

angesehen zu werden, sondern lediglich vorübergehend als vertrauensbildendes Kriseninterventionsinstitut dienen soll.

### **1.1.2. Haftungsübernahme des Bundes für Wertpapieremissionen von Kreditinstituten**

Als weitere Maßnahme ermächtigt § 1 Abs 4 IBSG den BMF eine Haftung für Wertpapieremissionen iSd § 1 Abs 1 Z 10 BWG nach Maßgabe der in § 2 Abs 5 FinStaG vorgesehenen Haftungsübernahmeregeln zu übernehmen. Durch einen Verweis auf die Bestimmungen für eine Haftungsübernahme nach § 2 Abs 5 FinStaG suchte der Gesetzgeber den gleichmäßigen Vollzug von Haftungsübernahmen nach den Bestimmungen des IBSG und des FinStaG sicherzustellen.<sup>889</sup>

§ 2 IBSG setzt für eine Haftungsübernahme des Bundes für Wertpapieremissionen voraus, dass die Wertpapieremission von einem Kreditinstitut begeben wird, das aufgrund einer Konzession gem § 1 Abs 1 Z 10 BWG zur Durchführung des sonstigen Wertpapieremissionsgeschäftes berechtigt ist. Dem BMF steht dabei die Wahl zwischen drei verschiedenen Formen der Haftungsübernahme offen: So kann er namens des Bundes die Haftung entweder (i) als Bürge iSd § 1346 ABGB, (ii) als Bürge und Zahler iSd § 1357 ABGB oder (iii) als Garant übernehmen. Während er als Bürge lediglich subsidiär haftet, dh für die Schuld des Kreditinstitutes erst einzutreten hat, wenn dieses bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Forderungsinhaber versagt<sup>890</sup>, haftet er als Bürge und Zahler nicht nur subsidiär, sondern gleichrangig und folglich solidarisch mit dem jeweiligen Kreditinstitut für die sich aus der Emission ergebenden Verpflichtungen. In einem solchen Fall kann der Gläubiger wahlweise das Kreditinstitut oder den Bund oder auch beide für je einen Teil der Schuld beanspruchen. Die Garantienstellung ist indes gesetzlich nicht in gleicher Weise vordefiniert und somit wesentlich von deren konkreten rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung abhängig. Typischerweise

---

<sup>889</sup> Vgl AB 683 BlgNR 23. GP (zu § 1 Abs 4 IBSG).

<sup>890</sup> Vgl *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> (2006) § 1346 Rz 1 ff.

wird sie aber anders als die vorgenannten Haftungsformen zu einer abstrakten und nicht zu einer akzessorischen Haftung führen.<sup>891</sup>

Die Haftungsübernahme des Bundes kann für eine Gesamtlauzeit von drei Jahren gewährt werden; nur in begründeten Ausnahmefällen ist eine längere Laufzeit, jedoch höchstens 5 Jahre, zulässig.<sup>892</sup> Dabei obliegt die Beurteilung, ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, dem BMF, ohne dass dafür im IBSG konkrete Regeln normiert wurden. In der Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission findet sich indes der Hinweis, dass ein solcher begründeter Ausnahmefall dann vorliege, „*wenn dies sich aus dem Liquiditätsbedarf der Clearing-Bank und den Erfordernissen des Kapitalmarktes bei Einzelbankemissionen rechtfertigt*“<sup>893</sup>. Auf die Normierung einer Mindestlaufzeit wurde indes bewusst verzichtet, um für den Zweck der Liquiditätsbelebung eine unnötige Einschränkung der Maßnahmenflexibilität zu vermeiden.<sup>894</sup>

Die Übernahme von Bundeshaftungen für Wertpapieremissionen von Kreditinstituten sind Anfang des Jahres 2009 angelaufen. Per 30. September 2009 hat der Bund Garantien für Emissionen der *Erste Group Bank AG*, der *Kommunalkredit Austria AG*, der *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG*, der *Hypo Alpe Adria Bank International AG* und der *Österreichischen Volksbanken AG* übernommen.<sup>895</sup>

## 1.2. Der Budgetrahmen

Der Gesamtbetrag für Beihilfemaßnahmen nach dem IBSG ist auf höchstens EUR 65 Mrd beschränkt.<sup>896</sup> Wenngleich nach dem Gesetz keine Aufteilung des Gesamtbetrages auf die einzelnen Maßnahmen des

---

<sup>891</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 13.

<sup>892</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 21; vgl § 2 Z 2 IBSG.

<sup>893</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 21.

<sup>894</sup> S Anfragebeantwortung zu parlamentarischer Anfrage Nr 2180/J v 26.05.2009, Pkt 1.

<sup>895</sup> Vgl Presseausendung der Parlamentskorrespondenz v 11.11.2009, PK0970. Für eine Übersicht zu begünstigten Kreditinstituten und Höhe der Haftungen nach § 1 Abs 4 IBSG (Stand: 31.05.2009) s Anfragebeantwortung zu parlamentarischer Anfrage Nr 2180/J v 26.05.2009, 2207/AB XXIV.GP, Pkt 9.

<sup>896</sup> Vgl § 3 IBSG.

IBSG vorgesehen ist, musste Österreich der Kommission als institutsbezogene Höchstgrenze einen Betrag von EUR 2 Mrd für Haftungsübernahmen einzelner Bankemissionen zusichern. Insgesamt je Kreditinstitut – abhängig von dessen Größe – hat sich Österreich verpflichtet, den Maximalbetrag von EUR 15 Mrd nicht zu überschreiten.<sup>897</sup>

Anzumerken ist, dass das IBSG idF BGBl I 136/2008 ursprünglich ein Finanzierungsvolumen für Maßnahmen nach dem IBSG iHv EUR 75 Mrd vorgesehen hatte. Mit Inkrafttreten des ULSG<sup>898</sup> erfuhr § 3 IBSG jedoch insoweit Änderung als dieser Höchstbetrag auf EUR 65 Mrd reduziert wurde. Die Finanzierung der Maßnahmen nach dem ULSG erfolgt nämlich durch Umschichtung eines Teilbetrages von EUR 10 Mrd aus dem für Maßnahmen nach dem IBSG vorgesehenen Finanzierungsvolumen, weshalb es zu einer entsprechenden Reduzierung des Höchstbetrages in § 3 IBSG gekommen ist.

Unter Maßnahmen nach dem IBSG sind lediglich Maßnahmen des Bundes zu verstehen, sodass insb die Zinsen sowie die Kosten der Errichtung und Erhaltung der OeCAG bei der Ausnützung dieses Höchstbetrages nicht angerechnet werden.<sup>899</sup> Nicht in Anspruch genommene Mittel dieses Budgetrahmens können subsidiär für die Zwecke des FinStAG umgewidmet werden, wobei diese an das IBSG gebundene Transferermächtigung – sofern keine Verlängerung erfolgt – automatisch mit dem Außerkrafttreten des IBSG am 31.12.2009 erlischt.

Per 30. September 2009 war der Gesamtbetrag im Ausmaß von EUR 26,11 Mrd ausgenützt, wovon rund EUR 22,11 Mrd auf Haftungen für Wertpapieremissionen von Kreditinstituten nach § 1 Abs 4 IBSG entfallen.<sup>900</sup> Dabei ist anzumerken, dass einzelne Haftungen

---

<sup>897</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 41.

<sup>898</sup> BGBl I 78/2009.

<sup>899</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 24.

<sup>900</sup> Zahlen gem Presseaussendung der Parlamentskorrespondenz v 11.11.2009, PK0970.

Emissionsprogramme betreffen, die revolvierend sind und in Abhängigkeit des jeweiligen Refinanzierungsbedarfs ausgenützt werden.<sup>901</sup>

### **1.3. Würdigung der Vereinbarkeit des IBSG gem Art 87 Abs 3 lit b EG**

Die Kommission bejahte (i) die Geeignetheit, (ii) die Notwendigkeit und (iii) die Verhältnismäßigkeit der im IBSG vorgesehenen Beihilfemaßnahmen und erklärte diese auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit b EGV insb unter den nachstehenden Gesichtspunkten als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar:

Die Kommission anerkannte, dass die OeCAG und die mit dieser verbundene Haftungsregelung hinsichtlich allfälliger Forderungsausfälle ein geeignetes Mittel darstellt, um die krisenbedingten Refinanzierungsprobleme der österreichischen Kreditinstitute zu lösen und so zur Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben Österreichs beizutragen.<sup>902</sup> Die Maßnahme ermögliche „*ein Sicherheitsnetz für Kapitalgeber aufzuspannen, die in neue Verbindlichkeiten der teilnehmenden Institute in Österreich investieren, damit die jeweiligen Finanzinstitute ausreichend Zugang zu Liquidität erhalten.*“<sup>903</sup> Auch die Erteilung von Haftungserklärungen für von Kreditinstituten ausgegebene Wertpapieremissionen erachtete die Kommission als eine solcherart geeignete Maßnahme und verwies dabei auf ihre diesbezüglich bereits ergangenen Genehmigungsentscheidungen.<sup>904</sup>

---

<sup>901</sup> S Anfragebeantwortung zu parlamentarischer Anfrage Nr 1201/J v 10.03.2009, 1296/AB XXIV.GP, 2.

<sup>902</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 63.

<sup>903</sup> Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 63.

<sup>904</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 64. S etwa Komm, E v 10.10.2008, Fall NN 51/2008, ABI 2008 C 73/2 – *Garantieregung für Banken in Dänemark*, Rz 42; Komm, 13.10.2008, Fall N 507/2008, ABI 2008 C 290/4– *Garantieregung für Banken im Vereinigten Königreich*, Rz 56.

Im Hinblick auf die sachliche Notwendigkeit der Haftungsregelung für allfällige Forderungsausfälle wertete die Kommission va positiv, dass die Haftungsübernahme des Bundes weder bestehende noch nachrangige Verbindlichkeiten abdeckt und auf neue, kurz- bis mittelfristige Interbankenfinanzierungen und somit auf jene Formen der Finanzierung beschränkt ist, die derzeit mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen haben.<sup>905</sup> Darüber hinaus sei der Geltungsbereich zeitlich auf das notwendige Ausmaß beschränkt, als die Haftung für neue Verbindlichkeiten idR max für drei Jahre gilt.<sup>906</sup>

Zur Verhältnismäßigkeit entschied die Kommission, dass die wettbewerbsverzerrende Effekte der Beihilferegulung insb durch das Vorsehen einer marktorientierten Vergütung sowie den in der AusfVO bestimmten Verhaltensbeschränkungen des begünstigten Kreditinstituts minimiert werden und sonach in einem ausgewogenen Verhältnis zu den positiven Auswirkungen der Maßnahme stehen.<sup>907</sup>

## **2. Das Finanzmarktstabilitätsgesetz (FinStaG)**

Das Bundesgesetz über Maßnahmen zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarktes (im Folgenden: Finanzmarktstabilitätsgesetz, FinStaG) bietet dem BMF in der gegenwärtigen Krise eine breite Auswahl an Instrumenten zur Rekapitalisierung betroffener Kreditinstitute.<sup>908</sup>

Während als Rekapitalisierungsmaßnahmen grds Maßnahmen zur Stärkung der Eigenkapitalbasis eines Unternehmens gelten, ist der Begriff der Rekapitalisierung im FinStaG in einem weiteren Sinn zu verstehen, und zwar als sämtliche Maßnahmen, die „zur Verbesserung der

---

<sup>905</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 66 ff.

<sup>906</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 68.

<sup>907</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 69 ff.

<sup>908</sup> Begünstigte nach FinStaG sind Kreditinstitute gem § 1 Abs 1 BWG und Versicherungsunternehmen iSd VAG. Wenngleich die nachstehend erörterten Maßnahmen nach dem FinStaG sowohl für Kreditinstitute als auch für Versicherungsunternehmen gelten, soll dem Fokus vorliegender Arbeit entsprechend und im Sinne einer Vereinfachung im Folgenden jeweils lediglich Kreditinstitute ausdrücklich angeführt werden.

Vermögens-, Finanz-, Ertrags- oder Liquiditätslage eines im Bestand gefährdeten Instituts gesetzt werden, um dessen nachhaltige Weiterführung zu ermöglichen<sup>909</sup>. Dazu sieht das FinStaG im Wesentlichen Maßnahmen vor, die dem betroffenen Kreditinstitut entweder direkt finanzielle Mittel zuführen oder die Mittelzufuhr durch Dritte erleichtern sollen.<sup>910</sup> Die konkreten in § 2 Abs 1 FinStaG vorgesehenen Maßnahmen reichen dabei von schuldner- und gläubigerseitigen Haftungsübernahmen und der Gewährung von Darlehen bis hin zur Zuführung von Eigenkapital, dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen und der Übernahme von Gesellschaftsvermögen im Wege der Verschmelzung.<sup>911</sup> Als *ultima ratio* ermöglicht § 2 Abs 2 FinStaG sogar die Übernahme von Eigentumsrechten eines Rechtsträgers zur Abwehr eines schweren volkswirtschaftlichen Schadens bei Gefährdung der Erfüllung der Verpflichtung eines Kreditinstitutes.

Für diese Maßnahmen steht dem Bund gem § 2 Abs 4 FinStaG ein Budgetrahmen im Ausmaß von EUR 15 Mrd zur Verfügung, der jedoch insoweit überschritten werden kann als das Finanzierungsvolumen nach dem IBSG noch nicht ausgeschöpft ist.<sup>912</sup> Auf eine Festlegung von Höchstbeträgen für die einzelnen Maßnahmen hat der Gesetzgeber indes auch hier verzichtet, um dem BMF weitestgehende Flexibilität bei der Maßnahmensetzung einzuräumen.<sup>913</sup> Wie bereits im Zusammenhang mit dem IBSG festgestellt wurde, bleiben Zinsen und Kosten bei der Ermittlung der Ausnutzung des festgelegten Budgetrahmens unberücksichtigt.<sup>914</sup> Während als Zinsen in diesem Zusammenhang primär die direkten Kosten der Kapitalbeschaffung durch den Bund zu betrachten sind, fallen unter Kosten weitere, von der Hauptleistung verschiedene finanzielle Verpflichtungen, die mit der Erbringung und Abwicklung der Hauptleistung in Zusammenhang stehen.<sup>915</sup>

---

<sup>909</sup> ErläutAB 683 BlgNR 23.GP (Vor § 1 FinStaG).

<sup>910</sup> Vgl ErläutAB 683 BlgNR 23.GP (Vor § 1 FinStaG).

<sup>911</sup> S § 2 FinStaG.

<sup>912</sup> Vgl § 2 Abs 4 FinStaG.

<sup>913</sup> S ErläutRV 682 BlgNR 23. GP.

<sup>914</sup> Vgl § 2 Abs 4 FinStaG.

<sup>915</sup> Vgl Putzer, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 49.

## **2.1. Maßnahmen zur Rekapitalisierung von Kreditinstituten (§ 2 Abs 1 FinStaG)**

In § 2 Abs 1 FinStaG sind taxativ jene Maßnahmen aufgelistet, die dem BMF im Rahmen seiner privatwirtschaftlichen Tätigkeit zur Rekapitalisierung von betroffenen Kreditinstituten offen stehen.

### **2.1.1. Haftung für Verbindlichkeiten (§ 2 Abs 1 Z 1 FinStaG)**

§ 2 Abs 1 Z 1 FinStaG sieht die Möglichkeit einer Haftungsübernahme des Bundes für Verbindlichkeiten betroffener Kreditinstitute, insb in Form einer Garantie, einer Bürgschaft oder eines Schuldbeitritts, vor. Als „Verbindlichkeiten“ iSd § 2 Abs 1 Z 1 FinStaG gelten sämtliche Liquiditätsbeschaffungsinstrumente der Passivseite einer Bilanz wie zB Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, Genussrechte oder Pfandbriefe.

Die staatliche Haftungsübernahme für die Rückzahlung von Verbindlichkeiten des Kreditinstituts gegenüber einem Kreditgeber soll bewirken, dass sich die Bank einfacher mit Fremdkapital refinanzieren kann: Dem liegt die Annahme zugrunde, dass bei Vorliegen einer staatlichen Garantie ein Fremdkapitalgeber einem Kreditinstitut den Kredit zu denselben günstigen Konditionen gewährt, zu denen er auch dem Staat selbst einen Kredit gewähren würde.<sup>916</sup> Liegen die Zinsen und das Haftungsentgelt unter den sonst von dem Kreditinstitut zu bezahlenden Refinanzierungskosten, profitiert das Kreditinstitut in Höhe der Differenz zu den andernfalls höheren Kreditzinsen. Ökonomisch betrachtet entspricht die passivseitige Haftungsübernahme daher im Wesentlichen der Gewährung eines Kredits durch den Staat zu dessen niedrigeren Refinanzierungskosten. Auch auf diese Weise wird dem Kreditinstitut somit Eigenkapital zugeführt, wenn auch nur langsam über laufend geringere Ausgaben während der Laufzeit eines solchen Kredites. Die passivseitige Haftungsübernahme kann für eine rasche Erholung der

---

<sup>916</sup> Vgl Hödl, Staatliche Eigenkapitalinstrumente in der Finanzkrise, eolex 2009, 114.

Eigenkapitalbasis betroffener Kreditinstitute daher als wenig geeignet erachtet werden.

Österreich sicherte der Kommission im Rahmen der Vereinbarkeitsentscheidung ursprünglich zu, dass derartige Maßnahmen die Gesamtsumme von EUR 3 Mrd pro Kreditinstitut nicht übersteigen und nur für eine Gesamtlaufzeit von höchstens drei Jahren – in begründeten Ausnahmefällen für maximal fünf Jahre – gewährt werden.<sup>917</sup> Während in jener von der Kommission im Oktober 2008 genehmigten österreichischen Beihilferegelung keine betragliche Obergrenze („Deckelung“) für Haftungen mit solchen längeren Laufzeiten vorgesehen war, musste sich Österreich im Zuge des Prüfverfahrens zur Verlängerung der Beihilferegelung jedoch verpflichten, Haftungsübernahmen für Verbindlichkeiten mit einer Laufzeit von mehr als drei und bis zu fünf Jahren künftig auf ein Drittel der insgesamt garantierten Verbindlichkeiten zu begrenzen.<sup>918</sup> Die Kommission intendiert dadurch zu vermeiden, dass sich die Kreditinstitute *„langfristig mit Hilfe staatlicher Garantien refinanzieren, obwohl die derzeitige Finanzkrise vielleicht schon vorüber ist“*<sup>919</sup>.

### **2.1.2. Haftung für Aktiva (§ 2 Abs 1 Z 2 FinStaG)**

Während der Bund gem § 2 Abs 1 Z 1 FinStaG für Verbindlichkeiten betroffener Kreditinstitute eintreten kann (Haftung auf der Passivseite der Bilanz), eröffnet ihm § 2 Abs 1 Z 2 FinStaG darüber hinaus die Möglichkeit für Verbindlichkeiten Dritter gegenüber dem betroffenen Kreditinstitut einzutreten (Haftung auf der Aktivseite der Bilanz). In beiden Fällen gehen bei Haftungseintritt die entsprechenden Forderungsrechte gegenüber dem jeweiligen Schuldner gem § 1358 ABGB auf den Bund über.<sup>920</sup>

---

<sup>917</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 21 u Rz 74.

<sup>918</sup> S Komm, E v 30.06.2009, Fall N 352/2009, ABI 2009 C 172/3, Rz 4.

<sup>919</sup> Komm, E v 30.06.2009, Fall N 352/2009, ABI 2009 C 172/3, Rz 14.

<sup>920</sup> Vgl Putzer, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 41.

Eine solche Haftungsübernahme kann lediglich für eine Höchstdauer von drei Jahren abgegeben werden<sup>921</sup> und soll dazu dienen, das Vertrauen des Kapitalmarkts in die Bonität der Bank wiederherzustellen. Wie bereits an einleitender Stelle ausgeführt wurde waren vor der Finanzmarktkrise Bankforderungen in großem Ausmaß mehrfach verbrieft und in Tranchen unterschiedlicher Priorität verkauft worden, ehe diese häufig mittelbar mit Liegenschaften besicherten Titel infolge der *Subprime*-Krise erheblich an Wert verloren. Durch die staatliche Haftung für solche „faulen“ Wertpapierportfolios soll nun die Unsicherheit über das Ausmaß solcher Aktiva in den Bilanzen der Kreditinstitute behoben werden. Aus wirtschaftlicher Perspektive führt die staatliche Haftung für Aktiva gem § 2 Abs 1 Z 2 FinStaG gegen ein geringeres als ein marktkonformes Entgelt zu einer zeitlich befristeten Zuführung von Eigenkapital (zu Marktwerten) durch den Staat.<sup>922</sup>

Eine solche Stabilisierungsmaßnahme iSd § 2 Abs 1 Z 2 FinStaG wurde etwa am 24. April 2009 mit der *Kommunalkredit Austria AG* im Rahmen einer bis 30. September 2009 befristeten Bürgschaftsvereinbarung abgeschlossen. Im konkreten Fall betrug die bilanzielle Stützungsmaßnahme (Jahresabschluss 2008) zugunsten bestimmter Vermögenswerte bis zu EUR 1,2 Mrd.

Das Vorsehen einer solchen Haftung für Aktiva erlangte im Zuge des Genehmigungsprozesses der österreichischen Beihilferegelung besondere Aufmerksamkeit, handelte es sich dabei doch um eine Maßnahme die in zuvor notifizierte Maßnahmepaketen anderer Mitgliedstaaten nicht enthalten und folglich von der Kommission noch in keiner Entscheidung geprüft worden war.<sup>923</sup> Durch derartige Haftungsübernahmen soll die Werthaltigkeit der Aktiva der Kreditinstitute garantiert und diese bei Forderungsausfällen gestützt werden. So obliegt es auch in diesem Fall dem Kreditinstitut – und nicht dem Schuldner des

---

<sup>921</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 35.

<sup>922</sup> Vgl Hödl, Staatliche Eigenkapitalinstrumente in der Finanzkrise, *ecolx* 2009, 114.

<sup>923</sup> Vgl IP/08/1933 v 10.12.2008. Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 77.

betroffenen Rechtsträgers – den Maßnahmebedarf beim BMF anzumelden.<sup>924</sup> Schließlich kann nur das betroffene Kreditinstitut selbst die Auswirkungen etwaiger Forderungsausfälle auf die Stabilität des Kreditinstituts hinreichend beurteilen und nicht der Schuldner. Die Haftung des Bundes für Verbindlichkeiten Dritter gegenüber einem Kreditinstitut wird nicht bereits bei Ausfall der Verbindlichkeit, sondern erst bei Insolvenz des Kreditinstitutes – oder wenn eine solche nur mit einer Aufsichtsmaßnahme (zB Geschäftsaufsicht gem § 83 BWG) verhindert wird – schlagend. Dies bedeutet, dass die Haftungsübernahme für die Republik Österreich auch erst zu diesem Zeitpunkt *cash flow* relevant wird.

§ 3 Abs 1 FinStaG statuiert ein Schriftlichkeitsgebot für die Haftungsübernahmen nach § 2 Abs 1 Z 1 und 2 FinStaG. Vor dem Hintergrund des Schutzzweckes des Formerfordernisses wird für den Fall dessen Missachtung von der Nichtigkeit der Haftungsübernahme auszugehen sein, zumal sowohl aus Gründen der Rechtssicherheit als auch in Anbetracht der Relevanz einer derartigen Haftungserklärung für Dritte – insb vor dem Hintergrund der hohen Haftungsvolumina – das Knüpfen von Rechtswirkungen an bloß mündliche Zusagen als nicht vertretbar erscheint. Wenngleich dieses Formerfordernis lediglich für Haftungsübernahmen gem § 2 Abs 1 Z 1 und 2 FinStaG *ex lege* ausdrücklich erwähnt ist, kann angenommen werden, dass das Schriftlichkeitsgebot vor diesem Hintergrund für sämtliche Maßnahmen nach § 2 FinStaG gilt.<sup>925</sup>

### **2.1.3. Gewährung von Darlehen (§ 2 Abs 1 Z 3 FinStaG)**

Gem § 2 Abs 1 Z 3 FinStaG ist der BMF ermächtigt, betroffenen Kreditinstituten Darlehen, die nicht Eigenmittel darstellen, für eine Gesamtlaufzeit von drei Jahren zu gewähren. Längere Laufzeiten, höchstens jedoch bis zu fünf Jahren, sind nur in begründeten Ausnahmefällen – abhängig vom Liquiditätsbedarf der Kreditinstitute und

---

<sup>924</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 42.

<sup>925</sup> Vgl EBRV 682 BlgNR 23. GP (zu § 3 FinStaG).

den Erfordernissen des Kapitalmarktes – zulässig und müssen im Rahmen der halbjährlichen Berichtspflicht dargelegt und begründet werden.

Wie *Putzer* ausführt sollte eine staatliche Darlehensgewährung nur bedingt in Kombination mit anderen Maßnahmen des FinStaG erfolgen.<sup>926</sup> Kommt es etwa durch die Übernahme von Gesellschaftsanteilen oder Enteignung zu einer Verstaatlichung, wird der Bund zum Gesellschafter eines betroffenen Kreditinstituts. Gewährt der Bund dem betroffenen Kreditinstitut in einer solchen Situation dann noch ein Darlehen, wäre dieses als Eigenkapital ersetzendes Darlehen iSd Eigenkapitalersatzgesetzes (EKEG) zu qualifizieren, wenn sich das Kreditinstitut, das eine solche Maßnahmenkombination gem FinStaG in Anspruch nimmt, in einer Krise iSd § 2 EKEG<sup>927</sup> befindet. Das FinStaG bildet keine *lex specialis* zum EKEG und schließt seine Anwendung daher nicht aus.<sup>928</sup> Daraus folgt, dass der Bund allenfalls die Anordnungen des EKEG – insb die Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG, die ihrer Wirkung nach einer gesetzlich angeordneten Zwangsstundung gleichkommt<sup>929</sup> – zu beachten hätte. Sonach könnte die Gefahr bestehen, dass der Bund als Gesellschafter des betroffenen Kreditinstituts sein Eigenkapital ersetzendes Darlehen samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern kann, solange die Gesellschaft nicht saniert ist.<sup>930</sup>

---

<sup>926</sup> S *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 43.

<sup>927</sup> Die Krisendefinition des § 2 Abs 1 URG fordert neben der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung das kumulative Vorliegen der beiden URG-Kennzahlen (Eigenmittelquote und Schuldentilgungsdauer) sowie das Vorliegen eines Reorganisationsbedarfs. S *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 95.

<sup>928</sup> S *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 43.

<sup>929</sup> Vgl *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG (2004) 143 Rz 3.

<sup>930</sup> Die Gesellschaft ist erst dann saniert, wenn weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung noch Reorganisationsbedarf bestehen. Würde eine dieser Umstände durch die Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Darlehens eintreten, ist noch keine Sanierung iSd § 14 EKEG gegeben. Die Aufhebung der Rückzahlungssperre erfordert sonach eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft. S *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 92, 94; s *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG (2004) 146 Rz 10.

#### 2.1.4. Zuführung von Eigenmitteln (§ 2 Abs 1 Z 3 FinStaG)

Gem § 2 Abs 1 Z 3 FinStaG ist der BMF zwecks Rekapitalisierung zur Zuführung von Eigenmittel an Kreditinstitute gem §§ 23 und 24 BWG ermächtigt. Gem § 23 Abs 1 BWG gelten als Eigenmittel neben eingezahltem Kapital (§ 23 Abs 3 BWG), offene Rücklagen einschließlich der Haftrücklage (§ 23 Abs 6 BWG), Fonds für allgemeine Bankrisiken gem § 57 Abs 3 und 4 BWG, stille Reserven gem § 57 Abs 1 BWG, Ergänzungskapital (§ 23 Abs 7 BWG) und Partizipationskapital mit Dividendennachzahlungsverpflichtung (§ 23 Abs 4 und 5 BWG), nachrangiges Kapital (§ 23 Abs 8 BWG), Neubewertungsreserven (§ 23 Abs 9 BWG), Haftsummenzuschlag (§ 23 Abs 10 BWG), kurzfristiges nachrangiges Kapital (§ 23 Abs 8a BWG) sowie der Überhang der Wertberichtigungen und Rückstellungen über die erwarteten Verlustbeträge bis zu einer Höhe von 0,6% der Bemessungsgrundlage gem § 22 Abs 2 BWG, soweit diese bei Anwendung des auf internen Ratings basierenden Ansatzes gem § 22 b BWG bei der Berechnung gem § 22 b Abs 6 Z 1 BWG ermittelt werden; in letztere Position sind Beiträge, die für Verbriefungspositionen mit einem Gewicht von 1250% ermittelt werden, nicht einzubeziehen.<sup>931</sup>

Anders als im Fall der Haftung für Aktiva wird eine Eigenmittelzufuhrmaßnahme für den Bund sofort und in voller Höhe *cash flow* wirksam.

Problematisch erscheint die Abgrenzung zwischen § 2 Abs 1 Z 3 FinStaG und den Z 4 und 5. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit Eigenmittelzufuhren, die im Ergebnis einer Beteiligung des Zahlenden an der Gesellschaft gleichkommen, als „Gesellschaftsanteil“ anzusehen sind oder nicht. Eine Lösung dieser Abgrenzungsproblematik könnte sein, § 2 Abs 1 Z 3 FinStaG als grds weit gefassten Tatbestand zu interpretieren, der auch den Erwerb von Gesellschaftsanteilen erfasst, und § 2 Abs 1

---

<sup>931</sup> Vgl Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz, 2. Lfg (2008); Göth in Diwok/Göth (Hrsg), Kommentar zum Bankwesengesetz I (2005).

Z 4 FinStaG als *lex specialis* zu Z 3, die zu einer entsprechenden Einschränkung des Anwendungsbereiches der Z 3 führt. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass der „*Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder Wandelanleihen in Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen*“ nicht unter Z 3 zu subsumieren ist, wenngleich ein solcher Vorgang als „*Zuführung von Eigenmittel an Kreditinstitute gem §§ 23 und 24 BWG und an Versicherungsunternehmen gem § 73b VAG*“ gewertet werden kann.

#### **2.1.4.1. *Exkurs*: Kernkapitalfähiges Partizipationskapital als bevorzugtes Rekapitalisierungsinstrument**

In Österreich ist bislang Partizipationskapital, das kernkapitalfähig ist, als das von den Kreditinstituten in der Krise präferierte Rekapitalisierungsinstrument hervorgegangen. Hintergrund dieses Umstandes ist, dass mit diesem die Kernkapitalquote des Kreditinstituts angehoben werden kann ohne einen – sieht man von den Auflagen und Bedingungen ab, die der Bund von dem begünstigten Kreditinstitut nach § 2 Abs 5 FinStaG und der AusfVO einfordern muss – weitergehenden staatlichen Einfluss auf die Bank herzustellen, zumal mit Partizipationskapital keine Stimmrechte verbunden sind.<sup>932</sup>

Im Zuge des Genehmigungsverfahrens zur österreichischen Beihilferegulation stellte das Instrument der Zuführung kernkapitalfähigen Partizipationskapitals allerdings einen zentralen Diskussionspunkt zwischen Österreich und der Kommission dar. Wie in der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung festgehalten ist müssen staatliche Rekapitalisierungsmaßnahmen für deren beihilferechtliche Zulässigkeit auf die Dauer der Systemkrise beschränkt bleiben. Im Einklang damit wollte der Staat mit Partizipationskapital heimischen Banken somit nur vorübergehend helfen, gleichzeitig aber deren Kernkapital stärken.

---

<sup>932</sup> Vgl *Fragner/Schimka*, Stabilisierung der Finanzmärkte, GesRZ 2008, 327.

Österreich stand daher insb aufgrund der nachfolgenden Gesichtspunkte vor einem „*kapitalen Dilemma*“<sup>933</sup>:

Die bankwesenrechtlichen Vorgaben für die Ausgabe von kernkapitalfähigem Partizipationskapital sind streng: Gem § 23 Abs 4 Z 1 BWG muss Partizipationskapital auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt werden und eingezahlt sein. Zudem darf, um als Kernkapital qualifiziert zu werden, keine Verpflichtung zu einer Dividendennachzahlung in Jahren der Deckung im Gewinn aufgrund eines Dividendenausfalls in einem Verlustjahr bestehen.<sup>934</sup> Nur die Zeichnung von Partizipationskapital ohne Verpflichtung zur Dividendennachzahlung wird bankrechtlich als „eingezahltes Kapital“ iSd § 23 Abs 1 Z 1 iVm Abs 3 Z 8 BWG gesehen und ist daher auf das Kernkapital des Kreditinstituts anrechenbar, während das Partizipationskapital mit Dividendennachzahlungsverpflichtung zum sonstigen Eigenkapital gezählt wird.<sup>935</sup>

Darüber hinaus kann Partizipationskapital nur über ein langwieriges Kapitalherabsetzungsverfahren unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften gem §§ 175ff AktG oder über eine Einziehung gem § 102a BWG, die das gesamte (und somit auch das bereits existierende) Partizipationskapital zu erfassen hat, durch das Kreditinstitut an den Partizipanten zurückgezahlt werden. Beide Mechanismen sind nur auf Grundlage eines Hauptversammlungsbeschlusses der Aktionäre möglich, weshalb der Staat als Kapitalgeber das zugeführte Kapital nicht einseitig zurückfordern kann.

Damit weist das Partizipationskapital hohe Ähnlichkeit mit dem Grund bzw Stammkapital auf und stellt den Zeichner von Partizipationskapital in relevante Nähe zu einem (nicht stimmberechtigten) Gesellschafter.

---

<sup>933</sup> Vgl Hödl, *Kapitales Dilemma für die Bankenretter*, Der Standard 2008/49/01 v 03.12.2008

<sup>934</sup> S § 23 Abs 3 Z 8 BWG.

<sup>935</sup> Vgl Fremuth in *Fremuth/Laurer/ua* (Hrsg), *Bankwesengesetz*<sup>2</sup> (2002) § 23 Rz 4.

Berechtigte aus Partizipationskapital können immerhin an der Hauptversammlung (Generalversammlung) teilnehmen und Auskünfte iSd § 118 AktG begehren.

Ist das in der Krise gewährte Partizipationskapital nicht marktkonform, dh gewährt der Staat den Banken also Abschläge vom Marktpreis, hätten die Aktionäre der Bank einer Rückzahlung bzw Einziehung des günstig zur Verfügung gestellten Partizipationskapitals am Ende der Krise niemals zugestimmt, sofern die Bedingungen weiterhin günstig sind. Eine solche Kapitalzufuhr würde dann jedoch eine verbotene Beihilfe darstellen.

Hätte der Bund hingegen eine marktkonforme Vergütung für das Partizipationskapital verlangt, hätten die Aktionäre der betroffenen Kreditinstitute wohl ebenso wenig die erforderliche Zustimmung erteilt. In diesem Zusammenhang ist auszuführen, dass in Österreich die Aktionäre der Banken bei der Ausgabe von Partizipationskapital – bei Bezugsrechtsrechtsausschluss jedenfalls mit zumindest Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals gem § 153 Abs 3 AktG – zustimmen müssen. Während der deutsche Gesetzgeber in erheblichem Umfang Sondergesellschaftsrecht erlassen hat, das einen Einstieg des Staates an der Hauptversammlung vorbei ermöglicht, um Banken rasch Kapitalhilfen zuführen zu können, wurden in Österreich in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht keine Erleichterung für Kapital suchende Banken vorgesehen.

In ihrer Genehmigungsentscheidung verlangt die Kommission daher – und dies wird an unterer Stelle noch näher ausgeführt<sup>936</sup> – eine Mindesteffektivverzinsung, die bei einer „grundsätzlich gesunden“ Bank nicht unter 9,3% liegen darf. Darüber hinaus wurde ein Anreiz für die rasche Rückzahlung des staatlichen Kapitals geschaffen, sodass die Aktionäre des begünstigten Kreditinstituts nach Ende der Finanzkrise der Einziehung des Partizipationskapitals wohlwollend zustimmen. Auch die

---

<sup>936</sup> S dazu Vierter Teil IV. 2.3.3. sowie 2.4.

Regelung zur Dividendenbeschränkung, dass begünstigte Banken vor einer Gewinnausschüttung zuerst das beanspruchte Staatskapital zurückführen müssen, soll dazu beitragen.

#### **2.1.5. Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder Wandelanleihen (§ 2 Abs 1 Z 4 u 5 FinStaG)**

Als eine weitere Rekapitalisierungsmaßnahme für betroffene Kreditinstitute sieht § 2 Abs 1 Z 4 FinStaG den Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder Wandelanleihen<sup>937</sup> durch den Bund in Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen vor. Ferner ermächtigt § 2 Abs 1 Z 5 FinStaG den BMF zum rechtsgeschäftlichen Erwerb bestehender Gesellschaftsanteile.

Die Kommission erachtet den Erwerb bestehender Gesellschaftsanteile lediglich als Komplementärmaßnahme im Zusammenhang mit anderen Maßnahmen gem FinStaG oder IBSG, etwa in Verbindung mit Haftungsübernahmen zur Sicherung von Kontrollrechten des Bundes als Gesellschafter, als zulässig.<sup>938</sup> Die Übernahme von Beteiligungen am Grundkapital von 25% oder weniger durch den Bund scheidet folglich aus. Im Übrigen hat Österreich der Kommission zugesichert, dass der vom Bund an die Altaktionäre zu leistende Kaufpreis im Falle börsennotierter Gesellschaften höchstens dem Börsenkurs vor Staatsintervention und auch vor ersten Spekulationen auf Staatsintervention entspricht. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften darf der Kaufpreis den entsprechenden Buchwert der Anteile nicht übersteigen.<sup>939</sup> Zudem hat Österreich

---

<sup>937</sup> Wandelanleihen definieren sich als verzinsliche Wertpapiere, die dem Eigentümer – diesfalls sonach dem Bund – das Recht verbriefen, die Anleihe innerhalb einer festgelegten Wandlungsfrist und nach einem festgelegten Wandlungsverhältnis gegen Aktien des emittierenden Kreditinstituts einzutauschen.

<sup>938</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 37 u 56.. Im bloßen Erwerb von bestehenden Gesellschaftsanteilen – soweit dies nicht mit einer Kapitalzuführung, Haftungsübernahme oder sonstigen staatlichen Maßnahme einhergeht – sieht die Kommission indes keine beihilferelevante Begünstigung, da lediglich ein Eigentümerwechsel stattfindet und der Maßnahme sonach ein neutraler Effekt zukommt. S dazu auch Komm, E v 05.12.2007, Fall N 70/2007, ABI 2008 C 43/1 – *Northern Rock I*.

<sup>939</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 37.

versichert, dass der Erwerb bestehender Gesellschaftsanteile nur subsidiär, dh wenn andere Rekapitalisierungsmaßnahmen gem FinStaG nicht ausreichen, erfolgt.<sup>940</sup> Dementsprechend ist der Erwerb bestehender Gesellschaftsanteile „grundsätzlich gesunder“ Kreditinstitute nicht zulässig.<sup>941</sup>

Die nahezu Gesamtverstaatlichung der *Kommunalkredit Bank AG* im Jänner 2009 – der Gemeindebund hält weiterhin 0,3% der Aktien – war die erste und bislang einzige Transaktion, im Rahmen derer der Staat bestehende Gesellschaftsanteile erworben hat.<sup>942</sup>

§ 2 Abs 3 FinStaG sieht allgemein vor, dass die durch den Bund erworbenen Gesellschaftsanteile von diesem nicht dauerhaft übernommen werden sollen, sondern „nach Erreichen des Zwecks der Maßnahme“ iSd § 1 FinStaG, ie der „Schutz der österreichischen Volkswirtschaft“ und die Stabilisierung des Finanzmarktes, wieder zu privatisieren sind. Für den Zeitpunkt der Reprivatisierung soll nach Absicht des Gesetzgebers insb die Kapitalmarktsituation berücksichtigt werden, um eine Veräußerung zu für den Bund wirtschaftlich ungünstigen Rahmenbedingungen zu vermeiden.<sup>943</sup> Konkrete Anhaltspunkte für die Beurteilung der Zweckerreichung und durch wen eine solche allfällig erfolgt, liefert die Bestimmung allerdings nicht, sodass dem Bund auch hier ein beträchtliches Maß an Flexibilität vorbehalten ist und wohl auch eine vorübergehende Suspendierung der Reprivatisierung erlaubt, wenn der Zweck der Maßnahme iSd § 1 FinStaG bereits erreicht wurde.<sup>944</sup>

---

<sup>940</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 37.

<sup>941</sup> Vgl *Wollmann*, Staatliche Hilfsmaßnahmen in der Finanzkrise – Beihilfenrechtliche Rahmenbedingungen, *ecolex* 2009, 109.

<sup>942</sup> Die Transaktion wurde nach der Freigabeentscheidung der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde vom 29.12.2008 am 05.01.2009 vollzogen.

<sup>943</sup> Vgl ErläutRV 682 BlgNR 23.GP (zu § 2 FinStaG).

<sup>944</sup> Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 47.

### **2.1.6. Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch Verschmelzung (§ 2 Abs 1 Z 6 FinStaG)**

Schließlich soll am Rande die in § 2 Abs 1 Z 6 FinStaG vorgesehene Möglichkeit erwähnt werden, Gesellschaftsvermögens auf den Bund im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gem § 235 AktG zu übertragen.

### **2.2. Eigentumsübernahme (§ 2 Abs 2 FinStaG)**

Kann eine Maßnahme nach § 2 Abs 1 Z 1 bis Z 6 FinStaG nicht mehr rechtzeitig und mit ausreichender Wirkungswahrscheinlichkeit gesetzt werden – etwa mangels der erforderlichen Mitwirkung der Gesellschaftsorgane oder der Eigentümer im Fall von Kapitalerhöhungen – besteht gem § 2 Abs 2 FinStaG die Möglichkeit einer zwangsweisen Übernahme von Gesellschaftsanteilen am betroffenen Kreditinstitut. Wenngleich eine Enteignung auch dann angeordnet werden kann, wenn zuvor keine Maßnahme gem § 2 Abs 1 FinStaG gesetzt wurde, hat der Gesetzgeber klargestellt, dass diese nur als *ultimo ratio* zur Anwendung gelangen darf.<sup>945</sup> Für das Ergreifen einer Enteignungsmaßnahme gem § 2 Abs 2 FinStaG müssen daher folgende Kriterien kumulativ erfüllt sein<sup>946</sup>:

1. Das betroffene Kreditinstitut muss objektiv nachweisbar und erheblich in Gefahr sein, die finanziellen Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern nicht mehr ordnungsgemäß – dh nicht mehr voll oder rechtzeitig – erfüllen zu können. Eine entsprechende Gefahr ist ausreichend, tatsächliche Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit sind indes keine Tatbestandsvoraussetzungen.<sup>947</sup>
2. Die Maßnahmen nach § 2 Abs 1 FinStaG zur Beseitigung dieser Gefahr müssen entweder fehlgeschlagen sein oder es muss sich herausstellen, dass derartige Maßnahmen zur Behebung der Gefahr

---

<sup>945</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 38.

<sup>946</sup> Putzer, Finanzmarktstabilisierungspaket (2009) 46.

<sup>947</sup> Vgl Putzer, Finanzmarktstabilisierungspaket (2009) 45.

untauglich sind oder zumindest nicht mehr rechtzeitig und mit ausreichender Wirkungswahrscheinlichkeit ergriffen werden können.

3. Als Konsequenz der beschriebenen Gefahr muss ein schwerer volkswirtschaftlicher Schaden, dh eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben Österreichs iSd § 1 FinStaG, drohen. Dies sei grds nur dann zu befürchten, wenn ein systemrelevantes Institut in eine existenzbedrohende wirtschaftliche Lage gerate.<sup>948</sup>

Für die bisherigen Anteilseigner ist über Antrag durch Bescheid des BMF eine angemessene Entschädigung festzusetzen, wobei sich im Fall börsenotierter Betroffener die Angemessenheit der Entschädigung nach § 26 Abs 1 ÜbG bemisst. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ordnet § 2 Abs 2 FinStaG an, dass gegen diesen Bescheid des BMF kein Rechtsmittel zulässig ist. Der Bescheid tritt jedoch außer Kraft, wenn binnen vier Wochen ab Zustellung beim zuständigen Gericht ein Antrag auf Neufestsetzung der Entschädigung gestellt wird. Auf das Neufestsetzungsverfahren sind die diesbezüglichen verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Eisenbahn-Enteignungsentschädigungsgesetz (EisbEG) sinngemäß anzuwenden.<sup>949</sup>

### **2.3. Entgelt für Rekapitalisierungsmaßnahmen**

Der österreichische Gesetzgeber formulierte das IBSG und FinStaG bereits im Hinblick darauf, dass die darin vorgesehenen Maßnahmen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht als staatliche Beihilfen iSd Art 87 EGV zu qualifizieren sein würden.<sup>950</sup> Sonach stand fest, dass für die Vereinbarkeit der Beihilferegulierung das Vorsehen einer marktkonformen Vergütung für die Begünstigung erforderlich war. In § 2 Abs 1 FinStaG wurde daher vorgesehen, dass das begünstigte Kreditinstitut für Maßnahmen gem Z 1

---

<sup>948</sup> Vgl *Johler in Dellinger*, BWG § 69 Rz 47. Nach *Laurer/Borns/Strobl/M.Schütz/O.Schütz*, BWG § 70 Rz 5: „Kreditinstitute, die wegen ihrer Größe oder ihrer besonderen Bedeutung von erhöhter Bedeutung sind“.

<sup>949</sup> S § 2 Abs 2 FinStaG.

<sup>950</sup> S ErläutAB683 BlgNR 23. GP.

bis 6 leg cit ein „*marktkonformes Entgelt und Zinsen*“ zu leisten habe. Eine Konkretisierung der Marktkonformität bzw Methoden zu deren Ermittlung wurden indes nicht festgelegt. Erst im Rahmen der Genehmigungsentscheidung wurden im Einklang mit der Rekapitalisierungsmittelteilung diverse Geschäftsmodelle und Konditionsvorgaben ausgearbeitet.<sup>951</sup>

### **2.3.1. Haftungsvergütungsentgelt**

Die Entgelte für die Haftungsübernahme für Verbindlichkeiten Dritter gegenüber dem betroffenen Kreditinstitut divergieren je nach Haftungsart:

- *Verbindlichkeitsnominale entspricht Buchwert*: Werden Haftungen für Positionen in einer Höhe gewährt, die zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme von einem Rechnungsprüfer als dem Buchwert (oder einer zeitnäheren Bewertung) *voll entsprechend* gewertet werden, ist das Haftungsvergütungsentgelt – analog zu den Haftungen für Verbindlichkeiten des betroffenen Kreditinstituts – gem § 9 Abs 1 bis 3 AusfVO zu bemessen, wobei § 9 Abs 3 AusfVO vorsieht, dass die Bestellung von Sicherheiten bei der Festlegung des Haftungsentgelts entsprechend zu berücksichtigen ist.
- *Verbindlichkeitsnominale über Buchwert*: Erfolgt indes die Übernahme von Haftungen für Positionen in einer Höhe, die von einem Rechnungsprüfer als *über* dem Buchwert (oder einer zeitnäheren Bewertung) liegend eingestuft werden, hat zusätzlich zu dem gem § 9 Abs 1 bis 3 AusfVO festgelegten Haftungsentgelt ein Kapitalzufuhrentgelt für die Differenz zwischen Verbindlichkeitsnominale und Buchwert zur Leistung zu gelangen (insb das entsprechende jährliche Entgelt von min 9,3%). Das zusätzlich erforderliche Kapitalzufuhrentgelt begründet sich damit, dass die Haftung im Ausmaß der Differenz zwischen der Haftungshöhe und dem ermittelten Buchwert als Kapitalzufuhr anzusehen ist. Übersteigt

---

<sup>951</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 92 ff.

die Verbindlichkeitsnominale den Buchwert, muss überdies ein Umstrukturierungsplan vorgelegt werden.

### 2.3.2. Mindestzinssatz für Darlehen

Österreich hat sich gegenüber der Kommission verpflichtet, für Darlehen, die keine Eigenmittel darstellen, neben dem gesetzlichen Haftungsentgelt für Verbindlichkeiten nach § 9 Abs 1 bis 3 AusfVO einen Mindestzinssatz von 12 Monats Euribor zu verlangen.<sup>952</sup> Zusätzlich muss das begünstigte Kreditinstitut ein Risikoentgelt bezahlen, dass sich nach dessen jeweiligem *CDS-Spread*<sup>953</sup> richtet.

### 2.3.3. Kapitalzufuhrentgelt

Den Bestimmungen in der Banken- und Rekapitalisierungsmitteilung entsprechend<sup>954</sup> ist bei der Festlegung des zu leistenden Vergütungsentgelts für die Kapitalzufuhr zwischen Maßnahmen für „grundsätzlich gesunde“ und „nicht grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute zu differenzieren. Mangels konkreter Definition von „grundsätzlich gesund“ und „nicht grundsätzlich gesund“ war Österreich hinsichtlich der zu verlangenden Entgelthöhe zunächst erheblicher Spielraum in der Anwendung der Entgeltbestimmungen verblieben. Im Rahmen der Genehmigungsentscheidung zur Verlängerung der Beihilfereglung hat die Kommission Österreich jedoch verpflichtet, diese zukünftig im Voraus über Kapitalzuführungen zu informieren, um Meinungsverschiedenheiten über die Situation eines Kreditinstituts (dh ob dieses „grundsätzlich gesund“ oder „nicht grundsätzlich gesund“ ist) zu vermeiden und der Kommission die Möglichkeit zu geben, dessen Status „zu klären“.<sup>955</sup>

<sup>952</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 113.

<sup>953</sup> Als *Credit Default Swap-Spread* („*CDS-Spread*“) bezeichnet man die Ausfallsprämie bei einem CDS-Kontrakt, die als Ausgleich für die Übernahme des Ausfallsrisikos einer Kreditschuld gezahlt wird. S dazu *Beike/Schlütz*, Finanznachrichten<sup>4</sup>, 321 f zit nach *Kreisl*, Verordnung des BMF zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitätsgesetz und dem Interbankmarktstärkungsgesetz, ZFR 2008 Heft 6, 242.

<sup>954</sup> S Dritter Teil III. 3.3.1.

<sup>955</sup> Komm, E v 30.06.2009, Fall N 352/2009, ABI 2009 C 172/3, Rz 11.

### 2.3.3.1. „Grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute

Für Vorzugsaktien oder die sonstige Zuführung von Eigenmitteln an Kreditinstitute hat Österreich zugesichert, im Einklang mit der Rekapitalisierungsmitteilung eine marktorientierte, unternehmensspezifische Vergütung zu verlangen, die für „grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute nicht unterhalb von 9,3% Tier-1-Kapital und nicht unterhalb von 7% für schuldrechtlich ausgestaltete Instrumente jährlich liegt.<sup>956</sup> Eine dementsprechende Effektivverzinsung kann auch durch eine über pari liegende Rückzahlung des Kapitals erreicht werden. Daher kommt es gleich, wenn ein Kreditinstitut an den Bund für zB Partizipationskapital eine Verzinsung von min 9,3% pa leistet und das Kapital zu 100% des Nennbetrages rückführt oder aber während der Laufzeit der Rekapitalisierung „lediglich“ eine Verzinsung von min 8% zur Anwendung gelangt, das Kreditinstitut aber min 110% des Nennbetrages zurückzuführen hat.<sup>957</sup>

Da es im Moment auf dem privaten Markt kein Angebot für vergleichbare Leistungen gibt, ist das marktorientierte Entgelt nicht beihilfenneutral und die mit Österreich vereinbarte Verzinsung beinhaltet ein Beihilfenelement in derzeit nicht bestimmbarer Höhe. Angemerkt sei, dass diese hohe Verzinsung einer der wesentlichen Faktoren für die zögerliche Annahme und Umsetzung des Finanzmarktstabilisierungspakets in Österreich ist.

Diese Mindestverzinsungsregeln gelten nicht, wenn sich neben dem Bund auch Private zu gleichen Bedingungen im Ausmaß von min 30% an der Kapitalerhöhung beteiligen. Eine min 30%-ige Beteiligung Privater indiziere nach Ansicht der Kommission nicht, dass gar keine staatliche Beihilfe vorliegt. Vielmehr sei die Kapitalzuführung auch in diesem Fall „*in Gänze als Beihilfe*“ zu bewerten, da aktuell kein privater Kapitalgeber am Gesamtumfang der geplanten Rekapitalisierung teilnehmen würde. Doch werde bei einer Beteiligung Privater der wettbewerbsverzerrende Effekt

<sup>956</sup> S Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 93.

<sup>957</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 94.

der Staatshilfe vermindert und die Beteiligung Privater zu gleichen Bedingungen indiziere eine ausreichende Marktnähe der Vergütung, sodass die Kommission in diesem Fall einen dispositiven Vergütungssatz akzeptiert.<sup>958</sup>

### **2.3.3.2. „Nicht grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute**

Für „nicht grundsätzlich gesunde“ Kreditinstitute hat sich Österreich im Einklang mit der Rekapitalisierungsmitteilung indes verpflichtet, eine Verzinsung von min 10% zu fordern.<sup>959</sup>

## **2.4. Anreize zur Rückzahlung staatlichen Kapitals**

Zu den zentralen Diskussionspunkten in den Genehmigungsverhandlungen zwischen Österreich und der Kommission zählte neben der Höhe des Entgelts für Kapitalzuführungen bzw Haftungsübernahmen insb die Anreizschaffung zur Rückzahlung des staatlichen Kapitals. Die Kommission forderte das Vorsehen signifikanter Anreize für begünstigte Kreditinstitute, Staatskapital schnellstmöglich zurückzuführen, indem die Geschäftsanteile der öffentlichen Hand zurückgekauft oder die Anteile an Private veräußert werden. Zur Erreichung dieses Ziels verpflichtet die Genehmigungsentscheidung Österreich zur Anwendung insb folgender zwei Instrumente: (i) Zinsanpassungsklauseln (sog *step up clauses*), und (ii) Dividendenbeschränkungen.

### **2.4.1. Zinsanpassungsklauseln**

Österreich hat zugesichert, Partizipationskapital und vergleichbare Formen der Zuführung von Eigenmitteln (zB Vorzugsaktien) nur mit *step up clauses* zugunsten des Bundes auszugeben. *In concreto* muss die Dividende im sechsten und siebten Jahr der Rekapitalisierung um jeweils 50 Basispunkte, im achten Jahr um zusätzliche 75 Basispunkte und ab

<sup>958</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Fn 32 zu Rz 93.

<sup>959</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 102.

dem neunten Jahr um zusätzliche 100 Basispunkte steigen bis ein Maximalwert von 12-Monats-Euribor plus 1.000 Basispunkte erreicht ist. Nach dem 10. Geschäftsjahr hat der Rückzahlungskurs für das Staatskapital 150% des Nennwerts zu betragen, wobei die erhöhte Rückzahlung in einer entsprechenden Steigerung des Unternehmenswertes Deckung finden muss. In dieser Bestimmung gelangt das Ziel der Kommission, dass staatliches Kapital grds binnen längstens fünf Jahren zurückgeführt wird, klar zum Ausdruck. Durch die Kupon- und Rückzahlungsbedingungen kann der Staat folglich mit einer Mindestrendite von 9,1% bis 9,3% rechnen, auch Renditen deutlich über 10% sind möglich.<sup>960</sup>

#### **2.4.2. Dividendenbeschränkungen**

Darüber hinaus hat sich Österreich verpflichtet, § 6 AusfVO dergestalt anzuwenden, dass durch eine Rekapitalisierungsmaßnahme gem FinStaG begünstigte Kreditinstitute vor einer Gewinnausschüttung das Staatskapital zurückführen müssen. Für grds gesunde Banken gilt insoweit eine Ausnahme als Ausschüttungen bis zu einem Höchstbetrag von 17,5% des ausschüttungsfähigen Gewinns vor Dotierung von Rücklagen zulässig sind. Überdies greift die Dividendensperre nicht, wenn der Bund die Kapitalzuführung gemeinsam mit einer signifikanten, dh min 30%igen Beteiligung Privater zu gleichen Bedingungen tätigt, wobei in diesem Fall von den 30%-Punkten nicht mehr als 10%-Punkte von bestehenden Aktionären gezeichnet werden dürfen, dh zumindest 20%-Punkte durch neue Aktionäre gezeichnet werden müssen.

#### **2.5. Die Finanzmarkteteiligung Aktiengesellschaft des Bundes (FIMBAG)**

§ 3 FinStaG ermächtigt den BMF, die Durchführung konkreter Maßnahmen gem § 2 Abs 1 FinStaG an die Österreichische Industrieholding AG (ÖIAG) zu übertragen. Über Auftrag des BMF

---

<sup>960</sup> Vgl Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2, Rz 94 ff, Tabelle 1.

errichtete die ÖIAG auf Grundlage des § 3 Abs 5 FinStaG am 11. November 2008 die sog Finanzmarkteteiligung Aktiengesellschaft des Bundes (FIMBAG) als deren alleinige Tochtergesellschaft. Am 14. November 2008 erfolgte die Eintragung der „FIMBAG Finanzmarkteteiligung Aktiengesellschaft des Bundes“ in das Firmenbuch.<sup>961</sup>

Die Einbindung der ÖIAG im Rahmen des FinStaG erforderte dabei eine Änderung des ÖIAG-Gesetzes 2000 (ÖIAG-G)<sup>962</sup> insoweit als der in § 1 ÖIAG-G vorgesehene Aufgabenkatalog der ÖIAG den dieser zusätzlich übertragenen Aufgaben entsprechend angepasst werden musste. Durch das FinStaG sind der ÖIAG weitere Aufgaben zugefallen, nämlich zum einen die Abwicklung von Maßnahmen nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 und 6 FinStaG<sup>963</sup> und zum anderen der Erwerb von Beteiligungen an Rechtsträgern iSd § 1 FinStaG nach § 2 Abs 1 Z 4 und 5 FinStaG.<sup>964</sup> Darüber hinaus wurde der ÖIAG gesetzlich aufgetragen, diese zusätzlichen Aufgaben in ihre Satzung zu übernehmen.<sup>965</sup> Zugleich ist im neuen § 1 Abs 2a ÖIAG-G festgehalten, dass die der ÖIAG durch das FinStaG zugefallenen Aufgaben der FIMBAG zu übertragen sind.

Dass die Rolle der ÖIAG im Zusammenhang mit den Aktivitäten nach dem FinStaG im Hinblick auf die FIMBAG eine im Grunde formale ist, manifestiert sich nicht zuletzt darin, dass die Kapitalvertreter im Aufsichtsrat der FIMBAG nicht nach den Vorstellungen ihrer Hauptversammlung – somit der ÖIAG – bestimmt werden, sondern wie § 3 Abs 5 FinStaG vorsieht „nach Vorschlag der Bundesregierung zu bestellen“ sind. Dem Aufsichtsrat kommt seinerseits nicht die Befugnis zu festzulegen, wer Vorstandsmitglied wird; vielmehr werden auch die Vorstandsmitglieder von der Bundesregierung vorgeschlagen.

---

<sup>961</sup> Die FIMBAG ist unter der Firmenbuchnummer 319227b eingetragen.

<sup>962</sup> BGBl I 24/2000, zuletzt geändert durch BGBl I 73/2006.

<sup>963</sup> S § 1 Abs 2 lit d ÖIAG-G idF BGBl I 136/2008.

<sup>964</sup> S § 1 Abs 2 lit e ÖIAG-G.

<sup>965</sup> S § 1 Abs 2 letzter Satz ÖIAG-G.

### 2.5.1. Der beschränkte Aufgabenkreis der FIMBAG

Der Unternehmensgegenstand der FIMBAG ist insoweit gesetzlich beschränkt als er gem § 3 Abs 5 FinStaG ausschließlich die Durchführung von Maßnahmen umfasst, die der ÖIAG nach § 3 Abs 2 bis 4 FinStaG übertragen werden können. Der Gesetzgeber trifft damit die deutliche Klarstellung, dass die FIMBAG keine anderen Geschäftstätigkeiten entfalten darf als jene, die im FinStaG bestimmt sind. Zur Gültigkeit von Rechtsgeschäften, die den so determinierten Aufgabenkreis überschreiten, äußert sich der Gesetzgeber jedoch nicht ausdrücklich.

Für die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit ein verbotswidriges Rechtsgeschäft der FIMBAG nichtig oder anfechtbar ist, ist der Schutzzweck der durch solche Rechtsgeschäfte verletzten Rechtsnormen heranzuziehen.<sup>966</sup> Dabei gilt es zu bedenken, dass sowohl FinStaG als auch IBSG Ausnahme Gesetze darstellen, die krisenbedingt zwar staatliche Eingriffe in den aktuell gestörten Finanzmarkt ermöglichen sollen, doch unter keinen Umständen dazu dienen dürfen, auf das Marktgeschehen durch regulierende Maßnahmen generell Einfluss zu nehmen. Vor dem Hintergrund dieses Anliegens erscheint es mE daher nahe liegend, Rechtsgeschäften, die den im FinStaG determinierten Aufgabenkreis der FIMBAG überschreiten, vorweg jegliche Rechtswirksamkeit zu nehmen, andernfalls dies einer – nicht zuletzt auch aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen – unerwünschten Ausweitung der staatlichen Intervention förderlich wäre. Das Anliegen, eine gesetzlich nicht erwünschte Ausuferung marktregulierender Eingriffe zu verhindern, spricht daher für eine Nichtigkeit solcher Rechtsgeschäfte. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eher von einer geltend zu machenden Nichtigkeit auszugehen.

---

<sup>966</sup> Der Grundsatz, wonach der Schutzzweck der verletzten Rechtsnorm über die Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder uneingeschränkte Gültigkeit eines verbotswidrigen Rechtsgeschäfts entscheidet, ergibt sich aus § 879 ABGB und der diese Norm konkretisierenden Rsp.

## 2.5.2. Die FIMBAG als Zurechnungssubjekt oder Vertreterin des Bundes?

Bei Maßnahmen nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 und 6 FinStaG kann der Bund die Durchführung konkreter Maßnahmen an die FIMBAG als Bevollmächtigte des Bundes nach §§ 1002 ff ABGB übertragen. In diesen Fällen wird der Bund von der FIMBAG lediglich vertreten, sodass dieser trotz Einschaltung der FIMBAG selbst Zurechnungssubjekt der genannten Maßnahmen bleibt. Demgegenüber ist die FIMBAG bei Maßnahmen nach § 2 Abs 1 Z 4 und 5 FinStaG selbst Zurechnungssubjekt, das die Gesellschaftsanteile und Wandelanleihen in Auftrag<sup>967</sup> des Bundes in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erwirbt.

Der Sinn und Zweck dieser Regelung begründet sich vor dem Hintergrund, dass die originäre Aufgabe der ÖIAG und damit auch der FIMBAG (hinsichtlich der Sonderfälle nach dem FinStaG) gem § 1 Abs 2 ÖIAG-G im Privatisierungs- und Beteiligungsmanagement, dh im Halten von und im Disponieren über Gesellschaftsanteile liegt.<sup>968</sup> Dementsprechend soll die ÖIAG bzw die FIMBAG auch im Hinblick auf die Verfolgung der Ziele des FinStaG im (jeweils) eigenen Namen nur Beteiligungen halten, verwalten und ggf wieder privatisieren, nicht aber im eigenen Namen finanzielle Überbrückungshilfen an notleidende Kreditinstitute gewähren.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, ob nach den Vorschriften des FinStaG und des ÖIAG-G der Bund im Fall der in § 2 Abs 1 Z 4 und 5 FinStaG vorgesehenen Erwerbsgeschäfte berechtigt ist, diese vorerst auch selbst durchzuführen und die Gesellschaftsanteile oder Wandelanleihen zunächst selbst ohne Einschaltung der FIMBAG zu erwerben und erst in der Folge eine Übertragung ins Eigentum der FIMBAG vorzunehmen. Aus dem FinStaG ist nicht ableitbar, dass der

---

<sup>967</sup> Angemerkt sei, dass es sich dabei nicht um Bevollmächtigungsvereinbarungen iSd ABGB, sondern um Anweisungen des BMF, sonach um hoheitliche Aufträge, handelt. Vgl *Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009) 64.

<sup>968</sup> Zu den Stammagenden der ÖIAG s § 1 Abs 2 ÖIAG-G.

Anteilserwerb oder die Zeichnung von Wandelanleihen unmittelbar durch die FIMBAG erfolgen muss, weshalb die Regelung wohl nicht nur dahingehend zu verstehen ist, dass der BMF die FIMBAG damit beauftragen kann, vorweg anstelle des Bundes die Gesellschaftsanteile oder Wandelanleihen zu erwerben, sondern auch so zu interpretieren ist, dass der BMF diese vorerst selbst erwerben und erst in der Folge der FIMBAG ins Eigentum übertragen darf und kann.

Unbestimmt bleibt im Rahmen der Regelung die Frage, ob es dem BMF erlaubt ist, der FIMBAG die vorerst selbst erworbenen Gesellschaftsanteile später zwar ins Eigentum zu übertragen, dies aber als Treugut. Da das FinStaG eine Treuhandschaft als Titelgeschäft nicht ausschließt, ist die Option des treuhändigen Erwerbs der Gesellschaftsanteile durch die FIMBAG grds aus dem FinStaG ableitbar, weshalb auch eine nachfolgende Übertragung der Gesellschaftsanteile in das rechtliche Eigentum der FIMBAG unter dem Vorbehalt des wirtschaftlichen Eigentums des BMF grundlegend zu bejahen erscheint.

## **V. Exkurs: Vergaberechtliche Implikationen der österreichischen Beihilferegulung**

Im Rahmen dieses Exkurses soll die Frage beleuchtet werden, ob private Kreditinstitute im Fall der Inanspruchnahme der im Rahmen der österreichischen Beihilferegulung vorgesehenen Stützungsmaßnahmen zeitweilig zum öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG werden und folglich dem Regime des Vergaberechts unterfallen können.<sup>969</sup> Konkret ist zu untersuchen, ob sich die von Kreditinstituten wahrgenommenen Aufgaben, insb durch die ihnen bei Inanspruchnahme staatlicher Beihilfemaßnahmen gem AusfVO erteilten Auflagen und Bedingungen, dergestalt verändern und diese in einer Weise in die Nähe

---

<sup>969</sup> In der deutschen Lit haben sich der Frage der vergaberechtlichen Implikationen des deutschen Rettungspakets gewidmet *Höfler/Braun*, Private Banken als öffentliche Auftraggeber – Vergaberechtliche Implikationen des staatlichen Rettungspakets, NZBau 2009, 5. Die Ausführungen im Rahmen dieses Exkurses erfolgen ausgehend von diesem Beitrag.

des Staates rücken können, dass sie je nach den Umständen des Einzelfalls temporär als funktionale Auftraggeber iSd Vergaberechts betrachtet werden können.

## **1. Private Kreditinstitute als öffentliche Auftraggeber?**

Neben Gebietskörperschaften und Verbänden zählt § 3 Abs 1 BVergG zu den öffentlichen Auftraggebern auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Hierbei handelt es sich gem § 3 Abs 1 Z 2 BVergG um Einrichtungen, die erstens zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahrzunehmen, zweitens zumindest teilrechtsfähig sind und drittens (vereinfacht und zusammengefasst) von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Eine Einrichtung kann nur dann als Einrichtung öffentlichen Rechts eingestuft werden, wenn sämtliche der drei genannten Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen.<sup>970</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Tatbestandsmerkmale bei Kreditinstituten, die Beihilfen gem IBSG oder FinStaG empfangen, vorliegen.

### **1.1. Teilrechtsfähigkeit**

Maßgeblich für das Bejahen der Teilrechtsfähigkeit ist, dass die betreffende Einrichtung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Aufträge vergeben und die mit einem Vergabeverfahren zusammenhängenden Vorgänge wahrnehmen kann.<sup>971</sup> Da es sich bei den Begünstigten der österreichischen Beihilferegulation um Kreditinstitute iSd § 1 Abs 1 BWG – und daher regelmäßig um vollrechtsfähige juristische Personen des Privatrechts – handelt, ist das Erfordernis der zumindest teilrechtsfähigen Einrichtung jedenfalls erfüllt.

---

<sup>970</sup> So die stRsp des EuGH, vgl nur EuGH, U v 15.01.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*, Slg 1998, I-73, Rz 21. Vgl *Holoubek/Fuchs*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> 1. Lfg (2009) § 3 Rz 25.

<sup>971</sup> Vgl Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007) Rz 2582.

Demgegenüber ist das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der (i) Gründung zum Zweck der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art und der (ii) staatlichen Beherrschung nicht gleichermaßen eindeutig und daher im Folgenden zu diskutieren.

## **1.2. Gründung zum Zweck der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art**

Bei der Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmals ist in einem ersten Schritt nach dem Erfüllen von Aufgaben des Allgemeininteresses zu fragen, daran anschließend deren nicht gewerblicher Charakter zu prüfen und abschließend auf den besonderen Gründungszweck der Einrichtung abzustellen.<sup>972</sup> In dieser Reihenfolge soll auch an dieser Stelle die Tatbestandsprüfung vorgenommen werden.

### **1.2.1. Aufgaben im Allgemeininteresse**

Generell können solche Aufgaben als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden, die nicht ausschließlich der Förderung von subjektiven Einzelinteressen, sondern zumindest auch der Beförderung von objektiven gemeinsamen Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen zuträglich sind.<sup>973</sup> Der EuGH bejaht das Vorliegen eines Allgemeininteresses insb dann, wenn die von der jeweiligen Einrichtung ausgeübte Tätigkeit in einem engen Zusammenhang mit genuin öffentlichen iSv staatlich, gemeinwohlorientierten Interessen steht. Nach der Rsp des EuGH sind darunter Aufgaben zu verstehen, „*die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte*“<sup>974</sup>. Entsprechend stuft der EuGH va solche Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend ein, die geeignet sind, allgemeine wirtschafts- oder sozialpolitische Zielsetzungen

<sup>972</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> 1. Lfg (2009) § 3 Rz 33.

<sup>973</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> 1. Lfg (2009) § 3 Rz 36 mwN.

<sup>974</sup> EuGH, U v 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821, Rz 51.

des Staates zu fördern.<sup>975</sup> Sogar erkennt der EuGH eine wirtschaftliche Tätigkeit als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe an, wenn sie eine Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung bezweckt.<sup>976</sup>

Die Stärkung und Stabilisierung des österreichischen Finanzmarktes in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise kann als zentrale wirtschaftspolitische Zielsetzung des Staates, die im Interesse der gesamten Volkswirtschaft, und sohin im Allgemeininteresse steht, erachtet werden. Die staatlichen Unterstützungsmaßnahmen an Kreditinstitute erfolgen nämlich nicht nur mit dem unmittelbaren Zweck, die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte zu sichern, sondern mittelbar auch mit dem weitergehenden Ziel die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Realwirtschaft gering zu halten, Arbeitsplätze zu schützen und die Versorgung der Einzelnen mit Wirtschaftsgütern zu gewährleisten.<sup>977</sup> Die erstrebten Wirkungen der österreichischen Beihilferegulierung kommen im Ergebnis daher der gesamten Bevölkerung und somit der allgemeinen Öffentlichkeit zu Gute, sodass gefolgert werden kann, dass jedes Kreditinstitut, das staatliche Hilfe in Anspruch nimmt, durch seine wirtschaftliche Tätigkeit diesen staatlich verfolgten Zweck erfüllt. Nicht zuletzt wird diese Ausrichtung durch die dem Kreditinstitut bei Inanspruchnahme staatlicher Unterstützungsmaßnahmen auferlegten Bedingungen, wie sie in der AusfVO vorgesehen sind, sichergestellt. Der Verpflichtung zufolge eine risikoarme, nachhaltige Geschäftspolitik zu betreiben<sup>978</sup> werden die Finanzgeschäfte der begünstigten Kreditinstitute die Stabilität der Finanzmärkte fördern, das verlorene Vertrauen in den Finanzmarkt wieder aufbauen und hiermit einen positiven Impuls für den stagnierenden Interbankencreditmarkt setzen. Nicht zuletzt die Verpflichtung begünstigter Kreditinstitute im Rahmen ihrer Kreditvergabe

---

<sup>975</sup> S etwa EuGH, U v 22.05.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321, Rz 44 f; EuGH, U v 10.05.2001, Rs C-Rs 223/99 u C-260/99, *Agora und Excelsior*, Slg 2001, I-3605, Rz 35.

<sup>976</sup> Vgl *Höfler/Braun*, Private Banken als öffentliche Auftraggeber – Vergaberechtliche Implikationen des staatlichen Rettungspakets, NZBau 2009, 7 mwN: EuGH, U v 22.05.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321, Rz 43, 45.

<sup>977</sup> S dazu Vorblatt ErläutRV 682 BlgNR XXIII. GP.

<sup>978</sup> S § 2 AusfVO.

eine ausreichende Versorgung der KMU mit Krediten sowie die Hypothekarkreditvergabe an private Haushalte sicherzustellen<sup>979</sup>, spricht maßgeblich dafür, dass diese durch ihre Finanzgeschäfte auch eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen.

### 1.2.2. Aufgaben nicht gewerblicher Art

Ein gewichtiges Indiz für den gewerblichen Charakter einer Tätigkeit ist der Umstand, dass diese auf die Erzielung eines unternehmerischen Gewinns gerichtet ist oder die Einrichtung in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig ist.<sup>980</sup> Hat eine Einrichtung das wirtschaftliche Risiko der unternehmerischen Tätigkeit selbst zu tragen, ist grds davon auszugehen, dass die Einrichtung nach wettbewerblichen und wirtschaftlichen Maximen tätig wird. Trägt eine Einrichtung hingegen nicht das wirtschaftliche Risiko ihrer Entscheidungen – etwa aufgrund der bestehenden Möglichkeit staatlicher Finanzierung – ist darin ein Indiz für das Vorliegen einer nicht gewerblichen Tätigkeit zu sehen: Der Staat, der die Wahrnehmung der der Einrichtung anvertrauten Aufgaben im Gemeininteresse gewährleistet, wird idR an der Sicherstellung der Tätigkeit dieser Einrichtung interessiert sein und deren Zahlungsunfähigkeit *de facto* nur selten in Kauf nehmen.<sup>981</sup> Entsprechend hat der EuGH in seiner bisherigen Rsp die Wahrscheinlichkeit einer im „Notfall“ möglichen finanziellen Unterstützung aus öffentlichen Mitteln als Indiz für nicht gewerbliches Tätigwerden erachtet.<sup>982</sup> Allein die Begünstigung einer Einrichtung durch staatliche Unterstützungsleistungen vermag allerdings den Charakter der Nichtgewerblichkeit ihrer Tätigkeit nicht zu begründen. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG, wonach die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber jedenfalls eine überwiegende staatliche Finanzierung

---

<sup>979</sup> S § 3 AusfVO.

<sup>980</sup> Vgl EuGH, U v 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821, Rz 47ff. EuGH 10.05.2001, Rs C-Rs 223/99 u C-260/99, *Agora und Excelsior*, Slg 2001, I-3605, Rz 38.

<sup>981</sup> S etwa EuGH, U v 22.05.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321, Rz 53; EuGH, U v 16.10.2003, Rs C-283/00, *SIEPSA*, Slg 2003, I-11697, Rz 91.

<sup>982</sup> S etwa EuGH, U v 22.05.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321, Rz 55; EuGH, U v 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Slg 2003, I-1931, Rz 64.

voraussetzt.<sup>983</sup> Unbeachtlich für dessen Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber ist hingegen, ob ein Unternehmen auch andere nicht im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahrnimmt und welchen Anteil diese an der Tätigkeit des Unternehmens haben, sofern auch Aufgaben des Allgemeininteresses nicht gewerblicher Art erbracht werden.<sup>984</sup>

Die Bedingungen, die gem AusfVO an die geschäftspolitische Ausrichtung der Kreditinstitute gestellt werden, können deren Gewinnerzielungsabsicht in den Hintergrund treten lassen. Besonders deutlich wird dies etwa im Fall einer Rekapitalisierungsmaßnahme, die gem § 2 und 3 AusfVO mit den Auflagen zu verbinden ist, KMU mit Krediten zu versorgen und von risikoreichen Geschäften abzusehen: Eine mittelstandsfreundliche Kreditvergabe orientiert sich nicht ausschließlich an der Bonität des Unternehmens, weshalb die Gefahr eines Kreditausfalles erhöht ist. Ferner haben risikoarme Geschäfte eine relativ niedrige Rendite und stellen daher keine hohen Gewinne für das Kreditinstitut in Aussicht.<sup>985</sup>

### 1.2.3. Besonderer Gründungszweck

Anders als der Wortlaut der Bestimmung („zu dem besonderen Zweck gegründet“) vermuten lässt, bejaht der EuGH die Auftraggebereigenschaft einer Einrichtung selbst dann, wenn diese zwar ursprünglich zu einem anderen Zweck gegründet, in weiterer Folge aber mit der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art betraut wurde.<sup>986</sup> Nach der Rsp des EuGH ist ausreichend, dass die Übernahme der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art objektiv feststellbar ist und diese tatsächlich wahrgenommen werden.<sup>987</sup>

---

<sup>983</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> 1. Lfg (2009) § 3 Rz 70.

<sup>984</sup> IdZ wird auch von der sog „Infizierungstheorie“ gesprochen. EuGH, U v 22.05.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321, Rz 58; EuGH, U v 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Slg 2003, I-1931, Rz 56.

<sup>985</sup> Vgl *Höfler/Braun*, Private Banken als öffentliche Auftraggeber – Vergaberechtliche Implikationen des staatlichen Rettungspakets, NZBau 2009, 8.

<sup>986</sup> Vgl EuGH, U v 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*, Slg 2002, I-11617, Rz 57.

<sup>987</sup> Vgl EuGH, U v 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Slg 2000, I-8035, Rz 40.

Im Sinne dieses funktionellen Verständnisses können sohin auch aus rein privatwirtschaftlichen Überlegungen gegründete Kreditinstitute, denen erst nach ihrer Gründung im Zusammenhang mit der staatlichen Beihilfengewährung im Allgemeininteresse liegende Aufgabe übertragen werden, erfasst sein.

### **1.3. Staatliche Finanzierung oder Kontrolle**

Das Ausüben im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art macht eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese auch vom Staat beherrscht wird. Eine solche staatliche Beherrschung kann gem § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG neben (i) dem Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe insb (ii) durch eine überwiegende staatliche Finanzierung oder (iii) durch die Aufsicht über die Leitung der Einrichtung begründet werden.

Das Merkmal der „überwiegenden“ staatlichen Finanzierung ist als quantitatives Kriterium iSv mehr als der Hälfte der Finanzierung zu verstehen<sup>988</sup>, wobei alle Mittel zu berücksichtigen sind, die einer Einrichtung in einem Geschäftsjahr zur Verfügung stehen, einschließlich solcher, die aus gewerblicher Tätigkeit stammen. In Anbetracht dieser rein quantitativen Bestimmung kann festgehalten werden, dass das Vorliegen einer überwiegenden staatlichen Finanzierung eines Kreditinstituts zwar eine Frage des Einzelfalls ist, in Anbetracht der Deckelung der staatlichen Finanzhilfe jedoch unwahrscheinlich erscheint.<sup>989</sup>

Allerdings können auch aktive Aufsichtsbefugnisse, die die Geschäftspolitik einer Einrichtung betreffen, eine vergaberechtlich relevante staatliche Beherrschung konstituieren, sofern diese eine

---

<sup>988</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> 1. Lfg (2009) § 3 Rz 83 mwN.

<sup>989</sup> Vgl zum deutschen Rettungspaket *Höfler/Braun*, Private Banken als öffentliche Auftraggeber – Vergaberechtliche Implikationen des staatlichen Rettungspakets, NZBau 2009, 9.

ständige Kontrolle implizieren.<sup>990</sup> Der Rsp des EuGH zufolge kann die bloße Überwachung der Einhaltung von detaillierten Regeln bezüglich der Geschäftsführung dazu führen, dass eine Beherrschung durch Aufsicht vorliegt.<sup>991</sup> Dabei ist von Bedeutung, ob die Möglichkeit geschaffen wird, auf die Geschäftspolitik in einer Weise Einfluss zu nehmen, dass ein bestimmtes Geschäftsführungsprofil vorgegeben wird.<sup>992</sup> Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, ob das finanzielle Verhalten der Einrichtung eine Überprüfung auf seine Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit erfährt.<sup>993</sup>

Diese Möglichkeiten, Einfluss auf die Geschäftspolitik begünstigter Kreditinstitute zu nehmen, verbunden mit den in § 10 AusfVO vorgesehenen Informations- und Prüfungsrechten des Bundes, sprechen insgesamt für eine vergaberechtlich relevante Kontrolldichte der Geschäftstätigkeit begünstigter Kreditinstitute, welche eine Beherrschung durch Aufsicht und damit die erforderliche staatliche Kontrolle des Kreditinstituts begründet.

## 2. Fazit

Die angestellten Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass private, durch staatliche Beihilfen nach dem österreichischen Finanzmarktstabilisierungspaket begünstigte Kreditinstitute im Einzelfall für die Dauer der staatlichen Unterstützung zu Einrichtungen des öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG werden können und daher – abhängig von der konkreten vertraglichen Ausgestaltung der Beihilfengewährung im Einzelfall – den Bestimmungen des BVergG unterliegen können. Ausschlaggebend dafür wird im Einzelfall die Reichweite der dem Staat eingeräumten Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf die Geschäftstätigkeit des begünstigten Kreditinstituts sein.

---

<sup>990</sup> Vgl. *Holoubek/Fuchs*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup> 1. Lfg (2009) § 3 Rz 84 mwN.

<sup>991</sup> Vgl. EuGH, U v 01.02.2001, Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2001, I-939, Rz 52.

<sup>992</sup> Vgl. EuGH, U v 01.02.2001 Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2001, I-939, Rz 57.

<sup>993</sup> Vgl. EuGH, U v 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Slg 2003, I-1931, Rz 73.

## **Fünfter Teil    SCHLUSSBETRACHTUNG**

Im Bewusstsein der besonderen Sensibilität des Bankensektors hat die Kommission seit jeher eine vergleichsweise großzügige Genehmigungspraxis zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Banken in wirtschaftlichen Schwierigkeiten geübt. Während die Kommission in der Vergangenheit deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt auf der Grundlage des Art 87 Abs 3 lit c EGV und den jeweils in Geltung stehenden R&U-LL geprüft hatte, haben sich im wirtschaftlichen und politischen Umfeld der Krise Unzulänglichkeiten der restriktiven R&U-LL 2004 gezeigt. Diese haben die Kommission schließlich bewogen, unter Anerkennung der globalen Finanzkrise als Systemkrise den Ausnahmetatbestand des Art 87 Abs lit b EGV erstmals sektorummfassend anzuwenden und darauf basierend eine Reihe von Krisenmitteilungen zur beihilferechtlichen Beurteilung von Rettungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen zugunsten des Bankensektors für die Dauer der Krise zu erlassen.

Die in den Krisenmitteilungen vorgesehenen Genehmigungskriterien können insgesamt als krisenbedingt notwendige Konkretisierungen der beihilferechtlichen Grundsätze zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen und nicht als Ausnahme davon angesehen werden. Wenngleich angesichts der Krise eine temporäre Flexibilisierung der Beihilfenaufsicht sowohl in materieller als auch in faktisch-formeller Hinsicht erfolgt ist, hat die Kommission dennoch an den beihilferechtlichen Grundsätzen festgehalten. Die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise hat gezeigt, dass die gemeinschaftliche Beihilfenaufsicht auch oder gerade in einem wirtschaftlichen Umfeld wie dem gegenwärtigen keineswegs einer Aussetzung bedarf. Vielmehr ist eine maßvolle und flexible Handhabung der Beihilfenkontrolle im Bankensektor durch die Kommission geeignet, die Kohärenz der mitgliedstaatlichen Maßnahmen sicherzustellen, Subventionswettläufe zu verhindern und schließlich einen effektiven Beitrag zur Bewältigung der Krise zu liefern. Der Kommission kommt vor

diesem Aspekt nicht nur eine Schlüsselrolle bei der Bewältigung der Krise zu, sondern obliegt es ihr auch für die Aufrechterhaltung eines gesunden Wettbewerbs im Binnenmarkt im Nachfeld der Krise einer exzessiven Beihilfengewährung zugunsten des Bankensektors Schranken zu setzen.

Der Herausforderung, den Mitgliedstaaten eine rasche Finanzmarktstabilisierung zu ermöglichen und zugleich den gemeinschaftlichen Wettbewerb zu schützen, ist die Kommission mit der Herangehensweise begegnet, in zuvor ungekannter Schnelligkeit und Höhe zunächst einzelne Rettungsbeihilfen an notleidende Finanzinstitute sowie in weiterer Folge mitgliedstaatliche „Rettungspakete“ zu gewähren. Gleichzeitig hat sich die Kommission indes va durch das Erfordernis der Befristung der mitgliedstaatlichen Beihilferegelungen und durch strenge Berichtspflichten der Mitgliedstaaten eine regelmäßige Überprüfung der nationalen Beihilfenormen zugunsten des Bankensektors vorbehalten, wodurch die Geltung der Beihilferegelungen auf die Dauer der Krise beschränkt bleiben soll. Inwieweit die Kommission in der Praxis von dem durch Art 87 Abs 3 lit b EGV eingeräumten weiten Ermessensspielraum in der Vielzahl an gegenwärtig anhängigen Verfahren zur Vereinbarkeitsprüfung von im Anschluss an die Rettungsbeihilfen angemeldeten Umstrukturierungsbeihilfen Gebrauch machen wird, ist zum Zeitpunkt des Abschlusses vorliegender Arbeit noch offen. Doch kommt der Kommission in deren Rahmen die Möglichkeit zu ihre bei Genehmigung der Rettungsbeihilfen geübte Großzügigkeit im Zusammenhang mit den wettbewerbsrechtlich besonders heiklen Umstrukturierungsbeihilfen zu mäßigen und wieder größere Zurückhaltung hinsichtlich der Schnelligkeit und des Umfangs der Beihilfengenehmigung zugunsten des gemeinschaftlichen Wettbewerbsschutzes an den Tag zu legen.

In enger Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten war die Kommission in den vergangenen Monaten bestrebt den nationalen Lösungsansätzen eine binnenmarktweite Dimension und damit schließlich größere Effektivität zu verleihen. Mit dem Erlass des Finanzmarktstabilisierungspakets hat

Österreich in der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise rasch auf die sinkenden Eigenmittelquoten der heimischen Bankenlandschaft reagiert und einen gesetzlichen Rahmen geschaffen, der für betroffene Kreditinstitute eine Reihe an Unterstützungsmaßnahmen vorsieht. Nicht alles, was der Gesetzestext des FinStaG und des IBSG zulässt, hat sich jedoch als beihilferechtlich machbar erwiesen, sodass die Kommission im Rahmen des Prüfverfahrens eine Reihe weiterer Zusicherungen von Österreich eingefordert hat, die eine Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt sicherstellen sollen. Wenngleich den österreichischen Kreditinstituten ein im europaweiten Vergleich relativ hohes Beihilfevolumen zur Verfügung steht, verhält sich die Inanspruchnahme der Rekapitalisierungsinstrumente seitens der Kreditinstitute va in Anbetracht der hohen Kapitalkosten bislang jedoch eher zögerlich.

Die Kommission hat auch in der Krise den Weitblick behalten, entsprechende Vorkehrungen für eine Rückkehr zum vor der Krise geübten Prüfungsansatz zu treffen. Insb in ihrer jüngsten Krisenmitteilung, der Umstrukturierungsmitteilung, stellt die Kommission eine alsbaldige Rückkehr zu dem vor der Krise geübten und in den R&U-LL 2004 bestimmten Prüfungsansatz in Aussicht. So hat die Kommission die Geltung der Umstrukturierungsmitteilung mit einer ausdrücklichen Befristung versehen und zugleich eine Verlängerung der R&U-LL 2004, die im Nachfeld der Krise auch im Bankensektor wieder zur Anwendung gelangen sollen, bis 9. Oktober 2012 vorgenommen.

Ob es der Kommission durch ihre Beihilfenkontrolle in der Krise gelungen ist, grundlegende Wettbewerbsstrukturen auf den Finanzmärkten in Europa beizubehalten, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abschließend beurteilen. Wahrscheinlich ist indes, dass der eingetretene Konjunkturabschwung in der Folge der Finanzkrise auch noch in den nächsten Jahren zu einer bis dato nicht abschätzbaren Belastungsprobe für das gemeinschaftliche Beihilferegelerwerk – und dies nicht nur auf dem

Bankensektor – werden wird.<sup>994</sup> Dabei wäre es aus der Perspektive des Wettbewerbsschutzes auf dem Binnenmarkt zu begrüßen, wenn die Kommission auch zukünftig an der nachstehenden Maxime festhält:

*„Die Wettbewerbsvorschriften [...] dürfen nicht der kurzfristigen Befriedigung in der Krise untergeordnet werden, zu Lasten der längerfristigen Tragfähigkeit der Marktstrukturen. [...] Sonst werden die Versäumnisse und Sünden der Krise noch beschäftigen, wenn die Krise selbst schon Teil der Zeitgeschichte sein wird.“<sup>995</sup>*

---

<sup>994</sup> Vgl. Losch, Standpunkt: Das EU-Beihilfenrecht im wirtschaftspolitischen Spannungsfeld, BRZ 1/2008, 4.

<sup>995</sup> Heitzer, Ordnungspolitik in der Krise, WuW 03.04.2009, Heft 4, 359.

## Literaturverzeichnis

### I. Kommentare

*Bär-Bouyssière* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar<sup>2</sup> (2009)

*Bartosch*, EU-Beihilfenrecht Kommentar (2009)

*Boos* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg), Kreditwesengesetz. Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften<sup>2</sup> (2004)

*Cremer* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta<sup>3</sup> (2007)

*Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz, Loseblatt, 2. Lfg (2008)

*Fremuth/Laurer/ua* (Hrsg), Bankwesengesetz<sup>2</sup> (2002)

*Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/ O. Schütz*, Kommentar zum BWG, Loseblatt, 3. Auflage, Lfg 1-23 (2007)

*Mohr* in *Dellinger/Mohr* (Hrsg), EKEG (2004)

*Göth* in *Diwok/Göth* (Hrsg), Kommentar zum Bankwesengesetz I (2005)

*Rawlinson* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag Kommentar<sup>4</sup> (2006)

*Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> (2006)

*Sutter* in *Mayer* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, Kommentar unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur, 20. Lfg (2004)

*Mederer/Ysendyck* in *Groeben/Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Kommentar<sup>6</sup> II (2003)

*Wallenberg* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union - Kommentar II EL 24 (2004)

### II. Sammelwerke & Monografien

*Adamantopoulos/Pereyra-Friedrichsen*, EU Anti-Subsidy Law & Practice (2001)

*Aicher*, Gemeinschaftsrecht und österreichisches Beihilfenrecht, in *Aicher/Holoubek/Korinek* (Hrsg) Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht (2000) 217

*Bauer*, Beihilfen im Bankwesen im Lichte der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, Diplomarbeit Wirtschaftsuniversität Wien (2008)

*Blauberger*, Staatliche Beihilfen in Europa, Die Integration der Beihilfekontrolle in der EU und die Europäisierung der Beihilfepolitik in den neuen Mitgliedstaaten (2008)

*Breitenfeld/Ertl*, Europäisches Beihilfenrecht und öffentliche Aufträge (2007)

*Bruni/Llewellyn* (Hrsg), The failure of Northern Rock: A multi-dimensional case study (2009)

*Bührle*, Gründe und Grenzen des „EG-Beihilfenverbots“ (2006)

*Büsching/Homann/Wiese*, Das Europäische Beihilfenrecht – Ein Leitfaden für die Praxis<sup>2</sup> (2008)

*Cichy*, Wettbewerbsverfälschungen durch Gemeinschaftsbeihilfen (2002)

*Crellwitz*, Artikel 87 EGV zwischen Wettbewerbsfreiheit und Beschäftigungspolitik – Recht und Praxis staatlicher Beihilfengewährung als arbeitsmarktpolitisches Mittel (2001)

*Eder/Hörl/Winkler*, Finanzmarktstärkung in Europa (2008)

*Eilmansberger* (Hrsg), Beihilfenrecht (2004)

*Frenz*, Handbuch Europarecht III – Beihilfe- und Vergaberecht (2007)

*Friederiszick/Röller/Verouden*, European State Aid Control: An Economic Framework, in *Buccirossi* (Hrsg), Advances in the Economics of Competition Law (2006)

*Geiss*, Rechtsstaatliche Grundsätze im Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine Analyse von Funktion und Wirkungsweise ausgewählter allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts (2001)

*Gross*, Das Europäische Beihilfenrecht im Wandel – Probleme, Reformen und Perspektiven (2004)

*Hancher/Ottersvanger/Slot*, State Aids (2006)

- Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht<sup>5</sup> (2006)  
*Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre<sup>4</sup> (2007)
- Hasselmann*, Die Ausschlußtatbestände für den Beihilfebegriff des Art. 87 EG-Vertrag am Beispiel von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im öffentlich-rechtlichen Bankensystem der Bundesrepublik Deutschland (2001)
- Hattenberger*, Finanzkrise: Bankenrettungspakete und Beihilfenverbot, in *Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009), 221
- Heidenhain* (Hrsg), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003)
- Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2007 (2007)
- Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2008 (2008)
- Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009)
- Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien* (Hrsg), Notleidende Banken: Fakten – Wirkungen – Lösungen, Beiträge zur Wirtschaftspolitik Nr 23 (2009)
- Kinzl*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung: Unbegrenzte staatliche Einstandspflicht für öffentliche Banken unter dem Beihilfe- und Durchführungsverbot des EG-Vertrages (2000)
- Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht<sup>2</sup> (2005)
- Kühnhöfer*, Die Staatlichkeit von Beihilfen. Mittel- und Transferzurechnung nach Art 87 Abs 1 EG-Vertrag (2004)
- Lageard*, Die staatlichen Beihilfen im europäischen Gemeinschaftsrecht – Aktuelle Rechtsprechung des EuGH (2003)
- Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU<sup>2</sup> (2009)
- Meier*, Die Beurteilung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen in der Luftfahrtindustrie nach europäischem Beihilfenrecht (2004)
- Metaxas*, Grundfragen des europäischen Beihilfenrechts (2003)
- Nehl*, Baustelle VerfahrensVO (Beihilfereform II) – Verfahrensrechtliche Reformen durch „soft-law“? in *Jäger*, (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009) 163 f
- Nicolaidis/Kelekis/Kleis* (Hrsg), State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice<sup>2</sup> (2008)

*Niggemann*, Staatsbürgschaften und Europäisches Beihilfenrecht (2001)

*Oberender*, Der „more economic approach“ in der Beihilfenkontrolle (2008)

*Palombini*, Staatsbürgschaften und Gemeinschaftsrecht (2000)

*Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Vertikal- und Horizontalleitlinien im reformierten Europäischen Wettbewerbsrecht (2005)

*Putzer*, Finanzmarktstabilitätspaket (2009)

*Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (2003)

*Sánchez Rydelski*, Handbuch EU Beihilfenrecht (2003)

*Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg), Bankrechts-Handbuch<sup>3</sup> II (2007)

*Schmidt/Schmidt*, Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle<sup>2</sup> (2006)

*Schroth*, Einlagensicherung (2003)

*Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 1781ff

*Sollgruber*, Grundzüge des europäischen Beihilfenrechts 2007-2013 (2007)

*Stopper*, Instrumente europäischer Wettbewerbspolitik (2008)

*Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Beihilfenrecht (2004)

*Sutter*, Das EG-Beihilfenverbot und seine Durchführung (2005)

*Tolkmitt*, Neue Bankbetriebslehre. Basiswissen zu Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen<sup>2</sup> (2007)

*Wagner*, Ausfallhaftung österreichischer Gebietskörperschaften für bestimmte Kreditinstitute und deren Vereinbarkeit mit dem EG-Beihilfenrecht (2004)

*Weinkamm*, EG-Beihilfen und die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland (2003)

*Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004)

### III. Artikel

*Andriessen*, The Role of Anti-Trust in the Face of Economic Recession: State Aids in the EEC, ECLR 1983, 286

*Anestis/Mavroghenis/Drakakakis*, Rescue and Restructuring Aid. A Brief Assessment of the Principle Provisions of the Guidelines, in E EStAL 1/2004, 27

*Anning/Terlau*, Maßnahmen gegen die Finanzmarktkrise – Großbritannien, RIW 1-2/2009, 54

*Arhold*, Germany's Response to the Financial and Economic Crisis – an Overview, EStAL 2/2009, 118

*Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, EuZW 23/2008, 713

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2003/2004, EStAL 2/2004, 167

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2004/2005, EStAL 2/2005, 175

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2005/2006 (Part 1), EStAL 2/2006, 215

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2005/2006 (Part 2), EStAL 3/2006, 465

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2006/2007 (Part 1), EStAL 2/2007, 151

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2006/2007 (Part 2), EStAL 3/2007, 435

*Arhold*, The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2007/2008, EStAL 3/2008, 441

*Bartosch*, Der „More Economic Approach“ in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission in Beihilfesachen, RIW 2007, 683

*Bartosch*, The more Refined Economic Approach – Still some Room for Fine-tuning? EStAL 4/2007, 587

*Bartsch*, Die Geister, die ich rief...Das Trauerspiel der aktuellen Finanzmarktkrise in drei Akten, NJW 46/2008, 3337

*Bauer/Hesse*, EU-Kommission: “Bad Bank” auch in Österreich möglich, Wirtschaft & Recht – 25.03.2009, Der Standard 2009/13/01

*Biondi*, Review of Judgment in Case C-222/04 – Ministero dell’Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA et al., EStAL 2/2006, 371

*Blauberger*, From Negative to Positive Integration? European State Aid Control through Soft and Hard Law, MPifG Discussion Paper 08/4, April 2008. Online: [http://www.mpifg.de/pu/mpifg\\_dp/dp08-4.pdf](http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf) (07.08.2009)

*Bousin/Piernas*, Developments in the Notion of Selectivity, EStAL 4/2008, 634

*Brück/Schalast/Schanz*, Das 1. Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz: Lex Hypo Real Estate oder doch mehr?, BB 2009, 25, 1306

*Brunnermeier*, Deciphering the Liquidity and Credit Crunch, Journal of Economic Perspectives, Bd 23/1, Winter 2009, 77. Online: [http://www.princeton.edu/~markus/research/papers/liquidity\\_credit\\_crunch.pdf](http://www.princeton.edu/~markus/research/papers/liquidity_credit_crunch.pdf) (17.06.2009)

*Cambas/Graeper/Moser/Simon/Soelter*, German Landesbanken: Recovery of more than € 3 billion, plus interest, from WestLB and six other public banks, CPN 2005 Nr 1, 108

*Cecchetti*, Crisis and Responses: the Federal Reserve and the Financial Crisis of 2007-2008, NBER Working Paper No 14134, June 2008

*Chene*, The Commission’s current agenda in European State Aid control, in EStAL 2004, 7

*Claessens/Laeven*, What drives bank competition? Some international evidence, Journal of Money Credit & Banking, Vol 36 2004

*Coutrelis*, Measures taken in France in relation to the financial Crisis and accepted by the Commission, EStAL 2/2009, 116

*Da Cruz Vilaça*, Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments, EStAL 4/2009, 443

*Dallmann/Reich-Rohrwig*, Staatshilfe für Banken, *ecolex* 2008, 1076

*Danwitz von*, Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, *JZ* 2000, 429

*Derenne*, Aides d'état Chroniques – Crise financière globale, *Concurrences* 4/2008, 104.

*Drijber/Burmester*, Competition Law in a Crashed Economy: State Aid to the Financial Sector, *Ondernemingsrecht* 2009-14, 577

*D'Sa*, „Instant“ State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn? EStAL 2/2009, 139

*Eder/Böck/Fleischhacker*, Österreichs Kreditinstitute im Jahr 2008, *ÖBA* 4/2009, 245

*Egger*, Beihilfenverbot und Privatisierungen: Bank Burgenland und die aktuelle Praxis – Teil 1, *BRZ* 1/2008, 32

*Ehricke*, Auflagen, Bedingungen und Zusagen in Beihilfeentscheidungen der Kommission, *EWS* 2006, 241

*Ehricke*, Die neuen Leitlinien der EG-Kommission über Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen, *EuZW* 3/2005, 71

*Ehricke*, Grundprobleme staatlicher Beihilfen an ein Unternehmen in der Krise im EG-Recht, *WM* 2001 (Sonderbeilage Nr 3)

*Eilmannsberger*, Zur Anwendung des EG-Beihilfeverbots auf staatliche Kreditbürgschaften, *ÖZW* 2000, 1

*Ehlermann*, State Aid Control; Failure or Success?, Vortragsmanuskript v 18.01.1995, veröffentlicht auf der Website der GD Wettbewerb.

*Eriksson*, Measures enacted in order to stabilize Credit Institutions and the National Economy: Sweden, EStAL 2/2009, 132

*Flägel/Smith*, Maßnahmen gegen die Finanzmarktkrise – USA, *RIW* 1-2/2009, 51

*Foeking/Ohrlander/Ferdinandusse*, Competition and the financial markets: The role of competition policy in financial sector rescue and

restructuring, CPN 1/2009, online:  
[http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn\\_2009\\_1.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn_2009_1.html)  
(14.11.2009)

*Fragner/Schimka*, Stabilisierung der Finanzmärkte, GesRZ 2008, 327

*Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, Die Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva der Kommission vom 25. Februar 2009, März 2009, online:  
[www.freshfields.com/publications/pdfs/2009/mar09/25406.pdf](http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2009/mar09/25406.pdf)  
(20.08.2009)

*Frey*, Wir kommen um Bad-Bank-Modell nicht herum, Wirtschaft & Recht 03.06.2009, Der Standard 2009/23/02

*Friederiszick/Troge*, Applying the Market Economy Investor Principle to State Owned Companies – Lessons learned from the German Landesbanken Cases, in CPN 2006, 105

*Friesen von*, Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 19/1999, 581

*Gerard*, EC Competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles, Concurrences 1/2009, 46

*Giesberts/Kleve*, „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht - Das Ryanair-Urteil des EuG, EuZW 2009, 287

*Giesberts/Streit*, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 14/2009, 484

*Gobbato*, The Italian anti-crisis Strategy, EStAL 2/2009, 130

*Graeper/Moser*, Enforcement of State aid control in the banking sector: Bankgesellschaft Berlin AG, CPN 2004 Nr 2, 94

*Gröhs/Havranek/Prändl*, Die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen in der Finanzmarktkrise, Aufsichtsrat aktuell 1/2009, 8, auch online: <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Austria/Local%20Assets/Documents/HCAS/Vorstandsverguetungen.pdf> (27.10.2009)

*Haarmann*, Finanzkrise: Wie sollte eine „Bad Bank“ aussehen? BB 10/2009, M1

*Hall*, Competition law and the credit crunch; do the usual State aid rules still apply? PLC 22 January 2009, 3

*Hancher*, Towards a new definition of a State aid under European Law: is there a new concept of State aid emerging?, EStAL 3/2003, 365

*Hansen/Ysendyck/Zühlke*, The Coming Age of EC State Aid Law: A Review of the Principal Developments in 2002 and 2003, ECLR 25 (2004), 202

*Hatton/Coumes*, European Commission Adopts Guidance on State Aids to the Financial Sector, Vol 30, Issue 2, ECLR 2009, 51

*Haucap*, Wirtschaftskrise – Krise der Marktwirtschaft? WuW v 06.03.2009, Heft 03, 247

*Haverkamp/Schmidt*, Reaktionen auf die Finanz- und Wirtschaftskrise im Beihilfenrecht – Deutschland und Europa, BRZ 2009, 71

*Heidhues/Nitsche*, Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach, EStAL 2006, 23

*Heitzer*, Ordnungspolitik in der Krise, WuW 03.04.2009, Heft 4, 359

*Hödl*, Kapitäles Dilemma für die Bankenretter, Der Standard 2008/49/01 v 03.12.2008

*Hödl*, Staatliche Eigenkapitalinstrumente in der Finanzkrise – Umsetzung in der Praxis, ecolex 2009, 113

*Höfler/Braun*, Private Banken als öffentliche Auftraggeber – Vergaberechtliche Implikationen des staatlichen Rettungspakets, NZBau 2009 Heft 1.

*Hoffer/Epler*, Beihilfen und gemeinwirtschaftliche Leistungen, ecolex 2003, 566

*Honoré*, Financial Crisis – Measures in Denmark, EStAL 2/2009, 115

*Horn*, Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und das Risikomanagement zur globalen Finanzkrise, BKR 2008, 452

*Horn*, Einfluss der EU-Vorgaben bei Anwendung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, BB 10/2009, 450

*Huber/Kristoferitsch*, Der Transparenzgrundsatz im Beihilfenrecht, in *Jäger*, Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009)

*Idot*, Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire, RTD Eur 1998, 295

*Inwinkl*, Maßnahmen gegen die Finanzkrise – Österreich, RIW 1-2/2009, 60

*Jäger*, Bankenkrise: Stößt die Wettbewerbsaufsicht an ihre Grenzen? *ecolex* 2008, 982

*Jäger*, BAWAG-Bürgschaft, Beihilfeverbot und Konkurrentenrechtsschutz, *ecolex* 2006, 445

*Jäger*, Bestand und Betrieb öffentlicher Kreditinstitute als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der Staat und „seine“ Banken im gemeinschaftlichen Rechtsrahmen, *JB* 7/2005, 419

*Jäger*, Bestand und Betrieb öffentlicher Kreditinstitute als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der Staat und „seine“ Banken im gemeinschaftlichen Rechtsrahmen, *JB* 8/2005, 487

*Jäger*, How much flexibility do we need? Commission crisis management revisited, *EStAL* 1/2009, 3

*Jäger*, Staatliche Ausfallhaftungen für Kreditinstitute als gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen – Eine Bewertung des § 92 Abs 9 BWG nach Abschaffung der Gewährträgerhaftung in Österreich, *ÖBA* 2/2005, 104

*Jäger*, Systemfragen des More Economic Approach im Beihilfenrecht, *WuW* v 09.10.2008, 1064

*Jäger/Thyri*, Zwischenbilanz zur Beihilfereform, *ecolex* 2007, 316

*Jann*, Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der EG, *ÖZW* 2000, 53

*Jestaedt/Amory*, Beihilfen für Banken in der Finanzmarktkrise, online: [www.jonesday.com/.../State%20Aid%20in%20Financial%20Markets.pdf](http://www.jonesday.com/.../State%20Aid%20in%20Financial%20Markets.pdf) (17.08.2009)

*Jestaedt/Häsemeyer*, Die Bindungswirkung von Gemeinschaftsrahmen und Leitlinien im EG-Beihilfenrecht, *EuZW* 1995, 787

*Jestaedt/Wiemann*, Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? *WuW* v 5.6.2009, 606

*Jung*, Stabilising the UK – a brief Overview of Measures adopted by the UK Government, *EStAL* 2/2009, 136

*Kathrein*, Vertrauen ist gut, ...: Das Finanzmarktstabilitätspaket, ÖJZ 2008/87

*Kaupa*, Führt der „more economic approach“ im Beihilfenrecht zu einer Reduktion öffentlicher Handlungsfähigkeit? in *Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht 2009 (2009), 385

*Kaupa*, Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise, *juridikum* 2009, 108

*Kaupa*, The More Economic Approach – a Reform based on Ideology, *EStAL* 3/2009, 311

*Kehoe*, Ireland – Responses to the financial Crisis, *EStAL* 2/2009, 126

*Koenig*, „Instant State Aid Law“ in a Financial Crisis, State of Emergency or Turmoil, *EStAL* 4/2008, 627

*Koenig/Kühling*, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, *NJW* 2000, 1065

*Körmert/Papenburg*, Zusammenschlüsse von Kreditbanken, Sparkassen und Genossenschaftsbanken in Schweden, Finnland und Norwegen im Gefolge der nordischen Bankenkrise der 1990er Jahre, *ÖBA* 2009, 112

*Krassnig*, Staatliche Bürgschaften im EU-Beihilfeaufsichtsrecht und ihre Rückabwicklung im Fall unrechtmäßiger Gewährung, *ÖJZ* 1996, 447

*Kreisl*, Verordnung des BMF zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitätsgesetz und dem Interbankmarktstärkungsgesetz, *ZFR* 2008, Heft 6, 242

*Kruse*, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilfenrechts – Beihilfenrechtliche Erwägungen im Anschluss an die gegenwärtig geführte Diskussion zu den Landesbanken, *NVwZ* 7/2000, 721

*Kurcz/Vallindas*, Can general measures be ... selective? Some thoughts on the interpretation of a State aid definition, in *CMLR*, 2008, 159

*Landesmann/Stöllinger*, Entwicklungen der Weltwirtschaft im Kontext der Finanzmarktkrise, Forschungsarbeit des Wiener Instituts für Internationale Wirtschaftsvergleiche, Jänner 2009

*Lenoir/Combet*, Crise et aides d'État: L'opportune résurgence de l'article 87-3-b CE, Concurrences, 2/2009, n°25836

*Lindinger*, Vernichtung von Banksicherheiten durch EU-Beihilfenverbot?, ÖBA 1996, 169

*Loeffler/Boeshertz*, Enforcement of State aid control in the banking sector: BAWAG-PSK, CPN 3/2007, 106

*Losch*, Das EU-Beihilfenrecht im wirtschaftspolitischen Spannungsfeld, BRZ aktuell 1/2008, 4

*Lübbig*, Neue Entwicklungen im Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaften, WuW 1999, 249

*Luja*, State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework, EStAL 2/2009, 145

*Maes/Kilijanski*, Competition and the financial markets: Financial sector conditions and competition policy, CPN 1/2009, online: [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn\\_2009\\_1.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn_2009_1.html) (14.11.2009)

*Martin-Ehlers*, Der „Private Investor“ als Maßstab für das Vorliegen staatlicher Beihilfen, EWS 1999, 244

*Matthias/Werner*, Reform of procedural rules for state aid cases, CPN 2004 Nr 2, 91

*Mederer*, Konsolidierung des europäischen Beihilfenrechts, ecolex 1999, 207

*Merola/Iranetz/Colomo*, Aides d'Etat et secteur bancaire: Une étude des effets de la réforme, Concurrences 1/2007.

*Mitterlehner/Nowotny/Leitl* ua, Diskussion: „Kreditklemme“ – real oder gefühlt? ÖBA 2009, 1

*Monti*, The Community's State Aid Policy, Vortragsmanuskript v 30. März 2000, veröffentlicht auf der Website der GD Wettbewerb unter der Referenznummer Speech/00/113

*Möschel*, Finanzkrise und Marktwirtschaft, WuW 2008 Heft 12, 1283

*Moser/Pesaresi/Soukup*, State guarantees to German public banks, a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community, CPN 2002, Nr 2 Juni, 1 ff

*Munoz de Juan*, Spain – fighting the financial and economic Crisis, EStAL 2/2009, 133

*Nicolaidis*, Incentive Effect: Is State Aid Necessary when Investment is Unnecessary? EStAL 2008, 230

*Nicolaides/Kekelekis*, When do Firms in Trouble Escape from State Aid Rules, EStAL 1/2005, 17

*Niemeyer/Hirsbrunner*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art 87 EG, EuZW 12/2000, 364.

*Nordberg*, Unternehmenssanierung durch die öffentliche Hand und EU-Beihilfenrecht, ecolex 2000, 260

*Nordberg*, Aktuelle Entwicklungen zu staatlichen Beihilfen zur Überwindung der Finanzkrise, BRZ 2009, 10

*Nowotny*, Aktuelle Perspektiven des internationalen Bankensystems, ÖBA 2008, 687

*oA*, State aid for banks: Penance for their sins – Competition watchdogs are the new masters of European banking, The Economist Print Edition, 8. Oktober 2009

*oA*, Weathering through the credit crisis: Ist he Community equipped to deal with it?, Editorial Comments, 46 CMLR 2009, 3

*Pampel*, Europäisches Wettbewerbsrecht – Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im Europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 16/1 2005, 11

*Pesaresi/de la Rochefordière*, Crises bancaires: un bilan de l'application des règles de la concurrence en matière d'aides d'Etat. Lecons de la crise du Crédit Lyonnais, in CPN 2000 Nr 3 October, 12

*Pisani-Ferry/Sapir*. Weathering the Storm, Bruegel Policy Contribution 2009/03, 4

*Putzer*, Finanzmarktstabilisierung: Das österreichische Maßnahmenpaket, ZFR 2009/32, 50

*Quardt*, Zur Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, EuZW 14/2002, 424.

*Quardt/Lipinsky*, Beihilfenkontrolle in der Krise, BRZ 2009, 63

*Quigley*, The Notion of a State Aid in the EEC, EurLawRev 1988, 242.

*Rabl*, Das Banken-Paket im Überblick, ZFR 2008, Heft 6, 240

- Raschauer*, Anlegerentschädigung neu, ZFR 2009/2, 2
- Rauchenwald*, Zwischenbilanz zur Beihilfereform, in *Jäger* (Hrsg), Beihilfenrecht Jahrbuch 2009 (2009), 145
- Rebhahn*, Grundlagen des Beihilfenrechts aus österreichischer und europäischer Sicht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Beihilfenrecht (2004) 1
- Reich/Rohrwig*, Eigenmittel für Banken – Definitionen des BWG, *ecolex* 2008, 1079
- Rijn van*, Die Rolle der Gemeinschaftsinstitutionen während der Krise, *EuZW* 7/2009, 193
- Rossi-Maccanico/Sansonetti*, Survey of State Aid in the Lending Sector, in *European Business Law Review*, 2007, 1353
- Rubini*, The “Elusive Frontier”: Regulation under EC State Aid Law, *EStAL* 3/2009, 277
- Rüffler*, Privatrechtliche Probleme der Subventionsgewährung: Der Einfluss des Gleichheitssatzes auf den Rechtsschutz im Subventionsrecht, *JBl* 2005, 409
- Rumersdorfer*, Financial Crisis – Remedial Measures in Austria, *EStAL* 2/2009, 113
- Schatzl*, Leerverkaufsverbotsverordnung der FMA, ZFR 2008, 243
- Schmidtchen*, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, *WuW* 2006
- Schummer*, Gemeindesparkassen im Visier der europäischen Wettbewerbshüter. Ausfallhaftung der öffentlichen Hand widerspricht EG-Vertrag, *RFG* 2003/34, 135
- Schütterle*, Die Beihilfenkontrollpraxis der Europäischen Kommission im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, *EuZW* 13/1995, 391
- Schweda*, Die Bindungswirkungen von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission, *WuW* 2004, 1133
- Simon*, The Application of the Market Economy Investor Principle in the German Landesbanken cases, *EStAL* 3/2007, 499
- Sloccock*, The Market Economy Investor Principle, *CPN* 2/2002, 23 ff

*Soltész*, „Fast track“ – Beihilfenkontrolle durch die Kommission in Zeiten der Finanzkrise, Börsen-Zeitung v 15.10.2008, 2

*Soltész/Bielez*, Judicial Review of State Aid Decisions – Recent Developments ECLR 2004, 133

*Soltész/Marquier*, Härtere Zeiten für notleidende Unternehmen? Die neuen Kommissionsleitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, EWS 2005, 241

*Soukup*, Recent developments on State guarantees for German public banks, in CPN 2001, Nr 2 Juni, 51 ff

*Stadler*, Finanzmarktpolitische und regulatorische Ursachen der Finanzmarktkrise, ecolex 2009, 104

*Suchsland-Maser*, Blickpunkt EU-Beihilfenpolitik / Warum nutzen bisher so wenige Unternehmen den deutschen Rettungsfonds? SR v 15.05.2009, Heft 4/5, 112

*Sühnel*, „Der Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EWS 2007, 115

*Thyri/Takacs*, Crisis related State aid for the financial Sector in Hungary – the „Bank Stability Act“, EStAL 2/2009, 124

*Ungerer*, State Aids 2008/2009 – 12 months of crisis management and reforms, Keynote Address, 7<sup>th</sup> Experts' Forum on New Developments in European State Aid Law 2009, 14.05.2009

*Ungerer*, State Aid and the banking sector – the European banking sector's futures, Keynote Address, Unico Round Table on Risk Management 2009, 22.06.2009

*Ungerer*, After the State Aid Action Plan: The EU's new State Aid framework, Speech, EU State Aid Summit, 23./24.6.2009

*Ungerer*, An EU perspective on National Intervention and State aid in the current financial and economic crisis, Speech, Kreab & Gavin Anderson Roundtable, 03.06.2009

*Valle/Van de Castele*, Revision of the Rescue and Restructuring Guidelines: A Crackdown?, EStAL 1/2004, 9

*Valle/Van de Castele*, Revision of the State aid Rescue and Restructuring Guidelines, CPN 3/2004, 58

*Van Miert*, Competition Policy and Banking Sector, Rede v 19.10.1995, Verband öffentlicher Banken, Bonn/Bad Godesberg, online:

[http://ec.europa.eu/competition/Speeches/text/sp1995\\_212\\_de.html](http://ec.europa.eu/competition/Speeches/text/sp1995_212_de.html)  
(14.11.2009)

*Werner/Maier*, Procedure in Crisis? Overview and Assessment of the Commission's State Aid Procedure during the Current Crisis, EStAL 2/2009, 177

*Wiemer*, Bankenkrise und Staatliche Beihilfen, BRZ 1/2009, 9

*Winter*, Re(de)fining the notion of State aid in Article 87 (1) of the EC Treaty, CMLR 2004, 475

*Witterauf*, Die internationale Finanzkrise – Ursachen, Auswirkungen und Konsequenzen, in Argumentation Kompakt v 13.10.2008, Hanns-Seidel-Stiftung, online  
[http://www.hss.de/uploads/tx\\_ddceventsbrowser/081016\\_Argumentation-kompakt.pdf](http://www.hss.de/uploads/tx_ddceventsbrowser/081016_Argumentation-kompakt.pdf) (16.11.2009)

*Wolfgring*, Was ist Eigenkapital der Banken in der Krise eigentlich wert? ÖBA 2008, 846

*Wollmann*, Staatliche Hilfsmaßnahmen in der Finanzkrise – Beihilfenrechtliche Rahmenbedingungen, ecolex 2009, 109

#### **IV. Verzeichnis der Veröffentlichungen der Europäischen Kommission**

##### **1. Wettbewerbsberichte und Beihilfenanzeiger (chronologisch)**

*Komm*, XXV. Wettbewerbsbericht 1995

*Komm*, XXXI. Wettbewerbsbericht 2001

*Komm*, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Herbstausgabe 2006, K(2006) 761

*Komm*, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Herbstausgabe 2008, K(2008) 751

*Komm*, Anzeiger für staatliche Beihilfen, Frühjahrsausgabe 2009, Sonderausgabe „Staatliche Beihilfen in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, K(2009) 164

##### **2. Sonstige Veröffentlichungen**

*Komm*, Bericht der Kommission an den Rat über Dienstleistungen von Allgemeininteresse im Banksektor v 17.06.1998

*Komm*, Aktionsplan staatliche Beihilfen: Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005-2009 v 07.06.2005, K(2005) 107

*Komm*, Arbeitspapier „Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag v 15.05.2009, online: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/economic\\_assessment\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_de.pdf) (17.08.2009)

### **3. Memos**

Memo/08/363 v 04.06.2008, Staatliche Beihilfen: Kommission gibt grünes Licht für Umstrukturierung der SachsenLB – Antworten auf häufig gestellte Fragen

Memo/08/757 v 02.12.2008, State Aid: Commissioner Kroes briefs Economics and Finance Ministers on financial crisis measures

Memo/09/359 v 23.07.2009, State Aid: Commission presents guidelines on restructuring aid to banks – frequently asked questions

Memo/09/499 v 12.11.2009, State Aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial/economic crisis

### **4. Reden und Vorträge von Neelie Kroes**

Speech/08/498 v 06.10.2008: Dealing with the current financial crisis

Speech/09/152 v 30.03.2009: Competition, the crisis and the road to recovery

Speech/06/306 v 23.06.2009: Banks must reform and restructure

Speech/09/385 v 11.09.2009: Competition law in an economic crisis

Speech/09/408 v 24.09.2009: Antitrust and State Aid Control – The lessons learned

Speech/09/420 v 29.09.2009: Lessons learned from the economic crisis

## **Rechtsquellenverzeichnis**

### **I. Europäische Rechtsquellen**

#### **1. Primärrecht**

Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)

#### **2. Sekundärrecht**

##### **2.1 Richtlinien**

RL 80/723/EWG der Kommission v 25.06.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Transparenzrichtlinie), ABI 1980 L 195/35; zuletzt geändert durch RL 2006/111/EG v 16.11.2006, ABI 2006 L 318/17.

RL 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 30.05.1994 über Einlagensicherungssysteme, ABI 1994 L 135/5

RL 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 20.03.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABI 2000 L 126, 1; zuletzt geändert durch RL 2006/48/EG v 14.06.2006, ABI 2006 L 177/1

RL 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 14.06.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABI 2006 L 177/201

##### **2.2 Verordnungen**

VO (EG) 659/1999 des Rates v 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93 des EG-Vertrages (Verfahrensverordnung), ABI 1999 L 83/1

VO (EG) 1/2003 des Rates v 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1/1

VO (EG) 794/2004 der Kommission v 21.04.2004 zur Durchführung der VO (EG) 659/1999 des Rates v 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 93 des EG-Vertrages (Verfahrens-Durchführungsverordnung), ABI 2004 L 140/1; zuletzt geändert durch VO (EG) 271/2008 v 30.01.2008, ABI 2008 L 82/1

VO (EG) 1998/2006 der Kommission v 15.12.2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen (De-minimis-Verordnung), ABI 2006 L 379/5

### **3. Verzeichnis der Kommissionsentscheidungen (chronologisch)**

Komm, E v 07.10.1987 betreffend das Gesetz 1386/1983 über Industriebeihilfen der griechischen Regierung, ABI 1988 L 76/18

Komm, E v 26.07.1995, ABI 1995 L 308/92 – *Crédit Lyonnais I*

Komm, E v 20.05.1998, Fall C 47/1996, ABI 1998 L 221/28 – *Crédit Lyonnais II*

Komm, E v 22.07.1998, ABI 1999 L 103/19 – *Société de Banque Occidentale*

Komm, E v 29.07.1998, ABI 1999 L 116/36 – *Banco di Napoli*

Komm, E v 23.06.1999, Fall C 30/96, ABI 2001 L 34/36 – *Crédit Foncier de France*

Komm, E v 30.07.1999, ABI 1999 L 198/1 – *Société Marseillaise de Crédit*

Komm, E v 10.11.1999, ABI 2000 L 256/21 – *Banco di Sicilia e Sicilcassa*

Komm, E v 25.07.2001, Fall NN 53/2001, ABI 2002 C 130/5 – *Bankgesellschaft Berlin I*

Komm, E v 30.04.2003, Fall E 8/2002, ABI 2003 C 175/04 – Österreich; Ausfallhaftung des Bundes, der Länder und der Gemeinden in Österreich für bestimmte Kreditinstitute (Landeshypothekenbanken und Sparkassen).

Komm, E v 07.05.2004, Fall C 44/2003, ABI 2005 L 263/8 – *Bank Burgenland*

Komm, E v 18.02.2004, Fall C 28/2002, ABI 2005 L 116/1 – *Bankgesellschaft Berlin II*

Komm, E v 22.09.2004, Fall C 34/2003, ABI 2005 L 100/26 – *Compagnie Marseille Réparation*

Komm, E v 01.12.2004, Fall C 10/2004, ABI 2005 L 342/81 – *Bull*

Komm, E v 06.11.2005, Fall NN 71/2005, ABI 2006 C 241/12 – *HSH Nordbank*

Komm, 08.06.2007, Fall N 258/2007, ABI 2007 C 166/5 – *Rohde*

Komm, E v 27.06.2007, Fall C 50/2006, ABI 2008 L 83/7 – *BAWAG-PSK*

Komm, E v 10.07.2007, Fall N 561/2006, ABI 2007 C 191/1 – *Construction Mécanique de Normandie*

Komm, E v 05.12.2007, Fall N 70/2007, ABI 2008 C 43/1 – *Northern Rock I.*

Komm, E v 02.04.2008, Fall NN 1/2008, ABI 2008 C 135/21 – *Northern Rock II.*

Komm, E v 30.04.2008, Fall C 56/06, ABI 2008 L 239/32 – *Bank Burgenland (Privatisierung)*

Komm, E v 27.02.2008, Fall C 10/2008, ABI 2008 C 76/5 – *IKB*

Komm, E v 30.04.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3 – *WestLB Risikoabschirmung*

Komm, E v 04.06.2008, Fall C 9/2008, ABI 2009 L 104/34 – *Sachsen LB*

Komm, E v 17.07.2008, Fall NN 25/2008, ABI 2008 C 189/3 – *WestLB*

Komm, E v 31.07.2008, Fall NN 36/2008, ABI 2008 C 238/2 – *Roskilde I*

Komm, E v 01.10.2008, Fall NN 41/2008, ABI 2008 C 290/51 – *Bradford & Bingley*

Komm, E v 02.10.2008, Fall NN 44/2008, ABI 2008 C 293/51 – *Hypo Real Estate*

Komm, E v 10.10.2008, Fall NN 51/2008, ABI 2008 C 73/2 – *Garantieregung für Banken in Dänemark*

Komm, E v 13.10.2008, Fall NN 48/2008, ABI 2008 C 312/2 – *Garantieregung für Banken in Irland*

Komm, 13.10.2008, Fall N 507/2008, ABI 2008 C 290/4 – *Garantieregung für Banken im Vereinigten Königreich*

Komm, E v 21.10.2008, Fall C 10/2008, ABI 2009 L 278/32 – *IKB.*

Komm, E v 27.10.2008, Fall N 512/2008, ABI 2008 C 293/02 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*

Komm, E v 30.10.2008, Fall N 524/2008, ABI 2008 C 328/09 – *Garantieregung für Banken in den Niederlanden.*

Komm, E v 31.10.2008, Fall N 548/2008, ABI 2009 C 123/1 – *Französische Regelung zur Refinanzierung von Kreditinstituten*

Komm, E v 05.11.2008, Fall NN 39/2008, ABI 2009 C 12/3 – *Roskilde II*

Komm, E v 12.11.2008, Fall N 528/2008, ABI 2008 C 328/10 – *ING*

Komm, E v 13.11.2008, Fall N 567/2008, ABI 2008 C 309/7 – *Finnische Garantieregung für Finanzinstitute*

Komm, E v 19.11.2008, Fall NN 49/2008, ABI 2009 C 181/42 – *Dexia*

Komm, E v 19.11.2008, Fall N 574/2008, ABI 2009 C 38/2 – *Fortis I*

Komm, E v 19.11.2008, Fall N 560/2008, ABI 2009 C 125/6 – *Stützungsmaßnahmen zugunsten von Kreditinstituten in Griechenland*

Komm, E v 03.12.2008, Fall NN 42/2008, ABI 2009 C 80/7 – *Fortis II*

Komm, E v 09.12.2008, Fall N 557/2008, ABI 2009 C 3/2 – *Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitäts- und dem Interbankmarktstärkungsgesetz für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in Österreich*

Komm, E v 12.12.2008, Fall N 625/2008, ABI 2009 C 143/1 – *Rettungspaket für Kreditinstitute in Deutschland*

Komm, E v 18.12.2008, Fall N 602/2008, ABI 2009 C 109/4 – *KBC*

Komm, E v 22.12.2008, Fall N 639/2008, ABI 2009 C 63/14 – *IKB*

Komm, E v 31.03.2009, Fall C /2009, ABI – *ING*

Komm, E v 07.05.2009, Fall N 244/2009, ABI 2009 C 147/4 – *Commerzbank*

Komm, E v 12.05.2009, Fall C 43/08, ABI 2009 L 345/1 – *WestLB*

Komm, E v 07.10.2009, Fall, ABI 2009 C 305/ – *WestLB zusätzliche Risikoabschirmung*

Komm, 12.05.2009, Fall C 16/2009, ABI 2009 C 134/8 – *BayernLB*

Komm, E v 30.06.2009, Fall N 352/2009, ABI 2009 C 172/3 – *Verlängerung der Beihilferegelung N 557/2008 „Maßnahmen für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in Österreich“.*

#### **4. Standpunkte, Mitteilungen, Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission (chronologisch)**

Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen – Standpunkt der Kommission (Standpunkt Kapitalbeteiligungen), EG-Bulletin 9/1984, 104

Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABI 1995 C 312/8

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (Bürgschaftsmitteilung), ABI 2000 C 71/14

Bekanntmachung der Kommission über die zur Beurteilung unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen anzuwendenden Regeln, ABI 2002 C 119/22

Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien 2004, R&U-LL 2004), ABI 2004 C 244/2; ersetzen die Leitlinien der Gemeinschaft für Staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien 1999, R&U-LL 1999), ABI 1999 C 288/2

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (Bürgschaftsmitteilung 2008), ABI 2008 C 155/2; ersetzt Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (Bürgschaftsmitteilung 2000), ABI 2000 C 71/14

Mitteilung der Kommission über die Änderung der Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze (Referenzzinssatzmitteilung), ABI 2008 C 14/6

Mitteilung der Kommission – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise (Bankenmitteilung), ABI 2008 C 270/8

Mitteilung der Kommission – Die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfe auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen (Rekapitalisierungsmitteilung), ABI 2009 C 10/ 2

Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABI 2009 C 16/1

Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Vermögenswerte im Bankensektor der Gemeinschaft (Mitteilung zu wertgeminderten Aktiva), ABI 2009 C 72/1

Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gem den Beihilfevorschriften (Umstrukturierungsmitteilung), ABI 2009 C 195/9

## **II. Österreichische Rechtsquellen**

### **1. Gesetze**

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl I/1930 idF BGBl I 31/2009

Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatzgesetz, EKEG) idF BGBl I 92/2003

Bundesgesetz über Maßnahmen zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilitätsgesetz, FinStaG) BGBl I 136/2008

Bundesgesetz zur Stärkung des Interbankmarktes (Interbankmarktstärkungsgesetz, IBSG) BGBl I 136/2008

Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft und der Post- und Telekombeteiligungsverwaltungsgesellschaft (ÖIAG Gesetz 2000. ÖIAG-G) BGBl I 24/2000 idF der Bundesgesetze BGBl I 71/2003, 103/2003 und 73/2006

Bundesgesetz betreffend die Haftungsübernahme zur Zukunftssicherung der BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft Österreichische Postsparkasse AG (BAWAG PSK-Sicherungsgesetz) BGBl I 61/2006

Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz, BWG) BGBl 532/1993 idF BGBl I 136/2008

Bundesgesetz vom 8. November 1989 über die Wertpapier- und allgemeinen Warenbörsen und über die Abänderung des Börsensensale-Gesetzes 1949 und der Börsegesetz-Novelle 1903 (Börsegesetz 1989, BörseG) BGBl 555/1989 idF BGBl I 136/2008

Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, FMABG) BGBl I 97/2001 idF BGBl I 136/2008

Bundesgesetz über die Bewilligung des Bundesvoranschlages für das Jahr 2008 (Bundesfinanzgesetz 2008, BFG 2008) BGBl I 23/2007 idF BGBl I 136/2008

Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) BGBl 569/1978 idF BGBl I 138/2008

Bundesgesetz vom 4. April 1986 über die Führung des Bundeshaushaltes (Bundeshaushaltsgesetz, BHG) BGBl 135/1987

Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz zur Stärkung der Liquidität von Unternehmen (Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz, ULSG) erlassen und das Interbankmarktstärkungsgesetz geändert werden

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz, BVergG) BGBl I 17/2006 idF BGBl II 125/2009

Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz, AktG) BGBl 98/1965 idF BGBl I 71/2009

## **2. Verordnungen**

Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Festlegung näherer Bestimmungen über die Bedingungen und Auflagen für Maßnahmen nach dem Finanzmarktstabilitätsgesetz und dem Interbankmarktstärkungsgesetz (Ausführungsverordnung, AusfVO) BGBl II 382/2008

## Rechtsprechungsverzeichnis (EuGH, EuG)

- EuGH, U v 02.07.1974, Rs 173/73, *Italien/Kommission*, Slg 1974, 709
- EuGH, U v 11.07.1974, Rs 6/74, *Dassonville*, Slg 1974, 837
- EuGH, U v 22.03.1977, Rs 78/76, *Steinike und Weinlig*, Slg 1977, 595
- EuGH, U v 20.02.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649
- EuGH, U v 17.09.1980, Rs 730/79, *Philip Morris*, Slg 1980, 2671
- EuGH, U v 24.02.1987, Rs 310/85, *Deufil*, Slg 1987, 901
- EuGH, U v 21.03.1990, Rs C-142/87, *Belgien/Kommission*, Slg 1990, I-959
- EuGH, U v 21.03.1991, Rs C-303/88, *Italien/Kommission*, Slg 1991, I-1433
- EuGH, U v 15.03.1994, Rs C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, Slg 1994, I-877
- EuGH, U v 14.09.1994, verb Rs C-278/92, C-279/92 und C-280/92, *Hytasa*, Slg 1994, I-4103
- EuGH, U v 05.10.1994, Rs C-47/91, *Italien/Kommission*, Slg 1994, I-4635
- EuGH, U v 15.01.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*, Slg 1998, I-73
- EuG, U v 30.04.1998, Rs T-214/95, *Vlaams Gewest/Kommission*, Slg 1998, II-717
- EuGH, U v 10.11.1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, Slg 1998, I-6821
- EuG, U v 15.12.1999, Rs T-132/96, *Freistaat Sachsen/Kommission*, Slg 1999, II-3663
- EuGH, U v 16.05.2000, Rs C-83/98, *Ladbroke*, Slg 2000, I-3271
- EuGH, U v 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Slg 2000, I-8035
- EuGH, U v 01.02.2001 Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2001, I-939
- EuGH, U v 13.03.2001, Rs C 379/98, *Preussen Elektra/Schleswig*, Slg 2001, I-2099

EuGH, U v 10.05.2001, Rs C-Rs 223/99 u C-260/99, *Agora und Excelsior*, Slg 2001, I-3605

EuGH, U v 08.11.2001, Rs C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, Slg 2001, I-8365

EuGH, U v 16.05.2002, Rs C-482/99, *Frankreich/Kommission*, Slg 2002, I-4397

EuGH, U v 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*, Slg 2002, I-11617

EuGH, U v 16.05.2002, Rs C-321/99, *ARAP*, Slg 2002, I-4287

EuGH, U v 27.02.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*, Slg 2003, I-1931

EuG, U v 06.03.2003, Rs T-228/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission*, Slg 2003, II-435

EuGH, U v 22.05.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*, Slg 2003, I-5321

EuGH, U v 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747

EuGH, U v 30.09.2003, Rs C-301/96, *Deutschland/Kommission*, Slg 2003, I-9919

EuGH, U v 16.10.2003, Rs C-283/00, *SIEPSA*, Slg 2003, I-11697

EuGH, U v 21.10.2003, Rs C-261/01 und 262/01, *van Calster*, Slg 2003, I-12249

EuGH, U v 29.04.2004, Rs C-298/00, *Italien/Kommission*, Slg 2004, I-4087

EuGH, U v 29.04.2004, Rs C-277/00, *Deutschland/Kommission*, Slg 2004, I-3925

EuGH, U v 01.07.2004, Rs T-308/00, *Salzgitter*, Slg 2004, II-1933

EuGH, U v 11.11.2004, Rs C-73/03 *Spanien/Kommission*, Slg 2004

EuGH, U v 18.11.2004, Rs T-176/01, *Ferriere Nord*, Slg 2004, II-3931

EuGH, U v 15.12.2005, Rs C-148/04, *Unicredito Italiano*, Slg 2005, I-11137

EuGH, U v 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg. 2006, I-289

EuGH, U v 17.07.2008, Rs C-206/06, *Essent Netwerk Noord/Aluminium Delfzijl* (noch nicht in amtl Sammlung)