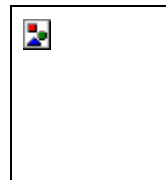


Innenministerium  
des Landes Mecklenburg-Vorpommern  
Abteilung für kommunale Angelegenheiten  
19048 Schwerin



Schwerin im Mai 2004

## **Kommunalbürgschaften und andere Sicherheiten**

### **Ein Leitfaden für die Praxis**

Voraussetzungen und Verfahren zur Übernahme von Bürgschaften und anderen Sicherheiten  
durch kommunale Körperschaften

Autor/Ansprechpartner:  
Telefon:  
Az.:

Herr Schartow  
0385 / 588-2346  
II 340  
173.101.16-§58

**Ansprechpartner:**

Als Ansprechpartner steht der Autor zur Verfügung

Herr Dirk Schartow  
Telefon: 0385 / 588-2346  
E-Mail: [Dirk.Schartow@im.mv-regierung.de](mailto:Dirk.Schartow@im.mv-regierung.de)

Bei fachlichen Fragen zu den Themen

- Tragbarkeit des Bürgschaftsrisikos für den Haushalt der Gemeinde (Pkt. B. 2.3.1.)
- Bürgschaften an andere Institutionen (Pkt. B.6.)

steht darüber hinaus

Herr Michael Junker  
Telefon: 0385 / 588-2321  
E-Mail: [Michael.Junker@im.mv-regierung.de](mailto:Michael.Junker@im.mv-regierung.de)

als Ansprechpartner zur Verfügung.

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitung	1
B. Kommunalbürgschaften	1
1.    Rechtsnatur der Bürgschaft	1-3
2.    Kommunalrechtliche Voraussetzungen für eine Bürgschaftsübernahme zugunsten eigener kommunaler Unternehmen	3
2.1.  Rechtsgrundlagen für die Übernahme von Bürgschaften	3-4
2.2.  Erforderlichkeit zur Erfüllung von Aufgaben der Gemeinde	4-5
2.3.  Risikoabschätzung	5-6
2.3.1. Tragbarkeit des Bürgschaftsrisikos für den Haushalt der Gemeinde	6-8
2.3.2. Bonität des Kreditnehmers	8-10
2.3.3. Maßnahmen zur Risikosteuerung, inhaltliche Anforderungen an die Bürgschaftserklärung	10-12
2.4.  Ausschluss von Besicherungsalternativen	12-13
2.5.  Interne Willensbildung, Ausfertigung der Bürgschaftserklärung	13
3.    Vereinbarkeit der Bürgschaftsübernahme mit dem EG-Beihilferecht	13-14
3.1.  Der Europäische Beihilfebegriff	14
3.2.  Kommunale Bürgschaften als Beihilfen	14-17
3.3.  Beihilfeshöhe	17-18
3.4.  „De-Minimis-Beihilfen“	18-19
3.5.  Notifizierungsverfahren bei kommunalen Bürgschaften	19-20
3.6.  Prüfungsschema	20-21
4.    Rechtsaufsichtliches Genehmigungsverfahren	21
4.1.  Charakter und Wirkung der Genehmigung	21
4.2.  Verfahren	21-22
4.3.  Erteilung/Versagung der Bürgschaftsgenehmigung	23
5.    Bürgschaften bei Umschuldung der zugrundeliegenden Hauptschuld	23-24
6.    Bürgschaften an andere Institutionen	24-25
C. Gewährverträge und bürgschaftsähnliche Rechtsgeschäfte	25
1.    Gewährverträge	25-26
2.    Bürgschaftsähnliche Rechtsgeschäfte	26
2.1.  Allgemeine Rechtsnatur	26
2.2.  Einzelne bürgschaftsähnliche Rechtsgeschäfte	26
2.2.1. Patronatserklärungen	26
2.2.1.1. Erscheinungsformen von Patronatserklärungen	26-27
2.2.1.2. Rechtsfolgen der Patronatserklärungen	27-28
2.2.1.3. Kommunalrechtliche Bewertung von Patronatserklärungen	28-29
2.2.2. Forfaitierung	29-30
2.2.3. Sonstige verwandte Rechtsgeschäfte	30
 Anlage: Kennzahlenbasierte Analyse der Bonität des Hauptschuldners	

## A. Einleitung

Die Übernahme von Bürgschaften, Verpflichtungen aus Gewährverträgen sowie wirtschaftlich vergleichbare Rechtsgeschäfte, d. h. im Allgemeinen die Übernahme einer zusätzlichen Haftung zugunsten Dritter sind für die kommunale Haushaltswirtschaft und für die Gewährleistung der kommunalen Aufgabenerfüllung von besonderer Bedeutung. Zahlreiche Kommunen haben in der Vergangenheit Bürgschaften und andere Sicherheiten insbesondere für ihre kommunalen Unternehmen übernommen und werden auch in Zukunft mit entsprechenden Erwartungen der Unternehmen zu rechnen haben. Bedingt durch die verstärkte Aufgabenwahrnehmung durch rechtlich selbständige Unternehmen der Kommunen zum einen und zum anderen durch die Anforderungen der Kreditwirtschaft nach zusätzlichen Sicherheiten werden die Forderungen nach zusätzlichen Einstandsverpflichtungen der Kommunen – in welcher Form auch immer – zunehmen.

Allein zugunsten kommunaler Unternehmen sehen sich die kommunalen Körperschaften (außer Zweckverbände) landesweit einem mit Bürgschaften besichertes Kreditvolumen gegenüber, das per 31.12.2002 auf ca. 913,73 Mio. EUR valuiert. Hinzu kommen zahlreiche Bürgschaftsübernahmen zugunsten anderer Institutionen sowie Rechtsgeschäfte mit wirtschaftlich vergleichbaren Auswirkungen. Hieraus resultiert ein erhebliches Risikopotenzial für die kommunale Haushaltswirtschaft, zumal vielfach eine angemessene Risikoabsicherung durch die Bildung entsprechender Rücklagen nicht erfolgt ist. Das diesen Rechtsgeschäften ohnehin innewohnende Risiko wird durch die schlechte wirtschaftliche Lage einzelner Branchen - exemplarisch sei auf die derzeitige Situation der kommunalen Wohnungswirtschaft verwiesen - noch verstärkt. Die Notwendigkeit einer hinreichenden Kenntnis aller mit der Übernahme von Bürgschaften und Sicherheiten einhergehenden Fragen ergibt sich nicht zuletzt durch die Tatsache, dass es in Einzelfällen bereits zu Inanspruchnahmen kommunaler Körperschaften aus abgegebenen Bürgschaften infolge von Ausfall des primären Schuldners gekommen ist.

Der vorliegende Leitfaden will dem o. a. Erfordernis Rechnung tragen und auf die vielschichtigen Fragen im Zusammenhang mit der Übernahme von Bürgschaften und Sicherheitsleistungen zugunsten Dritter durch kommunale Körperschaften eingehen. Neben den kommunalrechtlichen und haushaltswirtschaftlichen Voraussetzungen auf Seiten des Bürgen wird auf die betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen beim begünstigten Kreditnehmer eingegangen. Gleichzeitig wird die Vereinbarkeit von Bürgschaftsübernahmen mit EU-rechtlichen Regelungen des europäischen Beihilfenrechts thematisiert. Auf wichtige Aspekte für den praktischen Umgang mit in der Vergangenheit abgegebenen Bürgschaftserklärungen gehen die Ausführungen zur Umschuldung der besicherten Kredite ein. Im Weiteren werden Inhalt und die Wirkung des rechtsaufsichtlichen Genehmigungsverfahrens mit den hierfür vorzulegenden Unterlagen erläutert. Ergänzungen, Konkretisierungen und Hervorhebungen stellen für die Bereiche von bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäften und Gewährverträgen die Anwendbarkeit der Ausführungen für die Bürgschaftsübernahme zugunsten kommunaler Unternehmen auch auf diese Bereiche her. Gleiches gilt für die Bürgschaftsübernahme zugunsten anderer Institutionen.

Dieser Leitfaden richtet sich damit an die kommunalen Körperschaften des Landes, deren Unternehmen und an die Rechtsaufsichtsbehörden.

## B. Kommunalbürgschaften

### 1. Rechtsnatur der Bürgschaft

Das (Forderungssicherungs-)Instrument der Bürgschaft findet seine Rechtsgrundlage in §§ 765 ff. BGB. Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten einzustehen (§ 765 Abs. 1 BGB). Rechtlich möglich ist das Eingehen einer Bürgschaft

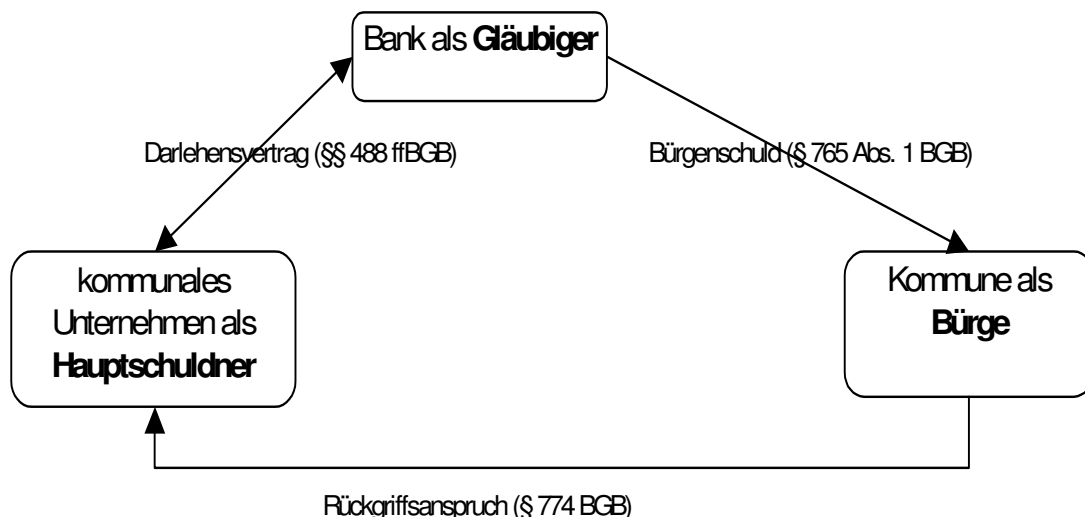
durch

- einseitig verpflichtende Erklärungen des Bürgen (z. B. Kommune) gegenüber den Gläubigern (z. B. kreditgebende Bank) als sogenannte Bürgschaftserklärung,
- Abschluss eines gegenseitigen Vertrages zwischen Bürgen und Gläubiger,
- Abschluss eines Vertrages zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner (z. B. kommunales, durch die Bürgschaft begünstigtes Unternehmen) in Form eines Vertrages zugunsten Dritter i. S. d. § 328 BGB mit späterer Annahme durch den Gläubiger.

Für die kommunale Praxis kommt im Regelfall die Abgabe einer Bürgschaftserklärung gegenüber dem Gläubiger der Hauptschuld in Betracht.

Durch die Bürgschaft entsteht neben einem vorhandenen oder zu begründendem Schuldverhältnis (z. B. Darlehensvertrag i. S. d. § 488 Abs. 1 BGB) zwischen Gläubiger und Schuldner (sog. **Hauptschuld**) ein weiteres Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen. Hiermit erfolgt eine persönliche Sicherung der Hauptforderung durch die Bürgschaft. Die Bürgschaft hat als Nebenverpflichtung jedoch **hinzutretenden** Charakter im Verhältnis zur Hauptverpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger. Die Bürgschaft begründet mithin eine **Nebenschuld** und nicht eine Mitschuld.<sup>1</sup> Der Umfang der Bürgschaftsschuld bemisst sich nach dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit einschl. ggf. bestehender Nebenleistungsverpflichtungen infolge Verschulden, Verzug bzw. Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (§ 767 Abs. 1 und 2 BGB).

Einen Überblick über die mit der Bürgschaft im Zusammenhang stehenden Schuldverhältnisse bezogen auf eine Bürgschaftsübernahme einer Kommune gegenüber einer kreditgebenden Bank zugunsten ihres kommunalen Unternehmens bietet folgende Übersicht:



Entsprechend dem Sicherungszweck der Bürgschaft ist die Bürgenhaftung subsidiär ausgestaltet. Dies ist gesetzlich dahingehend geregelt, dass dem Bürgen in der Regel die sogenannte Einrede der Vorausklage zusteht. Konkret bedeutet dies, dass der Bürge Zahlungen verweigern kann, „solange der Gläubiger keine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat“ (§§ 771 - 773 BGB). Die

<sup>1</sup> Dies ist insbesondere bedeutsam für den Fall der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft.

sogenannte Einrede der Vorausklage ist abdingbar. So ist sie gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat. Derartige Bürgschaften werden als „**selbstschuldnerische**“ Bürgschaften bezeichnet. Diese erfüllen jedoch grundsätzlich nicht die kommunalrechtlichen Voraussetzungen und Anforderungen an die Minimierung des Bürgschaftsrisikos<sup>2</sup>. Eine weitere Subsidiarität der Bürgenhaftung ist auch bei sogenannten Ausfallbürgschaften gegeben. In diesen Fällen wird die Einrede der Vorausklage in Form einer Bedingung für die Inanspruchnahme des Bürgen für die Bürgschaftsübernahme formuliert. Beispiel hierfür ist eine Verschärfung der Regelung des § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB dahingehend, dass die Einrede der Vorausklage über den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zur Schlussverteilung (endgültiger Forderungsausfall) zusteht. Reine Ausfallbürgschaften führen dazu, dass der Hauptgläubiger den Ausfallbürgen erst nach möglicherweise langjährigen Vollstreckungsmaßnahmen in Anspruch nehmen kann. Eine reine Ausfallbürgschaft wird daher von den Kreditinstituten als Kreditsicherheit für wenig geeignet betrachtet. Vereinbar mit den kommunalrechtlichen Vorschriften kann es sein, den vom Gläubiger nachzuweisenden Eintritt eines Ausfalls zugunsten des Gläubigers zu modifizieren (sog. **modifizierte Ausfallbürgschaft**). Beispielsweise ist eine Modifizierung dahingehend möglich, dass dem Gläubiger der Nachweis des Forderungsausfalls erleichtert wird. Gleichwohl muss sichergestellt sein, dass die Bürgschaft eine subsidiäre (Ausfall-)Haftung und keine selbstschuldnerische Haftung begründet. Mithin darf der Gläubiger durch die Regelungen bezüglich des Nachweises des Forderungsausfalls nicht von der Obliegenheit enthoben werden, sich um eine Beitreibung zu bemühen.

## 2. Kommunalrechtliche Voraussetzungen für eine Bürgschaftsübernahme zugunsten eigener kommunaler Unternehmen

Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die Übernahme von kommunalen Bürgschaften dargestellt. Dabei wird insbesondere auch wegen der praktischen Bedeutung zunächst eine Bürgschaftsabgabe für eine Hauptschuld eines kommunalen Unternehmens betrachtet. Hierbei wird von einer direkten Beteiligung der Kommune an dem Unternehmen (in Privatrechtsform) ausgegangen.

### 2.1. *Rechtsgrundlagen für die Übernahme von Bürgschaften*

Die Kommunalverfassung regelt in § 58 Abs. 1 KV M-V die Modalitäten für die Übernahme von Bürgschaften. Dabei ist die Übernahme von Bürgschaften zuerst an die **Erforderlichkeit** zur Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde geknüpft (§ 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V<sup>3</sup>).

Andere als die dort aufgeführten Sicherungsinstrumente sind den Gemeinden grundsätzlich verwehrt (§ 58 Abs. 1 Satz 2 KV M-V); die Rechtsaufsichtsbehörde kann Ausnahmen zulassen, soweit hierfür ein öffentliches Interesse besteht (§ 58 Abs. 1 Satz 3 KV M-V). Dieses grundsätzliche Verbot zur Übernahme von Sicherheiten zugunsten Dritter beruht auf der gesetzgeberischen Einschätzung, dass es in der Regel nicht zweckmäßig ist, Gemeindevermögen für fremde Interessen haften zu lassen. Im Übrigen wäre der Gemeindehaushalt andernfalls mit nicht unerheblichen Unsicherheiten für die künftige Sicherstellung der finanziellen Leistungsfähigkeit belastet. Von diesem allgemeinen Besicherungsverbot nimmt der Gesetzgeber die Übernahme von

<sup>2</sup> s. unten unter B. Pkt. 2.3.3.

<sup>3</sup> Die Regelungen des § 58 KV M-V sind für die Landkreise über § 120 Abs. 1 KV M-V, für die Ämter über § 144 Abs. 1 KV M-V sowie für die Zweckverbände über § 161 Abs. 1 KV M-V entsprechend anwendbar.

Bürgschaften und gewährverträglichen Verpflichtungen aus, soweit sie für die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben erforderlich sind. Dies beruht darauf, dass durch die Übernahme von aktuellen öffentlichen Aufgaben durch Dritte die Gemeinde insofern konkret entlastet wird. Die im Übrigen für darüber hinausgehende Sicherheiten möglichen Ausnahmeentscheidungen der Rechtsaufsichtsbehörde bei einem entsprechenden öffentlichen Interesse (§58 Abs. 1 S. 3 KV M-V) bedingen jedoch ebenfalls, dass diese vom Grunde her zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben erforderlich sind. Dieses Erfordernis dürfte sich vielfach bereits aus den darzulegenden Gründen des öffentlichen Interesses ergeben.

Bedingt durch das Risiko der Bürgschaftsübernahme für die Haushaltswirtschaft und die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde ergeben sich nicht zuletzt auch aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung und dem Gebot der Sicherung der stetigen Aufgabenerfüllung (§ 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 KV M-V) die nachfolgend dargestellten weiteren Voraussetzungen für die Übernahme von Bürgschaften.

## 2.2. *Erforderlichkeit zur Erfüllung von Aufgaben der Gemeinde*

Die Übernahme der Bürgschaft setzt zwingend deren Notwendigkeit zur **Erfüllung einer (von der Sache her) gemeindlichen Aufgabe** voraus. Eine nähere Ausfüllung des von diesem Aufgabenbegriff umfassten Aufgabenbestandes der Gemeinde (beispielsweise ein Katalog kommunaler Pflicht- und Selbstverwaltungsaufgaben) findet sich im Gesetz nicht. Insbesondere kann eine gesetzlich gebotene Beschränkung von Bürgschaftsübernahmen für kommunale Pflichtaufgaben aus der Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht abgeleitet werden. Die Notwendigkeit zwecks Erfüllung eigener Aufgaben durch Dritte ist gegeben, wenn die Gemeinde durch die Übernahme der Bürgschaft von Aufgaben entlastet wird, die ihr an sich obliegen würden und somit im Ergebnis eine konkrete Entlastung der gemeindlichen Haushaltswirtschaft zu verzeichnen ist. Diese Kriterien sind in aller Regel bei der Aufgabendurchführung durch Dritte zur Erfüllung pflichtiger gemeindlicher Aufgaben erfüllt. Beispielhaft sei hier auf die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung<sup>4</sup>, Abfallentsorgung<sup>5</sup>, die Sicherstellung des öffentlichen Personennahverkehrs<sup>6</sup> und weitere kommunale Pflichtaufgaben verwiesen.

Im Übrigen steht grundsätzlich der gesamte in § 2 Abs. 2 KV M-V (nicht abschließend) benannte Aufgabenbestand der Kommunen für eine Erfüllung durch Dritte und die Möglichkeit der Bürgschaftsübernahme offen. Für den Bereich der kommunalen Unternehmen findet sich hier die Grenze in den §§ 68 ff. KV M-V, insbesondere in den grundlegenden Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung nach § 68 Abs. 1 KV M-V. Im Rahmen der zulässigen Betätigung besteht eine an die Voraussetzung der Erforderlichkeit zur Erfüllung eigener Aufgaben geknüpfte Begrenzung von Bürgschaftsübernahmen dahingehend, dass eine Ausweitung der Tätigkeitsbereiche der Gemeinde mittels Bürgschaft und Durchführung durch Dritte nicht ersatzweise für eine sonst nicht mehr finanzierbare eigene Aufgabenwahrnehmung erfolgen kann. Dies hätte ein Umgehen der eigenen haushaltswirtschaftlichen Beschränkung in der Aufgabenwahrnehmung zur Folge und könnte eine erhebliche Einschränkung der künftigen finanziellen Leistungsfähigkeit nach sich ziehen<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben nach den §§ 40 und 43 Landeswassergesetz.

<sup>5</sup> Pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe nach § 3 Abs. 3 Abfallwirtschafts- und Altlastengesetz M-V, soweit andienungspflichtiger Abfall aus Haushalten betroffen ist.

<sup>6</sup> Pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe nach § 3 Abs. 3 des ÖPNV-Gesetzes.

<sup>7</sup> Soweit derartige Tatsachen der Bürgschaftsübernahme entgegenstehen, wäre dies auch unter dem Aspekt der Risikominimierung und Tragbarkeit aus dem Haushalt bei Inanspruchnahme zu thematisieren. Siehe hierzu B, Pkt. 2.3.1.

Die Anknüpfung an den Aufgabenbestand der Gemeinde setzt voraus, dass die Bürgschaftsübernahme entsprechend den bestehenden Beteiligungsverhältnissen erfolgt. Eine Bürgschaftsübernahme zugunsten kommunaler Unternehmen, in denen auch andere Gesellschafter beteiligt sind, dürfte daher in der Regel nach den Beteiligungsverhältnissen aufzuteilen sein<sup>8</sup>. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass sich das Interesse des Gesellschafters (der Kommune) an der Aufgabenerfüllung mit der Höhe der Beteiligung am Stammkapital an der Gesellschaft decken wird. Zum anderen würden die fremden Mitgesellschafter durch die Stellung einer Bürgschaft durch erzielbare günstigere Darlehenskonditionen bevorteilt. Unterbleibt eine Aufteilung der erforderlichen Bürgschaft entsprechend des jeweiligen Stammkapitalanteils unter den Gesellschaftern, käme dies im Ergebnis einer Stellung von Sicherheiten zugunsten der weiteren Gesellschafter gleich und wäre nicht mit § 58 Abs. 1 Satz 2 KV M-V vereinbar. Hieraus resultiert, dass bei Anteilsverkäufen übernommene Bürgschaften den neuen Verhältnissen anzupassen sind.

Neben der Anknüpfung an die Aufgabenerfüllung enthält § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V noch das Kriterium der **Erforderlichkeit**. Hieraus ergibt sich, dass eine Kausalität zwischen der (künftigen) Aufgabenwahrnehmung durch den Dritten und der Übernahme der Bürgschaft bestehen muss. Das bedeutet, dass nur durch Abgabe der Bürgschaft die künftige weitere Aufgabenerfüllung im Sinne der und zur Entlastung der Gemeinde gesichert werden kann. Dieses bedingt in der Praxis, dass den Bürgschaften eine entsprechende Zweckbestimmung zuordenbar sein muss, die wiederum einer konkreten gemeindlichen Aufgabe zurechenbar ist. Die Übernahme einer kommunalen Bürgschaft setzt damit eine entsprechende Darstellung einer Ursachen-Wirkungs-Kette voraus.

Die Verwirklichung der materiellen Voraussetzungen des § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V (Erforderlichkeit zur Erfüllung einer an sich kommunalen Aufgabe) muss dabei nicht nur abstrakt gegeben sein, sondern bezogen auf das konkrete Vorhaben bestehen.

Problematisch darzulegen ist die Voraussetzung der Erforderlichkeit in den Fällen, in denen eine Bürgschaft dazu dient, für die kommunale Eigengesellschaft die Konditionen für einen Kommunalkredit zu sichern<sup>9</sup>. Die Erforderlichkeit kann sich in diesen Fällen ergeben, wenn die Abgabe der Bürgschaft auch für die Kommune einen wirtschaftlichen Vorteil bedeutet. Dieser kann sich beispielsweise in künftigen möglichen Verringerungen des Zuschussbedarfes der Gesellschaft bzw. in potenziell höheren Ertragsabführungen nachweisen lassen. Bei der Bewertung des wirtschaftlichen Vorteils ist zu berücksichtigen, dass für die Übernahme der Bürgschaft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein – ggf. auch kalkulatorischer – Betrag für eine angemessene Risikovorsorge anzusetzen ist. Dieser bemisst sich nach der im Einzelfall konkret bestehenden Ausfallwahrscheinlichkeit. Soweit diese nicht hinreichend zuverlässig ermittelbar ist, kann eine entsprechende Risikovorsorge auch mit ggf. vereinbarten angemessenen Bürgschaftsprämien abgedeckt werden. Unberührt bleiben hierbei die sich möglicherweise aus dem europäischen Beihilferecht ergebenden Probleme.

### 2.3. Risikoabschätzung

Zunächst und unabhängig vom Folgenden ist das Risiko des Grundgeschäfts einzuschätzen, also bspw. das Risiko der Darlehensaufnahme für das kommunale Unternehmen. Je höher dieses Risiko ist, umso sorgfältiger ist das Bürgschaftsrisiko für den kommunalen Haushalt einzuschätzen (vgl. auch unter 2.3.2).

<sup>8</sup> siehe hierzu Meier in „Der Gemeindehaushalt“ 2001 S. 30 ff.

<sup>9</sup> siehe hierzu auch Deiters/Schörken in Schweriner Kommentierung § 58 Rz. 2.

Wie bereits dargelegt, ergibt sich aus dem Charakter und der Wirkung des Bürgschaftsverhältnisses ein erhebliches finanzielles Risiko für die gemeindliche Haushaltswirtschaft und das Gemeindevermögen. Das Risiko aus der Bürgschaftsübernahme ist daher nicht in allen Fällen tragbar. Aus dem Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Aufgabenerfüllung, dem Erfordernis zur Sicherung der stetigen Aufgabenerfüllung (§ 43 Abs. 1 KV M-V) und der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der dauerhaften finanziellen Leistungsfähigkeit ergibt sich vielmehr, dass vor einer Bürgschaftsübernahme das hieraus erwachsende Risiko für die Gemeinde auf seine Tragbarkeit untersucht werden muss. Soweit die Tragbarkeit im Einzelfall gegeben ist, muss durch die rechtliche Gestaltung der Bürgschaftserklärung das Risiko auf das nicht abwendbare Mindestmaß reduziert werden. Dies gilt auch für die Laufzeit der Bürgschaft; hier ist eine gezielte Einflussnahme und Führung des kommunalen Unternehmens i. S. einer Risikominimierung in Bezug auf das Bürgschaftsverhältnis erforderlich.

### 2.3.1. Tragbarkeit des Bürgschaftsrisikos für den Haushalt der Gemeinde

Die Übernahme von Bürgschaften kann nur erfolgen, wenn für den Fall der Inanspruchnahme weiterhin die stetige Aufgabenerfüllung der Gemeinde gesichert ist. Insofern ist die Tragbarkeit aus dem Haushalt bei Inanspruchnahme aus der Bürgschaftsverpflichtung zu prüfen. Dies setzt eine Analyse der finanziellen Situation der Kommune voraus. Hinsichtlich der Methodik wird auf das Verfahren zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit von Festsetzungen in der Haushaltssatzung gemäß § 49 Abs. 4 KV M-V verwiesen. Der Erlass vom 28.08.2001; Az.: II 320, betreffs „Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommunen“ kann dabei entsprechend herangezogen werden. Die Prüfung geht dabei von der Frage aus, ob die dauerhafte finanzielle Leistungsfähigkeit der Kommune als gesichert erscheint. Anhaltspunkte dafür sind:

- Haushaltsausgleich im Planjahr und in der mittelfristigen Finanzplanung ist gesichert.
- Ohne Zuführung vom Vermögenshaushalt an den Verwaltungshaushalt ist ein hinreichend freier Finanzspielraum gegeben.
- Die im Finanzplanungszeitraum vorhersehbaren Investitionen bzw. die beabsichtigten Investitionsprogramme sind in der mittelfristigen Finanzplanung des Vermögenshaushalts enthalten. Vorhersehbare Investitionen im Folgezeitraum sind finanzierbar.

Daneben ist für die Prüfung das bereits vorhandene Risikopotenzial der Kommune zu bestimmen.

Hierzu gehört insbesondere:

- der Bestand des Bürgschaftsobligos (Restschuld der mit Bürgschaften besicherten Kredite bzw. anderer Verpflichtungen),
- die Höhe des Risikos aus anderen Gewährverträgen und bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäften (z. B. sog. Patronatserklärungen zugunsten kommunaler Unternehmen; Nachschussverpflichtungen zugunsten kommunaler Unternehmen),
- Zahlungsverpflichtungen aufgrund kreditähnlicher Rechtsgeschäfte nach § 49 Abs. 1 Satz 3 KV M-V, sowie
- der Stand der Gesamtverschuldung, die Sicherstellung bestehender Kapitaldienstverpflichtungen über den mittelfristigen Finanzplanungszeitraum hinaus.

Im Anschluss an diese Bestandsaufnahme ist die finanzielle Situation der Kommune im Hinblick auf die Tragbarkeit von zusätzlichen Risiken zu bewerten.

Bewertungsgegenstand ist dabei, ob die finanzielle Leistungsfähigkeit bei Inanspruchnahme aus der zu übernehmenden Bürgschaft erhalten bleibt. Dabei ist es zweckmäßig, zunächst das gesamte Bürgschaftsvolumen – ähnlich wie der Gesamtbetrag der Kreditaufnahme – im Hinblick auf die finanzielle Gesamtbelastung (Verschuldungsgrad) zu beurteilen und in einem zweiten Schritt die Finanzierbarkeit bei Inanspruchnahme entsprechend des Kapitaldienstes des Hauptgläubigers zu bewerten<sup>10</sup>. Dabei sind folgende Fälle zu betrachten:

Soweit der ausweisbare freie Finanzspielraum mögliche zusätzliche finanzielle Belastungen aus der Übernahme von Bürgschaftsverpflichtungen bei Inanspruchnahme erlaubt, ist von einer Tragbarkeit für den Haushalt auszugehen. Der Bürgschaftsübernahme stünden insoweit keine haushaltswirtschaftlichen Gesichtspunkte entgegen. Soweit die finanzielle Leistungsfähigkeit der Kommune als gefährdet angesehen werden kann, kommt eine Übernahme von Bürgschaften nur noch dann in Betracht<sup>11</sup>, wenn die Finanzierbarkeit für den Fall der Inanspruchnahme aus der Bürgschaftsverpflichtung bspw. unter Einbeziehung der teilweisen Verwertung von für die Aufgabenerfüllung nicht erforderlichen Vermögen der Kommune dargelegt werden kann. Hierbei ist eine Einbeziehung von Möglichkeiten der Erzielung zusätzlicher Einnahmen aus der Verwertung bzw. Veräußerung von

- kommunalem Grundstücksvermögen und grundstücksgleichen Rechten etc.,
  - beweglichem Sachanlagevermögen sowie
  - Beteiligungsvermögen
- geboten.

Soweit sich hieraus die Finanzierbarkeit ergibt, kann unter Abwägung aller Interessen und unter Berücksichtigung der gesamten finanziellen Situation der Kommune (Verschuldungsgrad) im Einzelfall die Übernahme einer Bürgschaft aus haushaltswirtschaftlichen Gesichtspunkten vertretbar sein.

Soweit sich auch unter Berücksichtigung der kommunalen Vermögensgegenstände die Tragbarkeit aus dem Haushalt nicht ergibt, ist die Übernahme einer Bürgschaft aus haushaltswirtschaftlichen Gründen regelmäßig nicht möglich und die Genehmigung entsprechend zu versagen. Begrenzte Ausnahmen sind in folgenden Fällen denkbar:

- keine Erhöhung des bestehenden Bürgschaftsrisikos infolge der Ablösung von bestehenden Bürgschaften durch die Übernahme neuer Bürgschaften bei vorteilhafter Umschuldung der besicherten Kredite<sup>12</sup>,
- zur Absicherung der Erledigung von Pflichtaufgaben, wenn bei Nichtübernahme der Bürgschaft die Aufgabenerfüllung durch die Kommune sicherzustellen wäre und hieraus zusätzliche finanzielle Verpflichtungen in gleicher Höhe erwachsen würden,

---

<sup>10</sup> Eine Inanspruchnahme des Bürgen „in toto“, d. h. mit dem Gesamtbestand der Hauptverbindlichkeit ist zwar der rechtliche Regelfall; angesichts der sich bietenden Sicherheiten für die kreditgebenden Banken bei einer Einstandspflicht der Kommune ist eine Begleichung der Verbindlichkeit entsprechend den Konditionen des Hauptschuldners erreichbares Verhandlungsziel. Auch bei einer Inanspruchnahme für den gesamten Betrag dürfte angesichts des Gebotes zur Sicherstellung der stetigen Aufgabenerfüllung nur eine über Jahresscheiben verteilte Begleichung der Forderung im Zwangsverfahren gemäß § 62 KV M-V durchsetzbar sein.

<sup>11</sup> Ich verweise auch hierzu auf den o.a. Erlass zur finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommunen vom 28.08.2001; Az.: II 320.

<sup>12</sup> siehe hierzu auch B Pkt. 6.

- zur Abwendung einer Inanspruchnahme aus bestehenden Sicherheitsleistungen, soweit hiermit für die Zukunft das Risiko einer Inanspruchnahme aus den insgesamt bestehenden Bürgschaftsverpflichtungen erheblich gesenkt wird.  
Dies wäre beispielsweise denkbar bei Bürgschaftsübernahmen im Rahmen von Unternehmenskonsolidierungen zur Abwendung einer Insolvenz. Bei dieser Abwägung bleibt zu berücksichtigen, dass derartigen Bürgschaftsübernahmen ein eigenkapitalersetzender Charakter beizumessen sein kann (§ 32a Abs. 2, 3 GmbHG). Für die hauswirtschaftliche Bewertung ist mithin zu berücksichtigen, dass im Insolvenzfall eine primäre Inanspruchnahme des Bürgen erfolgt (§32a Abs. 2 GmbHG). Insofern besteht bei Insolvenz die Gefahr einer vollständiger Inanspruchnahme aus der Bürgschaft.  
Soweit hierdurch dauerhaft das Insolvenzrisiko abgewendet bzw. nachhaltig reduziert werden kann und damit einer drohenden Inanspruchnahme der Kommune aus bestehenden Bürgschaftsverpflichtungen entgegengetreten wird, kann auf Grundlage eines tragfähigen Sanierungskonzeptes im Einzelfall eine Bürgschaftsübernahme zulässig sein.
- wenn das Bürgschaftsrisiko von vornherein sehr gering ist und in der Gesamtschau mit geeigneten Maßnahmen der Risikominimierung eine Inanspruchnahme sehr unwahrscheinlich ist. Dies ist beispielsweise denkbar bei rentierlichen Kreditaufnahmen des Hauptgläubigers, die durch Bürgschaften besichert sind, sofern die Bedienung der Hauptforderung dauerhaft gewährleistet ist.  
Dieser Fall kann u. a. für Bürgschaften zur Aufgabenerfüllung durch private Dritte (z. B. Betreibermodelle) im Bereich der vollständig abgabenfinanzierten Aufgaben – bei vollständiger Ausschöpfung dieser Refinanzierungsmöglichkeit - eintreten bei gleichzeitiger maßgeblicher Einflussnahmemöglichkeit des Bürgen auf den Hauptschuldner aufgrund seiner Stellung als „Mehrheitsgesellschafter“.

In diesen Ausnahmefällen ist die Übernahme einer Bürgschaft abhängig von einer ausführlichen Begründung insbesondere zu den hauswirtschaftlichen Erwägungen. Gleichzeitig bedingt die Übernahme der Bürgschaft eine Darstellung der Maßnahmen zur Reduzierung des Bürgschaftsrisikos und der möglichen Maßnahmen zur Erhaltung der finanziellen Leistungsfähigkeit bei Inanspruchnahme aus der Bürgschaft.

Die Prüfung, ob die Voraussetzung der Vereinbarkeit der Bürgschaftsübernahme mit der dauerhaften Sicherstellung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommune gegeben ist, kann in der Praxis nur im Zusammenhang mit der Risikoabschätzung zur Inanspruchnahme aus der Bürgschaft erfolgen (s. Pkt. 2.3.2.).

### 2.3.2. Bonität des Kreditnehmers

Die Übernahme einer Bürgschaft setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners grundsätzlich gegeben ist. Das heißt, nach vorheriger Prüfung darf ein Ausfall des Hauptschuldners und somit der Eintritt des Bürgschaftsfalls während der Laufzeit der Bürgschaft nicht zu besorgen sein. Diese Voraussetzung resultiert aus der Notwendigkeit, das konkrete Risiko aus der Bürgschaft auf das bei diesem Rechtsgeschäft generell nicht gänzlich auszuschließende Restrisiko einer Inanspruchnahme zu begrenzen. Auf Seiten des Hauptschuldners muss daher auf Grundlage der bestehenden Liquiditätssituation die Zahlungsfähigkeit auch unter Berücksichtigung der zusätzlichen Verbindlichkeit für die Laufzeit der Bürgschaft gesichert prognostizierbar sein. Eine solche Bewertung kann zunächst nur aufgrund einer **Liquiditätsanalyse** des Unternehmens erfolgen.

Die im Folgenden näher beschriebene Liquiditätsanalyse darf nicht verkennen, dass bei dem zu betrachtenden Unternehmen (Hauptschuldner) häufig ein über der marktüblichen Kreditausfallwahrscheinlichkeit liegendes Risiko des Zahlungsausfalls gegeben sein kann. Dieses Risiko wird dann deutlich, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dritten oder die Sicherheiten, die der Dritte seinen Geschäftspartnern (z. B. den Banken) bietet, diesen offensichtlich nicht ausreichen. Jedes zusätzliche Risiko wird aus Sicht des Hauptgläubigers nunmehr durch eine Sicherheitsleistung der Kommunen abgesichert.

Ausgehend vom aktuellen Status des Unternehmens ist unter Einbeziehung der Finanzplanung für den aktuellen und mittelfristigen Planungszeitraum sowie unter Berücksichtigung der darüber hinausgehenden langfristigen Finanzplanung eine Einschätzung über die künftige Zahlungsfähigkeit des Unternehmens abzuleiten. Zunächst ist eine vergangenheitsorientierte Bewertung der Finanzsituation erforderlich. Aus den sich hier ggf. ableitbaren Entwicklungen lassen sich Prognosen für die Zukunft entwickeln.

Die wirtschaftliche Situation, insbesondere die Liquiditätssituation eines Unternehmens lässt sich zunächst anhand des letzten Jahresabschlusses (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Lagebericht) bewerten<sup>13</sup>. Ist der letzte verfügbare Jahresabschluss nicht zeitnah erstellt, empfiehlt sich die Heranziehung eines aktuellen Zwischenabschlusses. Der hieraus resultierende Ist-Zustand bei der Liquiditätssituation des Unternehmens ist insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der vergangenen Jahre zu beurteilen. Aus den sich hier abzeichnenden Entwicklungen lassen sich Prognosen für die Zukunft gewinnen.

Der im aktuellen Wirtschaftsjahr geplante Finanzstatus ist aus dem Vermögensplan ableitbar. Die planbare Liquiditätssituation für die Folgejahre ergibt sich aus dem 5-jährigen Finanzplan. Darüber hinaus ist die Erstellung weiterer Finanzplanvorschau-rechnungen unter Berücksichtigung der planbaren Investitionen und des beabsichtigten Investitionsprogramms anzuraten.

Die Ertragslage des Unternehmens ist in diesem Zusammenhang insofern relevant, weil sich hieraus die Realisierung von Finanzierungsmitteln aus dem Jahresgewinn bzw. ein Finanzierungsbedarf für die Abdeckung von Verlusten ableiten lässt. Im Übrigen ist die Ertragslage im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung zu analysieren.

Bei der Bewertung der Ergebnisse ist zu beachten, dass die Vollständigkeit, d. h. alle vorhersehbaren Ausgaben und Einnahmen sowie der Grundsatz der vorsichtigen kaufmännischen Bewertung berücksichtigt wurde. Die aus den Planungsunterlagen gewonnenen Aussagen über die künftige Liquidität sind auf Plausibilität dahingehend zu prüfen, dass zumindest ein Abgleich mit der Entwicklung der in der Vergangenheit (s. Jahresabschlüsse der Vorjahre) sowie mit den Aussagen aus dem Lagebericht zur künftigen Entwicklung vorgenommen wird.

In der **Anlage 1** sind einige Kennzahlen zur Bewertung der Liquiditätssituation eines Unternehmens dargestellt. Diese Übersicht bietet einen Überblick über die wesentlichen – auch von der privaten Kreditwirtschaft angewandten – Kennzahlen mit deren Berechnungsmethoden und den wesentlichen, hieraus ableitbaren Aussagen. Zumindest die wesentlichen, grundsätzlichen Kennzahlen sollten Bestandteil der zuvor beschriebenen Analyse sein. In welchem Umfang die Kennzahlen Anwendung finden, sollte regelmäßig nach Zweckmäßigkeitserwägungen entschieden werden.

Das Ergebnis der Analyse der Liquiditätssituation des Unternehmens rechtfertigt eine Aussage zur erwarteten Zahlungsfähigkeit des Unternehmens für die Folgejahre.

---

<sup>13</sup> Hieraus resultiert das Erfordernis zur zeitnahen Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen; soweit ein Jahresabschluss bei der Übernahme der Bürgschaft noch nicht geprüft ist, sollte er dennoch herangezogen werden, da er deutlich aktuellere Aussagen liefert als die letzten vorliegenden testierten Jahresabschlüsse.

Damit die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft als unwahrscheinlich angesehen werden kann, ist es erforderlich, dass die Gesamtfinanzierung des Vorhabens, für das die Finanzierung durch Bürgschaften erfolgt, vollständig gesichert ist. Dies ist Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 43 Abs. 1 Satz 2; § 46 KV M-V)<sup>14</sup>. Daher ist ein Finanzierungskonzept erforderlich, welches im Zeitablauf alle mit dem Vorhaben im Zusammenhang stehenden Ausgaben und Einnahmen auf der Seite der Finanzplanung und alle Erträge und Kosten auf Seiten der Ertragsplanung erfasst. Im Ergebnis muss das Konzept zeigen, dass der Kapitaldienst für die Finanzierung der Verbindlichkeiten aus eigener Kraft durch den Hauptschuldner erwirtschaftet werden kann.

Soweit Bürgschaften für die Sicherung des Fortbestandes der Unternehmen, d. h. insbesondere zur Abwehr einer Insolvenz gewährt werden, tritt anstelle des Finanzierungskonzeptes ein Konzept zur Unternehmenskonsolidierung. Der Nachweis der Gesamtfinanzierung des Vorhabens ist dann insofern erbracht, als dass nachgewiesen wird, dass der weitere Fortbestand des Unternehmens mit den Maßnahmen nachhaltig gesichert scheint.

Da die Bürgschaft an die Erfüllung kommunaler Aufgaben geknüpft ist, die nicht nur durch die Kommune selbst erfolgt, erstreckt sich das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Aufgabenerfüllung auch auf die Aufgabewahrnehmung durch den Dritten. Für kommunale Betriebe ergibt sich im Übrigen dieses Gebot grundsätzlich auch aus § 75 KV M-V. Nur durch eine wirtschaftliche und sparsame Aufgabenerfüllung durch den Dritten ist gesichert, dass das Risiko für die kommunale Haushaltswirtschaft auf ein Mindestmaß reduziert wird. In diesem Zusammenhang ist die allgemeine wirtschaftliche Situation des Unternehmens, insbesondere die Ertragslage zu analysieren<sup>15</sup>. Bezogen auf das konkrete Rechtsgeschäft sind auch die Konditionen der Kreditaufnahme nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Ergänzend zu der o. b. Analyse der Gesamtfinanzierung des Vorhabens ist auch eine den Ertragswert des Vorhabens berücksichtigende Wirtschaftlichkeitsberechnung erforderlich. Hierzu sei auf die allgemeinen anerkannten Methoden der Betriebswirtschaftslehre zur Beurteilung der Vorteilhaftigkeit von Investitionen verwiesen<sup>16</sup>.

Weil trotz der vorstehenden Analysen und Beurteilungen ein Restrisiko für eine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft nie auszuschließen sein wird, ergeben sich weitergehende Anforderungen an den Bürgen zur Minimierung des Risikos (Risikosteuerung) und an die Ausgestaltung der Bürgschaftserklärung.

### 2.3.3. Maßnahmen zur Risikosteuerung, inhaltliche Anforderungen an die Bürgschaftserklärung

Durch die **Gestaltung der Bürgschaftserklärung** selbst kann das Risiko minimiert werden. Es dürfen grundsätzlich nur Ausfallbürgschaften übernommen werden, um die Risiken für die Haushaltswirtschaft der Kommune auf ein Mindestmaß zu begrenzen. Selbstschuldnerische Bürgschaften scheiden wegen des damit verbundenen höheren Risikos aus. Die reinen Ausfallbürgschaften sind aus Sicht der Kreditwirtschaft als Kreditsicherheit wenig zweckmäßig und werden daher oft von den Kreditgebern nicht akzeptiert. Vereinbar mit den kommunalrechtlichen Vorschriften kann es sein,

---

<sup>14</sup> Das Erfordernis der Sicherung der Gesamtfinanzierung findet sich auch in den Bürgschaftsrichtlinien des Landes vom 25.01.1993; AmtsBl. S. 340 Pkt. 3 Absätze 5 und 6 entsprechend wieder.

<sup>15</sup> Entsprechende prägnante Kennzahlen ergeben sich aus Anlage 1.

<sup>16</sup> Beispielhaft sei als weiterführende Literatur insbesondere für die kommunale Praxis auf Klümper, Möller, Zimmermann „Kommunale Kosten- und Wirtschaftlichkeitsberechnung“ 9. Auflage Kap. 5 empfohlen.

die vom Gläubiger nachzuweisenden Voraussetzung eines Ausfalls zugunsten des Gläubigers zu modifizieren (sog. modifizierte Ausfallbürgschaft)<sup>17</sup>. Eine Modifizierung ist dahingehend möglich, dass dem Gläubiger der Nachweis des Forderungsausfalls erleichtert wird. Der Gläubiger darf allerdings nicht von der Obliegenheit enthoben werden, sich um eine Beitreibung der Forderung zu bemühen.

Die Verpflichtung aus dem Bürgschaftsschuldverhältnis knüpft an dem Bestand der Hauptforderung an (§ 767 Abs. 1 BGB). Die Forderung, für die eine Bürgschaft übernommen werden soll, muss daher hinreichend bestimmt sein. Die Bürgschaftsübernahme ist daher an ein konkretes Grundgeschäft (z. B. Darlehensaufnahme) zu knüpfen. Gleichzeitig sollten Regelungen über die Laufzeit getroffen werden. Im Interesse der Kommune sollte die Hauptverbindlichkeit einer bestimmten Zweckbindung unterliegen, d. h., hierauf bezogen werden. In der Praxis ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, in der Bürgschaftserklärung das konkret zu besichernde Rechtsgeschäft (z. B. ein bestimmter Darlehensvertrag mit entsprechender Darlehenskonto-Nummer) zu benennen und Regelungen über die Laufzeit der Bürgschaft zu treffen. Des Weiteren sollte eine konkrete Zweckbindung der Bürgschaft, die beispielsweise an die in der Praxis der Kreditinstitute gängige Zweckbindung der Darlehensgewährung anknüpft, aufgenommen werden. Zur Klarstellung, dass die Rechtswirksamkeit der Bürgschaft erst mit Erteilung der Genehmigung eintritt<sup>18</sup>, ist es empfehlenswert, die Vertragspartner bereits bei Einholung der Kreditangebote auf das Genehmigungserfordernis hinzuweisen bzw. bei Abgabe der Bürgschaftserklärung einen entsprechenden Vorbehalt aufzunehmen.

Aus Gründen der Risikominimierung ist die **Bürgschaftssumme auf 80 % der Kreditsumme zu begrenzen**. Hierdurch ist gesichert, dass der kreditgebenden Bank ein Eigenobligo von mindestens 20 % der Kreditsumme obliegt. Ist eine finanzielle Verpflichtung gänzlich durch eine Bürgschaft abgedeckt, ist der Anreiz für den Kreditgeber geringer, das mit der Kreditvergabe verbundene Risiko nach kaufmännischen Gesichtspunkten zu bewerten, abzusichern und gering zu halten und insbesondere die Bonität des Kreditnehmers angemessen zu prüfen. Die Banken dürften mithin bei einer vollständigen Bürgschaftssicherung eher dazu bereit sein, Kredite mit einem höheren als dem marktüblichen Risiko zu vergeben. Dies kann dazu führen, dass das Risiko eines Ausfalls und damit einer Inanspruchnahme aus dem allgemeinen Haushalt für den Bürgen bei vollständiger Besicherung der Kreditsumme höher ist. Insofern ist es aus haushaltswirtschaftlichen Gründen angezeigt, höchstens 80 % der Kreditsumme zu verbürgen.

Diese Begrenzung der Höhe der Bürgschaftssumme ist auch aus beihilferechtlichen Gründen erforderlich.<sup>19</sup> Ausnahmen vom Grundsatz der Eigenbeteiligung der Banken von 20 % sind denkbar im Rahmen der Inanspruchnahme von allgemeinen Kreditprogrammen beispielsweise der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), soweit sich die Notwendigkeit einer vollständigen Bürgschaftsbesicherung aus den (allgemeinen) Bedingungen für die Kreditvergabe ergeben. In diesen Fällen ist eine ausführliche Risikobewertung des Vorhabens und der Kreditfinanzierung sowie eine eigene ausführliche Bonitätsbewertung Grundlage für die Entscheidung über die Bürgschaftsübernahme.

Zur Verminderung des Risikos der Inanspruchnahme ist es erforderlich, soweit neben Bürgschaften andere Besicherungsmittel durch das Unternehmen bereitgestellt wer-

---

<sup>17</sup> siehe hierzu auch B; Pkt. 1.

<sup>18</sup> Siehe hierzu auch B. Pkt. 5.1

<sup>19</sup> siehe Pkt. B. 3.2.; bei einer Absicherung von über 80 % der Kreditsumme durch Bürgschaften ist im Übrigen nicht ausgeschlossen, dass eine Beihilfe zugunsten der kreditgebenden Bank vorliegt.

den können, diese auszuschöpfen.<sup>20</sup> Insbesondere sollte im Regelfall – soweit möglich - neben der Abgabe der Bürgschaft eine dingliche Sicherung der Kreditverbindlichkeit beispielsweise über die Eintragung von Grundschulden auf Grundstücke des Unternehmens erfolgen. Auch die vorrangige Gewährung von Sicherheiten an beweglichen Sachen ist in Betracht zu ziehen. Dies hat zur Folge, dass im Insolvenzfall zunächst eine vorrangige Verwertung dieser Sicherheiten erfolgt und eine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft insofern von Nachrang ist (§ 773 Abs. 2 BGB).

Eine angemessene Risikosteuerung lässt sich letztlich nur über eine effektive Steuerung der kommunalen Unternehmen erreichen. Nur unter vollständiger Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Informationsmittel und –wege ist eine effiziente Steuerung des Unternehmens möglich. Die Geschäftspolitik ist durch die kommunalen Gesellschafter im Hinblick auf die Vermeidung risikoreicher Geschäftsvorfälle und der Sicherung der stetigen Zahlungsfähigkeit zu beeinflussen. Daneben ist zu gewährleisten, dass alle Maßnahmen zur Verminderung des verbürgten Kreditvolumens genutzt werden. Hierzu gehört beispielsweise die Umschuldung von Darlehen auf ein günstigeres Zinsniveau.

Empfehlenswert kann - ggf. ergänzend zum Berichtswesen im Rahmen der Beteiligungsverwaltung - die Einführung eines Bürgschaftsmanagements sein. Ziel sollte es sein, nach einheitlichen Maßstäben alle Bürgschaftsverhältnisse der Kommune zu verwalten. Hierzu sollten alle für die konkrete Bürgschaftsübernahme und auch für die Beurteilung des wirtschaftlichen Risikos bei den Unternehmen im Hinblick auf künftige Bürgschaftsübernahmen relevante Informationen erhoben und auf die Notwendigkeit von Steuerungsmaßnahmen gegenüber dem Unternehmen analysiert werden. Die Ergebnisse bilden die Grundlage für die Entscheidung über Notwendigkeit und Umfang (haushaltswirtschaftlicher) Risikovorsorge (Zuführung von Mittel in die allgemeine Rücklage – § 19 Abs. 3 Nr. 2 GemHVO).

#### 2.4. *Ausschluss von Besicherungsalternativen*

Aus der Voraussetzung „Erforderlichkeit“ der Bürgschaft i. S. d. § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V ergibt sich, dass Bürgschaften gegenüber anderen dem Hauptschuldner zur Verfügung stehenden Sicherheiten (z. B. dingliche Sicherheiten, wie Grundschulden auf Grundstücke des Hauptgläubigers) subsidiär sind. Eine Bürgschaftsübernahme kann daher nur in Betracht kommen, wenn es hierzu keine Alternativen gibt. Hieraus folgt, dass eine Bürgschaftsübernahme nur in Betracht kommt, wenn seitens des Hauptschuldners ansonsten die Voraussetzungen für den Abschluss des Hauptschuldverhältnisses nicht erfüllt werden können. Ein derartiger Nachweis kann durch die Einholung entsprechender unverbindlicher Marktabfragen bei den Banken erbracht werden<sup>21</sup>. Soweit Kredite der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) in Anspruch genommen werden sollen, kann sich die Erforderlichkeit der Bürgschaftsübernahme auch aus den (allgemeinen) Bedingungen für die Kreditvergabe ergeben.

Wenn die Bürgschaft vornehmlich zur Erreichung von Kommunalkreditkonditionen übernommen werden soll, ergibt sich die fehlende Besicherungsalternative durch die Darlegung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit. Sichergestellt bleiben muss, dass so-

---

<sup>20</sup> Betrachtet wird hier nur der Fall, dass andere Sicherheiten - nach Ansicht des Kreditgebers - nicht ausreichend sind. Zum Nachrang von Bürgschaften siehe Pkt. B 2.5.

<sup>21</sup> Unabhängig davon ist das zugrundeliegende Kreditgeschäft gemäß § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom kommunalen Unternehmen, sofern es nach **§ 98 GWB öffentliche Auftraggeber** ist, nach Maßgabe der Vorschriften des 4. Teils des GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen. Für unter den Schwellenwert liegende Finanzdienstleistungen ergibt sich aus § 75 Abs. 3 KV M-V i. V. m. § 29 GemHVO die Anwendung von Abschnitt 1 der VOL/A.

fern ohne Bürgschaft die Kreditwürdigkeit trotzdem gegeben ist, die Konditionen sowohl mit Bürgschaft als auch ohne Bürgschaft bekannt sind.

### 2.5. *Interne Willensbildung, Ausfertigung der Bürgschaftserklärung*

Die Entscheidung zur Übernahme von Bürgschaften ist eine Vorbehaltsaufgabe der jeweiligen Vertretungskörperschaft. Soweit nicht durch Hauptsatzung bestimmt ist, dass der Hauptausschuss oder der Bürgermeister die Entscheidung bis zu bestimmten Wertgrenzen in Bezug auf die Übernahme von Bürgschaften, den Abschluss von Gewährverträgen bzw. die Stellung von Sicherheiten für Dritte sowie für wirtschaftlich gleichzuachtende Rechtsgeschäfte trifft, obliegt die Entscheidung allein der Gemeindevertretung (§ 22 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 KV M-V).

Eine Beschlussfassung durch das Vertretungsorgan setzt eine vorherige Abwägung der Risiken und eine Überprüfung der Erfüllung der genannten Voraussetzungen voraus. Im Übrigen muss der Beschluss auch hinreichend bestimmt sein. Dies stellt bestimmte Mindestanforderungen an die zu erstellende Beschlussvorlage:

Ausgehend vom allgemeinen Informationsanspruch ist zumindest auf die wesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts eine umfassende Information der Vertretungskörperschaft sicherzustellen.

Der Beschluss muss sich auf ein absehbares, konkretes Rechtsgeschäft beziehen. Erforderlich ist eine Darlegung der Höhe des zu sichernden Geldbetrages, die maximale Laufzeit des zu besichernden Rechtsgeschäfts, die Art und der Umfang der vorzunehmenden Investitionen sowie die Art und die Notwendigkeit der Bürgschaft. Eine angemessene Abwägung als Voraussetzung für die Entscheidungsfindung erfordert daneben Informationen über das Bürgschaftsrisiko und dessen Vereinbarkeit für die kommunale Haushaltswirtschaft.

Soweit die Bürgschaft eine Beihilfe darstellt, ist dies in der Beschlussvorlage ebenfalls darzulegen. Dies soll auch dem beschlussfassendem Organ eine Abwägung ermöglichen, ob der damit verbundene Eingriff in den Wettbewerb vertretbar ist.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass ein Beschluss der Gemeindevertretung über eine allgemeine Gewährung von Bürgschaften bis zu einem bestimmten Höchstbetrag für den Bürgschaftsempfänger (sog. Kreditrahmen bzw. Bürgschaftsrahmen) nicht hinreichend bestimmt ist.

Die Abgabe einer Bürgschaftserklärung bzw. der Abschluss eines Bürgschaftsvertrages stellen Erklärungen dar, durch die die Gemeinde verpflichtet wird, und bedürfen daher gemäß § 38 Abs. 6 Satz 1 KV M-V der Schriftform. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus dem Formerfordernis des § 766 BGB. Die Bürgschaftserklärung bzw. der Bürgschaftsvertrag sind vom Bürgermeister sowie von einem seiner Stellvertreter handschriftlich zu unterzeichnen und mit dem Dienstsiegel zu versehen (§ 38 Abs. 6 Satz 2 KV M-V).

### 3. Vereinbarkeit der Bürgschaftsübernahme mit dem EG-Beihilferecht<sup>22</sup>

Ob und inwieweit (kommunale) Bürgschaften vom Beihilfebegriff des EG-Vertrags erfasst sind, war lange Zeit strittig. Mit der Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (EGV) auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 24.11.1999<sup>23</sup> hat sich die Europäische Kommission zu dieser Problematik geäußert und Kriterien aufgestellt, anhand derer sie bei ihrer Beurteilung, ob eine Bürgschaft als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist, vorgeht. Im Fol-

<sup>22</sup> Einen guten Überblick bietet Kleine in „Der Gemeindehaushalt“ 2002 S. 73.

<sup>23</sup> ABI. der EG C 71 vom 11. März 2000, S. 14.

genden wird ausgehend vom Beihilfebegriff des EU-Rechts deren Anwendbarkeit auf Bürgschaften, sowie das Erfordernis eines Notifizierungsverfahrens einschl. der Fälle, wo dieses verzichtbar ist (De-Minimis-Beihilfen) dargestellt. Zu dieser Thematik sei insgesamt auf den mit Rundschreiben des Innenministeriums vom 20.09.2000; Az.: II 320, herausgegebenen **Erlass „Beihilfen i. S. d. Artikel 87 des EG-Vertrages (EGV)“** verwiesen, der laufend ergänzt wird<sup>24</sup>.

### 3.1. *Der Europäische Beihilfebegriff*

Nach Artikel 87 Abs. 1 EG-Vertrag sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.

Der Begriff der staatlichen Beihilfe ist weit zu fassen („gleich welcher Art“). Beihilfen sind dabei alle Begünstigungen von Unternehmen oder Produktionszweigen, soweit sie nicht durch entsprechende marktgerechte Gegenleistungen des Begünstigten kompensiert werden. Darunter fallen nicht nur direkte finanzielle Zuschüsse (z. B. Subventionen), sondern jede Entlastung von Kosten, die das Unternehmen normalerweise selbst zu tragen hat.<sup>25</sup> Staatliche Mittel umfassen dabei alle aus öffentlichen Mitteln finanzierten Vorteile. Unerheblich ist, ob die Maßnahme durch besondere öffentlich-rechtliche oder private Einrichtungen durchgeführt werden. Artikel 87 Abs. 1 EGV ist damit auch auf aus Mitteln der Kommunen gewährte Beihilfen anwendbar. Das Vorliegen einer Beihilfe setzt schon begrifflich eine Begünstigung, die ein bestimmtes Unternehmen oder einen bestimmten Produktionszweig bevorteilt, voraus. Keine Begünstigung liegt vor, wenn der Leistung eine angemessene und wirtschaftlich im Zusammenhang stehende Gegenleistung gegenübersteht.<sup>26</sup>

Vom grundsätzlichen Beihilfeverbot ausgenommen sind die in Artikel 87 Abs. 2 EGV benannten Maßnahmen, denen jedoch keine praktische Bedeutung für Bürgschaftsübernahmen der Kommunen beizumessen ist.

### 3.2. *Kommunale Bürgschaften als Beihilfen*

In den 90-iger Jahren wurde sehr kontrovers über die Beihilferelevanz von staatlichen Bürgschaften debattiert. Mit der Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften<sup>27</sup> stellt die Kommission nunmehr fest, dass Bürgschaften oder ähnliche Haftungsverpflichtungen der öffentlichen Hand grundsätzlich den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen können und somit der Anwendung der Artikel 87 ff. EGV unterliegen.

In Ausfüllung des vorstehend dargestellten allgemeinen Beihilfebegriffs hat die EU-Kommission den Beihilfecharakter von Bürgschaften wie folgt bestimmt:

- Beihilfeempfänger ist gewöhnlich der Kreditnehmer.
- Die Begünstigung besteht darin, dass die staatliche (bzw. kommunale) Garantie den Empfänger in die Lage versetzt, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditio-

<sup>24</sup> Speziell mit der Problematik von kommunalen Bürgschaften unter dem Beihilfegesichtspunkt beschäftigt sich Punkt 3 der Hinweise.

<sup>25</sup> siehe hierzu Geiger, EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft; 2. Auflage, Artikel 92 Rz. 9 ff.

<sup>26</sup> siehe Koenig/Kühlung NJW 2000, 1065(1066).

<sup>27</sup> a. a. O.; s. a. Pkt. 3 des Beihilfeerlasses.

nen aufzunehmen, als normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar. Üblicherweise erhält der Kreditnehmer aufgrund der staatlichen Garantie einen niedrigen Zinssatz oder er braucht weniger Sicherheiten zu leisten. In gewissen Fällen wird der Kreditnehmer ohne eine staatliche Garantie überhaupt keinen Darlehensvertrag auf dem freien Finanzmarkt abschließen können.

- Der grundsätzlich wettbewerbsverfälschende Charakter von Bürgschaften ergibt sich daraus, dass staatliche Garantien den Aufbau neuer Unternehmen erleichtern und bestimmte Unternehmen in die Lage versetzen, Gelder aufzunehmen, um ihren Geschäftsbereich auszuweiten bzw. überhaupt weiter im Geschäft zu bleiben.

Hieraus lässt sich ableiten, dass bei Erfüllung folgender Voraussetzungen keine staatliche Beihilfe i. S. d. Artikel 87 Abs. 1 EGV gegeben ist<sup>28</sup>:

- a) der Kreditnehmer ist nicht in finanziellen Schwierigkeiten (keine Sanierungsfälle),
- b) der Kreditnehmer wäre grundsätzlich auch ohne Intervention des Staates in der Lage, einen Kredit zu Marktbedingungen auf den Kapitalmärkten aufzunehmen,
- c) die Bürgschaft ist an eine bestimmte Finanztransaktion mit festem Höchstbetrag gebunden, höchstens 80 % der ausstehenden Kreditsumme oder der sonstigen finanziellen Verpflichtungen werden durch die Bürgschaft abgedeckt, die Laufzeit ist befristet **und**
- d) der Kreditnehmer zahlt eine marktübliche Prämie, die u. a. die Faktoren Betrag und Laufzeit der Bürgschaft, vom Kreditnehmer gestellte Sicherheiten, Finanzlage des Kreditnehmers, Wirtschaftszweig und Perspektiven, Ausfallquote und sonstige wirtschaftliche Gegebenheiten zu berücksichtigen hat.

Das Nichtvorliegen einer Beihilfe setzt voraus, dass die genannten Voraussetzungen **alle (kumulativ)** erfüllt sind (s. auch Pkt. 4.2. der Bürgschaftsmitteilung der Kommission).

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

#### Zu a)

Eine Sonderstellung unter den staatlichen Beihilfen allgemein nehmen die Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten ein. Intention der Kommission ist hierbei, dass staatliche Unterstützungen an Unternehmen, die sich in einer finanziellen Notlage befinden, viel gravierendere Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen, als die Unterstützung gesunder Unternehmen.

Für die Unterstützung derartiger Unternehmen ist die Leitlinie für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten vom 9. Oktober 1999<sup>29</sup> zu beachten.

In Abgrenzung zum „gesunden“ Unternehmen i. S. d. vorstehenden Definition ist gemäß Ziff. 2.1 der Leitlinien ein Unternehmen stets dann als „Unternehmen in Schwierigkeiten“ zu qualifizieren, wenn eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung i. S. d. Insolvenzordnung<sup>30</sup> vorliegt oder mehr als die Hälfte des buchmäßigen Eigenkapitals bei Personengesellschaften bzw. des Grund-/Stammkapitals bei Kapitalgesellschaften<sup>31</sup> und mehr als 25 % des buchmäßigen Eigenkapitals bzw. des Grund-/Stammkapitals in den letzten 12 Monaten verlustbedingt aufgezehrt worden sind.

Im Übrigen sind nach Pkt. 2.1 (Tz.: 6) der Leitlinie Unternehmen in Schwierigkeiten

<sup>28</sup> vgl. Mitteilung der Kommission zu Bürgschaften Pkt. 4.2

<sup>29</sup> Leitlinien der Gemeinschaft für staatlichen Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. der EG C 288 S. 2 ff.; vgl. Pkt. 15 des Beihilfeerlasses

<sup>30</sup> vgl. §§ 17 - 19 InsO

<sup>31</sup> vgl. auch § 92 AktG und § 49 GmbHG

anhand typischer Symptome wie zunehmende Verluste, abnehmende Umsatzerlöse, wachsende Lagerbestände, Überkapazitäten, verminderter Cash-Flow, zunehmende Verschuldung und Zinsbelastung sowie Abnahme oder Verlust des Realvermögenswertes zu identifizieren. Weitere konkrete Kriterien legt die Leitlinie jedoch nicht fest.

Die Prüfung, inwieweit das Unternehmen „gesund“ ist, ist daher sinnvollerweise im Zusammenhang mit der Prüfung der Bonität des Kreditnehmers<sup>32</sup> vorzunehmen. Soweit die vorstehend genannten Kriterien erfüllt sind, handelt es sich bei der Bürgschaft zwingend um eine Beihilfe.

Hinsichtlich des hierbei zu beachtenden Verfahrens und den Voraussetzungen sei im Einzelnen auf die genannte Leitlinie verwiesen. In der Praxis ist deren Anwendung insbesondere für Sanierungsfälle von kommunalen Unternehmen im Rahmen einer Unternehmenskonsolidierung denkbar.

#### Zu b)

Das Kriterium, dass das begünstigte Unternehmen grundsätzlich auch ohne Intervention des Staates einen Kredit auf den Kapitalmärkten aufnehmen kann, korrespondiert insofern weitgehend mit dem vorstehenden Kriterium, als dass Sanierungsfälle vom Beihilfebegriff umfasst sind. Ein entsprechender Nachweis ist führbar durch die Einholung von mindestens zwei unverbindlichen Preisangaben.

#### Zu c)

Eine Bürgschaft ist an eine bestimmte Finanztransaktion mit festem Höchstbetrag gebunden, da eine Abhängigkeit (Akzessorietät) zwischen der Finanztransaktion und der Bürgschaft besteht. Die Bürgschaft darf höchstens 80 % der ausstehenden Kreditsumme bzw. der sonstigen finanziellen Verpflichtungen abdecken, da nur auf diese Weise der Kreditgeber gezwungen wird, eine realistische Einschätzung des konkreten Kreditrisikos und damit des Wertes der Bürgschaft vorzunehmen. Die in der Mitteilung der Kommission zu Bürgschaften angeführten Laufzeitbegrenzung der Bürgschaft ist erforderlich, um die Bürgenhaftung auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken (s. § 777 BGB) und damit das zeitliche Risiko überschaubar zu halten.

#### Zu d)

Eine Bestimmung der Marktüblichkeit der Prämie durch die Kommission selbst erfolgt nicht. Ausgehend von der Definition der für die Bestimmung der Marktüblichkeit der Prämie zu berücksichtigenden Faktoren ist deren Höhe nach den ersparten Zinslasten zu bemessen. Alternativ kommt die Höhe des Bürgschaftszinses bei Übernahme der Bürgschaft durch (gewerblich tätige private) Finanzinstitute in Betracht. Hierzu sollten in der Praxis der Bemessung der Bürgschaftsprämie konkrete Alternativangebote<sup>33</sup> zu Grunde liegen. Darüber hinaus müssten auch die Einzelheiten der finanziellen Verpflichtung einbezogen werden (z. B. Ausfallrisiko, Laufzeit, Höhe der Verpflichtung und ggf. vorhandene Sicherheiten). Wenn sich im Einzelfall die Bestimmung der Bürgschaftsprämie schwierig gestaltet, hält die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Bürgschaften/staatliche Beihilfen“ im „Prüfraster für staatliche Beihilfen aus den Bürgschaftsrichtlinien des Bundes und der Länder“<sup>34</sup> bezogen auf Bürgschaftshingaben im Rahmen von notifizierten Bürgschaftsprogrammen eine pauschale Berechnung des Beihilfewertes für vertretbar. Ausgehend davon, dass eine Begünstigung nicht vorliegt, wenn dieser eine angemessene Gegenleistung gegenüber steht, ergibt sich, dass die Gegenleistung so groß sein muss, wie der Beihilfewert einer Bürgschaft oh-

---

<sup>32</sup> siehe B. 2.3.2.

<sup>33</sup> Zur Erkundung der Alternativen mittels einer unverbindlichen Marktabfrage siehe auch B. 2.4.

<sup>34</sup> Prüfraster für staatliche Bürgschaften aus den Bürgschaftsrichtlinien des Bundes und der Länder; Stand 20.03.2000, Pkt. 1.5 – s. Pkt. 3 des Beihilfeerlasses

ne entsprechende marktübliche Prämie. Durchschnittlich wird seitens der o. b. Bund-Länder-Arbeitsgruppe in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission für die Berechnung der Beihilfeintensität ein Beitrag von 0,5 % des Bürgschaftsbetrages über das gesamte Bürgschaftsvolumen bei Bürgschaften aus notifizierten Bürgschaftsprogrammen angenommen.<sup>35</sup> Zu der Frage inwieweit diese pauschale Methode auch für einzelne Bürgschaften (Anwendungsbereich des Pkt. 4.2 der Bürgschaftsmitteilung) Anwendung finden kann, liegt nach hiesiger Kenntnis keine verbindliche Einschätzung der EU-Kommission vor.

Unter Berücksichtigung der Laufzeit der zugrundeliegenden Kreditverpflichtungen lässt sich damit ein jährlicher Betrag ermitteln, der dem Vorteil aus der Bürgschaftsübernahme entspricht. Soweit die gezahlte Bürgschaftsprämie<sup>36</sup> diesem Betrag entspricht, steht der Leistung „Bürgschaftsübernahme“ eine angemessene Gegenleistung in Form der Bürgschaftsprämie gegenüber. Soweit die Bestimmung der Marktüblichkeit der Prämie nicht anhand nachweislicher Vorteile (Zinsvorteile, ersparte Bürgschaftsprovisionen für Inanspruchnahme einer Bürgschaft eines privaten Finanzdienstleiters) erfolgt, beispielsweise mittels einer pauschalierenden Berechnung, ist dringend anzuraten für den Fall, dass die ermittelten Vorteile zu niedrig angesetzt sein sollten, die Vereinbarkeit dieser „fiktiven“ Beihilfe mit den Regelungen des Artikel 87, 88 EGV zu überprüfen. Hier ist insbesondere eine ggf. bestehende Rechtfertigung durch die Anwendung der „De-Minimis-Verordnung“ in Betracht zu ziehen. Sofern im Ergebnis dieser Prüfung noch Zweifel an der Vereinbarkeit der Bürgschaftshingabe mit Art. 87, 88 EGV bestehen, ist im Einzelfall über die Notifizierung zu entscheiden.

Eine Beihilfe liegt – soweit auch die Voraussetzungen zu a) - d) erfüllt sind - nicht vor.

Soweit nach dem Vorstehenden keine Beihilfe vorliegt, hat sich die weitere Prüfung erledigt. Sofern die Bürgschaft Beihilfecharakter hat, ist deren Vereinbarkeit mit EU-Recht zu untersuchen.

### 3.3. *Beihilfeshöhe*

Bei der jeweiligen Staatsgarantie muss das Beihilfeelement unter Bezugnahme auf die Einzelheiten der Garantie und des Kredites (der sonstigen finanziellen Verpflichtungen) beurteilt werden. Ausschlaggebend sind dabei insbesondere Laufzeit und Höhe der Garantie und des Kredites, das Risiko eines Ausfalls des Kreditnehmers, der vom Kreditnehmer für die Garantie entrichtete Preis, die Beschaffenheit einer vorgestellten Sicherheit, Modalitäten und Zeitpunkt einer etwaigen Inanspruchnahme des Staates zur Zahlung einer Verbindlichkeit und die dem Staat zur Verfügung stehenden Mittel zur Beitreibung des Betrages vom Kreditnehmer bei Inanspruchnahme der Garantie (z. B. Konkurserklärung)<sup>37</sup>. Eine verbindliche Methode zur Bestimmung der Beihilfeshöhe einer Bürgschaftsübernahme für eine Kreditaufnahme hat die Kommission nicht vorgeschrieben.

Vielmehr lässt sich die Beihilfeshöhe auf verschiedene Weise berechnen:

Zum einem wie das Zuschussäquivalent eines zinsgünstigen Darlehens; der Zinszuschuss macht dabei die Differenz zwischen dem Marktzins und dem Zins aus, der Dank der staatlichen Garantie angewandt wird, nach Abzug etwaiger Prämienzahlung

<sup>35</sup> Schreiben der Europäischen Kommission/Generaldirektion Wettbewerb an die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der Europäischen Union vom 11.11.1998; betreffs „Vorschlag zweckdienlicher Maßnahmen nach Artikel 93 Abs. 1 EGV betreffend die Richtlinien für staatliche Bürgschaft Abs. 9“; s. a. Pkt. 3 des Beihilfeerlasses; Prüfraster Bürgschaften

<sup>36</sup> neben der Bezeichnung Bürgschaftsprämie sind auch Avalprovision, Bürgschaftsprovision und Bürgschaftszins gebräuchlich.

<sup>37</sup> siehe Bürgschaftsmitteilung a. a. O. (Pkt. 3.1)

oder

als die Differenz zwischen dem ausstehenden garantierten Betrag, multipliziert mit dem Risikofaktor (Ausfallwahrscheinlichkeit) und allen gezahlten Bürgschaftsprämien (d. h. garantierter Betrag x Risiko minus Prämie) oder mit Hilfe anderer sachlich gerechtfertigter und allgemein akzeptierter Verfahren.

Die vorstehenden Verfahren sind ohne nähere Erläuterung nicht verständlich. Da nach Mitteilung der Kommission für einzelne Garantien/Bürgschaften grundsätzlich die **zuerst genannte Methode die Standardvariante** der Berechnung darstellen sollte, beschränkt sich die folgende Darstellung auf diese Methode.

Die Ermittlung des Subventionsäquivalent i. S. d. dargestellten Methode einer staatlichen Beihilfe in Form einer Bürgschaft ist entsprechend dem Verfahren zur Ermittlung einer marktgerechten Prämie durchzuführen. Die dortigen Ausführungen (s. Pkt. B. 3.2. zu d)) gelten entsprechend.

Im Ergebnis ist der Bürgschaft ein eindeutig bestimmender Beihilfewert bezogen auf die gesamte Laufzeit zuzurechnen.

### 3.4. „De-Minimis-Beihilfen“

Bestimmte, dem Grunde als Beihilfe zu beurteilende Tatbestände hat die Kommission mit der sog. De-Minimis-Verordnung erfasst<sup>40</sup>. Dieser kommt große praktische Bedeutung im Bereich der Bürgschaften für kommunale Unternehmen wegen der vorherrschenden Beihilfehöhen zu.

Die De-Minimis-Verordnung beruht darauf, dass die Erfahrungen der Kommission gezeigt haben, dass Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 100.000 EUR innerhalb von 3 Jahren nicht übersteigen, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten nicht beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb nicht verfälschen oder zu verfälschen drohen<sup>41</sup>. Mithin gelten als „De-Minimis-Beihilfen“ qualifizierbare Beihilfen als Maßnahmen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Artikels 87 Abs. 1 EGV erfüllen und daher nicht diesem grundsätzlichen Beihilfeverbot unterliegen. Nach Artikel 2 Abs. 2 der „De-Minimis-Beihilfen-VO“ setzt der Eintritt der Rechtsfolge nach Artikel 2 Abs. 1, Wegfall der Notifizierungspflicht, voraus, dass die **Gesamtsumme aller** einem Unternehmen gewährten De-Minimis-Beihilfen 100.000 EUR bezogen auf einen Zeitraum von 3 Jahren nicht übersteigen. Dieser Schwellenwert gilt dabei für Beihilfen gleich welcher Art und Zielsetzung. Für die Bestimmung der Beihilfehöhe ist in Bezug auf Bürgschaften wichtig, dass die Beihilfe, da sie nicht als Zuschuss gewährt wird, nach ihrem Subventionsäquivalent bestimmt wird. Diese Methode entspricht der oben dargestellten Methode zur Berechnung der Beihilfehöhe bei Bürgschaften. Sie kann daher entsprechend angewendet werden.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> s. Fußnote 32

<sup>39</sup> s. Fußnote 33

<sup>40</sup> Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EGV auf De-Minimis-Beihilfen, ABl. der EG L 10 vom 13. Januar 2001, S. 30 ff.; Pkt. 9 des Beihilfeerlasses

<sup>41</sup> siehe Erwägungsgrund 5 zur „De-Minimis“-Beihilfe-Verordnung a. a. O.

<sup>42</sup> siehe Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung a. a. O.

<sup>43</sup> Beim ÖPNV bestehen Ausnahmeregelungen nach Artikel 87 Abs. 2 und 3 durch Artikel 73 EGV i. V. m. der VO (EWG) 1191/69 (i. d. F. d. VO EWG 1893/91). Erfasst werden jedoch nur laufende Zuschüsse zur Deckung von Kosten aufgrund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Für die Übernahme von Bürgschaften zugunsten von Verkehrsunternehmen dürfte eine Zurechnung zur gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung objektkonkret nur schwerlich möglich sein. Mithin werden Bürgschaften im Verkehrsunternehmen von dieser Ausnahmeregelung nicht erfasst, so dass die allgemeinen Regelungen Bestand haben und somit stets notifizierungspflichtig werden.

<sup>44</sup> Zur Berechnung siehe den Vermerk des Wirtschaftsministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 05.02.2001; V 250/16.4-0-10; „De-Minimis-Berechnung eines Subventionswertes eines zinsgünstigen Darlehens“ unter Pkt. 9 des Beihilfeerlasses des Innenministeriums.

Der Schwellenwert von 100.000 EUR innerhalb von 3 Jahren umfasst alle Formen von öffentlichen Beihilfen (z. B. Zuschüsse, Beteiligungen, Darlehen und auch Bürgschaften) die als De-Minimis-Beihilfen gewährt wurden und insofern noch keiner Notifizierung seitens EU-Kommission erfahren haben. Nicht berührt wird die Möglichkeit, dass der Empfänger sonstige von der Kommission genehmigte oder freigestellte Beihilfen erhalten hat. Hinsichtlich der Einbeziehung eventuell neben den Bürgschaften erhaltener Beihilfen beispielsweise in Form von Zuschüssen ist zu berücksichtigen, dass die mit direkter Notifizierung der EU-Kommission ausgereichten bzw. innerhalb einer notifizierten allgemeinen Beihilferegulierung gewährten Beihilfen nicht in die Berechnung des Gesamtbetrags aller gewährten De-Minimis-Beihilfen einzubeziehen sind.

Um den Missbrauch dieser Regelung zu vermeiden, müssen sowohl die Bewilligungsbehörden als auch die Beihilfeempfänger bestimmten Pflichten nachkommen. Die Bewilligungsbehörde muss dem Bewilligungsempfänger gegenüber eindeutig klarstellen, dass es sich um eine sog. De-Minimis-Beihilfe handelt. Dokumentiert wird dies mit einer sog. De-Minimis-Bescheinigung, in der die Bewilligungsbehörde den Subventionswert genau angeben muss. Ziel ist es, dass der Beihilfeempfänger genau nachvollziehen kann, wie viele De-Minimis-Beihilfen er in den letzten 3 Jahren erhalten hat und ob er den Grenzwert von 100.000 EUR schon erreicht hat. Konsequenterweise ist der Beihilfeempfänger verpflichtet, mit dem Antrag einer neuen De-Minimis-Beihilfe eine vollständige Übersicht über alle in den letzten 3 Jahren erhaltene De-Minimis-Beihilfen vorzulegen.

Die Kommunen werden sich in Zukunft verstärkt mit der Begrifflichkeit der De-Minimis-Beihilfe und der Ausstellung entsprechender Bescheinigungen befassen müssen. Ein Muster einer solchen De-Minimis-Bescheinigung findet sich unter Ziffer 9 des Beihilfeerlasses des Innenministeriums vom 20.09.2000.

### 3.5. Notifizierungsverfahren bei kommunalen Bürgschaften

Betragsmäßig konkretisierte Beihilfen, die nicht von der „De-Minimis“-Verordnung erfasst werden, fallen unter das grundsätzliche Beihilfeverbot des Artikels 87 Abs. 1 EGV. Ausnahmen von diesem Verbot ergeben sich aus den Regelungen des Artikels 87 Abs. 2 und 87 Abs. 3 EGV.

Folglich müssen kommunale Bürgschaften von den gewährenden Stellen zunächst auf ihre Beihilferelevanz geprüft und beurteilt werden. Die Beurteilung, inwieweit bei Vorliegen eines Beihilfetatbestandes ggf. Ausnahmen nach Artikel 87 Abs. 3 greifen, („kann“) obliegt der alleinigen Beurteilung durch die Europäische Kommission. Hinsichtlich der Frage, ob es sich um eine Beihilfe handelt oder nicht, steht der Europäischen Kommission ein erheblicher Auslegungsspielraum zu, d. h. die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit einer Beihilfe obliegt allein der EU-Kommission.

Wenn es sich nach Ansicht des Beihilfegebers um eine Beihilfe handelt, ist grundsätzlich ein **Notifizierungsverfahren** nach Artikel 88 Abs. 3 EGV vor der beabsichtigten Ausgabe der Beihilfe, d. h. vor Abgabe der Bürgschaftserklärung einzuleiten und durchzuführen. Soweit Zweifel an dem Vorliegen einer Beihilfe und an der Notifizierungspflicht bestehen, sollte insbesondere auch zur Risikominimierung<sup>46</sup> der in Pkt. 4.4. der Bürgschaftsmittelteilung der Kommission zum Ausdruck kommende allgemeingültige Grundsatz, dass **im Zweifelsfall eine Anmeldung vorgenommen werden sollte**, Beachtung finden.

<sup>45</sup> Unter Berücksichtigung des Bürgschaftsvorteils entsprechend der pauschalen Berechnungsmethode von 0,5 % der Bürgschaftssumme ergibt sich bei 20,4 Mio. EUR ein Beihilfewert i. H. v. 100.000 EUR.

<sup>46</sup> Ausschluss der Forderung der Rückabwicklung bei Rechtswidrigkeit der Beihilfe

Der Ablauf des Notifizierungsverfahrens ist in der Beihilfeverfahrensverordnung<sup>47</sup> geregelt. Das Verfahren für die Durchführung von Notifizierungsverfahren aus dem kommunalen Bereich ist dem o. a. Beihilfeerlass des Innenministeriums vom 20.09.2000 zu entnehmen. Als Ausnahmetatbestand von der Notifizierungspflicht hat die EU-Kommission auf Grundlage von Artikel 87 Abs. 3 EGV („als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden“) zwischenzeitlich zwei Verordnungen angenommen, mit denen bestimmte Gruppen von staatlichen Beihilfen „als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt“ werden, ohne sie vorab zu prüfen. Im Einzelnen handelt es sich dabei um die Gruppenfreistellungsverordnung für kleinere und mittlere Unternehmen<sup>48</sup> und für Ausbildungsbeihilfen<sup>49</sup>. Diese bleiben für die betrachteten Bürgschaftsübernahmen ohne Anwendungsbereich.

### 3.6. Prüfungsschema

Das Thema der Beihilferelevanz von Bürgschaftsübernahmen ist sehr komplex. Um eine für die Praxis handhabbare Befassung mit der Thematik zu ermöglichen, bietet sich folgendes Prüfschema an:

#### Bürgschaftsübernahmen und EU-Beihilferecht

<p><b>1. Beihilfecharakter der Bürgschaft</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- kein „Sanierungsfall“ i. S. d. Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten</li> <li>- Kreditaufnahme ist grundsätzlich auch ohne Intervention des Staates möglich</li> <li>- fester Bürgschaftsbetrag; 80 % der Kreditsumme werden mit befristeter Laufzeit verbürgt</li> <li>- Kreditnehmer entrichtet marktübliche Prämie</li> </ul>	<p>ja</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>und</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>und</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>und</p> <p><input type="checkbox"/></p>	<p>nein</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>oder</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>oder</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>oder</p> <p><input type="checkbox"/></p>
	<p>Bürgschaft ist keine Beihilfe</p> <p>↓</p> <p>Prüfung beendet</p>	<p>Bürgschaft ist Beihilfe</p> <p>↓</p> <p>weiter mit 2.</p>
<p><b>2. Ermittlung der Beihilfe-Höhe</b></p> <p>- nur für gesunde Unternehmen – Analog wie Zuschussäquivalent eines zinsgünstigen Darlehens. Rechenregel:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. bei Zinsvorteilen: Zinsvorteil über die gesamte Laufzeit (ersparte Zinszahlungen) – gezahlte Bürgschaftsprämie = Beihilfewert oder</li> <li>2. bei Erforderlichkeit zum Erhalt des Kredits: Vorteile aus der Bürgschaft gem. der im Einzelfall feststellbaren relevanten Faktoren – gezahlte Bürgschaftsprämie = Beihilfewert</li> </ol>		

<sup>47</sup> Verordnung (EG)Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrages (neu Artikel 88), ABl. der EG L 83/1 vom 27.03.1999; S. 1 ff.

<sup>48</sup> Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfe an kleinere und mittlere Unternehmen, ABl. der EG L 10 vom 13. Januar 2001, S. 33 f.; Pkt. 9 des Beihilfeerlasses.

<sup>49</sup> Verordnung (EG) Nr. 68/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EGV auf Ausbildungsbeihilfen, ABl. der EG L 10 vom 13. Januar 2001, S. 20 ff.; Pkt. 15 des Beihilfeerlasses

<p>3. <b>De-Minimis-Beihilfe</b> wenn: - Beihilfenswert von 100.000 EUR in 3 Jahren bei vollständiger Berücksichtigung aller relevanten Beihilfen nicht überschritten - Ausstellung einer De-Minimis-Bescheinigung, dann gilt die Bürgschaft als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar und bedarf keiner Notifizierung</p>
<p>4. <b>Notifizierung</b> 1. Grundsatz: Beihilfen sind vor Ausreichung gemäß Artikel 88 Abs. 3 EGV gegenüber der Kommission anzuzeigen → vor Abgabe der Bürgschaftserklärung ist bei Vorliegen des Beihilfetatbestandes ein Notifizierungsverfahren durchzuführen; es sei denn:  2. Ausnahmen: Beihilfen nach den Gruppenfreistellungsverordnung für kleinere und mittlere Unternehmen<sup>50</sup> und für Ausbildungsbeihilfen</p>

#### 4. Rechtsaufsichtliches Genehmigungsverfahren

Die Übernahme von Bürgschaften bedarf als Rechtsgeschäft nach § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde (§ 58 Abs. 3 Nr. 1 KV M-V).

##### 4.1. Charakter und Wirkung der Genehmigung

Die Genehmigungsbedürftigkeit bezieht sich auf das konkrete Rechtsgeschäft. Für die Übernahme von Bürgschaften bedarf daher die konkrete Bürgschaftserklärung bzw. der Bürgschaftsvertrag der Genehmigung. Die erforderliche Genehmigung ist als nachträgliche Zustimmung i. S. d. § 184 Abs. 1 BGB durch die Rechtsaufsichtsbehörde zu werten. Die Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung bzw. des Bürgschaftsvertrages hängt also von der Erteilung der Genehmigung ab (§ 182 Abs. 1 BGB). Die Erteilung der Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurück (§ 184 Abs. 1 BGB). Die Erteilung der Genehmigung setzt damit den vorherigen Abschluss des Rechtsgeschäftes, d. h. die (formgerechte) Abgabe der Bürgschaftserklärung bzw. den Abschluss des Bürgschaftsvertrages voraus. Wegen der Akzessorität zwischen der Bürgschaftserklärung und der Hauptverbindlichkeit ist ebenso der vorherige Abschluss des Grundgeschäftes erforderlich.

##### 4.2. Verfahren

Die Voraussetzungen zur Übernahme von Bürgschaften sind sehr komplex. Die Erteilung einer Bürgschaftsgenehmigung setzt die Prüfung dieser Voraussetzungen voraus. Die Kriterien für die Entscheidung zur Erteilung der Genehmigung ist die Rechtmäßigkeit der Bürgschaftsübernahme (§ 78 Abs. 3 KV M-V). Für die rechtsaufsichtliche Prüfung sind daher einige entscheidungserhebliche Unterlagen erforderlich. Im Folgenden werden die als wesentlich für die Entscheidung zur Erteilung der Genehmigung erforderlichen Unterlagen genannt. Um zusätzliche Erläuterungen zu vermeiden, wird auf die jeweilige Textstelle verwiesen. Diese Hinweise und Unterlagen sind nicht nur für die Konkretisierung des Genehmigungsverfahrens durch die Rechtsaufsichtsbehörde gedacht, vielmehr sollten bereits im Vorfeld die Bürgen mit Hilfe dieser Unterlagen die Rechtmäßigkeit der Bürgschaftsübernahme, d. h. die Erfüllung aller Voraussetzungen für die Bürgschaftsübernahme, prüfen.

<sup>50</sup> Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfe an kleinere und mittlere Unternehmen, ABI. der EG L 10 vom 13. Januar 2001, S. 33 f.; Pkt. 9 des Beihilfeerlasses.

**Die in der nachfolgenden Aufstellung benannten Unterlagen und Ausführungen sind künftig der Rechtsaufsichtsbehörde mit dem Antrag auf Erteilung der Bürgschaftsgenehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde unaufgefordert vorzulegen.**

<b>Vorzulegende Unterlagen / Prüfungsschritte</b>	
1.	Antrag selbst
2.	Sachbericht <ul style="list-style-type: none"> <li>· Ausführungen zum Grund der Bürgschaftsübernahme, zu wesentlichen Entscheidungskriterien der Gemeinde, zu den Voraussetzungen für die Bürgschaftsübernahme sowie</li> <li>· eine Übersicht über die vorgelegten bzw. im Übrigen noch vorhandenen Unterlagen</li> </ul>
3.	Ausfertigung des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäftes (Bürgschaftserklärung/-urkunde)
4.	Vorlage des der Bürgschaft zugrundeliegenden Grundgeschäftes (z. B. Kreditvertrag einschl. aller Kreditbedingungen)
5.	Darstellung zur Risikobewertung Unter dem Blickwinkel der Tragbarkeit aus dem Haushalt bei Inanspruchnahme unter Bezugnahme auf: <ul style="list-style-type: none"> <li>· Haushaltsplan</li> <li>· ggf. Haushaltssicherungskonzept</li> <li>· Angabe über die Höhe der derzeitigen Restschuld von mit Bürgschaften besicherten Verbindlichkeiten</li> <li>· andere Risiken und Verpflichtungen</li> <li>· Aussagen über Deckungsmöglichkeiten bei Inanspruchnahme (Stand der Rücklage gemäß § 19 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GemHVO, erzielbare Erlöse aus verwertbarem Vermögen)</li> <li>· Aussagen zur Wirtschaftlichkeit der Bürgschaftsübernahme für den Hoheitshaushalt (Risikominimierung, Abwehr von Inanspruchnahme aus übrigen Bürgschaftsverpflichtungen, Verminderung von Zuschusszahlungen im Verwaltungshaushalt und andere wirtschaftliche Vorteile)</li> </ul>
6.	Bonitätsanalyse des Hauptschuldners <ul style="list-style-type: none"> <li>· Liquiditätsanalyse unter Bezugnahme auf <ul style="list-style-type: none"> <li>- (testierte) Jahresabschlüsse der letzten 3 Wirtschaftsjahre</li> <li>- aktuelle Wirtschaftsplanung</li> <li>- Prognose zur Liquidität über den Finanzplanungszeitraum hinaus</li> <li>- Darstellung der Plausibilität der Planung im Hinblick auf vergangene Jahresabschlüsse und Aussagen in den Lageberichten</li> </ul> </li> <li>· Auswertung der Ertragslage</li> <li>· Finanzierbarkeit und Wirtschaftlichkeit der finanzierungsgegenständlichen Investitionen Darstellung der Gesamtfinanzierung des Vorhabens Wirtschaftlichkeit und Rentabilität des Vorhabens</li> <li>· Allgemeine Informationen zum Unternehmen unter Vorlage des aktuellen Gesellschaftsvertrages, Handelsregistereintragung und sonstige Informationen zur Branche, allgemeine Risiken udgl.</li> </ul>
7.	Angaben zur Höhe der vereinbarten Bürgschaftsprämie bzw. Benennung der Gründe für den Verzicht auf die Erhebung einer Bürgschaftsprämie <sup>51</sup>
8.	Nachweis der Erforderlichkeit der Bürgschaft Darlegung der erreichbaren Kreditkonditionen bei Bürgschaftsübernahme und Kreditaufnahme ohne Bürgschaft (ggf. i. V. m. Pkt. 7) bzw. Darlegung, dass ohne Bürgschaft keine Kreditaufnahme möglich ist
9.	Beihilferechtliche Bewertung Prüfung der Beihilferelevanz der Bürgschaft, ggf. Darstellung und Berechnung der Beihilföhe, Rechtmäßigkeit der Bürgschaftsübernahme durch Vorlage der De-Minimis-Bescheinigung bzw. durchgeführtes Notifizierungsverfahren <u>Bemerkungen:</u> Für die Rechtsaufsichtsbehörden ergibt sich aus der gesamtstaatlichen Pflicht zum unions- und bundestreuen Verhalten die Verpflichtung auf die Einhaltung des EU-Rechts zu achten. Die Erteilung einer Genehmigung setzt mithin voraus, dass eine ggf. erforderliche Notifizierung mit positivem Ergebnis durchgeführt worden ist <sup>52</sup> .
10.	Beschlussvorlage und Abschrift aus der Sitzungsniederschrift über die Beschlussfassung der zuständigen Vertretungskörperschaften

<sup>51</sup> Unabhängig von der sich ggf. im konkreten Einzelfall aus den beihilferechtlichen Regelungen ergebenden Notwendigkeit bzw. Zweckmäßigkeit der Erhebung von Bürgschaftsprämien, ergibt sich auch aus dem Gebot zur Einnahmeerhebung für erbrachte Leistungen (§ 44 Abs. 2 Nr. 1 KV M-V) für die Stellung der Bürgschaft ein Entgelt zu erheben. Hiervon kann im Einzelfall abgesehen werden, wenn dies nicht mit dem Zweck der Stellung der Bürgschaft (z. B. Reduzierung des Aufwandes beim Hauptschuldner durch Kommunalkreditkonditionen mit dem Ziel der Reduzierung von Verlustausgleichszahlungen durch den Bürgen) vereinbar ist.

<sup>52</sup> s. hierzu Darsow in LKV 2002; S. 1 [6]

#### 4.3. Erteilung /Versagung der Bürgschaftsgenehmigung

Die Erteilung der Bürgschaftsgenehmigung ist ein begünstigender Verwaltungsakt. Deren Versagung ist ein belastender Verwaltungsakt, der auch entsprechend zu begründen ist. Für den Fall der Versagung der Bürgschaftsgenehmigung kann deren Erteilung im Wege eines Verpflichtungswiderspruches/einer Verpflichtungsklage angestrebt werden.

Da die Genehmigung direkt auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften im (Privat-) Rechtsverkehr außerhalb der Kommune mit Dritten wirkt und insoweit der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit maßgeblich ist, ist die Erteilung der Genehmigung unter Nebenbestimmungen nur eingeschränkt möglich.<sup>53</sup> In Betracht kommt insbesondere die Aufnahme von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 1 2. Halbsatz VwVfG M-V, wenn diese sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Angesichts des Risikopotenzials der Bürgschaft ist sicherzustellen, dass bei Übernahme die Voraussetzungen vollständig erfüllt sind. Dies gilt insbesondere, da unter Berücksichtigung des vorhandenen Drittverhältnisses eine Rückabwicklung bspw. bei Nichterfüllung von Auflagen kaum bzw. nur mit unververtretbaren Auswirkungen möglich ist.

Regelmäßig wird in der Praxis an die Rechtsaufsichtsbehörden der Wunsch der Banken herangetragen, bereits im Vorwege vor Abschluss des Grundgeschäftes bzw. vor der endgültigen Abgabe der Bürgschaftserklärung eine Erklärung über die Genehmigungsfähigkeit bzw. die Erteilung der Genehmigung der Bürgschaft abzugeben. Eine vorherige Zustimmung zum beabsichtigten Rechtsgeschäft, das noch nicht abgeschlossen ist, kommt aus den dargestellten Rechtsgründen nicht in Betracht. Ebenso ist die Erteilung der Genehmigung unter der Nebenbestimmung, dass eventuelle Entwürfe rechtsgeschäftlich umgesetzt werden, insbesondere mit Blick auf die erforderliche Rechtssicherheit unzulässig.

Gleichwohl sind derartige Bestrebungen seitens der Kommune und der Banken zur Vorabklärung der rechtlichen Situation nachvollziehbar.

Akzeptabel wäre allenfalls eine allgemeine Information über die Genehmigungsfähigkeit des Rechtsgeschäftes. Inwieweit man ausnahmsweise von der Erteilung von Zusicherungen i. S. d. § 38 Abs. 1 VwVfG M-V Gebrauch macht, kann nur im Einzelfall entschieden werden. In Anbetracht der obigen Ausführungen ist dieses Rechtsinstitut nur restriktiv anzuwenden.

#### 5. Bürgschaften bei Umschuldung der zugrundeliegenden Hauptschuld

Mit der Absicht bzw. der Notwendigkeit der Umschuldung eines mit Bürgschaften besicherten Kredites stellt sich auch stets die Frage nach der Übernahme von „neuen“ Bürgschaften bzw. nach der Gültigkeit der bisherigen Bürgschaften.

Maßgebend für die kommunalrechtliche Beurteilung ist, ob mit der Umschuldung die Übernahme einer „neuen“ Bürgschaft einhergeht. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein neues Rechtsgeschäft zu Übernahme der Bürgschaft getätigt wird. Bei der Bürgschaft als zweiseitiges Rechtsgeschäft bedeutet zweifelsohne eine Änderung des Hauptgläubigers den Abschluss eines neuen Rechtsgeschäftes. Da die Bürgschaft an den Bestand der Hauptschuld anknüpft, insofern also akzessorisch ist, liegt auch in einer Umschuldung bei der Begründung einer neuen Hauptverbindlichkeit bei dem selben Hauptgläubiger ein neues Rechtsgeschäft (z. B. neuer Kreditvertrag mit gleicher Bank).

---

<sup>53</sup> Näheres siehe bei Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG 7. Auflage § 36 Rz. 5

Mithin kann festgestellt werden, dass jede Veränderung der Hauptschuld, die eine (formbedürftige) Änderung des bestehenden Bürgschaftsrechtsgeschäftes bzw. eine rechtsverbindliche Zustimmung des Bürgen erfordert, ein (neues) Rechtsgeschäft i. S. d. kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften darstellt.

Diese mit der Umschuldung im Zusammenhang stehenden Maßnahmen bedürfen daher der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 58 Abs. 3 KV M-V.

Die Übernahme der Bürgschaften bei Umschuldung des zugrundeliegenden Hauptgeschäftes setzt die Erfüllung der o. g. Voraussetzungen in formeller Hinsicht (Beschussverfahren etc.) voraus, sowie die weitere Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung und die Vereinbarkeit mit dem europäischen Beihilferecht.

Hinsichtlich der weiteren materiellen Prüfung zur Risikobewertung ist bei Bürgschaftsübernahme im Zuge der Umschuldung jedoch zu beachten, dass die Übernahme einer neuen Bürgschaft ggf. gerechtfertigt sein kann, wenn kein zusätzliches Bürgschaftsrisiko eingegangen wird. Bei unveränderter Einschätzung der haushaltswirtschaftlichen Situation (Tragbarkeit des Risikos für den Haushalt) und des Ausfallrisikos des Hauptschuldners kann dies beispielsweise der Fall sein, wenn die Umschuldung einer Hauptschuld vorgenommen wird, die bislang durch eine unbefristete Bürgschaft besichert ist. Das Risikopotenzial der bisherigen Bürgschaft deckt sich mit dem Risikopotenzial der neuen Bürgschaft. Eine ähnliche Bewertung ist auch für Fälle angezeigt, in denen vor Ablauf einer bisherigen befristeten Bürgschaftserklärung (beispielsweise innerhalb der Zinsbindungsfrist) aus wirtschaftlichen Gründen eine Umschuldung der Hauptschuld erfolgt. Hinzu kommt in diesen Fällen die Möglichkeit wirtschaftlicher Vorteile für den Hauptschuldner und mittelbar für den kommunalen Gesellschafter als Bürgen.

Soweit eine vorige befristete Bürgschaft nunmehr abgelaufen ist und nach Umschuldung der Hauptverbindlichkeit eine neue befristete Bürgschaftsübernahme erteilt werden soll, sind die o. g. Prüfungsmaßstäbe für die Risikobewertung grundsätzlich heranzuziehen. Gleichwohl wird in diesen Fällen bei der Risikobewertung zu berücksichtigen sein, dass ggf. mit der erstmaligen Bürgschaftsgenehmigung eine Vorentscheidung für künftige Bürgschaften gefallen sein könnte. Dies ist insbesondere der Fall, wenn bei der erstmaligen Bürgschaftsübernahme ersichtlich war, dass eine Tilgung innerhalb einer Zinsbindungsfrist nicht erreichbar ist und nach Ablauf dieser Frist die dann noch bestehende Verbindlichkeit neue Bürgschaftsübernahmen erforderlich machen.

Wenn also keine tiefgreifende Änderung der Situation, d. h. aus Sicht des Hoheitshaushaltes (finanzielle Leistungsfähigkeit) und aus Sicht des Hauptschuldners (wirtschaftliche Situation des Unternehmens) eingetreten ist, ist entsprechend den zuvor dargestellten Kriterien zur Risikobewertung zu verfahren.

Bei zwischenzeitlichen Änderungen von Sachverhalten, die auf die Risikobewertung Einfluss nehmen (haushaltswirtschaftliche Risiken, Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Bürgers), ist in eine neue „Abwägung“ einzutreten.

## 6. Bürgschaften an andere Institutionen

Bislang wurde ausschließlich die Bürgschaftsübernahme für kommunale Unternehmen diskutiert.

Bürgschaftsübernahmen zugunsten anderer Einrichtungen als kommunale Unternehmen dürften in der Praxis ohne großen Anwendungsbereich bleiben. Die Erforderlichkeit der Bürgschaftsübernahme zur Erfüllung von Aufgaben der Kommune dürfte

nur in Ausnahmefällen darstellbar sein<sup>54</sup>. In Einzelfällen denkbar ist jedoch eine Maßnahme, die zumindest teilweise der Erfüllung kommunaler Aufgaben dient. In diesen Fällen hat eine Abgrenzung zwischen den zur kommunalen Aufgabenerfüllung erforderlichen Teil der Bürgschaft, der auf Grundlage von § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V zu beurteilen ist und einen als Sicherheit i. S. d. § 58 Abs. 1 Sätze 2 und 3 KV M-V zu qualifizierenden Teil (Bürgschaft ist nicht durch kommunale Aufgabe bedingt) zu erfolgen.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Bürgschaft i. S. d. § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V finden die o. g. Voraussetzungen Anwendung; es sind strenge Maßstäbe anzulegen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass die Einflussnahmemöglichkeiten des kommunalen Bürgens auf den Hauptschuldner bei anderen Institutionen als kommunalen Unternehmen regelmäßig nicht im erforderlichen Umfang gesichert sind. Es besteht somit die Schwierigkeit, eine zutreffende Informationslage über die wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners zu erlangen. Diese gilt es zuvor durch den potenziellen Bürgen genauestens zu ergründen (Vorlage aller erforderlichen Unterlagen). Entsprechende Informationsansprüche sind auch während der Laufzeit der Bürgschaft an den Hauptschuldner zu stellen.<sup>55</sup>

Im Übrigen kommt in diesen Fällen nicht in Betracht, eine Bürgschaftsübernahme nur aus wirtschaftlichen Gründen (zur Erzielung von Zinsvorteilen) zu erklären.

In diesem Zusammenhang ergibt sich auch, dass ausgeschlossen ist, im Rahmen kommunaler Wirtschaftsförderung notleidende Betriebe zu sanieren und das wirtschaftliche Risiko bei strukturellen Anpassungsprozessen durch Bürgschaften abzusichern.

Der nicht vordergründig durch gemeindliche Aufgaben bedingte Teil einer Bürgschaft kann in seltenen Fällen als Sicherheit i. S. d. § 58 Abs. 1 Satz 2 KV M-V durch eine Ausnahmeentscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 58 Abs. 1 Satz 3 KV M-V legitimiert werden. Hierbei ist der Begriff des öffentlichen Interesses im Sinne des § 58 Abs. 1 Satz 3 KV M-V äußerst restriktiv auszulegen. Da es sich nur um seltene Ausnahmefälle handeln kann, scheidet eine Benennung von Sachverhalten, die ein öffentliches Interesse begründen mögen, in allgemeiner Form aus.

## C. Gewährverträge und Bürgschaftsähnliche Rechtsgeschäfte

### 1. Gewährverträge

Der Gewährvertrag ist ein der Bürgschaft in § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V gleichgestelltes Rechtsgeschäft, dass nach § 58 Abs. 3 Satz 1 KV M-V der Genehmigungspflicht unterliegt.

Unter einen Gewährvertrag versteht man die Übernahme der Haftung für einen bestimmten Erfolg, für ein bestimmtes Handeln des Schuldners oder für eine Gefahr bzw. ein Risiko auf Seiten des Schuldners gegenüber einem Dritten durch Schuldbeitritt oder Schuldmitübernahme. Ein solcher Gewährvertrag knüpft an das Bestehen eines (den Gewährvertrag zugrundeliegenden) Rechtsverhältnisses zwischen den weiteren Vertragspartnern des Gewährvertrages an. Gegenstand des Gewährvertrages ist dann eine Begünstigung einer dieser Vertragspartner (sog. Dritter) durch die Übernahme des Risikos aus dem Grundgeschäft seitens der Kommune.

Hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen finden die für Bürgschaften entwickelten Kriterien entsprechend Anwendung.

<sup>54</sup> siehe Deiters/Schörken in Schweriner Kommentar, § 58 Rz. 2

<sup>55</sup> Zur Information der Kommune während der Laufzeit der Bürgschaft bietet es sich an, mit den Hauptschuldnern eine umfassende Information entsprechend der banküblichen Informations- und Berichtspflichten für die zu besichernde Verbindlichkeit zu vereinbaren. Soweit (modifizierte) Ausfallbürgschaften vereinbart werden, sind seitens des Schuldners Einsichts- bzw. Kontrollrechte vertraglich zuzugestehen, die eine Überprüfung des Eintritts des Zahlungsausfalls durch den Bürgen ermöglichen.

Besonderheit bei einem Gewährvertrag ist, dass die dem Rechtsgeschäft zugrundeliegende Maßnahme regelmäßig nicht aus dem Bereich der Finanzdienstleistungen stammt und somit fachspezifisch bestimmten Verträgen und Leistungen zuzuordnen ist. Beispielhaft seien die Gewährleistung einer bestimmten Mindestabnahmemenge bspw. von Gas, Wasser etc., die Gewährleistung von Mindesteinnahmen bei bestimmten Einrichtungen und Veranstaltungen genannt. Hieraus resultiert im Bereich der Risikobewertung eine eigenständige Bewertbarkeit der Wirtschaftlichkeit des konkreten Rechtsgeschäftes und des Eintritts möglicher Risiken.

## 2. Bürgschaftsähnliche Rechtsgeschäfte

### 2.1. Allgemeine Rechtsnatur

Neben der Bürgschaft selbst gibt es noch andere z. T. rechtlich geregelte bzw. auf gewohnheitsrechtlicher Basis stehende Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich vergleichbare Auswirkungen wie Bürgschaftsübernahmen haben. Auch diese Rechtsgeschäfte unterliegen kommunalrechtlichen und sonstigen Voraussetzungen. Neben den in § 58 Abs. 1 Satz 1 KV M-V genannten Rechtsgeschäften (Bürgschaften und Gewährverträgen) stellt § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich vergleichbare Auswirkungen für die Gemeinde haben, insbesondere wenn sich aus den (zugrundeliegenden) Rechtsgeschäften Dritter Ausgabeverpflichtungen für die Gemeinden in künftigen Haushaltsjahren ergeben (können), unter die Genehmigungspflicht. Kennzeichnend für die von § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V erfassten Rechtsgeschäfte ist damit, dass sie von den Auswirkungen her Bürgschaften und Gewährverträgen nach wirtschaftlicher Sichtweise gleichstehen. D. h., die Kommunen übernehmen insoweit ein Risiko für das wirtschaftliche Verhalten eines Dritten in der Form, als sie von dessen Gläubiger in Anspruch genommen werden können und für seine Verbindlichkeiten einstehen.

### 2.2. Einzelne bürgschaftsähnliche Rechtsgeschäfte

#### 2.2.1. *Patronatserklärungen*<sup>56</sup>

In der kommunalen Praxis sind vereinzelt auch Patronatserklärungen zugunsten kommunaler Gesellschaften anzutreffen.

Patronatserklärungen sind dabei je nach Ausgestaltung entweder lediglich wirtschaftlich bedeutsame, rechtlich jedoch nicht verpflichtende Erklärungen oder auch rechtlich verbindliche Erklärungen (in der Regel einer Muttergesellschaft) mit dem Inhalt für Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft einzustehen, in dem sie diese in die Lage versetzt, ihre Verbindlichkeiten erfüllen zu können<sup>57</sup>. Patronatserklärungen finden außerhalb des Konzernbereiches (Verhältnis Muttergesellschaft zu Tochtergesellschaft) regelmäßig auch im Verhältnis zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Gesellschafter und einer Kapitalgesellschaft (z. B. GmbH) Anwendung. Da die Patronatserklärung kein gesetzlich geregeltes Rechtsinstitut ist, sind in der Praxis unterschiedliche Erscheinungsformen anzutreffen.

#### 2.2.1.1. Erscheinungsformen von Patronatserklärungen

Patronatserklärungen sind in der Praxis eine Sammelbezeichnung; sie reichen von Erklärungen die lediglich lose, zu nichts verpflichtende Äußerungen beinhalten, über

<sup>56</sup> Einen guten Überblick bietet Maslaton „Rechtsfolgen kommunaler Patronatserklärungen“ in NJW 2000, S. 1351ff. sowie Michalski „Die Patronatserklärung in WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 1994, S. 1229ff.

<sup>57</sup> s. auch Ensthaler Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, § 349 HGB, Rz. 36

sog. „Good-Will“-Erklärungen einschl. Bescheinigungen der Bonität der Tochter bis hin zu Verpflichtungen mit garantie- oder bürgschaftsähnlichem Inhalt. Je nach Ausgestaltung stellen sie somit für den Kreditgeber Sicherheiten dar, aus denen er ggf. Ansprüche herleiten kann. Ausgehend vom Grad der Verbindlichkeit im Haftungsfall gliedert man Patronatserklärungen in sogenannte „harte“ und „weiche“ Erklärungen. „Harte“ Patronatserklärungen haben ihre Bezeichnung aus den sich hieraus ergebenden rechtlichen Folgen, da sie bürgschaftsähnlichen Inhalt haben und im Sicherungsfall eine Zahlungsverpflichtung des Patrons begründen. „Weiche“ Erklärungen hingegen sind unverbindliche, ohne Rechtsbindungswillen ausgesprochene Absichten, die eine bestimmte Geschäfts- und Beteiligungspolitik der Gesellschaft in Aussicht stellen. Von dieser Qualifizierung hängt auch die kommunalrechtliche Genehmigungspflicht ab. Bei „harten“ Patronatserklärungen ergeben sich aus dem Rechtsgeschäft wirtschaftlich vergleichbare Auswirkungen wie bei Bürgschaften, so dass eine Genehmigungspflicht nach § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V die Folge ist.

Die Einstufung einer Patronatserklärung und damit der Umfang der Verpflichtung der Kommune zur Haftung hängt wesentlich von den Auslegungen gemäß der Grundsätze der §§ 133, 157 BGB ab. Demnach ist bei der Auslegung der wirklich erklärte und nicht der innere Wille zu erforschen und nicht an den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Hieraus ableitend ist festzustellen, dass eine Beurteilung von Patronatserklärungen im Hinblick auf ihre Genehmigungsbedürftigkeit nur im Einzelfall vorgenommen werden kann. Von der Rechtsprechung wurden bestimmte Formulierungen in Form von Fallgruppen jeweils harten bzw. weichen Patronatserklärungen zugeordnet.

Im Folgenden werden beispielhaft „Standardformulierungen“ für die genannten Arten der Patronatserklärung gegeben.

#### „Harte“ Patronatserklärungen

„Wir werden dafür Sorge tragen, dass unsere Tochtergesellschaft bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredites in der Weise ausgestattet wird, dass sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verpflichtung im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen.“

##### Anmerkung:

Aus der Formulierung „dafür Sorge tragen“ wird nach Auslegung der Schluss gezogen, dass die Muttergesellschaft eine rechtliche Bindung eingehen will. Derartige Formulierungen werden daher harten Patronatserklärungen zugeordnet und insofern auch eine Haftung im Sicherungsfall für den Patron bejaht.

(Quelle: BGH WM 1992, 502)

#### „Weiche“ Patronatserklärung

„Wir haben mit Rücksicht auf unsere Reputation Verbindlichkeiten der X GmbH stets so angesehen wie eigene Verbindlichkeiten.“

##### Anmerkung:

Nach Auslegung soll sich hieraus keine Zusage entnehmen lassen. Vielmehr handelt es sich um eine Erklärung, die die Geschäftspolitik deutlich macht und nicht jedoch auf Rechtsbindungswillen gerichtet ist.

(Quelle: Michalski, WM 1994, 1230)

Ausgehend von der Qualifizierung der Patronatserklärung als harte oder weiche Erklärung ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen.

### 2.2.1.2. Rechtsfolgen der Patronatserklärungen

Kennzeichen der Patronatserklärungen ist, dass die Erklärung den Patron nicht zu unmittelbaren Leistung an die Bank, sondern an die Kreditnehmerin verpflichtet. Zunächst handelt es sich um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter, der darauf gerichtet ist, die Gesellschaft mit ausreichend Kapital auszustatten. Erst bei Zahlungsunfähigkeit kommt ein Anspruch gegen den Patron wegen des entstandenen Schadens in Betracht. Bei Zahlungsunfähigkeit haften dann Schuldner und Patron dem Gläubiger nebeneinander, nicht nur nacheinander für die selbe Leistung für das Ganze<sup>58</sup>. Bei einer „weichen“ Patronatserklärung besteht nach allgemeiner Ansicht eine derartige Einstandspflicht nicht<sup>59</sup>.

### 2.2.1.3. Kommunalrechtliche Bewertung von Patronatserklärungen

#### a) „Weiche“ „Patronatserklärung“

Wie dargestellt, ergeben sich aus „weichen“ Patronatserklärungen keine primären Haftungsverpflichtungen der Kommune. Mithin besteht grundsätzlich auch keine Genehmigungspflicht gemäß § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V, da die hierfür erforderlichen wirtschaftlich vergleichbaren Auswirkungen (hinsichtlich des Vergleichs mit Bürgschaften) nicht gegeben sind.

Gleichwohl ist auch die Abgabe „weicher“ Patronatserklärungen kritisch zu bewerten. Diesen könnten im Zusammenhang mit der Prüfung möglicher Ansprüche aus der sogen. „Konzernhaftung“ - neben anderen Voraussetzungen - indizierende Wirkung<sup>60</sup>, für die Annahme eines qualifiziert faktischen Konzerns bemessen werden. Dies hätte zur Folge, dass ggf. die Kommune als Gesellschafter einer GmbH in Durchbrechung des Haftungsbegrenzungsprinzips des § 13 Abs. 2 GmbHG (Haftung der GmbH ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt) mit ihrem Vermögen für eventuelle Verluste der Gesellschaft für die Begleichung von Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubiger eintreten müsste.

Insofern sollte rechtsaufsichtlich grundsätzlich darauf hingewirkt werden, dass „weiche“ Patronatserklärungen ebenfalls nicht übernommen werden. Rechtlicher Ansatz ist insofern § 69 Abs. 1 Nr. 4 KV M-V, wonach bei der Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt werden muss. Dies kann bei einer Abgabe von „weichen“ Patronatserklärungen aufgrund der damit ggf. ableitbaren Wirkung für die Beurteilung des Vorliegens eines faktischen Konzerns nicht gewährleistet werden.

Problematisch ist die Abgabe von „weichen“ Patronatserklärungen auch dahingehend, dass, wie oben dargestellt, nicht in jedem Fall von vornherein sicher bestimmt werden kann, ob es sich tatsächlich um eine haftungsfreie Patronatserklärung handelt. Aufgrund der Vielzahl der unterschiedlichen Formulierungen besteht hier die Gefahr, dass im Einzelfall auch vermeintlich „weiche“ Patronatserklärungen als „harte“ Patronatserklärungen qualifiziert werden. Dies ließe sich z. B. auch aus der Motivation für die Abgabe von Patronatserklärungen ableiten. Häufig werden diese von Kreditinstituten zur Absicherung ihrer Darlehen genutzt und sind Ausweichinstrumente zu eigentlichen Kreditsicherungsinstrumenten wie die Bürgschaft. Motiv hierfür könnte z. B. sein, das strenge Genehmigungsregime bei der Übernahme von Bürgschaften durch die Kommunalaufsicht zu umgehen.

<sup>58</sup> BGHZ 117, 127 (132 f.)

<sup>59</sup> BHG, StR 1993, 1753

<sup>60</sup> Näheres s. Gundlach, LKV 2000; 58 ff.

Insofern ist durch die Abgabe von Patronatserklärungen stets bezweckt, ein besonderes Vertrauen in kommunale Gesellschaften zu wecken. Daher dürften die von den Kreditinstituten geforderten Patronatserklärungen oftmals auch grundsätzlich darauf gerichtet sein, eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit zu begründen.

b) „Harte“ Patronatserklärungen

Wie bereits dargestellt, sind „harte“ Patronatserklärungen gemäß § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V genehmigungsbedürftig. Da sie anstelle von Bürgschaften und ähnlichen Sicherungsinstrumenten treten, sind die o. g. aufgeführten Voraussetzungen für die Übernahme von Bürgschaften ebenfalls zu erfüllen. Es ergeben sich folgende Besonderheiten:

Im Zusammenhang mit der Risikobewertung ist festzuhalten, dass, wie oben dargestellt, eine „Mithaftung“ des Patrons eintritt und nicht wie bei der Bürgschaft, eine Haftung bei Ausfall des Hauptschuldners. Insofern kann die Patronatserklärung in diesem Punkt gegenüber einer Bürgschaft ein größeres Risiko zur Folge haben.

Problematisch ist auch, dass oftmals keine objektkonkrete Abgabe der Patronatserklärung erfolgt. Insofern ist die zu besichernde Verpflichtung oftmals nicht so konkret wie bei Bürgschaften bestimmt. Beispielsweise sind auch Patronatserklärungen denkbar, die sich auf alle Verpflichtungen gegenüber eines bestimmten Hauptschuldners beziehen. Abhängig von der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der besicherten Hauptforderung kann daher in Einzelfällen auch ein Verstoß gegen § 69 Abs. 1 Ziff. 4 KV M-V bestehen, da eine Begrenzung der Haftung nicht mehr hinreichend ermittelbar ist. Im Übrigen ist dies auch bei der Risikobewertung zu berücksichtigen; das Risikopotenzial aus einer Patronatserklärung ist dadurch beispielsweise nicht immer vollständig bezifferbar.

Insgesamt ist daher die Abgabe von harten Patronatserklärungen unter dem Gesichtspunkt der Risikominimierung und Steuerung problematisch.

2.2.2. *Forfaitierung*

Bei der sogenannten Forfaitierung tritt ein Dritter zukünftige vertragliche Forderungen gegenüber der Kommune an ein Kreditinstitut ab, wobei die Bank von der Kommune regelmäßig einen Einredeverzicht fordert. Da die Kommune dadurch auch bei Schlecht- oder Nichtleistung ihres Vertragspartners nicht von der Leistungspflicht befreit wird und somit beispielsweise auch bei möglicher Insolvenz des Vertragspartners weiterhin Einstandspflichten vorhanden sind, hat die Forfaitierung seitens der Gemeinde wirtschaftlich vergleichbare Auswirkungen wie eine Bürgschaft. Es wird das Risiko für das wirtschaftliche Verhalten eines Dritten übernommen. Mithin unterliegt der Einredeverzicht – abhängig von der konkreten Ausgestaltung - als Rechtsgeschäft der Kommune der Genehmigungspflicht nach § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V.

Hinsichtlich der Kriterien für die Zulässigkeit derartiger Geschäfte (s. unter Pkt. B Kommunalbürgschaften) kann hier beispielsweise bei der Risikobewertung darauf abgestellt werden, inwieweit durch bestehende maßgebliche Einflussmöglichkeiten der Kommune auf den Dritten die grundsätzliche Aufgabenerfüllung zu den festgelegten Vertragskonditionen dauerhaft gesichert werden kann, so dass ein Indiz für ein geringeres Risiko wirtschaftlicher Art besteht.

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, inwieweit eine Aufgabenerfüllung für die Kommune erfolgt. Denkbar sind Forfaitierungen insbesondere bei langfristigen Verträgen

der Kommune mit dem Dritten beispielsweise im Bereich der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben (z. B. die Aufgabe der Abwasserbeseitigung, Wasserversorgung und der Abfallbeseitigung), die dauerhaft durch einen Dritten wahrgenommen werden sollen.

### 2.2.3. *Sonstige verwandte Rechtsgeschäfte*

Ebenfalls genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte nach § 58 Abs. 3 Satz 2 KV M-V, die ein Entstehen für fremde Schuld, für den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände zum Gegenstand haben, können dann darüber hinaus insbesondere sein: Kreditaufträge (§ 778 BGB), Wechselbürgschaften (§ 31 Abs. 3 Wechselgesetz), Schuldversprechen (§ 780 BGB), Erfüllungsübernahmen (§ 329 BGB) sowie der Schuldbeitritt und die Schuldmitübernahme (§§ 414, 415 BGB). Die genannten Rechtsgeschäfte sind praktisch kaum von Relevanz und dürften nur absolute Ausnahmefälle betreffen, so dass eine Darstellung hier nicht erfolgt. Der Schuldbeitritt und die Schuldmitübernahme dürften regelmäßig in Form eines Gewährvertrages vorkommen bzw. sind dieser Gestaltung ähnlich, so dass auf die diesbezüglichen Darstellungen verwiesen wird.

Unter Bezugnahme auf Tz. 2.3.2

### Kennzahlenbasierte Analyse der Bonität des Hauptschuldners

#### 1. Aufstellung einer Strukturbilanz

Aus Gründen der Vergleichbarkeit und Übersichtlichkeit ist die Bilanz des Unternehmens in Form einer Strukturbilanz darzustellen. Dies dient dazu, wesentliche Grundzusammenhänge vereinfacht darzustellen, um die Beziehungen von Ursachen und Wirkungen in vertikaler und horizontaler Weise innerhalb der Bilanz deutlich zu machen. Die Strukturbilanz ist Grundlage für die Kennzahlenbildung.

Im Ergebnis sollte die Strukturbilanz folgende Form haben:

#### Schema Strukturbilanz

Aktiva	Geschäftsjahr		Vorjahr	
	EUR	%	EUR	%
<b>A Anlagevermögen</b>				
1. Immaterielle Vermögensgegenstände				
2. Sachanlagen				
3. Finanzanlagen				
Summe Anlagevermögen				
<b>B Umlaufvermögen</b>				
1. Vorräte				
1.1. Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe				
1.2. Fertige und unfertige Erzeugnisse und Waren				
2. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände				
2.1. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen				
2.2. sonstige Forderungen				
3. Flüssige Mittel				
<b>C. Rechnungsabgrenzungsposten</b>				
Summe Umlaufvermögen				
Bilanzsumme		100		100

Passiva	Geschäftsjahr		Vorjahr	
	EUR	%	EUR	%
<b>A Eigenkapital</b>				
1. Gezeichnetes Kapital				
2. Kapitalrücklage				
3. Gewinnrücklagen				
4. Bilanzgewinn/Bilanzverlust				
Summe Eigenkapital				
<b>B. Rückstellungen</b>				
1. Pensionsrückstellungen				
2. Steuerrückstellungen				
3. Sonstige Rückstellungen				
<b>C. Verbindlichkeiten</b>				
1. Langfristige Verbindlichkeiten				
2. Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen				
3. Sonstige Verbindlichkeiten				
<b>D. Rechnungsabgrenzungsposten</b>				
Summe Fremdkapital				
Bilanzsumme		100		100

## 2. Strukturanalyse/Finanzierungsregeln

### a) Kennzahlen der Vermögensveränderung und der Vermögens- und Kapitalstruktur

$$\text{Änderungen des Anlagevermögens} = \frac{\text{Anlagevermögen des Geschäftsjahres} \times 100}{\text{Anlagevermögen des Vorjahres}}$$

$$\text{Änderungen des Umlaufvermögens} = \frac{\text{Umlaufvermögen des Geschäftsjahres} \times 100}{\text{Umlaufvermögen des Vorjahres}}$$

$$\text{Anlageintensität des Anlagevermögens} = \frac{\text{Anlagevermögen} \times 100}{\text{Gesamtvermögen}}$$

$$\text{Eigenkapitalquote} = \frac{\text{Eigenkapital} \times 100}{\text{Gesamtkapital}}$$

$$\text{Verschuldungsgrad} = \frac{\text{Fremdkapital} \times 100}{\text{Eigenkapital}}$$

$$\text{Liquidität 1. Grades} = \frac{\text{flüssige Mittel} \times 100}{\text{kurzfristige Verbindlichkeiten}}$$

$$\text{Liquidität 2. Grades} = \frac{\text{flüssige Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen} \times 100}{\text{kurzfristige Verbindlichkeiten}}$$

$$\text{Liquidität 3. Grades} = \frac{\text{flüssige Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen} + \text{Vorräte} \times 100}{\text{kurzfristige Verbindlichkeiten}}$$

$$\text{Working-Capital} = \text{Umlaufvermögen} - \text{kurzfristige Verbindlichkeiten}$$

(Zielvorgabe: positiver Wert)

Die Kennzahlen über die Vermögensänderung geben durch die Abbildung der Vermögensveränderung im Zeitvergleich Aufschluss über die wirtschaftliche Phase des Unternehmens (Wachstums- oder Rezessionsphase). Die vorgestellte Intensitätskennzahl lässt wesentliche Strukturen der Vermögensbindung erkennen. Sie ermöglicht damit Aussagen über die Anpassungsfähigkeit des Unternehmens auf exogene Faktoren (mit steigender Anlageintensität sinkt wegen der langfristigen Vermögensbindung die Flexibilität) und somit über das Unternehmensrisiko. Eigenkapitalquote und Verschuldungsgrad sind wesentliche Indikatoren für die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens. Die Eigenkapitalquote gibt dabei Aufschluss über die Selbstfinanzierungskraft und damit Unabhängigkeit des Unternehmens. Insbesondere im Hinblick auf die langfristige Liquidität des Unternehmens ist einer angemessenen Eigenkapitalausstattung bei der Bewertung der Bonität besonderes Gewicht beizumessen. Der Verschuldungsgrad zeigt hingegen die Abhängigkeit vom Fremdkapital und die relative Störanfälligkeit des finanziellen Gleichgewichts im Unternehmen an. Die Aussagekraft des Liquiditätsgrades ist begrenzt, da sich die verwendeten Daten jeweils nur auf einen einzelnen Zeitpunkt am Jahresende beziehen. Gleichwohl ermöglichen sie Aussagen zur Zahlungsfähigkeit des Unternehmens. Die Liquidität 1. Grades gibt die Fähigkeit wieder, mit vorhandenen flüssigen Mitteln kurzfristig entsprechende Verbindlichkeiten zu tilgen. Die Liquidität 2. Grades gibt an, inwieweit das Unternehmen in der Lage ist, mit kurzfristig zu realisierenden Forderungen und flüssigen Mitteln die kurzfristigen Verbindlichkeiten zu decken. Die Liquidität 3. Grades beinhaltet die gleiche Aussagekraft, jedoch werden zur Finanzierung der kurzfristigen Verbindlichkeiten noch die vorhandenen Vorräte berücksichtigt. Das „Working-Capital“ gibt an, inwieweit ein Grundbestand des Umlaufvermögens durch langfristiges Kapital auch längerfristig finanziert ist.

b) Längerfristige Liquiditätsregeln

In der betriebswirtschaftlichen Lehre wurden aus der Erfahrung heraus einige grundsätzliche Regelungen hinsichtlich der Liquiditätsausstattung eines Unternehmens entwickelt, die Zielrichtungen sein sollten, um den Bestand des Unternehmens dauerhaft zu sichern. In abgeschwächter Form sind diese Regelungen als sogen. „goldene Bilanzregeln“ Bestandteil der allgemeinen anerkannten Theorien zum finanziellen Gleichgewicht eines Unternehmens. Hierbei wird angestrebt, dass das Eigenkapital und das langfristig zur Verfügung stehende Fremdkapital zumindest das Anlagevermögen deckt. In einer erweiterten Fassung sollte auch ein Grundbestandteil der Vorräte gedeckt sein. Soweit diese Finanzierungsregelungen annähernd eingehalten werden, ist nach empirischer Erfahrung der Betriebswirtschaftslehre das finanzielle Gleichgewicht in dem Unternehmen gewährleistet. Dies hat eine nachhaltige Sicherung der Liquidität zur Folge und schafft eine positive Zukunftsprognose für den Bestand des Unternehmens.

$$\text{Deckungsgrad 1} = \frac{\text{Eigenkapital} \times 100}{\text{Anlagevermögen}}$$

Aussage:

Der Deckungsgrad 1 drückt aus, inwieweit das Anlagevermögen durch Eigenkapital gedeckt ist.

$$\text{Deckungsgrad 2} = \frac{\text{Eigenkapital} + \text{langfristiges Fremdkapital} \times 100}{\text{Anlagevermögen}}$$

Der Deckungsgrad 2 gibt dagegen an, ob das Anlagevermögen durch das Eigenkapital und das langfristige Fremdkapital abgedeckt wird.

$$\text{Deckungsgrad 3} = \frac{\text{Eigenkapital} + \text{langfristiges Fremdkapital} \times 100}{\text{Anlagevermögen} + \text{Vorräte}}$$

Bei der langfristigen Liquidität geht es um die strukturellen Zusammenhänge zwischen Kapitalbeschaffung und Kapitalverwendung. Die Deckungsgrade geben Auskunft darüber, ob die Finanzierungsregeln eingehalten werden oder nicht. Die finanzielle Struktur des Unternehmens sollte so beschaffen sein, dass die Banken oder andere Fremdkapitalgeber das Unternehmen für kreditwürdig halten.

### 3. Erfolgsanalyse

Auf eine umfangreiche Darstellung der Erfolgsanalyse wird hier verzichtet. Wie in den Ausführungen im Text bereits dargestellt, wird die Erfolgsanalyse nur benötigt, um langfristige Aussagen über die Ertragskraft des Unternehmens zu gewinnen, um so insbesondere den Finanzierungsbedarf für die Deckung eventueller Jahresverluste bzw. die Finanzierungsbeiträge durch Jahresgewinne zu ermitteln.

Angesichts der komplexen Literatur zur Thematik werden im Folgenden nur zwei wesentliche Kennzahlen dargestellt. Tiefergehende Aussagen bleiben einer eigenen Analyse anhand eines selbst gewählten Kennzahlensystems vorbehalten.

$$\text{Gesamtkapitalrendite} = \frac{\text{Jahresgewinn}}{\text{Gesamtkapital}}$$

$$\text{Eigenkapitalrendite} = \frac{\text{Gewinn}}{\text{Eigenkapital}}$$

### Fazit

Die o. g. Kennzahlen zur Liquiditätsanalyse ermöglichen nur eine überschlägige Beurteilung der Finanzsituation des Unternehmens. Gleichwohl sind sie geeignet, eigene Bewertungen fundiert zu unterlegen und insofern auch Argumentationshilfe gegenüber Rechtsaufsichtsbehörden u. a. zu liefern. In welcher Form und in welchem Umfang die Kennzahlen Verwendung finden, ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig und obliegt den betroffenen Stellen vor Ort. An dieser Stelle wurden lediglich Kennzahlen vorgestellt, deren Ermittlung zweckmäßig ist und auf Basis des vorliegenden Datenmaterials ohne größeren Aufwand vorzunehmen sind. Die benannten Kennzahlen dürften geeignet sein, erste Aussagen zur Bewertung des Bürgschaftsrisikos zu liefern.

Darüber hinaus ist selbstverständlich auch eine detailliertere Liquiditätsprüfung möglich und wünschenswert. Empfehlenswert ist bspw. die Einbeziehung einer „Kapitalflussrechnung“ in die Liquiditätsanalyse und die Auswertung des „Cash-Flow“.

Eine Darstellung dieser gut geeigneten Instrumente zur Beurteilung der Finanzlage eines Unternehmens würde den Umfang der Ausführungen sprengen.

Für eine vertiefende Befassung mit der Thematik steht umfangreiche betriebswirtschaftliche Literatur zur Verfügung. Hier sei – ohne nähere Wertung und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – auf folgende Auswahl verwiesen:

H. J. Vollmuth „Bilanzanalyse und Bilanzkritik für die Praxis“, 3. Auflage

G. Wöhe „Bilanzierung und Bilanzpolitik“, 8. Auflage, München, 1992

K. Olfert, W. Körner, J. Langenbeck „Bilanzen“, 6. Auflage, Ludwigshafen, 1992

A. Kerth; J. Wolf „Bilanzanalyse und Bilanzpolitik“, 2. Auflage, München, 1993

J. Hausschildt „Krisendiagnose durch Bilanzanalyse“ Köln, 1988