

### b) Einführung der Ist-Besteuerung

Positiv für Unternehmen ist die Möglichkeit der sog. Ist-Besteuerung, die im Juli 2013 eingeführt wurde.<sup>130</sup> Die Steuerpflicht entsteht erst mit der Bezahlung durch den Kunden und nicht, wie bisher, bereits mit der Erbringung der Leistung. Bisher gerieten insbesondere kleine Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn sie die Mehrwertsteuer zu einem Zeitpunkt abführen mussten, zu dem der Kunde noch nicht bezahlt hatte.

## IV. Schlussbemerkung

Portugal hat im Mai 2014 erfolgreich den Rettungsschirm verlassen. Unterm Strich kann ein positives Fazit über die Troika-Zeit von 2011–2014 gezogen werden. Nicht alles, was die Troika gebracht hat, ist gut. Es entstanden aber positive Impulse, die eine nachhaltige Wirkung auf Land und Leute haben werden.

Die Portugiesen sind ein Volk, das sich an neue Gegebenheiten anpasst und in schwierigen Zeiten zusammenrückt. Die Politik bemüht sich um einen ausgewogenen Haushalt. Die „fetten Jahre“ der Geldverschleuderung sind vorbei. Kranke Wirtschaftsgeflechte haben keinen Platz mehr. Es wird aber noch Jahre dauern, bis Portugal die Maastricht-Kriterien der EU erfüllt.

Die Änderungen im Zivilrecht haben die Wirtschaft gestärkt. So kann z. B. die Laufzeit von Mietverträgen über Wohnraum frei vereinbart werden. Regelungen über die Unternehmenssanierung traten in Kraft. Gesellschaften können in kurzer Zeit gegründet werden. Gesellschaften mit beschränkter Haftung brauchen kein Mindeststammkapital

mehr. Starre arbeitnehmerfreundliche Regelungen wurden flexibilisiert. Das Zivilprozessrecht steht für den Beginn einer neuen Zivilverfahrenspraxis, welche die Verfahrensdauer kürzen wird. Die Reorganisation der Gerichtslandschaft war überfällig. Sie lässt hoffen, dass die Gerichte an Effizienz gewinnen.

Im Steuerrecht hat der Gesetzgeber im Rahmen der Einkommenssteuer noch keine gesunde Lastenverteilung gefunden. Zum einen verspricht er Steuervorteile für Ausländer, die nach Portugal kommen, und zum anderen zermürbt er Inländer mit einer viel zu hohen Steuerlast. Positiv sind die Entwicklungen im Rahmen der Körperschaftssteuer. Nur mit einer Senkung des Steuersatzes für Unternehmen kann sich Portugal im internationalen Wettbewerb behaupten. Der Mehrwertsteuersatz von 23% ist zu hoch, da er die Kaufkraft mindert. Insbesondere die Besteuerung von Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge, wie z. B. Strom und Gas, mit dem höchsten Mehrwertsteuersatz, ist hoffentlich ebenso nur vorübergehender Natur.



**Dr. Alexander Rathenau**

Rechtsanwalt (Deutschland) und Advogado (Portugal). Er ist ganzjährig in Portugal tätig und auf das portugiesische Immobilien- und Steuerrecht spezialisiert (Kontakt unter: [www.anwalt-portugal.de](http://www.anwalt-portugal.de)). Er veröffentlicht regelmäßig zu portugiesischen Rechtsthemen; u. a. ist er Autor einer 2013 als Monographie erschienenen Einführung in das portugiesische Recht.

130 Gesetzesdekret Nr. 71/2013 vom 30. 5. 2013.

Dr. Hans Janus, Rechtsanwalt, Hamburg\*

# Staatliche Exportkreditgarantien im Spannungsfeld zwischen Außenhandelsfreiheit und internationalen Sanktionsregimen

Das deutsche Außenwirtschaftsgesetz geht von der Freiheit des Außenhandels aus. Traditionell flankiert werden zahlreiche Außenhandelsgeschäfte durch Exportkreditgarantien des Bundes, vielfach auch als „Hermes-Bürgschaften“ bezeichnet (vgl. dazu u. a. *Bischoff/Klasen*, RIW 2012, 769). Die Vergabekriterien für die Exportkreditgarantien unterliegen jedoch dem Beihilfenkontrollrecht des EU-Primärrechts (Art. 107 ff. AEUV). Darüber hinaus wird die Außenhandelsfreiheit durch weitere Maßnahmen unmittelbar eingeschränkt, insbesondere durch Exportkontrollen im Hinblick auf sog. Dual-Use-Güter und noch einschneidender durch Embargo-Regelungen, wie sie z. B. von der EU gegen Russland infolge der Ukraine-Krise erlassen wurden. Der folgende Beitrag analysiert die rechtlichen Auswirkungen der genannten Einschränkungen auf die Außenhandelsfreiheit.

## I. Ausgangspunkt: die Außenhandelsfreiheit als Regelfall im deutschen Recht

Der Normtext des deutschen Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) beginnt gleich in § 1 mit einem rechtlichen Bekenntnis zur Außenhandelsfreiheit:

„Der Güter-, Dienstleistungs-, Kapital-, Zahlungs- und sonstige Wirtschaftsverkehr mit dem Ausland ... (Außenwirtschaftsverkehr) ist grundsätzlich frei!“

\* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 5. 6. 2015 auf der 25. Tagung der Hochschullehrer Wirtschaftsrecht in der Nordakademie, Hochschule der Wirtschaft, in Hamburg gehalten hat.

1 Das AWG trat am 1. 9. 1961 in Kraft. Vorher galt das Militärregierungsgesetz Nr. 53, das ein viel restriktiveres Regime vorsah, nach dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zum GATT im Jahr 1951 aber immer mehr aufgeweicht wurde; vgl. Hohmann/John-Hohmann, Ausfuhrrecht, 2002, vor § 1 AWG Rdnr. 1; Fertig, NJW 1961, 710.

Dieses Bekenntnis kann nicht überraschen, ist die Außenwirtschaftstätigkeit doch ein prägendes Wesensmerkmal der deutschen Wirtschaftspolitik seit Entstehung der Bundesrepublik Deutschland, die auch im Grundgesetz ihre Verankerung findet<sup>2</sup>. Nur wenige Länder in der Welt sind so stark in den globalen Wirtschaftsverkehr integriert, aber auch von ihm so abhängig wie Deutschland. Ein Bekenntnis zum freien Welthandel ist dennoch keine Selbstverständlichkeit. In Zeiten eines wieder zunehmenden Protektionismus<sup>3</sup>, vermehrter kriegerischer Auseinandersetzungen und erhöhter politischer und wirtschaftlicher Risiken ist die Außenhandelsfreiheit von größter Bedeutung<sup>4</sup>. Mit der Gewerbefreiheit gem. § 1 GewO und der Außenwirtschaftsfreiheit gem. § 1 AWG gehört Deutschland zu den Ländern mit einer besonders liberalen Konzeption der Wirtschaftstätigkeit.

Aber die Außenwirtschaftsfreiheit gilt nicht uneingeschränkt, wie das Wort „grundsätzlich“ und die Regelungen in § 1 Abs. 1 Satz 2 und § 1 Abs. 2 AWG erkennen lassen. Ausfuhrverbote gibt es in Deutschland nur in geringem Umfang. Sie beziehen sich im Wesentlichen auf Kriegswaffen und sonstige Rüstungsgüter und auf Güter mit doppelter Verwendungsmöglichkeit (Dual-Use-Güter), die gleichermaßen zivil wie militärisch genutzt werden können. Aber es gibt Meldepflichten, Genehmigungspflichten und Verfahrenspflichten nach der Außenwirtschaftsverordnung, die auf der Grundlage von § 12 AWG durch die Bundesregierung und das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesministerium der Finanzen erlassen wurde<sup>5</sup>.

Der Bund fördert durch verschiedene Maßnahmen die deutsche Außenwirtschaft. Das Gesamtbild ist unübersichtlich. Die wichtigsten Fördermaßnahmen sind Garantien für Exportgeschäfte und deren Finanzierung, die sog. Hermesdeckungen, sowie Garantien für Investitionen im Ausland und die Absicherung von Finanzkrediten, die der Sicherung der Rohstoffeinfuhren Deutschlands dienen, den Aufbau von Förderbanken im Ausland oder rein politische Motive zum Hintergrund haben. Hinzu kommen die Unterstützung für die deutschen Auslandshandelskammern, die staatliche Förderung von Auslandsmessen und exportfördernde Maßnahmen im Bereich der Landwirtschaft<sup>6</sup>.

Verstärkt sind in den letzten Jahren die Ausfuhren – mit oder ohne staatliche Fördermaßnahmen – von Sanktionsbestimmungen betroffen. Handelsembargomaßnahmen können unterschiedlichste Rechtsgrundlagen haben, z. B. Rechtsakte der UNO, der EU oder aus dem nationalen Recht stammen. Sie können aber auch rein faktisch wirken wie US-amerikanische Embargomaßnahmen, die in manchen Fällen eine extraterritoriale Geltung für sich in Anspruch nehmen oder faktisch erzeugen<sup>7</sup>. Die Frage, ob ein Export- oder Finanzierungsgeschäft rechtlich zulässig ist oder nicht, ob es faktisch von ausländischen Embargomaßnahmen betroffen ist oder sonstige nachteilige Konsequenzen auslösen kann, ist oftmals sehr schwierig zu beantworten. Verstöße gegen geltende Regelungen können existenziell bedrohliche Entwicklungen für die beteiligten Unternehmen oder Personen bedeuten und strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen.

Die Exporttätigkeit, vom Grundsatz her frei und vom Staat auf vielfältige Weise gefördert, kann somit unterschiedlichsten Beschränkungen bis hin zu Ausfuhrverboten unterliegen.

## II. Die Exportfreiheit und ihre Einschränkungen

Das Außenwirtschaftsgesetz in seiner Neufassung von 2013<sup>8</sup> hatte im Wesentlichen eine Straffung und Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts zum Ziel. An der grundsätzlichen Freiheit des grenzüberschreitenden Güter-, Dienstleistungs-, Kapital-, Zahlungs- und sonstigen Wirtschaftsverkehrs sollte nichts geändert werden. Dieser Konzeption folgt auch die Außenwirtschaftsverordnung, die ebenfalls 2013 neu gefasst wurde<sup>9</sup>. AWG und AWV passen sich terminologisch dem Europäischen Außenwirtschaftsrecht an<sup>10</sup>.

Zu den „Gütern“ – dieser Begriff ersetzt den früher in § 1 AWG verwendeten Begriff „Waren“ – zählen gemäß der Definition in § 2 Abs. 13 AWG neben gegenständlichen Waren auch Software und Technologie. Das neue AWG macht damit noch klarer als die frühere Fassung deutlich, dass nicht nur Waren im herkömmlichen, körperlichen Sinne, sondern auch geistiges Eigentum von der Exportfreiheit erfasst werden. Ob mit den Begriffen Kapital- und Zahlungsexport zwei unterschiedliche Kategorien des Freihandels gemeint sind, kann dahingestellt bleiben. Letztlich zieht jedes Außenhandelsgeschäft zwangsläufig einen Zahlungsvorgang nach sich, so dass man diesen lediglich als eine technische Notwendigkeit und Umsetzung ansehen könnte<sup>11</sup>. Die essenzielle Bedeutung des Zahlungsverkehrs, die über die technische Abwicklung von Außenhandelsoperationen weit hinausgeht, ließe es ebenso gerechtfertigt erscheinen, darin eine eigenständige Kategorie des freien Außenhandels zu sehen<sup>12</sup>.

Was eine „Ausfuhr“ ist und wodurch sie sich von der „Verbringung“ unterscheidet, definiert § 2 AWG. Das Gesetz differenziert nach Lieferungen von Waren bzw. Übertragung von Software oder Technologie aus dem Inland in das übrige Zollgebiet der Europäischen Union bzw. aus dem übrigen Zollgebiet der Europäischen Union in das Inland (§ 2 Abs. 21 AWG), die als „Verbringung“ bezeichnet werden und Lieferungen von Waren bzw. Übertragungen von Software und Technologie in ein Drittland, die als „Ausfuhr“ bezeichnet

2 Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Vgl. dazu *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rdnr. 69.

3 Besorgt über diese Entwicklung: *Roberto Azevêdo*, Generaldirektor der Welthandelsorganisation WTO bei der Vorstellung des Jahresberichts „Developments in the International Trading Environment“ vor dem Trade Policy Review Body der WTO am 8. 12. 2014: Rise of trade restrictions „cause for concern“.

4 Mit der klar herrschenden Meinung wird man aber davon ausgehen müssen, dass die Verbürgung der Außenhandelsfreiheit in § 1 Abs. 1 AWG nur deklaratorischer Natur ist, da das Grundgesetz bereits die Freiheit der (Außen-)Handelstätigkeit zusichert; vgl. *Hohmann/John-Hohmann* (Fn. 1), § 1 AWG Rdnr. 8.

5 Verordnungsgeber sind die Bundesregierung und das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie; dies folgt aus den beiden unterschiedlichen Ermächtigungen in § 12 Abs. 1 S. 1 und 2 AWG.

6 Aufgrund der großen Vielfalt von Fördermaßnahmen befasst sich dieser Beitrag im Wesentlichen mit der Förderung der Exporte von Waren und Dienstleistungen und den damit unmittelbar verbundenen Finanzierungen.

7 Ausdrücklich bei den Iran-Sanktionen, faktisch bei der Verwendung des US-Dollars als Vertragswährung.

8 Gesetz zur Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts vom 6. 6. 2013, BGBl. I 2013, 1482. Vgl. dazu *Walter*, RIW 2013, 205.

9 Außenwirtschaftsverordnung vom 2. 8. 2013, BGBl. I 2013, 2865. Vgl. dazu *Walter*, RIW 2013, 847.

10 *Walter*, RIW 2013, 205, 206.

11 *Hohmann/John-Hohmann* (Fn. 1), § 1 AWG Rdnr. 10.

12 Für diese Auffassung könnte sprechen, dass der Begriff der „Güter“ gemäß der Definition in § 2 Abs. 13 AWG Wertpapiere und Zahlungsmittel nicht erwähnt, während die Definition der „Waren“ in § 2 Abs. 22 AWG diese explizit ausschließt.

sind (§ 2 Abs. 3 AWG)<sup>13</sup>. Die Begriffe Ausfuhr und Verbringung sind damit klar voneinander abgegrenzt und stehen nicht mehr, wie früher, in einem Unterordnungsverhältnis.

Eingriffe in den Außenwirtschaftsverkehr können im Verordnungswege aufgrund gesetzlicher Ermächtigung oder durch Einzelmaßnahmen erfolgen. Die wichtigste Ermächtigungsgrundlage für Beschränkungen der Außenwirtschaftstätigkeit ist das AWG selbst, das als Rahmengesetz durch die Außenwirtschaftsverordnung AWV ausgefüllt wird. Zum Erlass von Verordnungen ist die Bundesregierung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AWG ermächtigt, wenn die Eingriffe zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder der außenpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland erfolgen. Eingriffe, mit denen Sanktionsmaßnahmen der EU im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU (GASP) oder Embargomaßnahmen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen umgesetzt werden, werden gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 4 Abs. 2 AWG durch Verordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesministerium der Finanzen realisiert.

Das Verhältnis zwischen deutschem Außenwirtschaftsrecht und den Kompetenzen der EU ist nicht unkompliziert. Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon und dessen Inkrafttreten am 1. 12. 2009 sind gewisse Kompetenzen im Bereich des Außenwirtschaftsrechts, vor allem das Recht zum Abschluss internationaler Handelsabkommen<sup>14</sup>, von den Mitgliedstaaten auf die EU übergegangen<sup>15</sup>. Auch für die EU gilt der Grundsatz eines freien Außenhandels, selbst wenn sich dies aus den geltenden EU-Verträgen, dem primären Unionsrecht, nicht in aller Eindeutigkeit ergibt. Aber Art. 206 AEUV sagt sehr deutlich, dass die Union durch die Schaffung einer Zollunion im gemeinsamen Interesse beiträgt zur harmonischen Entwicklung des Welthandels, zur schrittweisen Beseitigung der Beschränkungen im internationalen Handelsverkehr und bei den ausländischen Direktinvestitionen sowie zum Abbau der Zollschränken und anderer Schranken. Noch eindeutiger ist die Ausfuhrfreiheit im sekundären Unionsrecht in Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1061/2009 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung<sup>16</sup>, der sog. Ausfuhrverordnung, festgehalten, in dem gesagt wird, dass die Ausfuhren aus der EU in Drittländer frei, d.h. keinen mengenmäßigen Beschränkungen unterworfen sind. Auch Art. 35 AEUV, der jedoch nur die Mitgliedstaaten untereinander bindet, macht deutlich, dass mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind.

Besonders weitreichende Einschränkungen der Außenwirtschaftsfreiheit gelten im Bereich des Exports von Rüstungs- und Dual-Use-Gütern. Bei den zur Kriegführung hergestellten Waffen bestimmt schon Art. 26 Abs. 2 GG, dass sie nur mit Genehmigung der Bundesregierung hergestellt, befördert oder in Verkehr gebracht werden dürfen, wobei die Einzelheiten im Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG), im AWG und der AWV geregelt sind. Die Ausfuhr von Kriegswaffen bedarf gem. § 3 Abs. 3 KWKG einer Ausfuhrgenehmigung. Die EU hat im Bereich der Waffenexporte keine Rechtsetzungskompetenz, so dass jede grenzüberschreitende Beförderung, also auch innerhalb der EU, einer Ausfuhrgenehmigung bedarf<sup>17</sup>. Allerdings veröffentlicht der Rat der EU regelmäßig die „Gemeinsame Militärgüterliste der Europäischen Union“<sup>18</sup>, die auf der Grundlage und zusammen mit dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates betreffend gemeinsame Regeln für die

Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern<sup>19</sup> eine einheitliche Exportkontrollpraxis für Rüstungsgüter herstellen soll. Im deutschen Außenwirtschaftsrecht sind in Abschnitt A des Teils 1 der Ausfuhrliste (Anlage 1 zur AWV) die genehmigungspflichtigen Waffen, Munition und Rüstungsmaterialien genannt.

Für Dual-Use-Güter bestehen weitreichende Genehmigungsvorbehalte, die sich auf die Dual-Use-Verordnung der EU<sup>20</sup> und gegebenenfalls auf darüber hinausgehende Genehmigungserfordernisse nach deutschem Außenwirtschaftsrecht stützen. Welche Güter als Dual-Use-Güter gelten, wird in Art. 2 Ziff. 1 der Dual-Use-VO definiert als „Güter, einschließlich Datenverarbeitungsprogramme und Technologie, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können; darin eingeschlossen sind alle Waren, die sowohl für nichtexplosive Zwecke als auch für jedwede Form der Unterstützung bei der Herstellung von Kernwaffen oder sonstigen Kernsprengkörpern verwendet werden können“.

Da diese Definition nicht präzise genug für die Praxis ist, sind in den Güterlisten als Anlagen zur Dual-Use-Verordnung und zur AWV die entsprechenden Güter aufgelistet, für die eine Genehmigungspflicht besteht<sup>21</sup>.

Eine handelspolitisch bedeutsame Schnittstelle zwischen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) der Union und der Gemeinsamen Handelspolitik (GHP) markiert Art. 215 AEUV, der die Möglichkeit vorsieht, durch Embargo-Verordnungen Ausfuhrverbote oder Finanzierungsverbote zu verhängen. Solche Einschränkungen der Handelsfreiheit werden direkt auf Art. 215 Abs. 2 AEUV gestützt, setzen aber nach Art. 28, 31 EUV voraus, dass der Rat einen einstimmigen Beschluss dazu gefasst hat. Die Umsetzungsmaßnahmen können dann vom Rat auf Empfehlung des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik und der Kommission mit qualifizierter Mehrheit<sup>22</sup> beschlossen werden. Die Embargo-Verordnungen der EU haben nach Art. 288 Satz 2 AEUV unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten und benötigen daher keine Umsetzung mehr in innerstaatliches Recht<sup>23</sup>.

13 Nach § 2 Abs. 8 AWG ist Helgoland aus dem Begriff „Drittland“ ausgeschlossen. Helgoland gehört zwar nicht zum Zollgebiet der EU, Lieferungen dorthin sind aber keine Ausfuhren.

14 Einschließlich von Verträgen zur Förderung und zum Schutz von Auslandsinvestitionen.

15 Art. 207 Abs. 1 AEUV.

16 Verordnung (EG) Nr. 1061/2009 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung vom 19. 10. 2009, ABl. EU L 291/1.

17 Paschke/Graf/Olbrisch-Bender, *Hamburger Handbuch des Exportrechts*, 2. Aufl. 2014, Abschnitt 37, Rdnr. 7.

18 Gemeinsame Militärgüterliste der Europäischen Union, vom Rat am 17. 3. 2014 angenommen, ABl. EU C 107/1.

19 Gemeinsamer Standpunkt 2008/944/GASP des Rates betreffend gemeinsame Regeln für die Kontrolle der Ausfuhr von Militärtechnologie und Militärgütern vom 8. 12. 2008, ABl. EU L 335/99.

20 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck vom 5. 5. 2009, ABl. EU L 134/1. Neufassung der Anlage 1 zu dieser Verordnung durch Delegierte Verordnung (EU) Nr. 1382/2014 der Kommission vom 22. 10. 2014, ABl. EU L 371/1.

21 Paschke/Graf/Olbrisch-Schwendinger/Bender (Fn. 17), Abschnitt 35, Rdnr. 9 ff.

22 Seit dem 1. 11. 2014 setzt dies gem. Art. 16 Abs. 4 EUV i.V.m. Art. 238 Abs. 2 AEUV bei Entscheidungen auf Empfehlung der Kommission oder des Hohen Vertreters der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik eine Mehrheit von mindestens 55 % der Mitglieder des Rates voraus, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedstaaten mit einem Anteil von mindestens 65 % der Bevölkerung der EU.

23 Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, 6. Aufl. 2014, § 9 Rdnr. 71 ff.

Es lässt sich also feststellen, dass nach deutschem und EU-Recht der Außenhandel grundsätzlich frei ist. Weitreichende Einschränkungen sind bei Rüstungs- und Dual-Use-Gütern vorhanden. Embargomaßnahmen können durch Verordnung der EU mit unmittelbarer Geltung in allen EU-Staaten verhängt werden. Das deutsche Außenwirtschaftsrecht, manifestiert im AWG und in der AWW, ist im Rahmen der Reform im Jahr 2013 dem EU-Recht inhaltlich und terminologisch angepasst worden.

### III. Internationale Konditionendisziplin und Beihilfeverbot: die Grenzen der staatlichen Exportförderung

Die Bundesregierung fördert mit staatlichen Garantien (pure cover) deutsche Exporte, deutsche Direktinvestitionen im Ausland und ungebundene Finanzkredite, die der Rohstoffsicherung, dem Aufbau von Förderbanken im Ausland und im Einzelfall auch anderen politisch motivierten Zwecken dienen. Andere Länder verfügen über sehr ähnliche Förderprogramme. Nicht wenige Länder haben auch staatliche Export-Import-Banken geschaffen, die die Außenhandelsstätigkeit direkt mit Krediten unterstützen (direct lending). Die Gefahr ist groß, dass es mit solchen staatlichen Förderprogrammen zu einem Subventionswettbewerb kommen könnte, in dem sich die Staaten mit immer höheren Unterstützungsmaßnahmen gegenseitig überbieten. Um diese Gefahr zu bekämpfen, ist in den letzten 60 Jahren ein umfassendes und ineinander greifendes System von Regeln geschaffen worden, das den freien Welthandel schützen soll und staatliche Unterstützung nur in begrenztem Umfang gerade dort erlaubt, wo eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung vermieden wird. Der große Nachteil dieses Systems aus Regeln der WTO, der OECD und der Europäischen Union besteht darin, dass wichtige Akteure des Welthandels wie z. B. Brasilien, Russland, Indien und China, die ihrerseits eine aktive staatliche Außenwirtschaftsförderung betreiben, in dieses System nicht bzw. nur unzureichend eingebunden sind. Bilaterale Verhandlungen zwischen den USA und China unter Beteiligung der EU und wichtiger Schwellenländer aus dem Kreis der G20 sollen diese Lücke in den kommenden Jahren füllen<sup>24</sup>.

Das WTO-Abkommen, das das GATT 1994 einschließt und 1994 an die Stelle des GATT 1947 getreten ist, sieht in seinem Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM)<sup>25</sup> vor, dass Exportsubventionen grundsätzlich verboten sind. Dem ASCM ist als Anlage eine illustrative Liste der unzulässigen Exportsubventionen angehängt, in der unter den Buchstaben „j“ und „k“ auch die staatlich unterstützte Exportkreditversicherung und die staatliche Exportfinanzierung genannt werden. Erlaubt sind diese Unterstützungsmaßnahmen nur dann, wenn die Exportkreditversicherung zu Prämiensätzen angeboten wird, die auf lange Sicht selbsttragend sind, d. h. Schäden und Verwaltungskosten abdecken und die Exportkredite zu marktmäßigen Konditionen vergeben werden, welche nicht unter den Einstandskosten der finanzierenden Institution am Kapitalmarkt liegen und auch die Kosten der Bank mit abdecken<sup>26</sup>.

Die OECD hat bereits vor mehr als 35 Jahren ein sog. „Arrangement on officially supported export credits“<sup>27</sup> geschaffen, dem alle wichtigen Industrieländer angeschlossen sind. In dieser immer wieder den aktuellen Anforderungen angepassten Vereinbarung<sup>28</sup> sind die Regelungen enthalten, denen sich die teilnehmenden Länder bei der Gewährung oder

Absicherung von Exportkrediten mit Rückzahlungsfristen von mehr als zwei Jahren unterwerfen. Im Kernbereich handelt es sich um Mindeststandards bei Kreditlaufzeiten und Versicherungsprämien, die grundsätzlich nicht unterschritten werden dürfen. Bestimmte Bereiche, wie Rüstungsgüter und Agrarexporte sind von der Geltung des „Konsensus“ ausgeschlossen. Der Konsensus ist ein *Gentlemen's Agreement*<sup>29</sup>, das von der EU jeweils im Wege einer Verordnung in EU-Recht mit unmittelbarer Wirkung in den Mitgliedstaaten übernommen wird<sup>30</sup>.

In der EU gibt es neben dem in EU-Recht übernommenen OECD-Konsensus weitere Regelungen, die die Wettbewerbsgleichheit sicherstellen und die Gewährung unzulässiger Exportbeihilfen vermeiden sollen:

Schon 1998 hatte der Rat der EU in einer Harmonisierungsrichtlinie für die Absicherung von Exportkrediten mit mehr als zweijähriger Risikoperiode grundlegende Regeln aufgestellt, mit denen ein „level playing field“ der europäischen Exporteure sichergestellt werden sollte<sup>31</sup>. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist eine Richtlinie für jeden Staat, an den sie gerichtet wird, verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel ihrer Umsetzung. Da die Richtlinie 98/29/EG aber die Kernelemente der Exportkreditgarantien für mittel- und langfristige Exportgeschäfte ziemlich präzise festgelegt hatte, war der Spielraum für die nationale Umsetzung sehr begrenzt.

Für die Exportkredite mit Laufzeiten unter zwei Jahren sind die Art. 107 und 108 AEUV von Bedeutung, die die Vergabe von staatlichen Beihilfen verbieten, wenn mit diesen ein unzulässiger Vorteil verbunden ist. Mit einer Abfolge von Mitteilungen hat die Kommission seit 1997<sup>32</sup> versucht, eine Marktabgrenzung zwischen privaten und staatlichen Kreditversicherern vorzunehmen<sup>33</sup>. Private Kreditversicherer sollen demnach im Bereich von Risikoperioden bis zu 2 Jahren die alleinigen Anbieter für Exportkreditversicherung für Lieferungen in Länder sein, die als „marktfähig“ klassifiziert sind<sup>34</sup>. Die staatlichen Exportkreditversicherer dürfen somit Deckungsschutz nur anbieten für Exporte in Entwicklungs- und Schwellenländer, die als „nicht marktfähig“ gelten. Während die privaten Versicherer keinen Beschränkungen unterliegen, haben die staatlichen Kreditversicherer die marktfähigen Länder exklusiv den privaten Anbietern zu überlassen. Viele staatliche Kreditversicherer hat dies dazu

24 *Moltrecht*, AW-Prax, Febr. 2013, 40.

25 Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen.

26 Dies kann heute generell als gegeben angesehen werden. Hohe Entschädigungen in der Vergangenheit, resultierend aus der Verschuldungskrise der Entwicklungsländer in den 1980/1990er Jahren und aus dem Auseinanderbrechen der UdSSR wurden in den Folgejahren durch Umschuldungen und deren Rückzahlung wieder ausgeglichen; vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski-*Janus*, Bankrechtshandbuch, 4. Aufl. 2011, § 122 Rdnr. 18 ff.

27 West, Export Credits and the OECD, in: OECD (2011), *Smart Rules for Fair Trade. 50 years of Export Credits*, S. 20 ff.

28 Arrangement on officially supported export credits, OECD TAD/PG(2015)1, 16. 1. 2015.

29 Kein offizieller Rechtsakt gem. Art. 5 lit. a der OECD-Convention.

30 Verordnung (EU) Nr. 1233/2011 vom 16. 11. 2011, ABl. EU L 326/45.

31 Richtlinie 98/29/EG vom 7. 5. 1998 zur Harmonisierung der wichtigsten Bestimmungen über die Exportkreditversicherung zur Deckung mittel- und langfristiger Geschäfte, ABl. EU L 148/22.

32 Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten nach Art. 93 Abs. 1 EGV zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf die kurzfristige Exportkreditversicherung, ABl. EU C 281/4 vom 17. 9. 1997.

33 Zuletzt: Mitteilung vom 6. 12. 2012 der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf die kurzfristige Exportkreditversicherung, ABl. EU C 392/1 vom 19. 12. 2012.

34 Mitgliedstaaten der EU, Australien, Kanada, Island, Japan, Neuseeland, Norwegen, die Schweiz und die USA.

veranlasst, kurzfristige Kreditversicherung gar nicht mehr anzubieten.

Diese Marktabgrenzung hat sich grundsätzlich bewährt. Allerdings war sie nicht geeignet für die tiefgreifenden Marktveränderungen im Rahmen der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise. Der unerwartet starke Rückzug der privaten Kreditversicherer aus der Absicherung von Exportkrediten schuf eine große Deckungslücke, die in der schwierigen Wirtschaftslage dazu führte, dass Exportgeschäfte mangels Deckungsmöglichkeiten gar nicht durchgeführt werden konnten. Die EU-Kommission hat deshalb im Januar 2009 vorübergehend die staatliche Absicherung kurzfristiger Exportgeschäfte auch in den eigentlich „marktfähigen“ Ländern vorübergehend auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 Buchst. b wegen einer „beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens“ wieder erlaubt<sup>35</sup>.

Die Zielrichtungen der genannten Regelungen sind vollkommen unterschiedlich. Während die Regelungen von OECD und EU im Bereich der mittel- und langfristigen Exportkredite sicherstellen wollen, dass die Mitgliedstaaten sich nicht mit Finanzierungsunterstützungen gegenseitig überbieten und dadurch ihre nationalen Exporteure unzulässig in eine bessere Position ihren europäischen bzw. OECD-Wettbewerbern gegenüber bringen, zielen die Beihilferegeln darauf ab, den Wettbewerb der privaten Unternehmen zu sichern und staatliche Intervention in diesem Bereich nur dort zuzulassen, wo eine Wettbewerbsverzerrung ausgeschlossen ist. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass nur im Bereich der Exportkredite bis zwei Jahren Laufzeit ein echtes Angebot privater, miteinander im Wettbewerb stehender Kreditversicherer gegeben ist, deren Geschäft gegen marktverzerrende staatliche Interventionen geschützt werden muss. Im Bereich der Kredite mit längeren Laufzeiten wird von einem höchstens punktuellen und ggf. flüchtigen Angebot der privaten Assekuranz ausgegangen. Diese konzeptionellen Annahmen sind nicht grundsätzlich falsch, aber sie sind heute doch kritischer zu bewerten als noch vor wenigen Jahren. Die privaten Anbieter von Exportkreditversicherung haben inzwischen ihre Absicherungsangebote weit über den Bereich der kurzfristigen Handelsfinanzierung hinaus ausgeweitet und stellen dem Markt stabil in hohem Volumen und auch für längerfristige Geschäfte selbst in Schwellen- und Entwicklungsländern Absicherungskapazität zur Verfügung.

Als weiteres Zwischenfazit ist festzuhalten, dass staatliche Exportförderung, soweit der Export als solcher zulässig ist oder einer Genehmigung bedarf, die aber erteilt worden ist, nur insoweit erlaubt ist, als dadurch weder eine unzulässige staatliche Beihilfe gewährt wird noch von internationalen Absprachen über vereinheitlichte Finanzierungs- bzw. Absicherungsbedingungen abgewichen wird. Staatliche Exportkreditgarantien können somit nur subsidiär zur Anwendung kommen, wenn ein privates Absicherungsangebot nicht oder nur unzureichend vorhanden ist<sup>36</sup>.

#### IV. Exportförderung mit staatlichen Garantien

Die Exportkreditgarantien des Bundes sind das bedeutendste Förderinstrument für die Exportwirtschaft. In den letzten Jahren hat der Bund jeweils Garantien in der Größenordnung von 25–30 Milliarden Euro jährlich für deutsche Exporte in ca. 170 Länder der Erde bereitgestellt. Dabei nimmt der Bund durch das Ministerium für Wirtschaft und Energie unter Beteiligung des Bundesministeriums der Finanzen, des Bundes-

ministeriums für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung und des Auswärtigen Amtes die außenwirtschaftspolitische Steuerung des Instrumentariums wahr. Die operative Arbeit leistet ein Wirtschaftskonsortium, das aus der Euler Hermes Aktiengesellschaft und der PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft besteht<sup>37</sup>. Beide Gesellschaften werden vom Bund auf Honorarbasis vergütet, sind aber an den übernommenen Risiken nicht beteiligt. Diese trägt allein der Bund durch den Bundeshaushalt. Bereits im Jahr 1949 wurde somit eine bis heute funktionierende *Public Private Partnership* begründet.

#### 1. Rechtsgrundlage der Deckungsübernahme

Die Rechtsgrundlagen für die Übernahme von Hermesdeckungen finden sich im Grundgesetz, im jährlichen Haushaltsgesetz und in untergesetzlichen Richtlinien des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Nach Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG bedarf die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmaren Ermächtigung durch Bundesgesetz. Dieses Gesetz ist das jährliche Haushaltsgesetz, in dem ein Rahmen für solche Gewährleistungen festgelegt wird. Nach § 3 Abs. 1 Ziff. 1 des Haushaltsgesetzes 2015<sup>38</sup> ist ein Betrag von maximal 160 Milliarden Euro für förderungswürdige oder in besonderem staatlichen Interesse stehende Ausfuhren vorgesehen. Dabei handelt es sich aber um eine kumulierte Ziffer, auf die gem. § 1 Abs. 2 BHG 2015 auch alle Eventualverpflichtungen des Bundes aus bereits in der Vergangenheit übernommenen Gewährleistungen angeschrieben werden. Der Betrag wird, wenn Bedarf besteht, in regelmäßigen Abständen angepasst. Eine Ermächtigung zum Erlass von verwaltungsinternen Richtlinien ist im BHG 2015 nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie findet sich in den verbindlichen Erläuterungen zu Kapitel 3208 des Bundeshaushaltsplans 2015, wobei dort nur die förderungswürdigen Ausfuhren erwähnt werden und nicht die im besonderen Interesse des Bundes<sup>39</sup>. Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie hat solche Richtlinien erlassen und sie immer wieder dem aktuellen Bedarf angepasst<sup>40</sup>.

Ob es ausreicht, das wichtigste Förderinstrument der deutschen Außenwirtschaft auf eine Ermächtigung durch das jährliche Haushaltsgesetz zu stützen, wird nicht einheitlich gesehen<sup>41</sup>. Die haushaltsgesetzliche Ermächtigung könnte im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt in Art. 115 Abs. 1 GG oder den allgemeinen Gesetzesvorbehalt und das

35 Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für Staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl. EU C 16/1 vom 22. 1. 2009. Hierzu Janus, ZVersWiss 2010, 335; Moltrecht, EuZW 2009, 162; Soltész/von Köckritz, EuZW 2010, 167.

36 Vgl. auch Ziffer 1. 2. der Richtlinien des BMWi. (Richtlinien für die Übernahme von Exportkreditgarantien vom 4. 6. 2014, BAnz. vom 23. 7. 2014, S. 1).

37 Im Rahmen des Übernahmeverfahrens einer Exportkreditgarantie werden die beiden Unternehmen nicht als Beliehene Unternehmen, sondern als „Verwaltungshelfer“ tätig.

38 BGBl. I 2014, 2442.

39 Vgl. hierzu Schimansky/Bunte/Lwowski-Janus (Fn. 26), § 122 Rdnr. 14 ff.

40 Richtlinien für die Übernahme von Exportkreditgarantien vom 4. 6. 2014 (Fn. 36), gestützt auf die gleichlautende Ermächtigung im Haushaltsgesetz/Haushaltsplan 2013.

41 Moltrecht/Kolberg, Garantien und Bürgschaften, Losebl., Stand: Febr. 2015, Register B, Rdnr. 5 ff.; Halm/Engelbrecht/Krahe-Scheibe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, 5. Aufl. 2015, 37. Kapitel, Rdnr. 25 ff.

Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG als nicht ausreichend angesehen werden, da das Haushaltsgesetz als formelles Gesetz Wirkungen primär im inneren Organbereich von Parlament und Regierung entfaltet und gem. § 3 HGrG auch keine unmittelbaren Ansprüche potentiell Berechtigter begründet, sodass es folglich nicht als ausreichende Gesetzesgrundlage angesehen werden könnte<sup>42</sup>. Über das Haushaltsgesetz hinaus müssten daher auch die konkreten Vergabebedingungen in einer gesetzlichen Form geregelt werden<sup>43</sup>. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Vergabe von Exportkreditgarantien sich als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts im Bereich der Leistungsverwaltung abspielt. Art. 115 GG ist systematisch ein Teil der verfassungsmäßigen Regelungen zum Bundeshaushalt. Das Parlament ist über sein Haushaltsrecht eingebunden, und die etatmäßige Mittelbereitstellung erfolgt mit entsprechender parlamentarischer Billigung. Da Exportkreditgarantien grundsätzlich von jedem Unternehmen in Anspruch genommen werden können, ist auch eine Beeinträchtigung einer grundrechtlich geschützten Position schwer vorstellbar. Ähnlich wie bei Subventionen wird man also davon auszugehen haben, dass eine Ermächtigung durch das jährliche Haushaltsgesetz ausreichend ist<sup>44</sup>.

Den Subventionsrechtsverhältnissen entsprechend werden Exportkreditgarantien in einem zweistufigen Verfahren zur Verfügung gestellt. Die Vergabeentscheidung ist ein ministerieller Verwaltungsakt des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Zwar wird die Entscheidung in einem Gremium getroffen, dem Interministeriellen Ausschuss für Exportkreditgarantien (IMA), dennoch handelt es sich nicht um eine Kollegialentscheidung. In der Praxis werden im IMA aber alle Entscheidungen im Konsenswege, also einstimmig getroffen. Der Bundesfinanzminister, der nach den Richtlinien des BMWi (Ziff. 3.1.) ein Vetorecht im Sinne von § 39 BHO hat, braucht von diesem keinen förmlichen Gebrauch zu machen. Ist ein Konsens zwischen den vier Ministerien nicht herzustellen, ist die Entscheidung ggf. im Bundeskabinett zu treffen, Art. 65 GG. Die Umsetzung der so getroffenen Verwaltungsentscheidung erfolgt durch einen zivilrechtlichen Gewährleistungsvertrag, den der begünstigte Exporteur mit dem BMWi, vertreten durch das Mandatarkonsortium aus Euler Hermes und PwC, abschließt. Auch der Rechtsweg ist demgemäß ein zweifacher. Für das Verfahren der Deckungsübernahme ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, für Leistungsansprüche aus der übernommenen Deckung sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

## 2. Wirtschaftsförderung oder Exportsubvention?

Ob die Hermesdeckungen selbst eine Subvention darstellen, ist sehr davon abhängig, welcher Subventionsbegriff herangezogen wird. Finanziell sind sie, wie dargestellt, nach WTO-Recht nur dann zulässig, wenn langfristig ausgeglichen gewirtschaftet wird. Dies ist seit vielen Jahren der Fall. Aktuell haben Hermesdeckungen seit ihrer Einführung im Jahr 1949 dem Bundeshaushalt einen kumulierten Überschuss in Höhe von 3,9 Milliarden EUR eingebracht. Aber es hat auch lange Perioden von finanziellen Verlusten für das Budget gegeben, so vor allem in den Jahren 1983 bis 1998. Seit dem Jahr 1999 hat jedes Jahr mit einem finanziellen Überschuss abgeschlossen. In einer systemischen Betrachtung und aus juristischer Perspektive ist daher das Vorliegen einer Subvention zu verneinen<sup>45</sup>. Dies wird insbesondere dadurch gestützt, dass die Prämien, die der Empfänger der Hermesdeckung zu bezahlen

hat, sehr stark risikodifferenziert sind. In ihre Berechnung fließen Elemente wie die Kreditlaufzeit, das Länderrisiko, die Bonität des ausländischen Käufers, die Qualität der übernommenen Deckung und das eventuelle Vorhandensein von Kreditsicherheiten mit ein. In dem Bereich von Exportgeschäften, in dem auch private Versicherer Deckungsschutz anbieten, muss allerdings sichergestellt sein, dass der Staat entweder keine Deckungen zur Verfügung stellt oder dies nur zu einem Preis tut, der nicht niedriger als der der privaten Anbieter ist<sup>46</sup>. Allerdings muss auch konstatiert werden, dass die meisten Geschäfte ohne eine Hermesdeckung gar nicht stattfinden würden, da entweder das exportierende Unternehmen das Forderungsausfallrisiko in der eigenen Bilanz nicht verkraften könnte oder keine Bank bereit ist, für das Geschäft eine Finanzierung zur Verfügung zu stellen<sup>47</sup>. Im Ergebnis sind die staatlichen Exportkreditgarantien einem Versicherungsverhältnis ähnlich und nicht als Subventionen zu charakterisieren.

## 3. Vergabekriterien

Wenn ein Export erlaubt ist und eine Exportkreditgarantie internationalen Regelungen entsprechend übernommen werden könnte, stellt sich dennoch die Frage, ob der Staat zur Gewährung einer Deckung verpflichtet ist oder nach welchen Kriterien die Vergabe erfolgt. Ein Kontrahierungszwang könnte aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet werden. Aber der Gesetzgeber hat klar weitergehende Voraussetzungen für die Vergabe entwickelt, indem er bereits in der haushaltsrechtlichen Ermächtigung voraussetzt, dass der zu fördernde Export „förderungswürdig“ oder „im besonderen staatlichen Interesse“ sein muss. Damit wird ein Ermessensspielraum für die den Verwaltungsakt erlassende Behörde eingeräumt.

Die Frage, wann ein Exportgeschäft förderungswürdig ist, wird auch in den Richtlinien nicht klar definiert<sup>48</sup>; es finden sich dort in erster Linie negative Kriterien, die aber gleichwohl geeignet sind, als Indikation der Förderungswürdigkeit herangezogen zu werden. So darf ein Exportgeschäft wichtigen Interessen der Bundesrepublik Deutschland nicht entgegenstehen, es muss risikomäßig vertretbar sein, die Vertragsbedingungen dürfen im Außenhandel üblichen Regeln nicht widersprechen, und ausreichende Haushaltsmittel müssen zur Verfügung stehen. Man kann dennoch bei Erfüllung die-

42 Vgl. zur fehlenden Außenwirkung des Haushaltsgesetzes BVerfG, NJW 1975, 254.

43 Erichsen/Ehlers-Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 45.

44 Für Subventionsrechtsverhältnisse so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung; z. B. BVerfG, NJW 1977, 1838; ebenso z. B. BayVGfH, NVwZ 2000, 829; Kloepfer, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 12 Rdnr. 21 ff.; Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl. 2008, § 7 I 2 dd); Woff/Bachof/Stober/Kluth, Allgemeines Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 18 Rdnr. 16 ff.

45 Wie hier *Grave*, Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen, 2002, S. 188. Stober spricht sehr allgemein von Leistungssubventionen und stellt auf die wirtschaftsfördernde Maßnahme als solche ab, ohne die finanziellen Ergebnisse im Einzelfall zu berücksichtigen; vgl. Stober (Fn. 44), § 31 V 1., S. 234 f.

46 Sog. Subsidiaritätsprinzip, vgl. Ziff. 1. 2. der Richtlinien des BMWi (Fn. 36).

47 Zur Subventionsproblematik Schimansky/Bunte/Lwowski-Janus (Fn. 26), § 122 Rdnr. 18 ff.

48 Anders z. B. im Steuerrecht, wo die unbestimmten Rechtsbegriffe „Gemeinnützigkeit“ (§ 52 AO), „mildtätige Zwecke“ (§ 53 AO) und „kirchliche Zwecke“ (§ 54 AO) anhand von abschließenden, enumerativen Aufzählungen präzisiert werden. Vgl. dazu *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 20 Rdnr. 3 ff.

ser Bedingungen nicht von einer Ermessensreduzierung auf Null und einem Zwang des Bundes zum Erlass des Verwaltungsakts, verbunden mit einem Kontrahierungszwang für den privatrechtlichen Gewährleistungsvertrag, ausgehen<sup>49</sup>.

Das Vergabekriterium der Förderungswürdigkeit setzt zwangsläufig einen Beurteilungsvorgang voraus, der auch die Verneinung der Förderungswürdigkeit im Einzelfall mit einschließt. Die inhaltlichen Ansprüche an diesen Beurteilungsprozess sind hoch, denn sie müssen die außenwirtschaftspolitischen Grundentscheidungen der Bundesregierung beachten, sie müssen die Gleichbehandlung der Betroffenen gewährleisten, und die Entscheidungen müssen in einem rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren getroffen werden. Durch die Beteiligung von vier Bundesministerien mit ihren unterschiedlichen politischen Verantwortlichkeiten und ebenso durch die internationalen Vereinbarungen innerhalb von EU und OECD wird dabei sichergestellt, dass auch die bedeutsamen Bereiche Umwelt, Korruptionsvermeidung und Menschenrechte mit in die Beurteilung einfließen. Auch in einer sehr exportorientierten Volkswirtschaft kann man daher nicht sagen, dass jeder Export auch ein förderungswürdiger sei.

Die Förderungswürdigkeit muss zudem in Bezug gesetzt werden zu einem „besonderen staatlichen Interesse“ und zur „risikomäßigen Vertretbarkeit“. Letztlich lassen sich diese unbestimmten Rechtsbegriffe inhaltlich auf einen Kerngedanken zusammenführen. Der Bund ist berechtigt, bei Einzelgeschäften oder bei gleichartigen Geschäften höhere Risiken einzugehen, wenn an der Durchführen der Geschäfte ein besonderes Interesse besteht. Dieses kann vor allem angenommen werden, wenn es darum geht, Arbeitsplätze in Deutschland zu sichern oder zu schaffen<sup>50</sup>. Ist also die Förderungswürdigkeit oder das staatliche Interesse besonders hoch, können auch in kontrolliertem Umfang höhere Risiken eingegangen werden.

#### 4. Zivilrechtliche Einordnung

Staatliche Exportkreditgarantien sind in ihrer zivilrechtlichen Einordnung von großer terminologischer Unschärfe begleitet. Während früher von Ausfuhrgarantien und Ausfuhrbürgschaften bzw. Ausfuhrbürgschaften und Ausfuhrbürgschaften bzw. Ausfuhrbürgschaften die Rede war, wurde vor einigen Jahren die Bezeichnung als Exportkreditgarantien gebräuchlich. Daneben gibt es den häufig verwendeten Begriff der staatlichen Exportkreditversicherung. Die praktische Bedeutung der Frage, ob es sich bei den privatrechtlichen Gewährleistungsverträgen um Garantien, Bürgschaften oder Versicherungen handelt, ist nicht sehr groß, da die Exportkreditgarantien über ein eigenes, umfassendes Regelwerk verfügen, das aus den Richtlinien des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und produktspezifischen Allgemeinen Deckungsbedingung sowie standardisierten oder individuellen besonderen Bedingungen besteht. Dass es sich nicht um Bürgschaften handelt, darf inzwischen als gefestigte herrschende Meinung bezeichnet werden. Entscheidend ist, dass der Bund durch die Deckungsübernahme den Export fördern will. Er ist nicht Bürge, da er nicht für die Persönlichkeit eines ausländischen Schuldners eintreten will.

Die Abgrenzung zwischen Garantie- und Versicherungsvertrag ist komplizierter. Für den Versicherungsvertrag spricht die große Ähnlichkeit zur privaten Kreditversicherung<sup>51</sup>. Die Auffassung wird gestützt durch die Tatsache, dass die zu zahlende Prämie stark nach risikoorientierten Parametern differenziert ist, nach den Vorschriften des OECD-Konsen-

sus auch kapitalmarktbasierende Indikatoren zu berücksichtigen hat und den privaten Markt keinesfalls preislich unterbieten darf. Auch drückt der Bund seine Bereitschaft nachdrücklich aus, Exportgeschäfte in großer Zahl mit Exportkreditgarantien zu unterstützen und damit zu ermöglichen. Wäre der Gewährleistungsvertrag ein Versicherungsvertrag, würden sich eine Reihe weiterer Fragen stellen, wie z.B. nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des VVG, einer möglichen Aufsicht durch die BaFin<sup>52</sup> und der Erhebung von Versicherungssteuer auf die zu zahlenden Prämien für die Exportkreditgarantien.

Gegen die Einschätzung als Versicherungsvertrag spricht in erster Linie der Einzelcharakter der vom Bund übernommenen Deckungen. Berücksichtigt man die Vielzahl von Ländern, die extreme Vielfalt der gedeckten Geschäfte und die Unterschiedlichkeit der Finanzierungsbedingungen, dann dominiert am Ende doch die Einzelfallbetrachtung. Von einer Gefahrengemeinschaft und der Anwendung des Gesetzes der großen Zahl, typisch für die Versicherung, wird man daher nicht sprechen können. Charakteristisch für die Exportkreditgarantien ist gerade die Absicherung von Einzelgeschäften mit z. T. außergewöhnlich hohen Auftragswerten. Dabei besteht regelmäßig ein besonderes Absicherungsinteresse für die politischen Risiken, für die im privaten Versicherungsmarkt nur eine begrenzte Kapazität und Absicherungsbereitschaft zur Verfügung steht. Auch ist die Vergabe der Hermesdeckungen für den Bund keine kommerzielle Aktivität. Er strebt keine Gewinnerzielung an, sondern nur eine langfristige finanzielle Selbsttragung<sup>53</sup>.

Damit erweist sich der Garantievertrag als gesetzlich nicht ausdrücklich geregeltes Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB als der dem Gewährleistungsvertrag am nächsten stehende zivilrechtliche Vertragstypus. Richtigerweise wird man auch insoweit nur von einem garantieähnlichen Vertrag *sui generis* sprechen können, da das für die Garantie klassische Spezifikum der Zahlbarkeit auf erste Anforderung der Exportkreditgarantie mit ihrem umfangreichen Bedingungsnetz gerade fehlt. Der Bund will jedoch bei Vorliegen bestimmter Ereignisse den Eintritt des gewährleisteteten Erfolges in Form der finanziellen Entschädigung des Exporteurs bzw. der finanzierenden Bank sicherstellen. Auf diese Weise sichert er auch seine eigenen Ziele ab, nämlich die Durchführung förderungswürdiger oder im besonderen staatlichen Interesse liegender Exporte. Gerade diese fortbestehende öffentlich-rechtliche Prägung des privatrechtlichen Gewährleistungsvertrages lässt es daher konsequent erscheinen, eine aufgrund der haushaltsgesetzlichen Ermächtigung erteilte Exportkreditgarantie nicht als eine Versicherung, sondern als Garantieverpflichtung eigener Art anzusehen<sup>54</sup>. Die seit einigen Jahren gebräuchliche Bezeichnung als Exportkreditgarantie kommt dieser Rechtsnatur am nächsten.

49 Ziff. 1.3. der Richtlinien des BMWi (Fn. 36); Paschke/Graf/Olbrisch-Junker (Fn. 17), Abschnitt 27, Rdnr. 16.

50 Ziff. 2.2. der Richtlinien des BMWi (Fn. 36).

51 Zu diesem Ergebnis kommt von Kageneck, Hermes-Deckungen, 1991, S. 56.

52 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Allerdings ist der Bund nicht als Unternehmen i. S. v. § 1 VAG anzusehen, so dass er mit den Exportkreditgarantien nicht der Versicherungsaufsicht unterliegt; vgl. Prölss, VAG, 12. Aufl. 2005, § 1 Rdnr. 46; Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, VAG, 5. Aufl. 2012, § 1 Rdnr. 40.

53 Halm/Engelbrecht/Krahe-Scheibe (Fn. 41), 37. Kapitel, Rdnr. 4 f.; Moltrecht/Kolberg (Fn. 41), Register B, Rdnr. 178 ff.; Schimansky/Bunte/Lwowski-Janus (Fn. 26), § 122 Rdnr. 32.

54 Schimansky/Bunte/Lwowski-Janus (Fn. 26), § 122 Rdnr. 35; von einer „bürgschaftsnahen Garantie“ spricht jetzt auch Horn, in: Staudinger, BGB, 2013, Vorbem. §§ 765–778 Rdnr. 489 ff., 496.

## V. Exportgarantien und internationale Sanktionsregime – ein kurzes Resümee

Die Zulässigkeit der Vergabe von Exportkreditgarantien bei Bestehen internationaler Embargomaßnahmen oder anderer Sanktionsmaßnahmen ergibt sich nicht von selbst. Die Frage ist, ob die Förderungswürdigkeit von Exporten (noch) gegeben sein kann, wenn gleichzeitig internationale Embargomaßnahmen über das Empfängerland verhängt worden sind. In aller Regel sind jedoch Sanktionsmaßnahmen keine allumfassenden Verbote, Handel in irgendeiner Form mit einem bestimmten Land zu betreiben („blocking sanctions“)<sup>55</sup>.

Aktuelle Sanktionsmaßnahmen wirken eher punktuell; sie können auf bestimmte Personen, Unternehmen oder Einrichtungen bezogen sein, bestimmte Waren oder Warengruppen betreffen oder sektoral und gezielt ganz bestimmte Wirtschaftszweige und in diesen tätige Unternehmen adressieren. Die aktuellen EU-Sanktionen gegen Russland<sup>56</sup> wegen der völkerrechtswidrigen Annexion der Krim und der Unterstützung der kriegerischen Ereignisse in der Ost-Ukraine machen dies sehr plastisch deutlich. In mehreren Wellen sind die Maßnahmen verschärft worden. In der ersten Stufe wurden politische Maßnahmen ergriffen, wie der Abbruch bestimmter Vertragsverhandlungen und der Ausschluss Russlands aus dem Kreis der G-8-Staaten, dann wurden personale Sanktionen verhängt, die inzwischen über 150 Individuen und über 30 Unternehmen und Einrichtungen betreffen, und schließlich wurden in der dritten Stufe Sanktionen gegen bestimmte Wirtschaftszweige verhängt, wie z. B. die Hersteller von Rüstungsgütern, die Erdöl-Exploration in der arktischen Region sowie gegen Kapitalmarkttransaktionen russischer Staatsbanken<sup>57</sup>. Wie spezifisch die Sanktionen sind, zeigt z. B. eine Ausnahme von reinen Handelsfinanzierungen, die weiterhin auch mit Einbindung der an sich sanktionierten Staatsbanken stattfinden dürfen<sup>58</sup>.

Für Exporte nach Russland, die nach dem Sanktionsregime grundsätzlich zulässig sind, hat die Bundesregierung daher die Bereitstellung von Hermesdeckungen nicht in Frage gestellt. Da das Standardexportgeschäft, welches sich nicht auf Waffen oder Dual-Use-Güter bezieht und weder mit den gelisteten Personen oder Institutionen abgewickelt und auch

von den sektoralen Beschränkungen nicht erfasst wird, die große Masse deutscher Exportgeschäfte darstellt, hat der Bund insoweit keine neue Bewertung der Frage der Förderungswürdigkeit für erforderlich gehalten<sup>59</sup>. Am Ende ist es die grundlegende Außenwirtschaftsfreiheit, die unser Wirtschaftsmodell prägt und trägt und die der Bund in konsequenter und zuverlässiger Weise anerkennt und mit seinen wirtschaftspolitischen Förderinstrumenten unterstützt.



**Dr. Hans Janus**

Rechtsanwalt und Unternehmensberater in Hamburg. Dissertation zum Steuerrecht und internationalen Steuerrecht der (damaligen) Sowjetunion. Von 1983 bis 2014 bei der Euler Hermes AG (Hamburg), von 1994 bis 2014 als Vorstandsmitglied mit Verantwortlichkeiten für die Exportkreditgarantien des Bundes. Er gehört dem Vorstand des Osteuropaverbands der deutschen Wirtschaft an und ist Vorsitzender der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung; außerdem ist er Fachautor in den Bereichen Bankrecht, internationale Finanzen und Exportkreditversicherung.

- 55 Davon zu unterscheiden sind die Boykott-Klauseln, wie sie z. B. früher vielfach von arabischen Ländern eingesetzt wurden, um Israel wirtschaftlich zu isolieren (Israel-Boykott-Klauseln). Dies hat 1992 dazu geführt, dass das Außenwirtschaftsrecht entsprechend geändert und in § 7 AWV ein Verbot von Boykott-Klauseln aufgenommen wurde. Verstöße dagegen werden als Ordnungswidrigkeit gemäß § 81 Abs. 1 AWV i. V. m. § 19 Abs. 1 AWG geahndet. Zur Verschärfung der Straf- und Bußgeldvorschriften im Rahmen der Reform des Außenwirtschaftsrechts vgl. *Walter*, RIW 2013, 205, 208 f.
- 56 Hierzu u. a.: Verordnung (EU) Nr. 269/2014 vom 17. 3. 2015 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen, ABl. EU L 78/6; Verordnung (EU) Nr. 833/2014 vom 31. 7. 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. EU L 229/1; Verordnung (EU) Nr. 960/2014 vom 8. 9. 2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 833/2014, ABl. EU L 271/3; Verordnung (EU) Nr. 1290/2014 vom 4. 12. 2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 960/2014, ABl. EU L 349/20.
- 57 Hierzu detailliert *Schwendinger/Trennt*, EuZW 2015, 93.
- 58 Vgl. Art. 5 Abs. 3 Buchst. a der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 i. d. F. der Verordnung (EU) Nr. 1290/2014.
- 59 Allerdings ist das Länderrisiko Russland durch die OECD in eine schlechtere Kategorie eingestuft worden, so dass sich die Prämien für die Absicherung von Russland-Geschäften erhöht haben.

Kay Höft, M.A. (BWL), Rechtsanwalt, Hamburg, und Olaf Kreuzer, Rechtsanwalt, Essen

# Technische Unterstützung in der Kommunikationsaufklärung

Erweiterung der Kontrollpositionen und Einführung neuer Genehmigungs- und Unterrichtungspflichten in der AWV

Seit dem 18. 7. 2015 sind in Deutschland neue Vorschriften bei der Exportkontrolle im Außenwirtschaftsverkehr zu beachten: mit der 4. Änderungsverordnung zur Außenwirtschaftsverordnung

(AWV) hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) den kontrollierten Dienstleistungsverkehr um die neuen Vorschriften §§ 52a und 52b AWV ergänzt. Gleichzeitig wurden national