



JOHANNES GUTENBERG  
UNIVERSITÄT MAINZ

**Professor Dr. Meinrad Dreher, LL.M.**

Lehrstuhl für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung  
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

Telefon: +49 (0) 6131 39- 25672  
Telefax: +49 (0) 6131 39- 25675  
E-Mail: m.dreher@uni-mainz.de  
Internet: www.jura.uni-mainz.de/dreher

Postanschrift: Haus Recht und Wirtschaft  
D-55099 Mainz

Besucher- Haus Recht und Wirtschaft  
und Liefer- Jakob-Welder-Weg 9  
anschrift: 2. Stock, Zi. 02-240  
D-55128 Mainz

02.02.2015

**Ergänzende Stellungnahme für den Haushalts- und Finanzausschuss des Landtags NRW zu der Entscheidung der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission vom 21. Mai 2014 in Sachen Westfälische Provinzial und zu der Vorlage Landtag NRW 16/2360 (Information des Finanzministeriums vom 29.10.2014 über ein Auftragsgutachten der Kanzlei Freshfields vom 14.10.2014)**

## **1. Zusammenfassung**

Die Stellungnahme der Generaldirektion Wettbewerb ist im Hinblick auf die Schnelligkeit des Vorgehens, die fehlende eigene Sachprüfung und den alleinigen Verweis auf die tatsächliche sowie rechtliche Darstellung der Betroffenen für ein beihilfe-rechtliches Verfahren mehr als ungewöhnlich.

Die zuständigen deutschen Organe haben zu meiner Stellungnahme im Landtag NRW vom 12.02.2014 behauptet, sie beruhe auf einen unzutreffenden Sachverhalt, ohne dies zu belegen.

Die Entscheidung der Generaldirektion Wettbewerb vom 21.05.2014, „die Sache nicht weiter zu verfolgen“, ist im Hinblick auf die dafür genannten, allein von den Betroffenen übernommenen Gründe mit dem geltenden Beihilferecht nicht zu vereinbaren.

Bei dem Freshfields-Gutachten handelt es sich um ein Auftragsgutachten des Finanzministeriums NRW. Es wurde einerseits unter Verstoß gegen das europäische Vergaberecht nicht europaweit ausgeschrieben und postuliert andererseits auftragsgemäß, aber unter Verkennung maßgeblicher tatsächlicher und rechtlicher Brüche eine nicht vorhandene kontinuierliche Entwicklung der Westfälischen Provinzial.

## **2. Die Entscheidung der Generaldirektion Wettbewerb**

### **a) Zum Verfahren**

Das Verfahren in der Sache Westfälische Provinzial unterscheidet sich von der üblichen Praxis in Beihilfverfahren durch eine außerordentliche Schnelligkeit und das Fehlen jeder eigenen Sachprüfung durch die Generaldirektion Wettbewerb.

Die Generaldirektion Wettbewerb hat die – für alle Beihilfesachverhalte in Deutschland zuständige – Bundesregierung, diese wiederum vertreten durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, erstmals am 07.03.2014 um Auskunft zu dem Vorgang ersucht. Die Mitteilung der Bundesregierung an die Kommission stammt vom 09.05.2014. Bereits am 21.05.2014 hat die Generaldirektion Wettbewerb dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mitgeteilt, „die Sache nicht weiter zu verfolgen“.

Eine solche Verfahrenseinstellung innerhalb von nur sieben Arbeitstagen ohne eine einzige Rückfrage und in vorbehaltlosem Vertrauen auf die Sachverhaltsdarstellung und die rechtliche Bewertung durch den betroffenen Mitgliedstaat, der seinerseits ausschließlich auf die rechtliche Sicht der Landesregierung NRW verweist, stellt einen in Beihilfeverfahren wohl einmaligen Vorgang dar. Eine eigene Prüfung hat die Generaldirektion Wettbewerb schon nach dem Wortlaut ihres Schreibens vom 21.05.2014 nicht angestellt. Denn ihre Entscheidung, die Sache nicht weiter zu verfolgen, erfolgt ausdrücklich „auf Basis Ihrer Ausführungen“, d. h. der in dem Schreiben des zuständigen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 07.03.2014 nach den Vorgaben der Landesregierung NRW enthaltenen Ausführungen. Eine solche Verfahrensweise entzieht sich anderen als politischen Erklärungen.

## **b) Zum Sachverhalt**

Die Generaldirektion Wettbewerb beruft sich für ihre Entscheidung ausschließlich auf die Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 09.05.2014. Darin ist auch die Behauptung enthalten (Rn. 4), meine Stellungnahme vom 12.02.2014 zur Anhörung des Landtags NRW gehe von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. Eine Begründung dafür, insbesondere eine konkrete Darlegung, wo der Sachverhalt von dem meiner Stellungnahme zugrunde liegenden Sachverhalt abweicht, fehlt jedoch. Stattdessen wird lediglich pauschal ausgeführt, bei Betrachtung des zutreffenden Sachverhalts sei keine Beihilfe gewährt worden.

## **c) Zu den Rechtsausführungen**

Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission verweist in rechtlicher Hinsicht in ihrem Schreiben vom 21.05.2014 lediglich auf Ausführungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie in dessen Schreiben vom 09.05.2014: Zum einen gehe es nicht um eine materielle Privatisierung, zum anderen liege kein Transfer staatlicher Mittel vor.

Die Äußerung zu der materiellen Privatisierung ist rechtlich irrelevant. Denn in der bisherigen Diskussion um die Beihilfe in Sachen Westfälische Provinzial ging es an keiner Stelle um die Frage einer solchen materiellen Privatisierung. Lediglich das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie legt in einem Satz (Rn. 6 in dessen Schreiben) dar, dass es bei den Vorgängen um die Westfälische Provinzial nicht um eine materielle Privatisierung gehe.

Die weitere Behauptung, ein Transfer staatlicher Mittel liege nicht vor, steht schon im Widerspruch zu dem vorausgehenden Text in dem Brief der Generaldirektion Wettbewerb, wo ausdrücklich eine „Verschiebung von Vermögensbeteiligungen“ anerkannt wird. Dass finanzielle Transaktionen „innerhalb der öffentlichen Hand“ – so die Formulierung in dem Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb – von dem Beihilferecht erfasst sind, steht spätestens seit dem Urteil des Europäischen Gerichts vom 06.03.2003 – Rs. T-228/99 und T-233/99 in Sachen WestLB fest.

In dem Urteil des Gerichts zur WestLB ging es um eine Beihilfe an die WestLB als öffentlich-rechtliche Anstalt durch Fusion mit der Wohnungsbauförderungsanstalt NRW, ebenfalls eine Anstalt des öffentlichen Rechts in der Trägerschaft des Landes NRW, und die Anerkennung dieser Vermögensverschiebung innerhalb der öffentlichen Hand als eigenmittelerhöhend. Auch dort hatte das Land NRW geltend gemacht, es handele sich nicht um einen Transfer staatlicher Mittel. Die EU-Kommission hat dagegen darauf abgehoben, dass „eine angemessene Vergütung für die Zuführung“ entscheidend sei (Rn. 176). Das Europäische Gericht folgte dem. Es führte aus (Rn. 180), dass „staatliche Maßnahmen nicht nach ihren Gründen oder Zielen, sondern nach ihren Wirkungen“ zu betrachten sind. „Der Beihilfebegriff ist also ein objektiver Begriff, der sich nur danach bestimmt, ob eine staatliche Maßnahme einen oder mehreren bestimmten Unternehmen einen Vorteil verschafft oder nicht“ (Rn. 180). Bezogen auf den konkreten Fall bedeutete dies für das Europäische Gericht (Rn. 182): „Hier war die WfA unstreitig eine mit öffentlichen Mitteln ausgestattete Anstalt des öffentlichen Rechts, deren alleiniger Anteilseigner das Land war. Ihr Vermögen wurde durch ein vom Landtag des Landes verabschiedetes

Gesetz in die WestLB eingebracht Somit umfasst der streitige Vorgang die Bereitstellung staatlicher Mittel.“ Wenn im vorliegenden Fall der Westfälischen Provinzial, in dem es ebenfalls um eine solche Vermögensverschiebung innerhalb der öffentlichen Hand ohne die Bereitstellung zusätzlicher Mittel geht, anderes gelten soll, ist dies mit der Rechtsprechung der europäischen Gerichte also nicht vereinbar.

In ständiger Rechtsprechung und Kommissionspraxis sind daher finanzielle Begünstigungen innerhalb der öffentlichen Hand rechtlich Beihilfen, wenn sie „unter normalen Marktbedingungen“ nicht erfolgt wären (EuG, a.a.O., Rn. 207). Diesen sogenannten private investor test bestehen die Maßnahmen der Provinzial-Neuordnung, wie in meiner Stellungnahme vom 12.02.2014 ausführlich dargelegt, nicht.

Als Beispiele dafür, dass die europäischen Gerichte und die Kommission die ihr zur Kenntnis gebrachten Fälle von Vermögensverschiebungen innerhalb der öffentlichen Hand regelmäßig allein nach den zuvor genannten Kriterien beurteilen, dienen die Entscheidungen

- der Kommission in Sachen WestLB vom 30.04.2008 – NN 25/08 und vom 12.05.2009 – C 43/08,
- der Kommission in Sachen Hessische Staatsweingüter vom 20.05.2008 – C 57/06,
- der Kommission in Sachen Landesbank Baden-Württemberg (LBBW) vom 15.12.2009 – C 17/09,
- der Kommission in Sachen Nürburgring vom 07.08.2012 – SA.34890 und SA.31550 sowie vor kurzem
- des EUGH in Sachen französische Post vom 03.04.2014 – Rs. C-559/12 P.

Obwohl es die Rechtsprechung ausdrücklich fordert und die Kommission in allen übrigen Fällen so praktiziert, verliert die Generaldirektion Wettbewerb in ihrer Entscheidung zur Westfälischen Provinzial kein Wort zu den Wettbewerbswirkungen der äußerst umfangreichen Vermögensverschiebungen an bestimmte Marktteilnehmer. Sie prüft solche Wirkungen noch nicht einmal, obwohl nach der Rechtsprechung – wie angeführt – gerade sie für das Vorliegen einer Beihilfe maßgeblich sind.

Die Entscheidung der Generaldirektion Wettbewerb ist daher in die Reihe derjenigen Fälle einzuordnen, die wegen des weiten Ermessens der Europäischen Kommission im Beihilferecht zu dessen Charakterisierung als politisch geprägtem Recht führen.

### **3. Das Freshfields-Gutachen**

#### **a) Die Rechtswidrigkeit der Gutachtenvergabe ohne ex ante-Transparenz**

In dem Haushaltsplan 2014 des Landes NRW sind für die Vergabe des Auftragsgutachtens 300.000 Euro eingestellt (vgl. LT-Drucks. 16/6746 lfd. Nr. 17 zu FM). Zwar ist ein förmliches Vergabeverfahren nach dem GWB-Vergaberecht, das die EU-Vergaberichtlinien umsetzt, bei Rechtsberatungsdienstleistungen wie im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Jedoch gilt gerade für diesen, durch die europäischen Vergaberichtlinien nicht geregelten Bereich nach einer völlig unstrittigen Rechtsprechung des EuGH (vgl. z. B. EuGH vom 13.11.2007 – Rs. C-507/03 Rn. 26 ff.) sowie der OLG-Vergabesenate in Deutschland und einer Mitteilung der EU-Kommission (zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, Amtsblatt EU 2006, Nr. C 179, S. 2 ff.) eine Ausschreibungspflicht kraft EU-Primärrecht, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse an dem Auftrag bestehen kann.

Diese Voraussetzung eines grenzüberschreitenden Interesses ist im vorliegenden Fall eindeutig erfüllt. Dafür sprechen sowohl der Auftragsgegenstand, der zum größten Teil Fragen des Europarechts betrifft, als auch die Auftragserteilung an eine internationale Rechtsanwaltskanzlei mit englischer Rechtsform und Sitz in London als auch die zumindest teilweise Erbringung der Leistung im EU-Ausland (vgl. die abschließende Angabe im Gutachten: „Berlin/Brüssel“) als auch die Höhe der Ver-

gütung. Aus allen diesen Gründen hätten sich bei der Schaffung der rechtlich zwingend gebotenen ex ante-Transparenz mit Sicherheit zahlreiche größere Rechtsanwaltskanzleien um diesen Auftrag beworben.

Statt das Europarecht zu beachten, hat das Finanzministerium NRW eine „Freihändige Vergabe als Direktvergabe“ vorgenommen und „weitreichende Vorkenntnisse des Auftragsnehmers in der speziellen Verwaltungsmaterie“ zur Begründung angeführt (LT-Drucks. 16/6746 bei „Angabe der Zuschlagkriterien“ zu lfd. Nr. 17 FM). In einem solchen Vorgehen liegt – wie die Landesregierung NRW selbst sieht (LT-Drucks. 16/7317, S. 3) – ein „Wettbewerbsverzicht“. Dieser Wettbewerbsverzicht verstößt aber gegen das europäische Vergabeprimärrecht. Denn es lässt eine Direktvergabe bei einem – wie vorliegend – eindeutig gegebenen grenzüberschreitenden Interesse mit einer solchen Begründung nicht zu. Hinzu kommt, dass auch die angeführte Begründung selbst unzutreffend ist. Denn die für die Gutachtenerstellung erforderlichen speziellen Rechtskenntnisse hat eine Vielzahl größerer Rechtsanwaltskanzleien. Sollte es aber darum gehen, dass die beauftragte Kanzlei mit der Gutachtenangelegenheit schon zuvor befasst war, wäre ein Interessenkonflikt in Form der Begutachtung eigener Vorarbeiten offensichtlich und eine Beauftragung auch deshalb sachwidrig.

Im Ergebnis wurde der Gutachtenauftrag durch das Finanzministerium NRW also rechtswidrig vergeben.

## **b) Die Verkennung der maßgeblichen Tatsachen- und Rechtslage durch das Gutachten**

Das Gutachten gibt keinen Anlass zu einer rechtlichen Neubewertung. Es erschöpft sich in der Wiederholung der Position der Landesregierung NRW. Durch die Heranziehung und Aneinanderreihung zahlreicher Details bemüht es sich um eine Darstellung, die die Entwicklung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der

Westfälischen Provinzial als ein Kontinuum erscheinen lässt. Dabei verkennt es jedoch u.a. folgende maßgeblichen Umstände:

- Die Bildung eines von außen eingezahlten Stammkapitals ab 01.01.1970 und dessen Verzinsung beruht zwar auf der Neufassung der Satzung der Westfälischen Provinzial Feuer. Die rechtlich maßgebliche Regelung § 19 Preußisches Sozietätengesetz geht aber davon aus, dass die Träger keinen Zugriff auf das Unternehmensvermögen haben.
- Die Erhöhungen des verzinslichen Stammkapitals in den Jahren 1988 – damals zur Hälfte aus Unternehmensmitteln – und im Jahr 1996 – damals sogar in voller Höhe aus Unternehmensmitteln – verstieß gegen das Preußische Sozietätengesetz, das gegenüber den Satzungsbeschlüssen höherrangig war. Statt um die im Gutachten dargestellte bessere Relation von Stammkapital zu Rücklagen (S. 39), die auf andere Weise hätte sicher gestellt werden können, ging es tatsächlich um den gesetzeswidrigen Zugriff auf das Unternehmensvermögen.
- Grob entstellt das Gutachten (S. 48 ff.) die Vorgänge ab dem Jahr 2001, wenn es auch hier von einer Kontinuität der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ausgeht. Vor dem Jahr 2001 hatten die Träger nämlich keinen Zugriff auf das Vermögen. Davon geht das Gutachten selbst an anderer Stelle ebenfalls aus (S. 30). Erst mit dem WPVG vom 16.11.2001 und den folgenden Umstrukturierungsvorgängen erhielten die Träger einen Vermögenswert. Nur deshalb konnte der 25%-Anteil der WestLB für 330 Mio. Euro verkauft werden. Das Freshfields-Gutachten (S. 50) führt in dem Zusammenhang „eine detaillierte Unternehmensbewertung anhand kapitalmarktüblicher Methoden durch eine Investmentbank“ an. Die Unternehmenswertermittlung dürfte rein sachlogisch voraussetzen, dass bisher nicht den Trägern zugeordnete Vermögenswerte plötzlich in großem Umfang durch diese veräußerbar sein sollen, da ansonsten die Aufbringung eines dreistelligen Millionenwertes für die Erwerberseite nicht gerechtfertigt wäre. Die Prämissen der Unternehmensbewertung dürften daher auch für die Landespolitik in hohem Maße aufschlussreich sein. Als Beitrag zur Klärung dieses Sachverhaltes ist es sicherlich hilfreich, wenn der Finanzminister den fachlich zuständigen



Landtagsabgeordneten die seinerzeitige Unternehmenswertbegutachtung zur Verfügung stellt.