

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

03.12.2013

Stellungnahme bei der Anhörung des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags NRW am 3. Dezember 2013 zu der LT-Drucks. 16/4023 „Vermögensposition der Versicherten bei der Provinzial-Neuordnung sicherstellen“

1. Zusammenfassung der Ergebnisse:

1.1. Die Privatisierung der Provinzial Münster, die in einem mehrstufigen Prozess in den Jahren 2001 bis 2005 erfolgte, ging mit einem Verstoß gegen das EU-Beihilferecht einher, weil das Land NRW den westfälischen Sparkassen über den westfälisch-lippischen Sparkassenverband einen Anteil von 50% an der Westfälischen Provinzial gegenleistungsfrei zugeordnet hat, nachdem zuvor der Verband einen Trägerschaftsanteil in Höhe von 25% für 330 Mio EUR von der WestLB erworben hat, die dieses Trägerschaftsrecht ebenfalls gegenleistungsfrei erhalten hat.

1.2. Der Landschaftsverband Westfalen-Lippe KdöR, der Mitträger der Provinzial Münster war und ebenfalls deren Aktionär wurde, ist im Unterschied zu dem

Verband der Sparkassen wegen seiner sozialen Zwecksetzung und Tätigkeit kein Unternehmen im Sinne des Beihilferechts. Er war daher nicht begünstigtes Unternehmen und ist insoweit von den beihilferechtlichen Feststellungen in der vorliegenden Stellungnahme nicht betroffen.

1.3. Eine Rechtsfolge des Verstoßes gegen das EU-Beihilferecht ist die Nichtigkeit der Rechtshandlungen, die zu der Begünstigung geführt haben.

1.4. Die Landesregierung NRW ist weiter verpflichtet, die beihilferechtlich relevanten Vorgänge über die Bundesregierung bei der EU-Kommission nachträglich zu notifizieren und für den Ausgleich der Begünstigungen, die zu Lasten des Landeshaushalts sowie der Versicherten erfolgt sind, zu sorgen oder den früheren Rechtszustand wiederherzustellen.

1.5. Die Landesregierung kann aus Rechtsgründen den derzeit angestrebten Fusionsprozess in Bezug auf die Provinzial-Versicherungen in Düsseldorf und Münster nicht verwirklichen, bis die Verstöße gegen das EU-Beihilferecht bei der Privatisierung der Provinzial Münster abschließend geklärt sind.

1.6. Die Genehmigung der Umwandlung der Provinzial Holding Westfalen AdöR in die Provinzial Holding Westfalen AG durch das Finanzministerium NRW im Jahr 2005 verstieß gegen das Versicherungsaufsichtsrecht.

1.7. Einer Fusion der Provinzial NordWest Holding AG und der Provinzial Rheinland Holding AdöR dürfte die BaFin als Genehmigungsbehörde im Falle eines Genehmigungsantrags derzeit nicht zustimmen.

2. Ausgangslage

Seit etwa einem Jahr wird die Fusion der beiden Provinzial-Versicherungen in Düsseldorf und Münster diskutiert. Auslöser war die im September 2012 bekannt gewordene Initiative der Allianz, die Provinzial NordWest Holding AG mit Sitz in

Münster bei einem Kaufpreis von mindestens 2,25 Mrd. EUR (so ein Bericht in der WAZ v. 10.12.2012) zu erwerben. Um dies zu verhindern, wurden von der Landesregierung NRW Fusionsgespräche zwischen Düsseldorf und Münster initiiert.

Über die Fusion und vor allem über die rechtlichen Rahmenbedingungen eines solchen Schrittes findet am 3. Dezember 2013 im Landtag Nordrhein-Westfalen eine Anhörung statt. Auslöser dieser Anhörung ist ein Antrag der FDP-Fraktion vom 17.09.2013, Landtagsdrucksache 16/4023, 16. Wahlperiode. Ziel des Antrages ist es, die Interessenlagen aller Beteiligten transparent darzustellen (Ziff. 1 des Beschlussantrages), finanzielle Hilfen des Staates beim Fusionsprozess zu vermeiden und die Interessen der Versicherten zu schützen (Ziff. 2 und 3 des Beschlussantrages) sowie jede Lösung zu vermeiden, die eigentumsrechtliche Positionen des Landes wie auch der Versicherten gefährdet (Ziff. 4 des Beschlussantrages).

Bereits der Antrag der FDP-Fraktion verdeutlicht ein erstes Hauptproblem des angestrebten Fusionsprozesses. Die Holdinggesellschaften beider Unternehmensgruppen weisen unterschiedliche Rechtsformen auf – in Düsseldorf Anstalt des öffentlichen Rechts, in Münster Aktiengesellschaft. Darüber hinaus gibt es im Sinne eines zweiten Hauptproblems aus der jüngeren Geschichte der Unternehmen Besonderheiten eigentumsrechtlicher und anderer Art, die auf das angedachte Fusionsvorhaben ausstrahlen. Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf die Rechtsverhältnisse der früheren Westfälischen Provinzial, die unmittelbar nach ihrer vollständigen Privatisierung im Mai 2005 mit der Provinzial Nord zur Provinzial NordWest mit Holdingsitz in Münster fusionierte.

3. Sachverhalt

3.1. Der rechtliche Status der beteiligten Einrichtungen bis zum Jahr 2001

Die bei den fraglichen Fusionsvorhaben auftretenden, durchaus schwerwiegenden Rechtsfragen erfordern eine kurze Betrachtung der historischen Entwicklung der Rechtsverhältnisse der Westfälischen Provinzial. Der Marketingname „**West-**

fälische Provinzial“ steht für zwei Unternehmen, die einen Gleichordnungskonzern darstellten. Beide Unternehmen, die **Feuersozietät** wie auch die **Lebensversicherungsanstalt**, befanden sich bis zum 01.01.1970 in der Alleinträgerschaft des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe KdöR. Er trat zu diesem Datum einen Anteil von 25% der Trägerschaft an die WestLB und einen weiteren Anteil von 25% an den Sparkassenverband Westfalen-Lippe ab.

Die **Rechtsform** beider Unternehmen war also die von **Anstalten des öffentlichen Rechts**. Das Allgemeine Verwaltungsrecht mit seinen durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen und darüber hinaus Spezialgesetzgebungen regeln die Rechtsverhältnisse solcher öffentlich-rechtlichen Anstalten. Zu den grundsätzlichen Festlegungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts gehört, dass es **an Anstalten** des öffentlichen Rechts **kein Eigentum** gibt. „Eigentum“ ist ein zivilrechtlicher Begriff. Anstalten des öffentlichen Rechts haben „Träger“, die je nach weiterer rechtlicher, d.h. gesetzlicher oder satzungsmäßiger Ausgestaltung Zugriff oder keinen Zugriff auf das Vermögen der Anstalten haben (so ersteres bei Trägern von Landesbanken und letzteres ursprünglich im vorliegenden Sachverhalt).

Die Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten in Nordrhein-Westfalen wurden seit alters her durch ein Spezialgesetz, das preußische „Feuersozietätengesetz“ von 1910 geregelt, dessen Fortgeltung als Landesrecht seitens des nordrhein-westfälischen Landesgesetzgebers (wie auch in den anderen ehemals preußischen Provinzen in Niedersachsen und Schleswig-Holstein) ausdrücklich anerkannt worden ist (Gesetz zur Bereinigung des in NRW geltenden preußischen Rechts vom 07.11.1961, GVBl. NRW S. 325, Anl. I, S. 200). Das Regelungsziel des preußischen und später des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers war folgendes: Das **von den Versicherten über Jahrzehnte aufgebaute Unternehmensvermögen** stellt ein ausschließlich dem Unternehmenszweck gewidmetes Vermögen dar, das **Zugriffen Dritter entzogen** ist. Ein öffentlicher Versicherer hat „nur im Interesse des gemeinen Nutzens“ zu arbeiten. Demgemäß sah der bis heute berühmte § 19 Feuersozietätengesetz ausdrücklich vor, dass in bewusster Abgrenzung zu privaten Aktiengesellschaften „Vermögen und Einnahmen der Anstalt nur im Interesse der Anstalt oder der Versicherten verwendet werden dürfen“.

Damit hatten die öffentlichen Versicherer einen Rechtsstatus, der dem eines **Gegenseitigkeitsversicherers vergleichbar** ist. Zwar sind die formalen Struk-

turen unterschiedlich: Während ein Gegenseitigkeitsversicherer vereinsrechtlich und mitgliedschaftlich von innen geführt wird, erfolgt dies bei einem öffentlichen Versicherer durch öffentlich-rechtliche Träger von außen. Die **Träger haben im Interesse der Versicherten das Unternehmen treuhänderisch zu führen und die Einhaltung der Gemeinwohlbindung zu beachten**. Gemeinsam ist beiden Rechtsformen jedoch, dass **die durch die Versicherten angesparte Unternehmenssubstanz unantastbar** ist: Weder die Mitgliedervertreter eines Versicherungsvereins a.G. noch die Träger eines öffentlichen Versicherers haben Zugriff auf diese Unternehmensvermögensmasse oder dürfen sich an dem Unternehmensvermögen gar selbst bereichern.

Aus alledem ergibt sich der Rechtsstatus der ab dem Jahr 1970 **neuen Träger WestLB und Sparkassenverband**: Ihre Trägerschaft ist eine treuhänderische, unter striktem **Zugriffsausschluss auf Vermögen und Erträge der Anstalt**. Für die Feuerversicherung wurde vor dem Hintergrund im Jahr 1970 ein **zusätzliches**, von außen **neu eingelegtes Kapital von 3 Mio. DM gebildet**, das den Trägern, weil eben von außen eingelegt, **verzinst** werden durfte. Aufgebracht haben dieses Kapital die neuen Träger WestLB und westfälisch-lippischer Sparkassenverband. Jeder der neuen Träger zahlte also 1,5 Mio. DM ein, wobei jeweils die Hälfte dieses Betrages auf eine Stammeinlage des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe verbucht wurde, der mit dieser Transaktion dem Sparkassenverband und der WestLB den Zugang zu der Mitträgerschaft überhaupt erst ermöglichte. Sparkassen und WestLB „erkauften“ sich damit zwar keinen vermögensrechtlichen Gesellschaftsanteil, sondern „nur“ einen Trägerschaftsanteil. Dieser verkörperte aber Einfluss auf ein bedeutendes unternehmerisches Vermögen der Finanzbranche. Der Landschaftsverband sicherte dem Unternehmen damit zugleich als einen zweiten Vertriebsweg den der Sparkassen und erhielt darüber hinaus den halben Anteil am verzinslichen, weil von außen aufgebrauchten neuen Kapital.

3.2. Das Gesetz von 2001 und seine Begründung

Mit dem „**Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Westfälischen Provinzial-Versicherungsanstalten und über die Aufhebung des Gesetzes betreffend die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten**“ vom **16. November 2001** wurde die zuvor dargestellte **öffentlich-rechtliche Grundstruktur** der Westfäli-

schen Provinzial **in ihrem Kern beseitigt**. Aus einem gemeinwohlgebundenen Unternehmen, dessen Vermögen in bewusster Abkehr zu kapitalmarktorientierten Unternehmensmodellen ausschließlich dem Unternehmenszweck selbst gewidmet war, wurde – durch mehrere Schritte intransparent – eine Kapitalgesellschaft. Die Gesetzesbegründung zu diesem zielgerichteten Wechsel ist bemerkenswert und daher nachfolgend anzuführen. Am 15. November 2001 war dieses Vermögen noch dem Anstaltszweck und den Versicherten gewidmet; im Mai 2005 hatte es aktienrechtliche Eigentümer, die wenige Jahre später dabei waren, das ohne relevante Gegenleistung erworbene Vermögen für einen Betrag von 2 Mrd. EUR (bezogen auf den Kaufpreisanteil für die Westfälische Provinzial) oder mehr an einen internationalen Versicherungskonzern zu veräußern.

In der **Gesetzesbegründung** (zitiert nach „Gesetzesdokumentation des Landtages A 303/13/18 zum Gesetz vom 16. November 2001“) werden zunächst noch einmal die allgemeinen Grundsätze der öffentlichen Versicherung fest- und hochgehalten: Die Anstalten sind „Träger mittelbarer Staatsverwaltung“ und unterstehen damit „den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts“ (S. 9). Sie haben einen im Weiteren spezifizierten „öffentlichen Auftrag“ zu erfüllen. In dessen Zentrum stehen: flächendeckende Versorgung, kundenorientiert, regional dezentralisiert, dekonzentriert, Gewinnerzielung nicht Hauptzweck, wichtige Vorsorge-, Vorhalte- und Wettbewerbsergänzungsfunktion. Diese Elemente werden als „Grundüberzeugung der Landesregierung“ dargestellt. Im Weiteren wird ausdrücklich von dem „unabdingbaren Rechtsrahmen“ der Anstalten gesprochen (S. 10/11)

In den „Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften“ wird zu den vorstehenden „unabdingbaren“ Grundsätzen eine Einschränkung formuliert: „die Abkehr vom strengen Gemeinnützigkeitsprinzip“ hin zur „Einführung eines gemäßigten Gemeinwohlprinzips“ (S. 11 unten), was auf eine „**stärkere kaufmännische Ausrichtung**“ hinauslaufe. „Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Mittel zur gemeinwohlorientierten Aufgabenwahrnehmung erst einmal erwirtschaftet werden müssen“. Allein in diesem Zusammenhang erwähnt dann die Gesetzesvorlage den früheren § 19 Feuersozietätengesetz, wonach Vermögen und Einnahmen nur im Interesse der Anstalten und der Versicherten verwendet werden dürfen.

Infolge dieser Einschränkung gewährt das neue Gesetz den Trägern beispielsweise das Recht, „**aus Mitteln der Anstalt**“ **Stammkapital zu bilden und sich**

dieses **aus dem Jahresüberschuss verzinsen zu lassen** (§ 5). Um den Bruch zur Vergangenheit nicht offensichtlich werden zu lassen, beschreibt die Gesetzesbegründung die Regelung als Fortsetzung einer „langjährigen, satzungsmäßig ausgeformten Tradition“. Damit verdeckt sie, dass diese Tradition in eindeutigen Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes stand und **rechtswidrig** war. Dennoch haben sich die Träger über Jahre hinweg durch Bildung eines verzinslichen Stammkapitals selbst bei der Anstalt bedient. Die landesrechtliche Rechtsaufsicht hat diese rechtswidrige Praxis erstaunlicherweise abgesegnet.

Den **entscheidenden Einschnitt** enthält das Gesetz in § 8 Abs. 3 am Ende. Dort wird lapidar festgehalten, dass die Träger die Rechtsform der Anstalten ändern können; gemeint, aber nicht ausgesprochen, ist die **Umwandlung in Aktiengesellschaften**. Nach der rhetorischen Betonung des Gemeinwohlprinzips im allgemeinen Teil der Begründung ist die Einzelbegründung zu dieser wichtigsten Änderung des bisherigen Rechts der öffentlichen Versicherung eindeutig: Die Umwandlungsoption in eine Aktiengesellschaft wird vom Gesetzgeber nur gegeben, um eine „nicht mehr vertretbare Benachteiligung“ aus der damaligen Unternehmenssteuerreform in Höhe von damals 30 Mio EUR auszugleichen, weil nämlich zu dieser Zeit öffentlichen Versicherern eine Ergebnisverrechnung über die steuerliche Organschaft allein wegen ihrer Rechtsform versperrt war. Daher sollte den öffentlich-rechtlichen Anstalten der Weg zur Aktiengesellschaft eröffnet werden.

Als alleinige **Begründung** für einen eine hundertfünfzig Jahre lange Traditionsbildung abbrechenden Privatisierungsvorgang erhält das **Steuerargument** besonderes Gewicht. Der Hintergrund war folgender: Ein Anliegen der damaligen Rot-Grünen Bundesregierung um die Jahrtausendwende war es, dass Unternehmensbeteiligungen ohne steuerliche Belastungen veräußert werden konnten (Stichwort: Entflechtung der Deutschland AG). Dementsprechend sah das Steuerentwurfgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000 in § 8b KStG vor, dass Unternehmen Gewinne aus Aktiengeschäften ab 2001/2002 steuerfrei vereinnahmen konnten. Dies erschien vor dem Hintergrund des Börsenbooms von erheblichem Vorteil.

Die Versicherungsbranche begrüßte diese Änderung sehr. Die gesetzliche Regelung führte dazu, dass Gewinne aus Aktien als steuerfreie Erträge vom Einkommen (nach RfB) abgesetzt werden konnten. In der Folge wären die **Lebensversicherer**, die allerdings ohnehin durch die Zuweisung ihrer Gewinne an die

Kunden weitgehend steuerbefreit waren, durch den Ausweis großer steuerlicher Verluste nunmehr **vollständig steuerbefreit** worden. Den eigentlichen Vorteil der neuen Regelung sah man hingegen in der **Kompositversicherung**, wenn es nämlich gelänge, die steuertechnischen Verluste der Lebensversicherung auf die ertragreiche Kompositversicherung zu verlagern und so am Ende die Kompositversicherung, die eigentliche Ertragsquelle der Branche, steuerfrei zu stellen. Innerhalb weniger Monate wurden daher in den Versicherungskonzernen zwischen Lebens- und Kompositversicherern oder zwischen Lebensversicherern und Holdinggesellschaften zahlreiche Organschaftsverhältnisse begründet, die dazu führten, Verluste in der Lebensversicherung mit Gewinnen aus der Kompositversicherung zu verrechnen. Im Ergebnis war damit entgegen dem gesetzlichen Reformziel die Kompositversicherung weitgehend oder sogar vollständig steuerbefreit.

Weil aufgrund einer Gesetzesformulierung die Begründung von **steuersparenden Organschaftsverhältnissen nicht für Anstalten des öffentlichen Rechts** offenstand und der Gesetzgeber den Gestaltungsmissbrauch nicht noch durch eine Gleichstellung der Anstalten öffentlichen Rechts mit den Aktiengesellschaften weiter befördern wollte, nutzten auf Landesebene einige öffentliche Versicherer diese Rechtssituation, um unter der Überschrift „Wettbewerbsgleichheit in steuerlicher Hinsicht“ z.T. schon länger gehegte Privatisierungspläne anzugehen. So auch in Westfalen bei der Provinzial Münster. Das **Gesetz „über die Rechtsverhältnisse der Westfälischen Provinzialversicherungsanstalten“**, das eigentlich „Gesetz über die Privatisierung der Westfälischen Provinzialversicherungsanstalten...“ hätte lauten müssen, wurde am 16. November **2001 im Landtag NRW beschlossen**. Allerdings wurde der äußere Anlass des Privatisierungsvorhabens, die steuerliche Begünstigung der Aktiengesellschaften, bereits einen Monat später durch den Bundesgesetzgeber beseitigt. Das „Steuerverkürzungs-BekämpfungsgG“ vom 19.12.2001 hat nämlich die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten via Organschaft als Reaktion auf den benannten Gestaltungsmissbrauch aufgehoben. Damit war der explizite Anlass des Privatisierungsvorhabens bereits einen Monat später nicht mehr existent. Es ist schon angesichts der Vorlaufzeiten in Gesetzgebungsverfahren unvorstellbar, dass die Bemühungen des Bundesgesetzgebers um Eindämmung des Gestaltungsmissbrauchs bei Versicherungskonzernen der Landesregierung NRW und hier insbesondere dem Finanzministerium nicht bekannt waren. Ganz offensichtlich ging es der Landesregierung also bei ihrer Novelle des Rechts der öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten im Ergebnis um den **Privatisierungsvor-**

gang selbst, der, um eine dadurch ausgelöste öffentliche Diskussion zu vermeiden, **im Gesetzesvorhaben versteckt angelegt** war.

Weiter ist im Rahmen der Gesetzesbegründung für das Gesetz vom 16. November 2001 auf eine zentrale Veränderung der **Regelung zum Liquidationserlös** hinzuweisen. Nach altem Recht oblag die Verwendung des Liquidationsvermögens dem Land, wobei das Gesetz eine Verwendungsvorgabe „für Zwecke des Feuerlöschwesens“ enthielt. Das **neue Recht ordnet den Liquidationserlös ohne jede Gegenleistung den Trägern zu**. Diese Umwidmung und damit Entreichung des Landes und der Versicherten wird in der Gesetzesbegründung mit keinem Wort erwähnt. Es gibt auch keine Gegenüberstellung der Vorschriften alt und neu.

Schließlich enthält das Gesetz vom 19. November 2001 in Art. 1, § 14 und in Art. 2 eine **spektakuläre**, staatsrechtlich auffällige Besonderheit: Das neue Gesetz trat mit **fünffähriger Rückwirkung** zum 01.01.1997 in Kraft. Die Gesetzesbegründung verweist dazu ganz lapidar und allgemein auf rechtstechnische Erforderlichkeiten und Gleichbehandlung der öffentlichen Versicherer. Auch die Antwort auf eine entsprechende Nachfrage des Abg. Witzel im Rahmen einer Kleinen Anfrage nach den konkreten Anlässen „zur Heilung früherer Rechtsvorgänge“ ergibt dazu keinen Aufschluss. Die Landesregierung geht in ihrer Antwort lediglich davon aus, dass die Rückwirkung das Ziel verfolgte, „die Rechtsverhältnisse der Rheinischen und Westfälischen Versicherungsanstalten möglichst gleichförmig zu reformieren“ (Landtags-Drucks. 16/3048, 2013). Es ist deshalb wichtig, auch auf diesen Vorgang einzugehen: Nachvollziehbar wird er, wenn man sich die Beteiligungsberichte des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe über die betreffenden Zeiträume anschaut. Danach wurde im Jahr 1997, also **im ersten Jahr des von der Rückwirkung erfassten Zeitraumes**, das den Trägern zugeordnete, **verzinsliche Stammkapital** der Westfälischen Feuersozietät von 26 Mio. DM **auf 100 Mio. DM aus Gesellschaftsmitteln, also aus der Umbuchung von Rücklagen, angehoben**. Das war unter der Geltung des früheren Feuersozietätengesetzes ein rechtswidriger Vorgang, der gegen das gesetzliche Ausschüttungsverbot verstieß. Im Recht der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit wäre dieser Vorgang bis heute undenkbar und strafrechtlich relevant. Die Gesetzesbegründung (S. 14 oben), wonach die neu vorgesehene Möglichkeit der Aufstockung des Stammkapitals aus Gesellschaftsmitteln die nunmehrige „Schaffung einer klaren Absicherung“ dieses Vorgehens beinhaltet, weist darauf hin, dass einem kleinen Kreis von Akteuren die **Rechtswidrigkeit der vor**

dem Erlass des Gesetzes erfolgten Umbuchung, die in Wirklichkeit eine unzulässige Bereicherung der Träger zu Lasten der Versicherten darstellte, und damit der Sinn der Rückwirkungsklausel durchaus bewusst war.

3.3 Die weiteren Privatisierungsschritte

Nach Abschluss des Gesetzgebungsprozesses wurden die angekündigten **Konzernumbaumaßnahmen** (S. 73 - 75 der Gesetzesdokumentation) angegangen. Das operative Geschäft beider Anstalten wurde auf Aktiengesellschaften ausgegliedert, die ohne operatives Geschäft verbliebenen Anstalten auf eine Anstalt verschmolzen, die nach wie vor öffentlich-rechtlichen Charakter hatte und die Holdingfunktion für die Gruppe übernahm.

Der nächste Einschnitt kam zum 1. Oktober **2002**. Die **WestLB veräußerte an den westfälisch-lippischen Sparkassenverband ihren 25%igen Trägerschaftsanteil** – jetzt an der Holding AöR – **zum Preis von 330 Mio. EUR**. Die Begründung für diesen Kaufpreis liegt auf der Hand. Mit dem Gesetz vom 16. November 2001 hat der **Gesetzgeber für die Träger aus dem Nichts und ohne jede Gegenleistung für die Versicherten oder das Land NRW einen eigentums- oder vermögensähnlichen Wert geschaffen**: Die Träger waren jetzt in der Lage, Rücklagen in verzinsliches Stammkapital umzuwandeln, Gewinnausschüttungen für sich selbst zu beschließen und den Liquidationserlös, also die wirtschaftliche Substanz der Unternehmen, als den ihren zu betrachten. Zwar hatten sie kein zivilrechtliches, handelbares Volleigentum, aber sie hatten ein wichtiges Zwischenstadium erreicht, das sie wirtschaftlich extrem begünstigte. Denn **erstmal**s waren die **Trägerschaftsrechte** selbst damit werthaltig, **eigennützige Vermögenspositionen**. Der Erlös von 330 Mio. EUR war angesichts der fehlenden Gegenleistung durch die WestLB der WestLB für diese „Beteiligung“ – ihr damit verbundener Aufwand beschränkte sich auf die Einlegung von 1,5 Mio DM neues Kapital, das seitdem verzinst wurde (siehe oben 3.1.) – vollständiger Veräußerungsgewinn, der der WestLB half, ihren eigenen Bilanzverlust des Jahres 2002 deutlich unter 1 Mrd. EUR zu halten.

Der **letzte Akt der Privatisierung** der Westfälischen Provinzial vollzog sich im Jahre **2005**. Am 21.04.2005 machten die Gremien der Provinzial Holding AdöR von der Option des Gesetzes vom 16. November Gebrauch und beschlossen die

Umwandlung in eine Aktiengesellschaft, die Provinzial Holding Westfalen AG, die gemäß § 304 UmwG am 20.05.2005 ins Handelsregister eingetragen wurde und als solche damit rechtlich existent wurde. Dieser Beschluss allein reichte allerdings zum Privatisierungsvollzug nicht aus. Vielmehr benötigte der Beschluss der Provinzial-Holding-Gremien nach dem Gesetz vom 16. Januar 2001 der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, des Finanzministeriums NRW, die mit diesem Genehmigungsvorgang noch einmal die Rechtswirksamkeit des gesamten rechtlichen Prozesses zu überprüfen gehabt hätte. Über die Genehmigung selbst, ein Verwaltungsakt nur gegenüber der Provinzial Holding AdöR, ist nichts bekannt. Sie müsste im Zeitraum zwischen dem 21.04. und 20.05.2005 erteilt worden sein.

Da laut Gesetzesbegründung die Umwandlungsoption nur aus Gründen der steuerlich-wettbewerbsmäßigen Gleichstellung eingefügt wurde, diese Gleichstellung jedoch schon längst wieder hergestellt worden war, hätte die **Missachtung des Willens des Gesetzgebers durch die Rechtsformumwandlung zu anderen Zwecken** zumindest zu einer Aussprache im Landtag führen müssen, handelte es sich doch um eine Umwidmung des Gesetzesbeschlusses. Begründet wurde die Umwandlung jetzt nämlich mit der bevorstehenden und vereinbarten Fusion mit der Provinzial Nord in Kiel, die nur auf der Ebene einer Aktiengesellschaft möglich und aus Wettbewerbs- und Kostengründen dringend erforderlich sei (vgl. Beteiligungsbericht des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe, 2004, S. 32).

3.4. Das Ergebnis des Privatisierungsprozesses

Das Ergebnis dieses Privatisierungsprozesses steht in einem bemerkenswerten Gegensatz zu der Begründung des Gesetzes vom 16. November 2001, das diesen Prozess eingeleitet hat. Während die Gesetzesbegründung mit hohem Aufwand die Prinzipien der gemeinwohlgebundenen Öffentlichen Versicherung hochhält, wie sie sich auf der Grundlage des Preußischen Sozietätengesetzes herausgebildet haben, schafft die Intransparenz des Gesetzgebungsverfahrens und der Gesetzesmaterie ein völlig neues Recht, das diesen Prinzipien zuwider läuft und mit allen Traditionen bricht: **Waren die Träger der Westfälischen Provinzial am 15. November 2001 noch für die Versicherten treuhänderisch tätige Verwaltungsträger, die keinerlei Vermögensrechte an dem ihnen im In-**

teresse der Versicherten in Obhut gegebenen Unternehmen hatten, so waren sie dreieinhalb Jahre später aufgrund eines komplexen, intransparenten und in der Öffentlichkeit nicht erörterten Veränderungsprozesses zivilrechtliche Eigentümer, sprich Aktionäre geworden – und dies ohne jede Gegenleistung.

Als Aktionäre erwarben die ehemals treuhänderisch tätigen Träger alle Rechte, die das Aktienrecht einem Aktionär verleiht. An erster Stelle gehört dazu das Veräußerungsrecht. Diese rechtliche Freiheit hat den neuen Aktionären die Möglichkeit eröffnet, im Herbst 2012 mit der Allianz AG über die Veräußerung des mit der Provinzial Nord in Kiel fusionierten Unternehmens zu verhandeln – unter der früheren öffentlich-rechtlichen Bindung ein völlig undenkbarer Vorgang. Die Veräußerungsgespräche, die in der Presse ein lebhaftes Echo gefunden haben, geben auch einen Anhaltspunkt für den **Wert, den das Land durch seine gesetzgeberische Maßnahme vom 16. November 2001 und den Verwaltungsakt der Genehmigung des Umwandlungsbeschlusses der Träger vom April/Mai 2005 in den Händen der Aktionäre geschaffen hat.** So berichtet, wie bereits ausgeführt, die WAZ v. 10.12.2012 von einem ersten indikativen Angebot der Allianz von 2,25 Mrd. EUR für die Provinzial NordWest, Schätzungen von Insidern zufolge hätte der Kaufpreis im Falle eines Vertragsschlusses bei ca. 3 Mrd. EUR gelegen; aus Vorsichtsgründen wurde für das Gesamtunternehmen aber von einem Wert von 2,5 Mrd. EUR ausgegangen.

Die westfälische Seite besitzt an dem Unternehmen einen Anteil von 80%, so dass der auf die Westfälische Provinzial entfallende **Wert 2 Mrd. EUR** ausmacht. Dieses also ist der heutige Wert der Eigentumsrechte, die das Land NRW in den Jahren 2001/2005 den ehemals treuhänderischen Trägern ohne jede Gegenleistung verschafft hat. Soweit diese **Eigentumsverschaffung ohne Gegenleistung im Wettbewerb stehende Unternehmen wie die WestLB** (zum 16.11.2001 25% Anteil) **sowie die westfälisch-lippische Sparkassenorganisation** (zum gleichen Zeitpunkt ebenfalls 25% Anteil) betrifft, ist der Vorgang im Folgenden vor allem unter EU-beihilferechtlichen und versicherungsaufsichtsrechtlichen Aspekten zu prüfen. Die Frage der Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht und Landeshaushaltsrecht kann im vorliegenden Zusammenhang dagegen nur noch kurz benannt werden.

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Der Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV – vor dem 01.12.2009 wortgleich Art. 87, 88 EG-Vertrag)

a) Grundlagen

Art. 107 Abs. 1 AEUV als Grundnorm des europäischen Beihilferechts bestimmt, dass staatliche Beihilfen oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen für Unternehmen, sofern sie den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sind. Allerdings sieht der AEUV in einer enumerativen Aufzählung Ausnahmetatbestände von diesem grundsätzlichen Verbot jeder Beihilfe vor, deren Bejahung an die Einhaltung eines formellen Zulassungsverfahrens, des sog. Notifizierungsverfahrens gem. Art 108 Abs. 3 AEUV, gebunden ist. Dieses Verfahren ist für jede Art von Beihilfe vorgeschrieben.

Der Beihilfebegriff ist als unbestimmter Rechtsbegriff sehr allgemein gefasst, um möglichst breit alle beihilferelevanten Sachverhalte zu erfassen. Gemeint ist jede Art von Vorteilsgewährung für im Wettbewerb stehende Unternehmen, an erster Stelle natürlich Geldleistungen, ebenso aber Rechtspositionen jeglicher Art, die Geldwert besitzen. Entscheidend ist, dass für diese Begünstigungen keine oder keine adäquaten Gegenleistungen erbracht werden.

b) Der Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV

aa) Die Begünstigung des westfälisch-lippischen Sparkassenverbands

(1) Die Begünstigung bei dem Erwerb des Anteils von 25% an der Provinzial Holding Westfalen AG durch den Sparkassenverband Westfalen-Lippe zum

20.05.2005 erfolgte rechtstechnisch im Wege zweier aufeinander abgestimmter Rechtshandlungen des Landes Nordrhein Westfalen: Das **Gesetz vom 16. November 2001** räumte dem Sparkassenverband und der WestLB, die bis dahin lediglich einen vermögenslosen Verwaltungsträgerschaftsanteil von 25% an einem öffentlichen Versicherer besaßen, der aufgrund gesetzlicher und satzungsmäßiger Regelung nach dem Gegenseitigkeitsprinzip arbeitete, einen (zuvor nicht vorhandenen) Anteil am Liquidationserlös (§ 11) wie auch – mit 5 Jahren Rückwirkung (siehe oben 3.2.) – anteilige Zugriffsrechte auf den Gewinn der Unternehmen sowie die stillen und offenen Rücklagen ein (§ 5). Vor allem aber eröffnete das Gesetz dem Sparkassenverband zusammen mit den anderen Trägern das Recht zur Rechtsformumwandlung (§ 8 Abs. 3). Dies hatte zur Folge, dass sie nach Geltendmachung der im Gesetz vom 16. November 2001 eingeräumten Option (§ 8 Abs. 3) und aufsichtsrechtlicher Genehmigung (§ 8 Abs. 5 Satz 1) der Optionsausübung zivilrechtliche Eigentümer der Provinzial Holding Westfalen werden konnten.

Hinsichtlich der genannten beihilferechtlich erheblichen Gesetzestatbestände ist zu unterscheiden. Soweit es zunächst um die **Umwandlungsoption in § 8 Abs. 3** geht, gilt folgendes: Das Gesetz schließt nicht aus, dass das Land diese Vorteile im Rahmen der satzungsmäßigen Umsetzung auf Unternehmensebene nur bei Zurverfügungstellung angemessener Gegenleistung gewährt. Das Gesetz vom 16. November 2001 selbst ist deshalb insoweit nicht als Akt der Begünstigung gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren, sehr wohl aber die nach seiner Verabschiedung erfolgenden einzelnen gegenleistungsfreie Umsetzungsschritte.

Gleiches gilt sodann für die **Möglichkeit nach § 5, verzinsliches Stammkapital zu Gunsten der Träger zu bilden**. Diese Option wird nach § 8 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 Nr. 3 ohne Genehmigung der landesrechtlichen Rechtsaufsicht durch Beschluss der Gewährträgerversammlung durchgeführt. Erst ein solcher Beschluss greift damit in die Vermögenssubstanz der Unternehmen begünstigend für ihre Träger ein. Derartige Beschlüsse wurden später offensichtlich gefasst (vgl. LT-Drucks. 16/4071, S. 3) und auf dieser Grundlage wurden erhebliche Zinszahlungen geleistet (vgl. LT-Drucks. 16/4071, S. 2 f.). In den Maßnahmen, die eine gegenleistungsfreie Selbstzuordnung von Anstaltsvermögen an die Träger bedeuten, liegt mithin jeweils eine Beihilfemaßnahme, die bei der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 AEUV hätte notifiziert werden müssen und bis dahin EU-rechtswidrig war (und ist).

Den beihilferechtlichen Makel auf der Stirn trägt schließlich die **Anordnung zum Liquidationserlös in § 11 des Gesetzes**. Bisher dem Gemeinwohl gewidmetes Vermögen ordnet der Gesetzgeber ohne jede Gegenleistung den (auch) unternehmerisch tätigen Trägern zu. Die Maßnahme ist ohne weiteres als verbotene Beihilfe zu qualifizieren. Dass die zuvor marktmäßig nicht gehandelten – so noch beim Erwerb der 25%-Trägerschaft durch die WestLB im Jahr 1970 – Trägerschaftsrechte durch diese gesetzgeberischen Maßnahmen des Landes NRW im Jahre 2001 plötzlich und ohne Gegenleistung in erheblichem Umfang allein im Hinblick auf die Erwartung der Umwandlung in Aktieneigentum durch weitere Maßnahmen werthaltige, marktmäßig handelbare Vermögenspositionen wurden, belegt die Veräußerung des 25%-Trägerschaftsrechts durch die WestLB an den Sparkassenverband Westfalen-Lippe für 330 Millionen EUR kurz nach Gesetzeserlass zum 01.10.2002.

(2) Die nächste begünstigungsrelevante Rechtshandlung des Landes bestand in der **Genehmigung der Optionsausübung der Träger zur Umwandlung der Holding-AdöR in eine Holding-AG durch das Land im April/Mai 2005**. Erst durch diese Genehmigung der landesrechtlichen Aufsichtsbehörde – konkret des Finanzministeriums des Landes NRW – nach § 8 Abs. 5 Satz 1 konnten alle genehmigungsbedürftigen Akte „wirksam“ werden. Die Genehmigung war daher konstitutiv – und dies auch für die Erfüllung des beihilferechtlichen Tatbestands der verbotenen Begünstigung. Erst mit dem Verwaltungsakt der Genehmigung wurde die Umwandlung der Holding-AdöR in eine Holding-AG nämlich – ohne Berücksichtigung der entgegenstehenden und vorrangigen Rechtsfolgen des Beihilferechts (siehe dazu unten) – rechtlich wirksam. Und erst damit entstand also auch aktienrechtliches Eigentum in der Hand des Sparkassenverbands Westfalen-Lippe (zusammen mit der am 20.05.2005 erfolgten Erfüllung des Wirksamkeitserfordernisses der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister nach § 304 UmwG, siehe oben 3.3). Dieses Aktieneigentum als extrem werthaltiges Recht trat zu dem Zeitpunkt, d.h. im Frühsommer 2005, an die Stelle des vermögenslosen Trägerschaftsrechts des Sparkassenverbands, ohne dass dieser dafür eine Gegenleistung erbracht hätte. Wenn vorher ein nur für den Träger selbst in Erwartung der weiteren Schritte, d.h. der Nutzung der Umwandlungsoption, nutzbares Trägerschaftsrecht bestand, wie die Veräußerung durch die WestLB im Jahr 2002 belegt, war das jetzt geschaffene Aktieneigentum grundsätzlich an jedermann veräußerbar. Die Verkaufsverhandlungen mit der Allianz über das Aktienpaket an der Provinzial NordWest Holding AG zu dem

bereits genannten Preis von mehr als 2,25 Mrd. EUR im Dezember 2012 belegen die Entstehung des bedeutenden, aus dem Nichts entstandenen Vermögensrechts der Träger.

Eine Nichtgenehmigung bzw. eine Genehmigung nur gegen angemessene Gegenleistung hätte entweder ein Erstarken der Rechtsposition der Sparkassen zum Vollrecht verhindert oder aber, wenn eine angemessene Gegenleistung erbracht worden wäre, den Beihilfecharakter des Vorganges ausgeschlossen. Jedenfalls hatte das Finanzministerium des Landes nach Beschlussfassung der Träger über die Ausübung des Umwandlungsrechts die Pflicht, die Rechtmäßigkeit dieses Vorgangs unter sämtlichen rechtlichen Aspekten zu prüfen. Ob dabei wegen der eindeutigen Absichten der Landesregierung, überhaupt ein rechtskonformes, weil von Interessenkonflikten freies Prüfungsverfahren möglich war, kann in der vorliegenden Stellungnahme offenbleiben. Denn die Genehmigung der Umwandlung der Provinzial Westfalen Holding AdöR in eine Aktiengesellschaft ist in jedem Fall ein eigenständiger, beihilferechtlich relevanter Rechtsakt des Landes, der zu einer extremen Begünstigung der Sparkassen als bisherige Träger führte. Auch diese Genehmigung stellt deshalb eine verbotene beihilferechtliche Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

bb) Die Selektivität der Begünstigung

Die Verschaffung des gegenleistungsfreien aktienrechtlichen Vollrechts an der Westfälischen Provinzial, auch wenn dies verdeckt in einem mehrstufigen Prozess über dreieinhalb Jahre ausgeführt wurde, bedeutet für die Sparkassenorganisation eine erhebliche ungerechtfertigte Besserstellung im Wettbewerb. Wie der Veräußerungsvorgang des von der WestLB seit 1970 gehaltenen Trägerschaftsanteils an die westfälisch-lippische Sparkassenorganisation in Höhe von ebenfalls 25% im Jahr 2002 zeigt, haben WestLB und Sparkassen den Wert einer 25%igen Beteiligung an der Westfälischen Provinzial bereits ohne Ausübung der Option auf Umwandlung in Aktiengesellschaften auf der Grundlage des Gesetzes vom 16. November 2001 mit 330 Mio. EUR angesetzt. Die Gewährung diesen geldwerten Vorteils in Höhe von 330 Mio. EUR an eine im Wettbewerb stehende Bankengruppe durch den Staat war schon eine einseitige erhebliche selektive Verstärkung eines Wettbewerbers zu Lasten von dessen Konkurrenten. Da es sich dabei aber um subjektive Erwartungen im Hinblick auf den bevorstehenden Umwandlungsvorgang handelte, soweit die Bereicherung nicht in der –

davon zu trennenden, angesichts der Umwandlung vorliegend aber vernachlässigbaren – Zueignung des Liquidationserlöses lag, kam es erst recht auch beihilferechtlich zwingend zu einer selektiven, endgültigen **Begünstigung des Sparkassenverbands Westfalen-Lippe**, nachdem er im Jahr 2005 von der Option auf Umwandlung der Rechtsform zusammen mit den anderen Trägern Gebrauch gemacht hat. Die Gesamtvorteilsgewährung beläuft sich auf der Grundlage des indikativen Angebots der Allianz AG für den 50%-Anteil der Sparkassen auf **mindestens 1 Mrd. EUR**.

Nicht Normadressat des Beihilferechts ist dagegen **der Landschaftsverband Westfalen-Lippe KdöR**. Er war zwar ebenfalls Mitträger und dann Aktionär der Provinzial Münster. Einrichtungen, die eine soziale Zwecksetzung haben und auch entsprechend tätig sind, erfüllen jedoch nicht die Voraussetzungen des beihilferechtlichen Unternehmensbegriffs nach Art. 107 Abs. 1 AEUV. Infolgedessen ist der Landschaftsverband nicht Begünstigter im Sinne des Beihilferechts und von den beihilferechtlichen Feststellungen in der vorliegenden Stellungnahme insoweit nicht betroffen.

cc) Die „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe“

Beihilferrelevanter Sachverhalt ist die **gegenleistungsfreie Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt** als „Träger mittelbarer Staatsverwaltung“ (so Begr. der Landesregierung zu dem Gesetz von 2001, LT-Drucks. 13/1382, S. 9), die das Versicherungsgeschäft nach dem Gegenseitigkeitsprinzip allein im Interesse der Versicherten und des Gemeinwohls sowie ohne Gewinnerzielungsabsicht (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Gesetz von 2001) ausübt und deshalb außerhalb des Versichertenkreises keine Vermögens- und Eigentumsrechte Dritter kennt, **in eine Aktiengesellschaft**, deren Aktien den früheren Trägern und nunmehrigen Aktionären **als privatnütziges Eigentum zugewiesen** wird.

Da es sich bei den Provinzial-Versicherungsanstalten vor dem 16. November 2001 um Anstalten nach nordrhein-westfälischem Landesrecht handelte, hatte das Land für eine Rechtsformumwandlung das formelle Gestaltungs- und Gesetzgebungsrecht. Ob das Land mit der Ausübung dieses Rechts Rechte Dritter wie insbesondere der Versicherten verletzt hat, ist an anderer Stelle (siehe unten 4.2) zu prüfen. Beihilferechtlich i.S.v. Art. 107 relevant ist jedoch, dass die Eigentumsverschaffung zugunsten der Sparkassen durch die Ausübung des gesetz-

geberischen Gestaltungsrechtes gem. Gesetz vom 16. November 2001, durch die schrittweise gegenleistungsfreie Umsetzung und insbesondere durch die nachfolgende konstitutive Genehmigung des Umwandlungsbeschlusses der Träger durch das Finanzministerium im April/Mai 2005 erfolgte. Mit der **Ausgliederung des früheren gemeinwohlgebundenen Anstaltsvermögens aus der Sphäre der mittelbaren Staatsverwaltung und der Zuweisung als privatnütziges Aktieneigentum** handelte es sich bei dieser Maßnahme um „staatliche Beihilfe“, die im Jahr 2005 gewährt wurde.

dd) Die Wettbewerbsverfälschung im Binnenmarkt

Die westfälisch-lippischen Sparkassen stehen, wie die jährlichen Geschäftsberichte des Sparkassenverbandes zeigen, in einer **intensiven Wettbewerbssituation**. Wettbewerber sind in- und ausländische Kreditinstitute und Kapitalanlagenanbieter. Die **ausländischen Wettbewerber** sind z.T. über Niederlassungen, z. T. auch im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr am Markt. Die Diskussion um die Gewährträgerhaftung bei den Landesbanken hat dieses Kriterium daher stets als unstreitig gegeben unterstellt. Damit ist davon auszugehen, dass auch das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten gegeben ist.

ee) Zwischenergebnis

Insgesamt sind damit die Voraussetzungen eines Beihilfeverstößes erfüllt. Das Land NRW hat der westfälisch-lippischen Sparkassenorganisation in sehr erheblichem Umfang **Begünstigungen** gewährt, die i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV **mit dem Binnenmarkt unvereinbar** sind.

c) Der Verstoß gegen die Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV

aa) Die unterlassene Notifizierung

Nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ist die Kommission von einer Beihilfe vor ihrer Einführung zu unterrichten. Eine **notifizierungspflichtige Beihilfe**, die nicht oder

nicht rechtzeitig angezeigt wurde, ist damit bereits aus formeller Sicht rechtswidrig. Mit der Notifizierungspflicht ist nämlich gem. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV in Bezug auf die Beihilfemaßnahme ein generelles Durchführungsverbot verbunden, das bis zu der Entscheidung der Kommission gilt. Solange mithin kein positiver Bescheid auf eine erfolgte Notifizierung vorliegt, darf schon aus formellen Gründen eine Beihilfe nicht gewährt werden.

Die hier in Rede stehenden Beihilfemaßnahmen (siehe oben b)) sind der damaligen EG-Kommission – heute EU-Kommission – nicht angezeigt worden. Der **Verstoß gegen die Notifizierungspflicht** des Art. 108 Abs. 3 AEUV liegt auf der Hand.

bb) Die Nichtigkeit der Beihilfemaßnahmen als Rechtsfolge des Verstoßes

Die Beachtung des Notifizierungsverfahrens durch die EU-Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen hat mit Blick auf das dem deutschen Recht vorrangige Unionsrecht einen hohen Stellenwert. Wird gegen die Notifizierungspflicht verstoßen, ist ein zivilrechtlicher **Übertragungsvorgang nach ständiger Rechtsprechung des BGH nichtig**. Nichtigkeitsgrund ist der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), weil der BGH die Notifizierungspflicht als Verbotsgesetz klassifiziert (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 4. April 2003 – V ZR 314/02, WM 2003, 1491).

Allerdings hat der BGH in seiner jüngsten Entscheidung zur Rechtsfolge von Verstößen gegen die Notifizierungspflicht die Nichtigkeitsaussage relativiert (BGH, Urteil vom 5. Dez. 2012 – I ZR 92/11). Zwar wird unverändert an dem Gedanken festgehalten, dass es Zweck des Durchführungsverbotes ist, das System der präventiven Beihilfekontrolle durch die Europäische Kommission zu sichern und darüber hinaus Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen könnte (BGH, a.a.O., S. 12). Aber dies führe insbesondere unter Beachtung der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union nicht zwangsläufig zur Gesamtnichtigkeit des beanstandeten zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts wie dem eines Kaufvertrages mit einem zu niedrig angesetzten Kaufpreis. In solchen Fällen reiche es aus, unter Annahme einer Teilnichtigkeit der Vertragsbestimmung über die Kaufpreishöhe zu einer Ausgleichspflicht des erlangten Wettbewerbsvorteils und einer entsprechenden Zinszahlungspflicht zu

gelangen. Dennoch kommt der BGH sogar im Fall einer beihilferechtswidrigen, nicht angemessenen Kaufpreisvereinbarung unter Auslegung des Anwendungsbereichs von § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages, weil bei Teilnichtigkeit der Vertragsklausel über die Kaufpreishöhe dem Gesamtvertragswerk ein wesentlicher Bestandteil fehlt, der zu den unverzichtbaren essentialia negotii eines Kaufvertrages zählt. Die neue Rechtsprechung beeinflusst daher die Nichtigkeitsfolge im Fall der westfälischen Provinzial nicht. Offen ist bisher nur die Erstreckung der Nichtigkeitsrechtsprechung auf hoheitliche Rechtsakte, die Wirksamkeitsvoraussetzung zivilrechtlicher Maßnahmen sind. In einer solchen Erstreckung liegt jedoch nur die konsequente Fortführung des einmal eingeschlagenen Weges.

Im vorliegenden Fall erfolgte eine Begünstigung einerseits durch zahlreiche Beschlüsse der Gewährträgerversammlung auf der Grundlage der Satzung sowie von § 8 Abs. 2 Nr. 3 Gesetz von 2001, indem diese den Zugriff des Trägers Sparkassenverband Westfalen-Lippe auf das bisher geschützte Vermögen der Westfälischen Provinzialversicherungsanstalten (Feuer und Leben) ermöglichten – z.B. durch Zugriff auf die Gewinne und Umbuchung von Rücklagen in Stammkapital. Andererseits und vor allem liegt eine Begünstigung in der gegenleistungsfreien Schaffung privatnützigen Aktieneigentums bei dem Sparkassenverband durch Genehmigung der Ausübung der Umwandlungsoption im Jahr 2005. Diese **Maßnahmen sind daher rechtlich nichtig**. Erfasst sind alle Maßnahmen – seien es Beschlüsse der vormaligen Anstalt, sei es der hoheitliche Genehmigungsakt –, die die Begünstigung der früheren Träger und heutigen Aktionäre durch Gewinnausschüttungsregeln, Zugriffsregeln auf stille und offene Reserven und schließlich die Rechtsformumwandlung selbst endgültig, d.h. (scheinbar) rechtswirksam herbeiführen sollten. Sie sind jedoch tatsächlich wegen Verstoßes gegen EU-Beihilferecht nichtig mit der Folge, dass materiellrechtlich insbesondere die frühere Anstalt des öffentlichen Rechts weiterbesteht.

Bei diesem Ergebnis ist nicht zu verkennen, dass die Annahme der Nichtigkeit der Umsetzungshandlungen und insbesondere der Rechtsformumwandlung gravierende Rechtsfolgen aufweist. Der Nichtigkeitsausspruch betrifft hier nicht einen einzelnen Kaufvertrag, sondern die aufgrund gesetzlicher Rahmenbedingungen erfolgte Umgestaltung eines Unternehmens. Auf der Grundlage des vom Land gesetzten Gestaltungsrahmens sind bis heute zahlreiche Entscheidungen, Rechtshandlungen etc. bis hin zu einer Fusion erfolgt. Dies wirft die Frage von Vertrauensschutz auf. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass das Gesetz vom

16. November 2001 und die nachfolgenden Umsetzungsschritte darauf angelegt waren, den früher rechtlich ausgeschlossenen, nunmehr aber beabsichtigten Zugriff der Träger auf das Vermögen der Unternehmen zu verschleiern (vgl. oben 1. bis 3.). Es war ein Privatisierungsgesetz der Westfälischen Provinzial, das, wäre es so benannt worden, heftige Widerstände in der Öffentlichkeit hervorgerufen hätte und politisch gescheitert wäre. Also griff man zunächst – in der Gesetzesbegründung überdeutlich – zu Beschwörungsformeln des öffentlich-rechtlichen Gedankengutes, um dann in der rechtstechnischen Umwandlung unauffällig die Weichen für den von vornherein beabsichtigten Privatisierungsvorgang zu stellen. Dabei war schon zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes klar, dass die tragende Begründung für die Privatisierung – steuerliche Gleichstellung mit privaten Aktiengesellschaften – keine Relevanz mehr hatte (siehe oben 3.2.). Auch mit Blick auf die weiteren Etappen der Rechtsformumwandlung besteht kein Zweifel, dass die gesamte Privatisierung in einverständlichem Miteinander des Landes und der Träger geschah, so dass **Vertrauensschutz von Seiten der Träger und des Landes NRW nicht geltend gemacht werden kann**. Schon mit Blick auf das Wirksamwerden der Begründung von Aktieneigentum erst im Jahr 2005 ist im Übrigen auch nicht die Zehnjahresfrist für eine Rückforderungsanordnung durch die EU-Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 659/1999 verstrichen. Unabhängig davon bleiben nach der Nichtigkeitsrechtsprechung aber alle – und insbesondere zivilrechtliche – Rechtsvorgänge wie die Umwandlung nach dem UmwG und der privatrechtsgestaltende landesrechtliche Genehmigungsakt bzw. eventuell in dem Zusammenhang geschlossene Verträge nichtig.

Vertrauensschutz könnte dagegen möglicherweise von dritter Seite geltend gemacht werden. Sind die begünstigenden Maßnahmen allerdings wie rechtlich zwingend **nichtig**, hat dies für das operative Versicherungsgeschäft **aus Sicht der Versicherungsnehmer nur positive Folgen**. Bilanziell ist das Versicherungsgeschäft dann nämlich auch rückwirkend so zu behandeln, dass es dem früheren Rechtszustand entspricht, also den Regeln des Gegenseitigkeitsprinzips, zu dessen Lasten in die Vermögenssubstanz des Unternehmens eingegriffen wurde. Denn damit wurden nicht mehr die Interessen der Versicherten, sondern ausschließlich die privatnützigen Interessen der Sparkassen als Träger und späterer Aktieneigentümer verfolgt. Das bedeutet konkret, dass frühere Ausschüttungen rückgängig zu machen und den Rücklagen der Unternehmen gutzuschreiben sind – was sich nur positiv auf die zukünftige Prämiengestaltung der Unternehmen auswirken wird.

Schließlich wird die beihilferechtliche Lage noch durch die **Fusion der Westfälischen Provinzial mit der Provinzial Nord** unmittelbar nach der Rechtsformumwandlung **zur Provinzial NordWest im Jahre 2005** beeinflusst. Auf die Folgen für diese Fusion und auf die damit verbundenen Risiken einzugehen, würde den Rahmen der vorliegenden Stellungnahme sprengen. Jedoch ist es **ohne weiteres denkbar, dass** auf der Grundlage einer Umsetzung, die das Beihilferecht befolgt und den Sparkassen die (nachträgliche) volle Gegenleistungspflicht für die Einräumung aktienrechtlichen Eigentums sowie die weiteren begünstigenden Maßnahmen auferlegt, **das damals angestrebte Ziel auch heute noch erreicht wird**. Dies setzt allerdings u.a. voraus, dass die Sparkassen den vollen Marktwert ihres Unternehmensanteils zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen bezahlen.

cc) Die Rechtspflichten des Landes NRW zur Beseitigung der Verstöße gegen das Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

Nach alledem ist das Land Nordrhein-Westfalen verpflichtet, den jetzigen, dem **Unionsrecht widersprechenden Rechtszustand zu beseitigen und den früheren Rechtszustand wiederherzustellen**. Im Einzelnen bedeutet dies unter anderem, die verbotenen Beihilfen über die Bundesregierung bei der EU-Kommission nachträglich umgehend zu notifizieren, die bisherigen Ausschüttungen an die Träger rückgängig zu machen und den materiell unionsrechtswidrigen Genehmigungsakt der Landesaufsichtsbehörde aufzuheben. Da das Durchführungsverbot nach der Rechtsprechung des EuGH drittschützend ist, können sich auch **Wettbewerber der Begünstigten unmittelbar auf die Regelung vor Gericht berufen**.

4.2. Der Verstoß gegen das Versicherungsaufsichtsrecht durch die landesaufsichtsrechtliche Genehmigung von 2005

Die genannten beihilferelevanten Maßnahmen betreffen die **Interessen der Versicherten** unmittelbar (vgl. bereits oben 4.1. c) bb)). Die erhebliche Minderung der Vermögenssubstanz durch die Umqualifizierung von Anstaltsvermögen in Stammkapital (vgl. schon oben 3.2.), durch umfangreiche Zinszahlungen auf

Kapital und hohe Ausschüttungen (vgl. LT-Drucks. 16/4071, S. 2 f.) bedarf keiner weiteren Ausführungen. Vor allem insoweit – aber auch in der Zugehörigkeit zur mittelbaren Staatsverwaltung – unterscheiden sich die rechtstatsächlichen Verhältnisse von dem Fall der Privatisierung der Hamburger Feuerkasse, in dem das BVerfG (Beschluß v. 30.06.1994 – 1 BvR 719 et al.) keine Beeinträchtigung der Versicherten gesehen hat. Denn dort war die Privatisierung anders als im vorliegenden Fall nicht mit dem Abfluss sehr hoher Mittel aus der Vermögenssubstanz des Versicherungsunternehmens verbunden. Daher ging es dort ausschließlich um die Frage der Beteiligung der Versicherten am Veräußerungserlös und nicht auch wie hier um die rückwirkende Bildung von Stammkapital aus dem Vermögen des Unternehmens und um hohe Zinszahlungen sowie Ausschüttungen an die Träger bzw. Aktionäre anstatt einer Nichtbelastung oder sogar Mehrung der Vermögenssubstanz zu Gunsten der Versicherten.

Das Vermögen der Anstalt Provinzial Westfalen war ursprünglich gemeinwohlorientiert den Versicherten gewidmet (vgl. schon oben 3.1. und 3.2.) und ist **ohne jede wertmäßige Leistung an die Versicherten** oder das Land NRW in die privatnützige Verfügungsgewalt der neuen Aktionäre, der ehemaligen Träger der Anstalt, überführt worden. Maßstab für die Genehmigung einer Umwandlung sind nach dem Versicherungsaufsichtsrecht entsprechend §§ 14a Satz 2, 14 Abs. 1 Satz 3, 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VAG ausdrücklich „die Belange der Versicherten“. Infolge des zuvor geschilderten, gegenleistungsfreien Abflusses wesentlichen Vermögens der Anstalt hin zu Privaten hatte das Versicherungsunternehmen nicht mehr die gleiche Vermögenssubstanz als Eigenmittel und damit nicht mehr dieselbe Solvabilität und Solidität, wie es sie ohne diese Maßnahmen gehabt hätte. Daher liegt eine **Beeinträchtigung der Interessen der Versicherten** im Sinne des VAG auf der Hand. Das Vermögen der Anstalt war bis dahin durch Landesrecht geschütztes Vermögen der Versichertengemeinschaft. Im vergleichbaren Fall eines Gegenseitigkeitsvereins ist es ebenfalls für diese Gemeinschaft gebunden. Darüber hat die Versicherungsaufsicht streng zu wachen.

Hinzu kommt, dass ein **Verstoß gegen EU-Recht per se nicht genehmigungsfähig** ist. Denn in ständiger Rechtsprechung des EuGH ist „jeder Träger öffentlicher Gewalt“ – und damit z.B. auch das Finanzministerium NRW als Genehmigungsbehörde – an das vorrangige Europarecht gebunden.

Sollte es zu einer Fusion der Provinzial-Versicherungen in Düsseldorf und Münster kommen, wäre Genehmigungsbehörde die **BaFin**. Sie müsste im Vorfeld ih-

rer Entscheidung die Rechtslage im Hinblick sowohl auf das EU-Beihilferecht als auch auf das Versicherungsaufsichtsrecht sub specie der zuvor erhobenen Bedenken **neu prüfen**.

4.3. Die Frage eines Verstoßes gegen das Verfassungsrecht und das Landeshaushaltsrecht

Abschließend nur noch zu erwähnen sind zusätzliche, den Rahmen der vorliegenden Stellungnahme überschreitende Fragen, die sich vor dem Hintergrund des bisher Ausgeführten stellen.

Dazu gehört zunächst die Frage, ob durch die konkrete Art und Weise der Privatisierung der Anstalten **Verfassungsgrundsätze** berührt sind. Ansatzpunkte dafür bestehen z.B. in Form des Sozialstaatsgebots durch entschädigungsfreie Überführung von Anstaltsvermögen, das dem Gemeinwohl dient, in privatnütziges Aktieneigentum und in Form des Parlamentsvorbehalts im Hinblick auf die Privatisierung entgegen dem alleinigen Gesetzeszweck der steuerlichen Gleichstellung von öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten mit privaten Versicherungsunternehmen.

Sodann stellt sich die Frage nach einer Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem **Landeshaushaltsrecht**. Immerhin hat das Land wesentliche Vermögensteile der mittelbaren Staatsverwaltung ohne jede Gegenleistung Privaten übereignet. Zugleich hat es damit die teilweise Entlastung des Landeshaushalts durch die bisherige gemeinwohlbezogene Aufgabenerfüllung der Anstalten – als Beispiel dienen Leistungen für den Feuerschutz – beseitigt.