

GRUNDSÄTZE DES BEIHILFENRECHTS IN DER ANWENDUNG AUF PRIVATISIERUNGEN

REFERAT VON RECHTSANWALT DR. THOMAS LÜBBIG, BERLIN

Berliner Gesprächskreis zum Europäischen Beihilferecht e. V.

Berlin, den 14. Dezember 2007

Auf dem beihilferechtlichen Prüfstand steht mitunter der Verkauf von Unternehmensbeteiligungen und von Grundstücken durch die öffentliche Hand. In den beihilferechtlichen Fokus gerät dies immer dann, wenn das Veräußerungsverfahren nicht gewährleistet, dass die Beteiligung bzw. das Grundstück zum Marktpreis veräußert wird. In einem solchen Fall, so die beihilferechtliche Logik, liegt eine unter Umständen beihilferelevante Begünstigung des Erwerbers vor.

Der umgekehrte Fall der Verstaatlichung, das heißt der effektiven Überführung von privatem Eigentum in öffentliches Eigentum, bietet grundsätzlich keinen Anhaltspunkt für die Anwendung des Beihilfenrechts. Beihilfenelemente können sich aber dann ergeben, wenn der Staat einen überhöhten Kaufpreis für das betreffende Unternehmen zahlt.¹

1. Beihilferechtliche Privatisierungsgrundsätze

1.1. Die Privatisierungsgrundsätze der Kommission des Jahres 1993

Im Jahr 1993 hat die Kommission in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht² in Reaktion auf ihre Erfahrung mit Privatisierungsvorgängen in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft Grundsätze über die Anwendung der EG-Beihilfepolitik auf die Veräußerung staatlicher Unternehmensbeteiligungen veröffentlicht. Ziel dieser Grundsätze ist es, Fälle, die eindeutig keine Beihilfeelemente enthalten, von solchen abzugrenzen, die möglicherweise beihilferelevant sind und daher nach Auffassung der Kommission von den Mitgliedstaaten vorsorglich notifiziert werden sollten. Aus Sicht der Europäischen Kommission beihilfefrei sind nur Veräußerungen über die Börse oder Privatisierungstransaktionen, denen ein Ausschreibungswettbewerb nach folgenden Maßgaben vorausging:

¹ Kommission, Entscheidung vom 01.10.1997, ABl. Nr. L 67/31 vom 07.03.1998, *Thomson SA*.

² Randnrn. 402 ff. des XXIII. Berichts über die Wettbewerbspolitik (1993).

- Es muss ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird, oder die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten;
- das Unternehmen muss an den Meistbietenden veräußert werden und
- die Bieter müssen über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können, auf die sich ihr Angebot bezieht.

Diese Grundsätze werden von der Europäischen Kommission in regelmäßiger Verwaltungspraxis angewandt und sind bis heute gültig. Nicht ausdrücklich erwähnt in diesen Grundsätzen ist die Möglichkeit, die Beihilfefreiheit der Privatisierung durch ein Unternehmensbewertungsgutachten zu beweisen, welches zeigt, dass der Privatisierungserlös jedenfalls nicht unter dem objektiv ermittelten Unternehmenswert liegt.³ In der späteren Praxis der Kommission ist dieser Nachweis jedoch in mehreren Fällen zugelassen worden (siehe noch sogleich).

1.2. Bewertung der Privatisierungsgrundsätze im allgemeinen Kontext der Beihilfeaufsicht über die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand

Die vorstehend zitierten Privatisierungsgrundsätze sind eine Ausprägung des für das gesamte Beihilferecht geltenden Privatinvestorenprinzips. Im Grundsatz belässt die Europäische Kommission der öffentlichen Hand zwar einen breiten Ermessensspielraum bei Veräußerungen; es treten jedoch immer wieder Konfliktfälle auf, in denen die Kommission beanstandet, dass primär wirtschafts-, arbeitsmarkt- oder standortpolitische Zielsetzungen eines staatlichen Kapitaleigners im Gewand unternehmerischer Interessen zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen können.

Die Kommissionspraxis und die Rechtsprechung des EuGH begrenzen den Entscheidungsspielraum der öffentlichen Hand auf nachvollziehbare unternehmerische (kapitalistische) Interessen. So ist etwa der Umstand, dass die öffentliche Hand aus der Liquidation eines Unternehmens in Schwierigkeiten zusätzlich zu den rein privatwirtschaftlich bedingten Liquidationskosten auch

³ Vgl. dazu auch *Montag/Leibenath*, in: *Heidenhain*, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 28, Randnr. 22 ff.

Vermögenseinbußen in Gestalt von zusätzlichen Sozialversicherungsleistungen entstehen, vom EuGH als unbeachtlich eingestuft worden.⁴ In einem kürzlich bekannt gewordenen Privatisierungsfall aus Rumänien prüft die Kommission, ob die Durchführung von Schuldenerlassmaßnahmen vor der Privatisierung eines stahlverarbeitenden Unternehmens mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers vereinbar war. Die rumänischen Behörden tragen vor, dass die Privatisierung unter Berücksichtigung der Schuldenerlasse wirtschaftlich vorteilhafter für den Staat war als eine Abwicklung des Unternehmens. Die Kommission bezweifelt dagegen, dass die Privatisierung wirtschaftlich vorteilhafter für die Behörden war als eine Liquidation. Ein wichtiger Gesichtspunkt für diesen Einwand der Kommission ist, dass mehrere staatliche Behörden Gläubiger des Unternehmens waren. Die Kommission vertritt daher die Auffassung, dass die Privatisierung für jede einzelne dieser Behörden die vorteilhafteste Lösung gewesen sein müsse.⁵

Mit den sehr rigide ausgestalteten Privatisierungsgrundsätzen des Jahres 1993 verfolgt die Kommission in erster Linie das Ziel der Herstellung transparenter und für sie nachprüfbarer Bedingungen. Im Vordergrund dürfte daher wohl eher die Schaffung einer Verfahrensgerechtigkeit stehen, die die Kommission durch die Gewährleistung einer der Trias aus Transparenz, Offenheit und Diskriminierungsfreiheit genügenden Ausschreibung am besten verwirklicht sieht. Insofern haben sich diese Verfahrensgrundsätze gegenüber dem ursprünglichen beihilferechtlichen Ziel, eine mit Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag nicht vereinbare Subventionierung desjenigen Bieters zu verhindern, der „zu wenig zahlt“, verselbständigt. Dies ist auch daraus zu erklären, dass die wettbewerbspolitische Philosophie der Europäischen Kommission in vielen Bereichen der Aufsicht über die öffentliche Hand, insbesondere im Bereich der staatlichen Subventionierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, von dem Gedanken geprägt ist, dass die Durchführung von Bieter- oder Auktionsverfahren am besten zur wettbewerbskonformen Verteilung staatlicher Ressourcen geeignet ist. Jede Abweichung von diesem Grundsatz, die nicht auf strikt

⁴ EuGH Verb. Rs. C 278/92 u.a., *Spanien/Kommission*, Slg. 1994, I-4103, Randnr. 22; EuG, Verb. Rs. T-129/95 u.a., *Neue Maxhütte/Kommission*, Slg. 1999, II-17, Randnr. 119.

⁵ Presseerklärung der Europäischen Kommission vom 26. September 2007, Nr. IP/07/1397 (Mittal Steel Roman).

unternehmerischen Gesichtspunkten beruht, wird daher von der Europäischen Kommission kritisch beurteilt.⁶

2. Anwendung der Privatisierungsgrundsätze in der Praxis

2.1. Ausgewählte Fälle

Die veröffentlichte Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zeigt aber auch, dass die Privatisierungsgrundsätze des Jahres 1993 nicht strikt angewendet werden und dass die Kommission im Einzelfall durchaus Ausnahmen zulässt. So sind sowohl Fälle zu registrieren, in denen die Kommission diese Grundsätze mit besonderer Schärfe angewandt hat, als auch umgekehrt Fälle, in denen die Kommission den Mitgliedstaaten einen größeren Spielraum belassen hat. Dies soll die nachfolgende Übersicht dokumentieren:

In der Entscheidung *Stardust Marine*⁷ beanstandete die Kommission, dass die Veräußerung des ohnehin in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen französischen Sportbootverleihers und -betreibers Stardust Marine auf einem freihändigen Veräußerungsprozess beruhte, in dessen Rahmen der Veräußerer Kontakte zu 20 potenziellen Käufern (vorwiegend in Frankreich) aufgenommen hatte und den Zuschlag an einen Erwerber erteilt hatte, der unter den kontaktierten Bietern das höchste Gebot abgegeben hatte. Dieses Gebot lag jedoch weit unter dem Gebot des Beschwerdeführers, der nicht in das Bieterverfahren einbezogen war, sein Gebot aber von sich an die Veräußerer herangetragen hatte. Allerdings äußerte sich die Kommission nicht abschließend zu diesem Gesichtspunkt, weil andere beihilferechtliche Probleme im Vordergrund der Kommissionsentscheidung standen. Die Kommissionsentscheidung wurde später aus Gründen, die mit dem Privatisierungsgesichtspunkt nichts zu tun haben, vom EuGH aufgehoben⁸.

Die Privatisierungstätigkeit der Treuhandanstalt/BvS stand im Mittelpunkt der Kommissionsentscheidung *Gröditzter Stahlwerke* vom 8. Juli 1999⁹. In dieser Entscheidung beanstandete die Kommission neben anderen Verstößen gegen

⁶ Vgl. auch *Koenig/Kühling/Rittner*, EG-Beihilfenrecht, 2. Auflage, Randnr. 94; *Soltecz/Bielesz*, EuZW 2004, 391, 393.

⁷ Entscheidung der Kommission vom 8. September 1999, Amtsblatt Nr. L 206/6 vom 15. August 2000, Randnr. 63 ff.

⁸ EuGH, Rs. C 482/99, Slg. 2002, I-4397.

⁹ Entscheidung der Kommission vom 8. Juli 1999, Amtsblatt Nr. L 292/27 vom 13. November 1999; vom EuGH bestätigt in der Rs. C-334/99; Slg. 2003, I-1139

das Beihilferecht die Umstände, unter denen das Unternehmen Gröditzer Stahlwerke privatisiert werden sollte. Die zuständige Beteiligungsgesellschaft der BvS hatte zwei Investmentbanken damit beauftragt, durch Ansprache möglichst vieler Interessenten einen Bieter zu ermitteln, der nicht nur einen angemessenen Kaufpreis bietet, sondern ein Unternehmenskonzept vorlegt, in dem detaillierte Verpflichtungen zur Schaffung/Erhaltung von Arbeitsplätzen, zukünftigen Investitionen und zur Finanzierung enthalten sind. Die Kommission beanstandete dieses Vorgehen als nicht offen, nicht transparent und nicht bedingungsfrei¹⁰. Das Verfahren hatte damals Mustercharakter und sorgte bei den für die Privatisierung der ostdeutschen Betriebe zuständigen Regierungsstellen und der BvS für erhebliche Unruhe. Dies war auch der Grund dafür, dass Deutschland die Kommissionsentscheidung (erfolglos) vor dem EuGH anfocht.

Weniger strikte Maßstäbe legt die Kommission dagegen im Verfahren *Centrale del Latte di Roma*¹¹ an, das die Privatisierung eines in Schwierigkeiten befindlichen milchwirtschaftlichen Betriebes der Kommune Rom betraf. Obwohl die italienischen Behörden das Privatisierungsvorhaben nur in zwei italienischen Tageszeitungen und nicht auf internationaler Ebene veröffentlicht hatten, erhob die Kommission im Ergebnis keine Einwände gegen das Privatisierungsverfahren. Die Kommission stützte ihre Entscheidung vor allem darauf, dass der Zuschlag an den Meistbietenden erteilt worden war, dessen Angebot zudem deutlich über dem von einem unabhängigen Sachverständigen ermittelten Schätzwert des Unternehmens lag¹². Ebenso beanstandete die Kommission im Ergebnis nicht, dass das Ausschreibungsverfahren auch an die Zusage geknüpft war, eine möglichst hohe Zahl der insgesamt 392 Arbeitsplätze des Unternehmens zu erhalten. Weil der ausgewählte Bieter den höchsten Kaufpreis geboten hatte und sich seine Zusage, von den 392 Arbeitsplätzen insgesamt nur 200 zu erhalten, nach Auffassung der Kommission nicht maßgeblich auf den Kaufpreis ausgewirkt hatte, beurteilte die Kommission den Erwerb als beihilfefrei. Zudem lag das Preisangebot des Bieters um 42 % über dem gutachterlich ermittelten Unternehmenswert¹³. Bei der Bewertung dieser Entscheidung wird sicherlich zu berücksichtigen sein, dass

¹⁰ Randnrn. 87 bis 90 der Entscheidung.

¹¹ Entscheidung der Kommission vom 11. April 2000, Amtsblatt Nr. L 265/15 vom 19. Oktober 2000.

¹² Randnrn. 28 und 35 der Entscheidung.

¹³ Randnr. 91 der Entscheidung.

die Kommission die Privatisierung letztendlich vor allem deshalb genehmigt hat, weil ihr daran gelegen war, das zuvor defizitär geführte kommunale Unternehmen in private Anteilseignerschaft zu überführen.

Die nicht im EG-Amtsblatt veröffentlichte Kommissionsentscheidung *GALP* vom 8. August 2000 betraf die Privatisierung einer Minderheitsbeteiligung an dem portugiesischen Staatsunternehmen GALP (ein Unternehmen der Erdöl- und Gaswirtschaft). Die Privatisierung war an bestimmte Bedingungen geknüpft, so an die Bereitschaft des Bieters zur Eingehung einer strategischen Partnerschaft mit der GALP, die Verpflichtung zur Beibehaltung der Geschäftsanteile für mindestens 5 Jahre und die Beibehaltung der Hauptverwaltung in Portugal. Obwohl diese Ausschreibung nicht öffentlich bekannt gemacht worden war, erkannte die Kommission an, dass die wichtigsten potenziellen Investoren von den portugiesischen Behörden angesprochen worden waren. Der Zuschlag wurde an das Unternehmen erteilt, das den höchsten Kaufpreis geboten hatte. Die eben genannten Privatisierungsbedingungen hielt die Kommission im Ergebnis für nicht diskriminierend, insbesondere deshalb, weil die geforderte strategische Partnerschaft in der Logik der Veräußerung einer Minderheitsbeteiligung angelegt war. Die Verpflichtung zur Beibehaltung der Hauptverwaltung in Portugal hielt die Kommission deshalb für unschädlich, weil der private Investor als Minderheitsaktionär ohnehin keine Möglichkeit gehabt hätte, den Unternehmenssitz gegen den Willen des staatlichen Mehrheitsaktionärs zu verlagern.

Ebenfalls keine Einwände erhob die Kommission gegen die Privatisierung der zuvor restrukturierten niederländischen Schiffswerft KSG¹⁴. Obwohl es keine öffentliche Ausschreibung gegeben hatte, konnten die niederländischen Behörden darlegen, dass alle „interessierten Unternehmen von der geplanten Privatisierung der KSG-Werft gewusst und Gelegenheit gehabt hatten, Informationen anzufordern und ihr Interesse zu bekunden.“ Zur Absicherung ihres Urteils forderte die Kommission ein unabhängiges Sachverständigengutachten an, das das von den niederländischen Behörde vorgelegte Unternehmensbewertungsgutachten überprüfte. Beide Gutachten bestätigten, dass der Veräußerungserlös nicht unter dem geschätzten Unternehmenswert lag.

Der Gesichtspunkt der Bieterauswahl nach dem Kriterium der Vermeidung von Interessenkollisionen beschäftigte die Kommission in ihrer Entscheidung

¹⁴ Presseerklärung der Europäischen Kommission vom 5. Juni 2001, Nr. IP/02/818.

vom 7. Mai 2002 betreffend die Teilprivatisierung des britischen Staatsunternehmens DERA¹⁵. Das Unternehmen DERA führte im Auftrag des britischen Verteidigungsministeriums militärische und wehrtechnische Auftragsforschung durch. Die Teilprivatisierung sollte zur Bildung einer Public Private Partnership zwischen dem Bieter und dem britischen Verteidigungsministerium führen. Im Prinzip war jeder Bieter zugelassen, ein Auswahlkriterium war jedoch, dass es sich bei dem Bieter nicht um einen Hersteller von Rüstungsmaterial handeln sollte, um Interessenkonflikte im Hinblick auf die staatliche Wehrbeschaffung zu vermeiden. Im übrigen sollte das höchste Kaufpreisangebot für den Zuschlag maßgeblich sein. In der Entscheidung beurteilte die Kommission dieses von den britischen Behörden angemeldete Privatisierungsvorhaben als beihilferechtlich unbedenklich.

In der Entscheidung *London Underground Public Private Partnership*¹⁶ vom 2. Oktober 2002 bestätigte die Kommission ihre Trias aus Offenheit, Transparenz und Nichtdiskriminierung. Bei dem Verfahren zur Bildung einer Public Private Partnership zur Modernisierung der Londoner U-Bahn sollte nicht nur der gebotene Preis entscheiden, sondern auch der Umfang der angebotenen Arbeiten, die sich daraus ergebende Leistungsfähigkeit der U-Bahn sowie die Risikoverteilung zwischen privater und öffentlicher Hand. Zur Gewichtung der Angebote hatte die ausschreibende Stelle ein Verfahren zur monetären Bezifferung der einzelnen Kriterien entwickelt. Anhand dessen wurde zusammen mit dem Angebotspreis das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt. Die Kommission hielt die Einbeziehung der weiteren Kriterien aufgrund der monetären Bewertung für mit dem Erfordernis der Diskriminierungsfreiheit vereinbar.

Im Jahre 2003 befasste sich die Kommission erneut mit einer Privatisierung, in der die Bieter auch Arbeitsplatzzusagen abgegeben hatten. Zur Entscheidung stand die von den deutschen Behörden bei der Kommission angemeldete Privatisierung der *ChemiePark Bitterfeld-Wolfen GmbH*¹⁷. Offenbar hatten diejenigen Bieter, die in den engeren Kreis der Auswahl gelangt waren, von sich aus Arbeitsplatzzusagen gemacht, die jedoch der Höhe nach im Vergleich zur Gesamtzahl der am Standort beschäftigten Arbeitnehmer gering war, so dass

¹⁵ Nicht veröffentlichte Entscheidung der Kommission vom 7. Mai 2002.

¹⁶ Entscheidung nicht im Amtsblatt veröffentlicht.

¹⁷ Nicht datierte und nicht im Amtsblatt veröffentlichte Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2003.

die Kommission keinen entscheidenden Einfluss auf den Kaufpreis annahm. Da der Zuschlag an den Bieter erfolgte, der den höchsten Kaufpreis geboten hatte, beurteilte die Kommission das Verfahren als im Ergebnis beihilfefrei¹⁸.

Die Kommission hat die Fortgeltung der Privatisierungsgrundsätze aus dem Jahr 1993 unlängst im Zusammenhang mit der Einleitung eines Beihilfeprüfverfahrens gegen Österreich wegen der Umstände des Verkaufs der Bank Burgenland bestätigt.¹⁹ Im Rahmen des Privatisierungsverfahrens hatte ein österreichischer Bieter den Zuschlag erhalten, obwohl sein Mitbewerber – ein ukrainisch-österreichisches Konsortium – 50 Mio. € mehr und damit einen rund 50% höheren Kaufpreis geboten hatte. Die Kommission meldete bei Verfahrenseröffnung Zweifel an, ob die von den österreichischen Behörden vorgelegene Argumentation, der Zuschlag sei an den Bieter mit dem besten Gesamtangebot (den „Bestbietenden“) erfolgt, tragfähig ist. Sie betonte auch noch einmal, dass grundsätzlich an den Meistbietenden veräußert werden muss.

In einem weiteren kürzlich bekannt gewordenen Verfahren betreffend die Privatisierung eines Automobilherstellers in Rumänien vertritt die Kommission einen ähnlich strikten Standpunkt.²⁰ Gegenstand dieser Untersuchung sind von der rumänischen Privatisierungsbehörde vorgeschriebene Mindestinvestitions- und Produktionsvorgaben, zu deren Einhaltung sich der Investor (der Automobilhersteller Forderungen) verpflichten musste. Diese Vorgaben betrachtet die Kommission als nicht akzeptable Bedingungen. Hierzu heißt es in der Entscheidung:

"The highest possible price can normally only be achieved if no conditions are attached which would potentially reduce the sales price and which would not be acceptable for a market economy operator. [...] Given that the tender already included a minimum production level, the Commission assumes that the sale was made conditional upon at least the achievement of such minimum production and possibly other conditions. Since a market economy vendor would normally not request the acquirer to achieve a minimum production and such requirement is likely to have a negative impact on the sales price, the Commission

¹⁸ Randnr. 54 der Entscheidung.

¹⁹ Presseerklärung der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2006, Nr. IP/06/1849, ABl. Nr. C 28/8 vom 8. Februar 2007.

²⁰ Entscheidung der Kommission vom 10. Oktober 2007, englische Arbeitsfassung, State Aid NN 59/2007-Privatization of Automobile Craiova (former Daewoo).

considers that the privatisation of Automobile Craiova most likely does not meet the market economy vendor test."²¹

Die Entscheidung bestätigt die nunmehr harte Gangart der Kommission in solchen Fällen, denn in dieser Entscheidung hat die Kommission die rumänische Regierung – was ungewöhnlich ist – ausdrücklich nach Art. 11 Abs. 1 der Beihilfeverfahrensverordnung Nr. 659/1999 verpflichtet, weitere Unterstützungsmaßnahmen sofort einzustellen.

2.2. Bewertung der Kommissionspraxis

Aus der vorstehenden exemplarischen Übersicht über die Fallpraxis der Europäischen Kommission wird deutlich, dass die Kommission im Grundsatz an ihren im Jahre 1993 veröffentlichten Privatisierungsleitlinien festhält, diese aber im Einzelfall flexibel handhabt. Aus den Entscheidungen ergibt sich, dass die Kommission legitime Anliegen der Veräußerer an einer Einschränkung des Bieterkreises (DERA-Teilprivatisierung in England, Vermeidung von Interessenkonflikten durch den Ausschluss von Rüstungsherstellern) durchaus berücksichtigt. Bei der Bewertung von Ausschreibungsverfahren, in denen neben dem Kaufpreisangebot auch weitere Zusagen (Arbeitsplätze etc.) in den Auswahlprozess eingeflossen sind, ließ es die Kommission in Einzelfällen genügen, dass diese Zusagen in der gesamtwirtschaftlichen Bewertung des Gebots eine geringe Bedeutung haben, so dass der Nominal-Kaufpreis weiterhin als transparentes Zuschlagskriterium identifiziert werden kann.

Gerade die zuletzt zitierten Entscheidungen (Bank Burgenland und Automobile Craiova) zeigen jedoch, dass die Kommission ihre Prüfungsmaßstäbe sehr streng und ohne Rücksicht auf die politischen Interessen der betroffenen Mitgliedstaaten handhabt. Dies wird besonders deutlich am Fall Bank Burgenland, in dem anzunehmen ist, dass der ukrainische Investor für die politische Öffentlichkeit Österreichs ein nur wenig akzeptabler Kandidat gewesen sein wird.

²¹ Randnr. 16 der Verfahrenseröffnungsentscheidung.