
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

European Journal of Business Law · Revue Européenne de Droit Économique

EuZW 7/2012 · 23. Jahrgang
30. März 2012 · Seite 241–280

Gastkommentar

Scheitern nun Privatisierungen unterhalb des Höchstgebots an Brüssel, Luxemburg und Karlsruhe?

Das Urteil des *EuG* vom 28. 2. 2012 (verb. Rs. T-268/08 u. T-281/08, BeckRS 2012, 80426), das die Entscheidung der Kommission vom 30. 4. 2008 betreffend die Privatisierung der Bank Burgenland bestätigt hat, unterstreicht deutlich das EU-beihilferechtliche Primat des Höchstgebots.

Die Kommission räumte zunächst zwar ein, dass ein „nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Wirtschaftsteilnehmer sich dennoch ausnahmsweise für das niedrigere Angebot“ entscheiden würde, wenn „es... offensichtlich ist, dass der Verkauf an den Meistbietenden nicht durchführbar ist“, was etwa der Fall sein könnte, wenn der meistbietende Kaufinteressent die für den Erwerb erforderliche Genehmigung der Finanzmarktaufsicht (oder jeder anderen am Vorgang beteiligten Behörde) nicht erhalten würde (KOM [2008] 1625, endg. Rdnrn. 121 u. 125 ff.). Diesen Gesichtspunkt der „Nicht-Durchführbarkeit“ eines Verkaufs an den Meistbietenden wenden Kommission und *EuG* allerdings sehr restriktiv an.

So betonen sowohl die Kommission als auch das *EuG*, dass die einzigen rechtfertigenden Faktoren für einen Verkauf an den Nicht-Meistbietenden diejenigen seien, denen auch ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber Rechnung getragen hätte. Damit wollen sie die von der Kommission in ihrem XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993 aufgestellten Privatisierungsleitlinien vor einer Erosion bewahren. Das *EuG* arbeitet im Urteil Bank Burgenland markant heraus, dass sich „der marktwirtschaftlich handelnde private Verkäufer grundsätzlich für das höchste Kaufangebot entscheiden [wird], und zwar unabhängig von den Gründen, die die potenziellen Käufer dazu bewegen

haben, Angebote in bestimmter Höhe abzugeben“ (Rdnr. 89). Das *EuG* betont dabei die Renditeorientierung eines Long-Term-Vergleichsinvestors, indem es bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Wirtschaftsteilnehmers auf die Bedeutung der Frage verweist, „ob die betreffenden Maßnahmen solche sind, die ein marktwirtschaftlich handelnder privater Wirtschaftsteilnehmer, der auf mehr oder weniger lange Sicht Gewinne erzielen möchte, hätte treffen können“ (Rdnr. 157). Das *EuG* unterstreicht darüber hinaus, dass nicht unter normalen Marktbedingungen eingegangene Verpflichtungen, hier die Ausfallhaftung des Landes Burgenland als Verkäufer nach § 1356 öABGB im Fall der Zahlungsunfähigkeit der zu privatisierenden Bank, bei der Würdigung des Verhaltens der Behörden am Maßstab des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers außer Betracht zu bleiben haben (Rdnr. 158).

Diese klar beschriebenen EU-beihilferechtlichen Sollbruchstellen eines Privatisierungsverfahrens legen auch die zivilprozessrechtlichen Angriffsstellen offen. Wenn die selbst offen, transparent und bedingungsfrei ausgeschriebenen Veräußerungskriterien dem staatlichen Veräußerer in Bezug auf die Gebotswertung einen EU-beihilferechtlich nicht flankierten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnen, so ist das Veräußerungsverfahren für zivilrechtliche Klagen unterlegener Bieter anfällig und zwar nach dem prozessualen Muster der Stufenklage, wie sie der BGH in seinen beiden Urteilen vom Februar 2011 zum „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts zugelassen hat (BGH, Urte. v. 10. 02. 2011 – I ZR 213/08, BeckRS 2011, 05517 – Flughafen Lübeck und Urte. v. 10. 2. 2011 – I ZR 136/09, EuZW 2011, 440 m. Anm. *Fiebelkorn/Petzold* – Flughafen Frankfurt a. M.-Hahn). Auf der ersten Klagestufe könnte dann ein Auskunftsanspruch unterlegener Bieter gegen den staatlichen Veräußerer nach § 4 Nr. 11 UWG, § 823 II BGB i. V. mit Art. 108 III 3 AEUV bestehen, der auf die Angabe substantzierter Gründe gerichtet ist, dass sich der staatliche Veräußerer wie ein Private Vendor verhalten hat.

Kompliziert wird in einem solchen Fall insbesondere ein Teilprivatisierungsverfahren, z. B. einer Flughafengesellschaft, das auf die Gesellschaftsanteile einer öffentlichen Gebietskörperschaft (Bund) beschränkt wird und die anderen (verbleibenden) öffentlichen Gesellschafter (Länder und/oder Kommunen) auf Grund der Vinkulierung der Namensaktien über den Aufsichtsrat und/oder die Hauptversammlung dem Anteilsverkauf satzungsgemäß zustimmen müssen (§ 68 II 3 AktG). Wenn sich dann der Aufsichtsrat und/oder die Hauptversammlung einer Veräußerung der Bundesanteile an den Höchstbietenden widersetzen, so droht eine Kollision mit dem EU-Beihilferecht. Dann könnte eine Stufenklage des unterlegenen Bieters nur gegen den Bund gerichtet werden, zumal der Bund, das Land und/oder die Kommune – trotz divergierender Interessen – als eine einzige EU-beihilferechtliche mitgliedstaatliche Zurechnungseinheit nach Art. 107 I AEUV zu behandeln sind. Der insoweit mit einem (vinkuliert) veräußernden Familiengeschafter vergleichbare Bund müsste zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs schlüssig darlegen und – wenn bestritten – beweisen, dass der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Nichthöchstbietenden zumindest langfristige Wert- oder Returnvorteile der Gesellschaft im Sinne des Private-Long-Term-Investor-Maßstabes ex ante zu prognostizieren sind. Der Bund müsste hierzu darlegen, dass eine Kompensation des Verzichts auf das Höchstgebot auf Grund anderer Investmentvorteile erfolgt (z. B. Einbringung von ökonomisch messbarem Know-How oder Good-Will wie Kundenbindungen etc.). Der beklagte Bund müsste dem Kläger oder unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der (fiktiven) Flughafengesellschaft einem zur Verschwiegenheit verpflichteten gerichtlich bestellten Sachverständigen Auskunft geben, welche Long-Term-Return-Annahmen und Marktdaten (z. B. Benchmarks) nicht nur den Bund als Veräußerer, sondern auch den Aufsichtsrat und/oder die Hauptversammlung überzeugt haben, dass die prognostizierte Kompensation des Verzichts auf das Höchstgebot realistisch sei. Letztlich müsste der Bund Auskunft über einen um die Neuaufnahme des Geschafter (Anteilserwerbers) angereicherten Long-Term-Business-Plan geben, welcher für den Aufsichtsrat und/oder die Hauptversammlung die EU-beihilferechtskonforme Zustimmunggrundlage begründet.

Das Urteil Bank Burgenland wird daher das „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts stärken, Privatisierungen unterhalb des Höchstgebots aber mit erheblichen Risiken pfeffern.