

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 15/5031**

*Finanzministerium
des Landes
Schleswig-Holstein*

An die
Vorsitzende des Finanzausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Frau Ursula Kähler, MdL
Landeshaus
24105 Kiel

Staatssekretär

Vorlage des MWAV i.S. Rechtsgutachten Provinzial Versicherungen

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

anliegend übersende ich Ihnen die Vorlage des MWAV i.S. „Rechtsgutachten
Provinzial Versicherungen“ mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen


Uwe Döring



Vorsitzende des Finanzausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Frau Ursula Kähler, MdL
Landeshaus

Minister

24105 Kiel

über:
Finanzministerium
des Landes Schleswig-Holstein
Postfach 2127

24171 Kiel

Kiel, 12. Oktober 2004

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

das Rechtsgutachten zu den Provinzial Versicherungen - nach Erweiterung des Gutachtenauftrages – ist inzwischen eingetroffen.

Prof. Lutter kommt im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass die beabsichtigte Fusion der Provinzial Kiel/Münster nicht vertragskonform ist, weil weniger als 75,1% der Anteile weiterhin bei der Sparkassenorganisation verbleiben (da 50% der Westfälischen Provinzial im Besitz der Landschaftsverbände sind).

Die Fusion würde keinen Übererlöstatbestand auslösen, da keine Mittel fließen. Hierzu verweist Prof. Lutter auf die steuerrechtliche Behandlung von Fusionen, bei denen stille Reserven ebenfalls nicht gehoben werden und damit nicht versteuert werden müssen.

Dennoch halten der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein und der Vorstand der Provinzial Versicherungsgesellschaften an einer Fusion Kiel-Münster fest. Sie lehnen die von der Versicherungsgruppe Hannover angebotene Alternative einer Zu-

sammenarbeit der niedersächsischen Lebensversicherer mit der Provinzial Versicherung Kiel – unter Beibehaltung der regionalen Struktur der Sachversicherer – ab. Nach Auswertung einer externen Begutachtung beider Modelle hält das Wirtschaftsministerium eine Fusion Kiel-Münster im Hinblick auf die Zukunftsfähigkeit der Provinzial Kiel und der nachhaltigen Sicherung der Arbeitsplätze in Kiel für sinnvoll.

Das Wirtschaftsministerium hat einen Gutachter beauftragt, einen Vorschlag für eine Vertragsanpassung zu formulieren.

Wir erwarten die Vorlage des Vertragsgutachtens bis Ende erste Novemberwoche 2004. Danach sollten unverzüglich die Beratungen in den LT-Ausschüssen geführt werden, um möglichst noch in der Dezember-Sitzung des LT den angepassten Vertrag beraten zu können.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Rohwer', written in a cursive style.

Dr. Bernd Rohwer

Rechtsgutachten

zu Fragen der Auslegung einer Übererlös-Klausel
und sonstiger Vertragsklauseln

im Auftrag

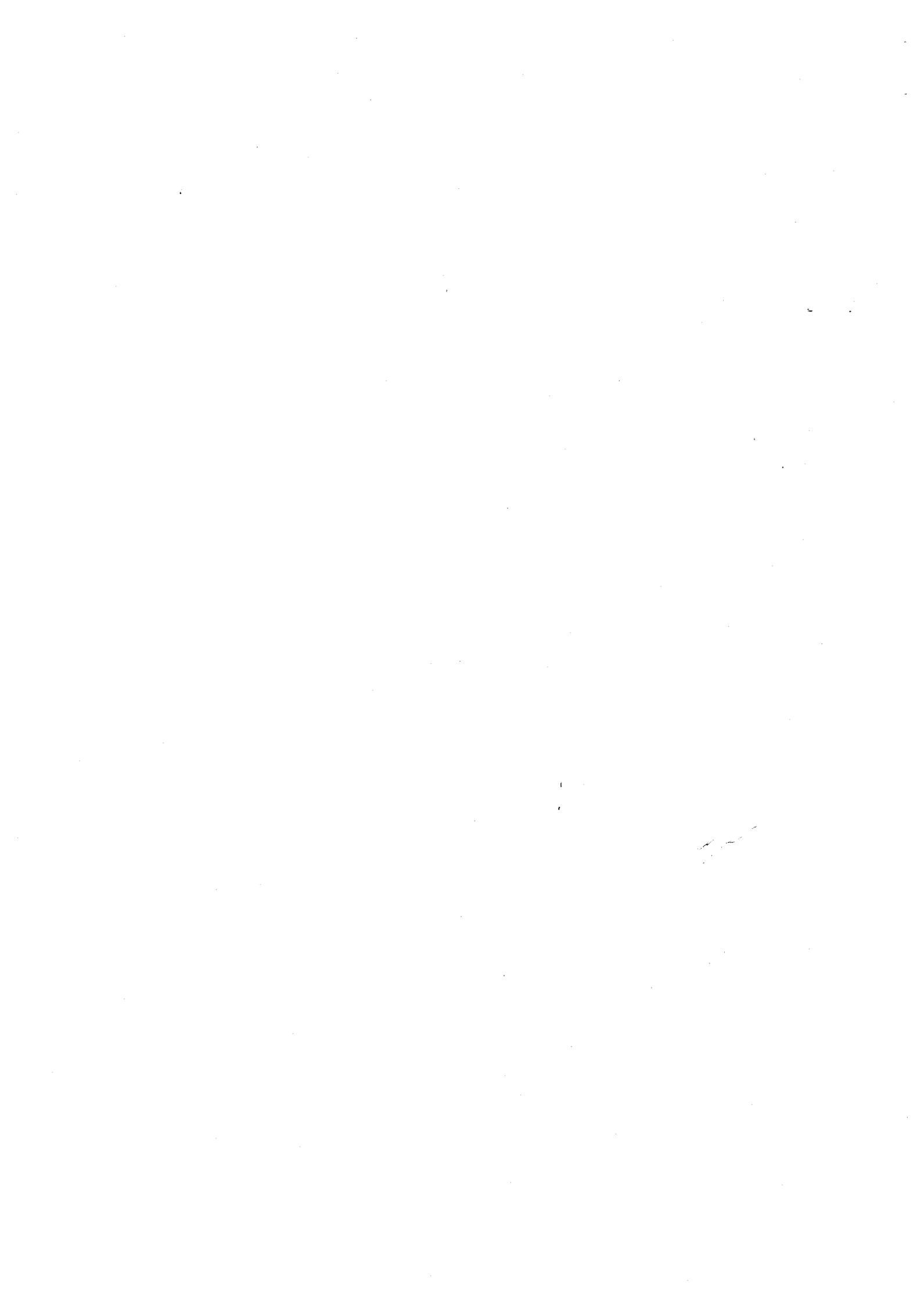
des Landes Schleswig-Holstein;
des Sparkassen- und Giroverbandes für Schleswig-Holstein
und der
Provinzial Versicherungen

erstattet von

Prof. Dr. Dres. h.c. Marcus Lutter, Bonn

und

Rechtsanwalt Dr. Oliver Bugge, Berlin



Übersicht

	Seite
Teil 1	1
A. Sachverhalt	1
B. Rechtsfragen	3
C. Rechtsgutachten	4
I. Welche Fälle werden von der Übererlös-Klausel erfaßt?	4
1. Der „Aktienverkauf“ als Grundfall	4
2. Überblick über weitere Anwendungsfälle	5
3. Bestimmung der Anwendungsfälle	9
4. Bestimmung des Übererlöses	23
II. Sind bei der Berechnung des Übererlöses Sondereinflüsse zu berücksichtigen?	25
1. Keine ausdrücklichen Aufteilungs-Kriterien im Vertrag	25
2. Aufteilung des Übererlöses im Liquidationsfall	25
3. Übertragung der Abgrenzungskriterien	30
D. Ergebnis Teil 1	32
Teil 2	35
A. Sachverhalt	35
B. Rechtsfrage	36
C. Rechtliche Stellungnahme	37
D. Ergebnis Teil 2	40

Vervielfältigungsstelle
Finanzministerium Schleswig-Holstein

Teil 1

A.

Sachverhalt

1. Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 30. Juni 1995 (künftig: Vertrag) übertrug das Land Schleswig-Holstein die Trägerschaften an der „Provinzial Brandkasse Versicherungsanstalt Schleswig-Holstein“ und der „Provinzial Leben Versicherungsanstalt Schleswig-Holstein“ auf den Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein (SGVSH). Dieser wandelte mit Zustimmung des Landtags des Landes Schleswig-Holstein die beiden Anstalten in Aktiengesellschaften um und brachte deren Aktien in eine Holding-Gesellschaft ein, die „Provinzial Nord Holding AG“, deren Aktien zu 90% vom SGVSH und zu 10% vom Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverband als Treuhänder für die Sparkassen in Mecklenburg-Vorpommern gehalten werden.

2. Die Übertragung der Trägerschaften an den beiden Anstalten erfolgte nach § 1 Abs. 1 des Vertrages zu einem Preis von DM 245 Mio. Darüber hinaus verpflichtete sich der SGVSH nach § 2 des Vertrages, insgesamt DM 100 Mio. Kapital zu angemessenen Anteilen in die beiden Anstalten einzubringen. Der Kaufpreis ist vollständig gezahlt und die Kapitaleinlagen sind vertragsgemäß erbracht worden.

3. Der soeben erwähnte Kaufpreis beruht auf einem Wert-Gutachten der BDO Deutsche Warentreuhand AG vom 10. Oktober 1994, das zu einem Wert der beiden Anstalten von DM 560 Mio. kam. Von diesem Wert fanden dann durch die BDO Abschläge statt für die vertraglich festgelegten Beschränkungen, nämlich

- teilweiser Ausschluß der Fungibilität (75,1% der Anteile)
- Beschränkung der Fungibilität für die restlichen 24,9%
- Festschreibung des Sitzes der Anstalten in Kiel und
- Bestandsgarantie der Altversicherten

in Höhe von insgesamt DM 280 Mio. sowie für zwei weitere Positionen in Höhe von DM 38 Mio. Der damit verbleibende Wert von DM 242 Mio. war die Grundlage für den dann von den Parteien vereinbarten Kaufpreis von DM 245 Mio.

4. Der Vertrag sieht an mehreren Stellen sogenannte „Übererlös-Klauseln“ vor, wonach die Erwerberin (SGVSH) verpflichtet ist, bei einer Veräußerung ihrer Beteiligung an den beiden ehemaligen Anstalten und heutigen Aktiengesellschaften oder im Falle von deren Liquidation einen erzielten—Mehrerlös an das Land Schleswig-Holstein abzuführen. Die fraglichen Formulierungen des Vertrages lauten:

(1) § 1 Abs. 2

„Der Verband (scil. SGVSH) ... kann seine Trägerschaft an den Anstalten anteilig auf Sparkassen-Organisationen des Landes Mecklenburg-Vorpommern und der Freien und Hansestadt Hamburg gegen Entgelt weiterübertragen. Die Zustimmung des Landtages wird mit der Zustimmung zu diesem Vertrag erteilt. Übersteigt der dabei erzielte Erlös den entsprechenden Teil des Entgeltes, das der Verband an das Land gezahlt hat, so ist dieser Übererlös an das Land abzuführen...“.

(2) § 3 Abs. 2

„... Im Falle einer Auflösung einer oder beider Anstalten durch den Verband nach § 11 des Gesetzes über öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten in Schleswig-Holstein wird ein Übererlös (Differenz zwischen Nettoliquidationserlös und Entgelt) ganz oder teilweise an das Land abgeführt. Die Aufteilung des Übererlöses wird auf der Grundlage eines von einem Wirtschaftsprüfer zu erstellenden Gutachtens zwischen Land und Verband vereinbart.“

(3) § 3 Abs. 3

„Die Anstalten können nach § 12 des Gesetzes über öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten in Schleswig-Holstein in Aktiengesellschaften umgewandelt werden. Die Zustimmung des Landtages wird mit der Zustimmung zu diesem Vertrag erteilt. Die Aktien müssen zu 75,1% in der Sparkassenorganisation verbleiben. Ein eventueller Übererlös (Differenz zwischen dem Erlös aus dem Aktienverkauf und der entsprechenden anteiligen Zahlung nach § 1 Abs. 1) aus einer Übertragung von Aktien an die schleswig-holsteinischen Sparkassen oder einer Veräußerung von Aktien an Dritte wird ganz oder teilweise an das Land abgeführt. Im Falle einer Übertragung oder Weiterveräußerung des fungiblen Anteils der Aktien bis zu einer Höhe von 24,9% ist die Zustimmung der Landesregierung erforderlich. Nach einer Umwandlung bleibt der Sitz der Anstalten in Kiel.“

§ 1 Abs. 2 des Vertrages ist nach Umwandlung der beiden Anstalten heute nicht mehr relevant, § 3 Abs. 2 jedenfalls derzeit nicht akut.

B.

Rechtsfragen

Vor diesem Hintergrund bitten das Land Schleswig-Holstein, der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein und die beiden aus der Umwandlung hervorgegangenen Aktiengesellschaften, nämlich die „Provinzial Nord Brandkasse AG“ und die „Provinzial Nord Lebensversicherung AG“ die Unterzeichneten um die Klärung folgender Rechtsfragen im Hinblick auf § 3 Abs. 3 des Vertrages :

1. Lösen auch andere Tatbestände als der Verkauf der Aktien die Frage nach einem etwaigen Übererlös aus (z.B. Tausch)?

Wie sind die Modalitäten zur ganzen oder teilweisen Abführung des etwaigen Übererlöses zu bestimmen und zu ermitteln?

2. Sind bei Berechnung des Übererlöses Sondereinflüsse, wie etwa

- Erhöhung des Kapitals um DM 100 Mio. (§ 2 des Vertrages)
- eingeschränkte Fungibilität der Aktien
- Erhaltung des Finanzdienstleistungsstandortes Kiel
- Vertriebs- und Managementleistungen
- Bestandsgarantie für Altversicherte

zu berücksichtigen?

C.

Rechtsgutachten

I. Welche Fälle werden von der Übererlös-Klausel in § 3 Abs. 3 erfasst? Wie ist ein Übererlös in Fällen der gesellschaftsrechtlicher oder organisatorischen Veränderung ggf. zu bestimmen?

1. Der „Aktienverkauf“ als Grundfall

Zu klären ist die Reichweite der in § 3 Abs. 3 Satz 4 des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 30. Juni 1995 enthaltenen Bestimmung, wonach ein (näher definierter) "Übererlös" ganz oder teilweise an das Land Schleswig-Holstein als einen der Vertragspartner abgeführt werde.

Die Bestimmung steht in einem textlichen Zusammenhang mit der im Vertrag eröffneten (und mittlerweile genutzten) Möglichkeit, die seinerzeit vom Land auf den SGVSH übertragenen Anstalten in Aktiengesellschaften umzuwandeln. In § 3 Abs. 3 Satz 3 des Vertrages wird bestimmt, dass die Aktien der umgewandelten Anstalten zu (mindestens) 75,1% in der Sparkassenorganisation verbleiben müssten. Hierdurch wird – im Umkehrschluss – die Möglichkeit einer Veräußerung von Aktien eröffnet: Bis zu 24,9% des Grundkapitals dürfen demnach mit Zustimmung der Landesregierung an sparkassenfremde Erwerber veräußert werden und die übrigen 75,1% müssen ebenfalls nicht zwingend im unmittelbaren Bestand des SGVSH verbleiben, sondern können (wenn auch nur an bestimmte Empfänger) übertragen werden.

Die Übererlös-Klausel findet nach ihrem Wortlaut auf beide Fälle Anwendung, nämlich (1.) auf den Fall der Übertragung von Aktien an Schleswig-Holsteinische Sparkassen und (2.) auf die Veräußerung von Aktien an Dritte. Hier fragt es sich zunächst, ob und ggf. welche Differenzierung sich die Vertragsparteien mit dem Begriffspaar "Übertragung/Veräußerung" vorgestellt haben. Die Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit des Vorgangs kann als Differenzierungskriterium allerdings von vornherein nicht in Betracht kommen. Denn für beide genannten Fälle definiert der Vertrag selbst den "Übererlös" als Differenz zwischen zwei Größen, von denen die eine der "Erlös aus dem Aktienverkauf" ist. Damit tritt der Begriff des "Verkaufs" nach der Syntax des Vertragswortlauts als derjenige Begriff in Erscheinung, der sowohl die "Übertragung" als auch die "Veräußerung" einschließt. Der "Verkauf" ist

dabei – aus juristischer Sicht – zugleich der engste Begriff, da er (im Gegensatz zu den beiden anderen, weiteren Begriffen) nur auf entgeltliche Rechtsgeschäfte Anwendung findet. Dies kann im Hinblick auf die übliche Wortbedeutung des "Übererlöses" auch nicht anders sein. Gemeint mit diesem Begriff ist derjenige Erlös, der "über" dem in § 1 Abs. 1 des Vertrages genannten Kaufpreis von 245 Mio. DM liegt. Ohne ein Entgelt kann es folglich keinen "Übererlös" geben.

Ist demnach aus den Begriffen der "Übertragung" bzw. "Veräußerung" von Aktien nichts für die Reichweite der betreffenden Vertragsklausel abzuleiten, fokussiert sich die Fragestellung darauf, welche denkbaren sonstigen Fallgestaltungen dem Fall des "Aktienverkaufs" gleichzustellen sind.

2. Überblick über weitere mögliche Anwendungsfälle

Die erste Erkenntnis, die sich in Anknüpfung an den Begriff des „Aktienverkaufs“ für die Interpretation der Reichweite der Klausel gewinnen lässt, ist die, dass es sich jedenfalls – in rechtlicher oder doch in wirtschaftlicher Hinsicht - um einen Vorgang handeln muss, bei dem Gesellschaftsanteile (Aktien) vom bisherigen Eigentümer auf einen Erwerber übertragen werden und der Erwerber an den bisherigen Eigentümer der Anteile hierfür ein Entgelt bezahlt.

a) „Verkauf“ versus Nutzungsänderung

Damit fallen aufgrund der am Vertragswortlaut ausgerichteten Auslegung solche Vorgänge von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Klausel heraus, bei denen eine solche Übertragung weder in rechtlicher noch in wirtschaftlicher Hinsicht vorgenommen wird. So wäre z.B. denkbar gewesen – wie es etwa in Privatisierungsverträgen der Treuhandanstalt vorgekommen ist – auch Fälle der bloßen Nutzungsänderung mit der Rechtsfolge einer Mehrerlösabführung zu belegen. Wenn ein Wirtschaftsgut etwa einem Erwerber gerade zur Erfüllung bestimmter Investitionszwecke übertragen wurde, so ließ sich die Treuhandanstalt mitunter nicht nur für den Fall der „vertragswidrigen“ Weiterveräußerung des erworbenen Wirtschaftsguts, sondern auch für den Fall einer zweckwidrigen Verwendung desselben die Auskehrung des erzielten Erlöses versprechen. Die entsprechenden Fälle sind nach dem Willen der Parteien des hier zu beurteilenden Vertrages offensichtlich nicht einschlägig. Denn die „Nutzungsänderung“ entfernt sich begrifflich so weit von dem Grundfall des „Verkaufs“, dass eine derartige Auslegung die Grenzen des Wortsinns überschritte. Zwar ist die Auslegung eines

Vertrages – anders als die eines „objektiven“ Textes wie z.B. eines Gesetzes – nicht zwingend an die Grenzen der objektiven Wortbedeutung gebunden. Auch gilt im Vertragsrecht der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“. Für eine den Wortlaut derart hintanstellende Auslegung würde man indes Anhaltspunkte eines entsprechenden Parteiwillens benötigen; hieran fehlt es vorliegend.

Von dem Begriff des „Aktienverkaufs“ ausgehend, stellen sich aber insbesondere folgende Fragen zu weiteren Anwendungsfällen:

b) Mehrheit von möglichen „Zielgesellschaften“

Unstreitig ist, dass ein potentieller Übererlösfall jedenfalls dann vorliegt, wenn es sich bei den übertragenen Gesellschaftsanteilen um Aktien der nach § 3 Abs. 1 des Vertrages in Aktiengesellschaften umgewandelten ehemaligen öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten handelt. Angesichts der seither vorgenommenen strukturellen Veränderungen durch Einbringung der umgewandelten Aktiengesellschaften in eine Holding AG kommt jedoch daneben auch die Veräußerung von Aktien an dieser Holding AG als Fall des Aktienverkaufs in Betracht.

c) Asset Deal anstatt Share Deal

Der Wortlaut des Vertrages stellt ausdrücklich nur auf den Verkauf der Gesellschafteranteile, also den sogenannten "Share Deal" ab. Die Veräußerung eines Unternehmens erfolgt in der Praxis jedoch in hierfür geeigneten Fällen alternativ auch durch die Veräußerung der Gesamtheit der von dem Unternehmen gehaltenen Wirtschaftsgüter ("Asset Deal"). Hier stellt sich die Frage, ob ein solcher Verkauf aller Wirtschaftsgüter der umgewandelten Versicherungsgesellschaften – dieser Verkauf kann auch die Firma und etwaige Marken sowie die Kundenbeziehungen und damit praktisch den gesamten Goodwill der veräußernden Aktiengesellschaft umfassen – dem Share Deal gleichzustellen ist.

Zwar handelt es sich hierbei dann in rechtlicher Hinsicht nicht mehr um einen „Aktienverkauf“. Wirtschaftlich kann es jedoch vollkommen identische Auswirkungen haben, ob ein Aktionär seine Aktien an einer Gesellschaft veräußert oder stattdessen diese Gesellschaft das gesamte von ihr betriebene Unternehmen (im Wege der Übereignung aller zugehörigen Wirtschaftsgüter) überträgt und den Erlös an den Gesellschafter auskehrt. Aus diesem Grund sind diese Fälle zumindest in den Kreis der potentiellen Anwendungsfälle aufzunehmen.

d) Form des Entgelts

Die Grundform des Kaufes besteht in der Hingabe des Kaufgegenstandes gegen Zahlung von Geld. Vorstellbar ist aber auch, dass der Verkäufer sich mit dem Käufer darauf einigt, anstelle von Geld sonstige fungible Wertgegenstände im Wege des Tausches zu erhalten. Es liegt nahe anzunehmen, dass die Übererlösklausel derartige Fälle des Tausches mit einbeziehen will; andererseits wäre sie allzu leicht zu umgehen, indem der Verkäufer zunächst anstelle von Geld andere fungible Wertgegenstände erhält, die er sodann in einem zweiten Schritt "zu Geld macht".

In diesem Zusammenhang ist jedoch weiter zu überlegen, ob jegliche Form des Tausches dem Fall des Aktienverkaufs gleichgestellt werden kann bzw. – falls nicht – wo die Grenze zu ziehen ist. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der Veräußerer anstelle von Geld für die Hingabe von Aktien an den umgewandelten Versicherungsgesellschaften seinerseits Unternehmensbeteiligungen erhält. Hierbei sind wieder unterschiedlich gelagerte Fälle vorstellbar: Der Veräußerer kann entweder vereinbaren, dass ihm als Entgelt jederzeit veräußerbare und zur Veräußerung bestimmte Unternehmensanteile – also etwa an der Börse gehandelte Aktien einer Publikumsaktiengesellschaft – übereignet werden. In anderen Fällen kann der Erwerber für die Hingabe der Aktien aber auch andere Aktien (oder sonstige Gesellschaftsanteile) erhalten, die die Beteiligung an einem anderen Unternehmen vermitteln, die also nicht zur Weiterveräußerung bestimmt und geeignet ist, sondern den Einfluss des Veräußerers auf das betreffende Unternehmen unter strategischen Aspekten dauerhaft sichern sollen.

e) Zweckrichtung des Verkaufs

Als Beurteilungskriterium eines Übererlösfalles kommen schließlich neben den "objektiven" Kriterien auch die Intention des Veräußerers der Aktien in Betracht. Geht man vom Begriff des "Aktienverkaufs" aus, so will der Veräußerer mit dem Verkauf regelmäßig den in den Aktien verkörperten Wert für sich realisieren, um mit dem erhaltenen Entgelt andere wirtschaftliche Ziele (Sparen, Re-Investition) zu verfolgen. In bezug auf die veräußerten Aktien bzw. die Gesellschaft, an der diese Aktien bestehen, hat der Veräußerer nach Durchführung des Veräußerungsgeschäfts jedenfalls in aller Regel keinerlei (Beteiligung-) Interesse mehr. Es liegt deshalb nahe, jedenfalls all diejenigen Fallkonstellationen unter die Überlös-Klausel zu subsumieren, in denen der zu beurteilende wirtschaftliche Vorgang in gleicher Weise wie bei einem Aktienverkauf dazu führt, dass der Veräußerer hinsichtlich der übertragenen Unternehmensbeteiligung seine Interessen aufgibt (was nicht

gleichbedeutend mit der Preisgabe der Interessen an der Aktiengesellschaft insgesamt sein muss, da ja auch die Veräußerung von kleinen Paketen aus dem Aktienbestand denkbar ist).

f) Zusammenfassung der Fallkonstellationen

Aus den vorstehenden Fragestellungen lassen sich folgende wesentliche Fallkonstellationen ableiten, deren Relevanz für die Anwendung der Übererlös-Klausel im folgenden zu untersuchen sein wird:

- (1) SGVSH verkauft mit Zustimmung der Landesregierung Aktien der Holding AG gegen Geld oder andere fungible Wertgegenstände.
- (2) SGVSH bringt Aktien der Holding AG in eine dem SGVSH gehörende (weitere) Zwischenholding ein.
- (3) SGVSH überträgt Aktien der Holding AG auf einen Dritten gegen Beteiligung an einem anderen Unternehmen (Beispiel: „Überkreuz-Beteiligung“).
- (4) SGVSH bringt Aktien der Holding AG gegen Beteiligung am Unternehmen des Erwerbers in dieses Unternehmen ein (Beispiel: „Gemeinschaftsunternehmen“).
- (5) SGVSH bewirkt die Verschmelzung der Holding AG auf eine andere Gesellschaft oder umgekehrt die Verschmelzung einer anderen Gesellschaft auf die Holding AG .
- (6) Die Holding AG verkauft mit Zustimmung der Landesregierung Aktien der Versicherungsgesellschaften gegen Geld oder andere fungible Wertgegenstände.
- (7) Die Holding AG bringt Aktien der Versicherungsgesellschaften in eine der Holding AG gehörende (weitere) Zwischenholding ein.
- (8) Die Holding AG überträgt Aktien der Versicherungsgesellschaften auf einen Dritten gegen Beteiligung an einem anderen Unternehmen (Beispiel: „Überkreuz-Beteiligung“).

- (9) Die Holding AG bringt Aktien der Versicherungsgesellschaften gegen Beteiligung am Unternehmen des Erwerbers in dieses Unternehmen ein (Beispiel: „Gemeinschaftsunternehmen“).
- (10) Die Holding AG bewirkt die Verschmelzung der Versicherungsgesellschaften auf eine andere Gesellschaft oder umgekehrt die Verschmelzung einer anderen Gesellschaft auf eine der Versicherungsgesellschaften .
- (11) Eine der Versicherungsgesellschaften verkauft sämtliche assets des Versicherungsunternehmens an einen Dritten.

3. Bestimmung der Anwendungsfälle durch Auslegung der Übererlös-Klausel

a) „Historische“ Auslegung: Rückschlüsse aus der Behandlung vergangener Umstrukturierung

(1) Gleichstellung unmittelbarer und mittelbarer Beteiligung

Bei weiter Auslegung der Klausel könnte bereits durch die in der Vergangenheit durchgeführte Einbringung der aus der Umwandlung der Versicherungsanstalten entstandenen Aktiengesellschaften in die Holding AG der Übererlöstatbestand erfüllt worden sein. Der SGVSH als Eigentümer der Versicherungs-Aktiengesellschaften hat nämlich sämtliche von ihm gehaltenen Aktien an einen Dritten – die ebenfalls von ihm gehaltene Holding AG – übertragen. Zwar könnte man einwenden, dass die Vergleichbarkeit mit einem Aktienverkaufsfall am fehlenden Entgelt scheitere; denn der Veräußerer SGVSH hat weder Geld noch sonstige Wirtschaftsgüter im Gegenzug erhalten. Die Beteiligung an der Holding AG, die ihm nach der Einbringung verblieben ist, besaß er ja bereits vorher. Diese Argumentation würde jedoch übersehen, dass die von dem Einbringenden gehaltenen Anteile an der Holding vor dem Einbringungsvorgang einen relativ geringen Wert hatten, da die Holding nur über Grundkapital von 50.000,- Euro verfügte. Erst durch die Einbringung der Versicherungs- Aktiengesellschaften in die Holding wurden die Anteile an der Holding wertvoll. Der Wert der Holding richtet sich (da wir hier von dem idealtypischen Fall ausgehen können, dass die Holdinggesellschaft ausschließlich die Beteiligungen innehat, ansonsten aber keinerlei Vermögen hält oder Verbindlichkeiten ausgesetzt ist) nach der Summe des Wertes der von ihr gehaltenen Beteiligungen. Waren nun

die in die Holding eingebrachten Versicherungs-Aktiengesellschaften in ihrer Summe mehr wert als der vertraglich festgelegte Kaufpreis von 245 Mio. DM, so hat der SGVSH nach Durchführung des Einbringungsvorganges mithin eine Erhöhung des Wertes seiner Beteiligung an der Holding herbeigeführt, die für sich genommen die Zahlung nach § 1 Abs. 1 des Vertrages übersteigt.

Gleichwohl ist die Umstrukturierung durch Zwischenschaltung der Holding-AG von nach der übereinstimmenden Rechtsauffassung beider Vertragsparteien auf dem Hintergrund eines Rechtsgutachtens von Prof. Dr. Kollhossler, Münster, nicht als Übererlösfall angesehen und behandelt worden. Die Vertragsparteien gehen demnach übereinstimmend davon aus, dass die Umwandlung einer direkten Beteiligung des SGVSH an den umgewandelten Versicherungs-Aktiengesellschaften in eine mittelbare Beteiligung jedenfalls dann einem "Aktienverkauf" nicht gleichgestellt werden kann, wenn auf beiden Ebenen der neuen Gesellschaftskonstruktion eine 100%-ige Beteiligung gewährleistet bleibt. Diese übereinstimmende Vertragsinterpretation der am Vertragsschluss beteiligten Parteien ist ohne weiteres für die Beurteilung zugrunde zu legen. Sie lässt, zumal sie wie dargestellt der mehrjährigen Verfahrenspraxis entspricht, einen Schluss auf den „historischen“ Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu.

Aus dieser „historischen Auslegung“ der Klausel lässt sich weiter folgern, dass vergleichbare Vorgänge, also z.B. das Zwischenschalten beliebig vieler weiterer Zwischenholdinggesellschaften zwischen den SGVSH als Konzernspitze und die Versicherungsgesellschaften als „operative“ Einheiten, ebenfalls keinen Übererlöstatbestand auslösen, solange nur die mittelbare 100%-ige Beteiligung des SGVSH an den operativen Einheiten am unteren Ende der Konzernstruktur gewährleistet bleibt. Die unmittelbare und die mittelbare Beteiligung des SGVSH an den Versicherungsgesellschaften sind demnach – für die Frage der Anwendung der Übererlös-Klausel – stets als gleichwertig anzusehen.

Damit lassen sich immerhin zwei der unter Abschnitt 2 f) aufgeführten Konstellationen – nämlich die Einbringung von Beteiligungen in eine weitere Zwischenholding entweder auf der Ebene des SGVSH (Fall Nr. 2) oder derjenigen der Holding AG (Fall Nr. 7) – bereits aufgrund einer historischen Vertragsauslegung aus dem Anwendungsbereich der Klausel eliminieren.

Die festzustellende Behandlung der in der Vergangenheit durchgeführten Umstrukturierung als „Nicht-Anwendungsfall“ erleichtert darüber hinaus die Beurteilung eine weitere Fallkonstellation. Anstelle einer Veräußerung

der aus den Versicherungsanstalten entstanden Versicherungs-Aktiengesellschaften (durch die Holding; vgl. oben Fall Nr. 6) ist – wie oben gezeigt – auch vorstellbar, dass die Holding AG selbst – oder Anteile an ihr – von dem SGVSH als dem Alleinaktionär an einen Dritten veräußert werden (Fall Nr. 1). Die Übererlös-Klausel hat zwar, soweit sie auf den "Aktienverkauf" abstellt, ersichtlich den Verkauf von Aktien an diejenigen Aktiengesellschaften im Blick, die unmittelbar aus den öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten hervorgegangen sind. Gleichwohl fällt es nicht schwer, hier eine weite Interpretation der Klausel zu vertreten. Wenn nämlich die Herstellung der Holding-Konstruktion – aufgrund der übereinstimmenden Interpretation des Vertragsinhalts durch die beiden Vertragspartner – aus dem Anwendungsbereich der Klausel mit der Erwägung herausgenommen wird, dass eine 100%-ige Beteiligung des SGVSH an den Versicherungs-Aktiengesellschaften auch dann bestehen bleibe, wenn diese durch eine oder mehrere Zwischengesellschaften vermittelt werde, so muss umgekehrt auch gelten, dass die Veräußerung von Aktien den Übererlöstatbestand nicht nur dann auslöst, wenn sie unmittelbar die Versicherungs-Aktiengesellschaft betrifft, sondern immer schon dann, wenn die unmittelbare oder mittelbare 100%-ige Beteiligung des SGVSH an den Versicherungs-Aktiengesellschaften geschmälert wird. Jede andere Vertragsinterpretation würde den berechtigten Interessen der Vertragsbeteiligten ersichtlich nicht gerecht. Die Übererlösklausel wäre vollkommen wertlos, wäre sie durch die Herstellung der Holding-Konstruktion ohne weiteres zu umgehen. Man könnte auch sagen: Die Gleichstellung von mittelbaren und unmittelbaren Beteiligungen an den aus den Versicherungsanstalten hervorgegangenen Gesellschaften muss konsequent durchgeführt werden, damit der Vertrag nicht unbillig zu Lasten einer Vertragspartei wirkt.

Mithin lässt sich festhalten, dass nicht nur Fall Nr. 6, sondern auch der erste in Abschnitt 2 f) genannte Fall ohne Zweifel die Übererlös-Klausel zur Anwendung bringt.

(2) Problem der Behandlung von Veräußerungen der Holding AG (Fall Nr. 6)

Jedoch schließen sich an diese Erkenntnis weitere Fragen an, die daraus resultieren, dass mit dem Einschalten einer Holding AG erstmals eine juristische Person auftritt, die selbst an dem Abschluss des die Übererlös-Klausel enthaltenden Vertrages nicht beteiligt war und folglich nicht ohne weiteres von den vertraglichen Abreden der Parteien betroffen sein kann, soweit diese Belastungen enthalten (Verbot des „Vertrages zu Lasten Dritter“).

Das Problem kann wie folgt veranschaulicht werden: Verkauft z. B. die Holding AG Aktien an einer der von ihr gehaltenen Versicherungs-Aktiengesellschaften gegen Entgelt an einen Dritten, so ist dies zwar in sachlicher Hinsicht zweifellos ein von der Übererlös-Klausel erfasster Vorgang des „Aktienverkaufs“. Die die Abführungspflicht enthaltende Bestimmung ist (möglicherweise bewusst) passivisch formuliert, d. h. es wird lediglich der Empfänger einer solchen Abführung (nämlich das Land), nicht aber derjenige genannt, der zur Abführung des Übererlöses verpflichtet ist. Es liegt zwar nahe, dass sich die Verpflichtung auf den zweiten Vertragspartner, dem SGVSH, bezieht. Ob damit der Kreis der potentiellen Verpflichteten jedoch bereits abschließend benannt sein soll, bleibt unklar. Gleichwohl kann die Klausel in persönlicher Hinsicht nur so weit reichen wie die Vertragsautonomie der vertragschließenden Parteien. Die verkaufende Holding AG selbst kann aus dem Vertrag folglich nicht zu einer Abführung eines im Beispielsfall etwa erzielten Übererlöses an das Land verpflichtet sein. Blicke man bei diesem Ergebnis stehen, wäre die Klausel freilich aus Sicht des Landes ein allzu stumpfes Schwert – zu leicht wäre sie zu umgehen.

Infolge der passivischen Fassung der Abführungsverpflichtung erscheint es andererseits nicht ausgeschlossen, dass die Person des Aktienverkäufers einerseits und die Person des zur Abführung eines Übererlöses verpflichteten andererseits auseinanderfallen. Es könnte also sein, dass der SGVSH aus der von ihm privatautonom vereinbarten Klausel auch dann zur Abführung verpflichtet ist, wenn der Übererlöstatbestand selbst nicht von ihm, sondern von der Holding AG ausgelöst wird. Das (wirtschaftliche) Problem besteht dann jedoch darin, dass der Erlös aus dem Aktienverkauf zunächst einmal bei der nicht verpflichteten Holding AG und nicht etwa bei dem zur Abführung verpflichteten SGVSH landet. Es könnte deshalb ohne weiteres die Liquidität der alleinigen Aktionärin der Holding überfordern, wenn man im Hinblick auf die bei ihrer Tochtergesellschaft zugeflossenen Mittel eine Zahlungspflicht der Aktionärin aus dem Vertrag annehmen wollte.

Als vermittelnde Lösung böte sich an, in diesem Fall den aus der Übererlösklausel verpflichteten SGVSH in ergänzender Vertragsauslegung für verpflichtet zu halten, darauf hinzuwirken, dass ihre Holding, bei der der Erlös aus dem Aktienverkauf gelandet ist, diesen nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen im ordentlichen Geschäftsgang an ihren Aktionär SGVSH ausschüttet; diese Verpflichtung des Aktionärs zur Einwirkung auf seine Holding wäre zugleich mit einer Stundung des aus der Übererlösklausel unmittelbar folgenden Abführungsanspruchs (der wirtschaftlich gesehen ein Zahlungsanspruch ist) zu verbinden. Diese Stundung würde entfallen, sobald der Aktionär durch die

Gewinnausschüttung aus der Holding in die Lage versetzt würde, seiner Abführungspflicht aus dem Vertrag nachzukommen.

Problematisch erscheint diese Lösung indes insofern, als die Holding AG lediglich in dem durch das Aktienrecht gesteckten Rahmen berechtigt ist, Ausschüttungen an ihren Gesellschafter vorzunehmen. Es ist deshalb keineswegs sicher, dass der aus einem Aktienverkauf erzielte Erlös (oder auch nur derjenige Teil des Erlöses, der den vertraglichen Kaufpreis von 245 Mio. DM übersteigt) für Ausschüttungen auch tatsächlich zur Verfügung steht. Wenn z. B. auf der Ebene der Holding AG auch verlustträchtige Beteiligungen gehalten würden, wäre es durchaus vorstellbar, dass trotz der Erzielung eines Veräußerungsgewinns hinsichtlich der einen Beteiligung ein zur Ausschüttung bereitstehender Bilanzgewinn am Ende des Geschäftsjahres gar nicht entsteht.

Trotz des beschriebenen Problems sehen wir die vorstehend dargestellte Lösung gleichwohl als zutreffend an. Sie trägt dem Problem des Auseinanderfallens von Erlöszufluss und Abführungspflicht, welches die Vertragsparteien bei der Abfassung der Mehrerlösklausel nicht bedacht bzw. jedenfalls nicht ausdrücklich geregelt haben, unter angemessener Beachtung der Interessenlage beider Parteien Rechnung. Das Risiko, dass der Abführungsanspruch des Landes zeitlich verzögert oder nicht in vollem Umfang erfüllt wird, erscheint demgegenüber noch hinnehmbar.

b) Teleologische Auslegung: Sicherungsinteresse des Landes

Für alle anderen unter 2 f) genannten Konstellationen lässt sich aus der Behandlung der in der Vergangenheit durchgeführten Umstrukturierung allein noch keine gesicherte Erkenntnis ableiten. Hingegen lassen sich aus einer am Sinn und Zweck der Vertragsklausel ausgerichteten Interpretation weitere Beurteilungsmaßstäbe gewinnen.

Herauszuarbeiten ist zunächst, welchen Zweck die Beteiligten, und hier insbesondere der durch die Übererlös-Klausel geschützte Vertragsteil, also das Land, mit der Aufnahme dieser Klausel in den Vertrag verfolgt hat bzw. billigerweise verfolgen konnte.

(1) Verfolgte Zwecke des Landes bei Vereinbarung der Klausel

Es ist anzunehmen, dass das Land bei der Vereinbarung der Übererlös-Klausel nicht lediglich einen einzelnen, sondern eher ein Bündel von Zwecken verfolgt hat. Im Vordergrund dürfte zunächst das Interesse gestanden haben, an den auf den SGVSH übertragenen Vermögenswerten dann (nachträglich) zu partizipieren, wenn und soweit der SGVSH selbst

sich diese Werte zunutze macht. Vor dem Hintergrund der oben erwähnten Abschläge vom wirtschaftlichen „Marktwert“ der übertragenen Versicherungsanstalten ist das Interesse des Landes offenkundig, dass diese Werte nicht „ersatzlos“ aus der Hand gegeben werden sollen. Insbesondere sollte dem SGVSH als Erwerber nicht etwa in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Verkehrswert eine frei verfügbare Zuwendung des Landes gemacht werden. Vielmehr war aus Sicht des Landes die Wertdifferenz allein mit der Erwägung zu rechtfertigen, dass es sich bei den übertragenen Vermögenswerten um „gebundenes“, nicht um „freies“ Vermögen handelte.

Dieser Gedanke steht demnach auch im Zentrum einer teleologischen Betrachtung der Übererlös-Klausel. Als „gebundenes“ Vermögen – aber eben nur als solches – wollte und will das Land die Abschläge beim SGVSH belassen, dies vor allem im Hinblick auf die zahlreichen durch den SGVSH eingegangenen Investitions- und Garantieverpflichtungen. Eine „Hebung“ der Abschläge soll demgegenüber nicht ohne eine angemessene Wahrung der Vermögensinteressen des Landes erfolgen dürfen.

Die Errichtung einer „Hürde“ gegen ein dem Land nicht genehmes Verhalten bzw. gar die Festlegung einer „Strafbestimmung“ gegenüber dem SGVSH lässt sich dagegen nicht als Zweck der Übererlös-Klausel erkennen. Abstrakt wäre zwar denkbar, die Klausel in dieser Weise zu verwenden, indem der sanktionierte Vorgang – der Aktienverkauf – für den Ersterwerber durch die Abführungsverpflichtung unattraktiv gemacht werden soll. Im konkreten Fall ist diese Zweckrichtung aber eher nicht einschlägig. Denn zum einen hat das Land die Möglichkeit der Veräußerung einer Beteiligung an den Versicherungsgesellschaften erst selbst vertraglich geschaffen, indem es dort die Zustimmung zur Umwandlung der – sich für Beteiligungen Dritter kaum eignenden – Anstalten in Aktiengesellschaften erteilte. Zum anderen ist außerdem jeder einzelne Verkauf von Aktien an Dritte außerhalb der Sparkassenorganisation zusätzlich einem Zustimmungsvorbehalt der Landesregierung unterstellt (§ 3 Abs. 3 Satz 5). Es wäre kaum nachvollziehbar, wollte man die Abführungspflicht nach der ausdrücklichen Genehmigung einer beantragten Veräußerung noch als „Sanktion“ gegen den Veräußerer interpretieren.

Diese Erkenntnis ist von Bedeutung, wenn man sich etwa die oben angesprochenen Problemfälle vor Augen führt, in denen der Erlös aus einer Aktienveräußerung bei der Holding AG anfällt, der zur Abführung verpflichtete SGVSH dagegen (falls überhaupt) lediglich auf einen künftigen Liquiditätszufluss aus einer Gewinnausschüttung der Holding hoffen kann. Wäre die Abführungspflicht gänzlich oder in erster Linie eine

Sanktionsnorm, so müsste auf die wirtschaftlichen Interessen des „Täters“ keine besondere Rücksicht genommen werden – er hätte sich dann ja vorsätzlich vertragswidrig verhalten. Da von einem solchen „Vertragsverstoß“ hingegen in den hier relevanten Fällen keine Rede sein kann, hat der SGVSH als aus der Klausel verpflichteter Teil nicht nur das Interesse, sondern auch das „gute Recht“, seine wirtschaftlichen Interessen bei der Anwendung der Klausel angemessen berücksichtigt zu wissen und nicht ohne Rücksicht auf seine Liquidität in Anspruch genommen zu werden.

(2) Anwendbarkeit auf Verschmelzungs- und Einbringungsfälle

Die vorstehenden Erkenntnisse lassen sich insbesondere bei der Beurteilung solcher Fälle verwenden, in denen sich der SGVSH oder die Holding AG zwar ihrer Aktien entäußert, hierfür jedoch kein „freies“ (sprich: liquides) Vermögen erhält, sondern wiederum Beteiligungen (Fälle Nrn. 3 bis 5 und 8 bis 10).

Fälle der Verschmelzung bzw. Einbringung sind infolge der gewählten Holding-Konstruktion entweder auf der Ebene der Holding oder auf der Ebene der Beteiligungsgesellschaften denkbar. Der SGVSH könnte die Holding AG entweder als aufnehmenden oder als übertragenden Rechtsträger an einem Verschmelzungsvorgang teilnehmen lassen, an dessen Ende entweder der SGVSH an dem anderen aufnehmenden Rechtsträger oder der bisherige Eigentümer des übertragenden Rechtsträgers am Ende an der Holding AG als aufnehmenden Rechtsträger beteiligt wäre. Wäre der mit der Holding AG verschmolzene Rechtsträger seinerseits eine Holding, die sich auf die Beteiligungsverwaltung an Versicherungsgesellschaften beschränkt, so bestünde der aus der Verschmelzung hervorgehende Rechtsträger seinerseits als Holding für alle von den bisherigen beiden Holdinggesellschaften gehaltenen Beteiligungen. Die Beteiligungsverhältnisse an der aus der Verschmelzung hervorgegangenen Gesamt-Holding würden sich im Normalfall (bei Vereinbarung unter fremden Dritten) nach dem Wertverhältnis der von der Verschmelzung betroffenen Beteiligungsgesellschaften richten. Gesetzt den Fall, dass das Beteiligungsvermögen der Holding AG des SGVSH stünde zum Beteiligungsvermögen der anderen an der Verschmelzung beteiligten Holding in einem Wertverhältnis von 40% zu 60%, so würde der SGVSH infolge des Verschmelzungsvorgangs einerseits 60% an den bisher mittelbar von ihm allein gehaltenen Versicherungs-Aktiengesellschaften abgeben, gleichzeitig aber 40% an den (wertvolleren) Versicherungsgesellschaften erhalten, die vom anderen an der Verschmelzung beteiligten Partner eingebracht worden sind. Dass dies nur mittelbar erfolgt, spielt für die Beurteilung der Reichweite der

Übererlösklausel – wie oben gezeigt – keine Rolle. Der Verschmelzungsvorgang lässt sich deshalb durchaus als Vorgang verstehen, bei dem der SGVSH einen Teil seiner Beteiligung an den Versicherungs-Aktiengesellschaften aufgibt und hierfür im Gegenzug eine Beteiligung an anderen Versicherungsgesellschaften eintauscht. War nun der bei der Bewertung des Beteiligungsvermögens angesetzte Wert der aus den Versicherungsanstalten Schleswig-Holstein hervorgegangenen Aktiengesellschaften mit mehr als 245 Mio. DM angesetzt worden, so könnte man die Übererlösklausel hierauf zur Anwendung bringen. Hierfür müsste die mittelbare Beteiligung in Höhe von 40% an den Hinzugekommenen Versicherungsgesellschaften (die bei isolierter Betrachtung den Wert von 245 Mio. DM überschreitet) als „Erlös aus dem Aktienverkauf“ betrachtet werden.

Gegen eine solche Betrachtungsweise spricht jedoch, dass der wirtschaftliche Hintergrund eines „Verkaufsgeschäfts“ im Sinne der Klausel, nämlich die Realisierung des Wertes des Kaufgegenstandes durch Erlangung eines Liquiditätszuflusses, auf den vorliegenden Fall nicht zutreffen dürfte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Verschmelzung der beiden Holdinggesellschaften mit dem Ziel erfolgte, dass die beiden Gesellschafter der verschmolzenen Einheiten den aus der Verschmelzung hervorgegangenen Rechtsträger gemeinsam auf Dauer innehaben wollen; dies aber dürfte der typischen Interessenlage in einem Verschmelzungsfall entsprechen. Wollte einer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschafter in Wahrheit aus dem Konstrukt „aussteigen“ und die von ihm in den Verschmelzungsvorgang eingebrachten Werte gegen Liquiditätszufluss abgeben, so wird sich regelmäßig nicht die Verschmelzung, sondern die Veräußerung der Holdinggesellschaft als weit weniger aufwendiges Verfahren aus Sicht des Veräußerers anbieten.

Die vorstehenden Ausführungen zu Verschmelzungsfällen lassen sich auf Fälle der Einbringung entsprechend anwenden. Für die Interessenlage der Beteiligten und die wirtschaftlichen Folgen des Vorgangs macht es nämlich keinen durchgreifenden Unterschied, ob jemand eine ihm gehörende Holdinggesellschaft auf die Holding AG des SGVSH verschmilzt und fortan an der Holding AG als aufnehmendem Rechtsträger beteiligt wird, oder ob er seine eigene Holding AG (oder diese Gesellschaft die von ihr gehaltenen Beteiligungen) gegen eine Beteiligung an der Holding AG des SGVSH in diese Holding AG einbringt. In beiden Fällen ist die bisher allein vom SGVSH gehaltene Holding AG am Ende des Vorgangs (unmittelbar oder mittelbar) zugleich Alleingesellschafter der von der anderen Seite kommenden Beteiligungsgesellschaften, und die Konzernspitze der „anderen“ Seite ist am Ende des Vorganges (unmittelbar

oder mittelbar) Mitgesellschafter der bisher vom SGVSH allein gehaltenen Holding AG.

In allen genannten Fällen realisiert der SGVSH die in dem seinerzeitigen Kaufpreis liegende Wertdifferenz nicht in einer Weise, die wirtschaftlich mit einem „Aktienverkauf“ vergleichbar wäre. Dies gilt jedenfalls, sofern nicht der SGVSH den Verschmelzungs- oder Einbringungsvorgang lediglich als Durchgangsstation zu einer Weiterverwertung der erhaltenen Beteiligung sieht; läge hingegen ein solcher, an sich „systemwidriger“ Verschmelzungs- oder Einbringungsfall vor, so wäre er im Hinblick auf die Anwendung der Übererlös-Klausel allerdings anders, nämlich „verkaufsfähnlich“ zu behandeln. Denn in der Weiterverwertung der durch die Verschmelzung etc. erhaltenen Beteiligung läge dann wirtschaftlich (noch) eine Verwertung der im ersten Schritt verschmolzenen Beteiligung an der Holding bzw. an den Versicherungsaktiengesellschaften.

Handelt es sich aber um den „Normalfall“ einer Verschmelzung oder Einbringung, so stellt sich ergänzend die Frage, ob der vertragliche Anspruch des Landes damit bereits ohne weiteres untergeht, oder ob er sich stattdessen an der neuen Beteiligung, die wirtschaftlich an die Stelle der eingebrachten bzw. verschmolzenen getreten ist, fortsetzt. Ähnliche Fragen stellen sich beispielsweise im Steuerrecht bei der Überlegung, dass „stille Reserven“ in Wirtschaftsgütern bei einer Veräußerung dieser Güter aufzudecken sind, im Falle einer Umwandlung nach den Vorschriften des UmwStG – bei Beachtung der dortigen Voraussetzungen – weitgehend neutral auf den neuen Rechtsträger übertragen werden können. Das Steuerrecht löst diese Problematik – ohne hier zu sehr ins Detail gehen zu wollen – über das Konstrukt eines „einbringungsgeborenen Anteils“¹ mit der Folge, dass die stillen Reserven des eingebrachten Wirtschaftsguts sich praktisch an diesem Anteil fortsetzen und folglich dann aufgedeckt (und der Besteuerung unterworfen) werden, wenn es zu einer tatsächlichen Verwertung dieses Anteils kommt.

Diese Handhabung ist auch für die hier zu beurteilenden Fälle sachgerecht. Sie ermöglicht es einerseits dem SGVSH, strategische Überlegungen durch Zusammenschlüsse mit oder Beteiligung an anderen Unternehmen ohne sofortige Belastung mit Abführungsansprüchen des Landes – also „ergebnisneutral“ – umzusetzen; das Land kann andererseits erwarten, dass die Abführungspflicht in dem Moment auflebt, in welchem der SGVSH die in der erworbenen Beteiligung „geparkten“ stillen Reserven zukünftig tatsächlich verwertet.

¹ Vgl. § 21 UmwStG.

Im Ergebnis bedeutet dies: Eine am Sinn und Zweck der Übererlös-Klausel ausgerichtete, den Interessen beider Seiten angemessene Auslegung des Vertrages gelangt dazu, dass strategisch intendierte Einbringungs- und Verschmelzungsvorgänge nicht sogleich mit einer Abführungspflicht zu belegen sind, diese Verpflichtung sich aber andererseits in den hierbei angeschafften Beteiligungen des SGVSH fortsetzt.

(3) Anwendbarkeit auf „Asset Deals“

Ausgehend von der oben herausgearbeiteten teleologischen Interpretation der Übererlös-Klausel lässt sich schließlich auch die Veräußerung sämtlicher „assets“ einer Versicherungsgesellschaft durch die Holding AG an einen Dritten als Anwendungsfall der Klausel festhalten. Die wirtschaftliche Vergleichbarkeit beider Fälle ist bereits hervorgehoben worden. Auch im Falle eines „Asset Deals“ realisiert die Holding AG für sich die in dem gehaltenen Beteiligungsunternehmen steckenden wirtschaftlichen Werte, indem sie sich an deren Stelle liquide Mittel verschafft. Da es den beiden Vertragsparteien (wie die historische Auslegung der Klausel gezeigt hat) ersichtlich auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise – und nicht auf eine formaljuristische – ankam, ist der Begriff des „Aktienverkaufs“ an dieser Stelle entsprechend weit auszulegen.

c) Vergleichende Betrachtung: Praktische Anwendung von Übererlösklauseln in der Vergangenheit („Treuhandfälle“)

Bei der Beurteilung der mit der hier vorliegenden Übererlös-Klausel verfolgten (weiteren) Zwecke könnte ein Blick auf parallele Vertragskonstellationen aus der Vergangenheit hilfreich sein.

Der hier behandelte Sachverhalt einer vielfachen Bindung des Käufers einerseits unter entsprechenden Abschlägen andererseits sowie deren Sicherung bei etwaigen Weiterveräußerungen ist im Wirtschaftsverkehr nicht ohne Beispiel. Aus der jüngeren Vergangenheit ist diese Fallkonstellation insbesondere aus den zahlreichen von der Treuhandanstalt/BvS geschlossenen Unternehmens- und Grundstückskaufverträgen mit Investoren bekannt. Hier bestand der Kaufpreis für ein zu privatisierendes Unternehmen in vielen Fällen nicht nur in dem an die Treuhandanstalt gezahlten Entgelt, sondern darüber hinaus in bestimmten Investitions- und Arbeitsplatzgarantien, zu deren Einhaltung sich der Erwerber verpflichten musste. Der zusätzlichen Absicherung diente in vielen Fällen eine „Mehrerlösklausel“ für den Fall einer späteren Veräußerung des von der Treuhandanstalt übernommenen Investitionsgutes. Deshalb liegt es nahe, zu prüfen, ob sich aus der

seinerzeitigen Vertragspraxis der Anstalt Schlüsse auf die Interpretation der Übererlösklausel in dem hier vorliegenden Vertrag ziehen lassen.

(1) Hauptzweck: Verhinderung von Spekulation

Die – allerdings nur vereinzelt anzutreffende – kommentierende Literatur der entsprechenden Treuhand-Praxis ist sich darin einig, dass das Hauptziel, welches mit der Einführung der Mehrerlösabführungsklauseln verfolgt wurde, die Verhinderung von Spekulationsgeschäften mit den übernommenen Wirtschaftsgütern war². Allerdings gab es insoweit offenbar zwei Ansatzpunkte der "Spekulationsgefahr"; soweit dem vorgeblichen Investor das Wirtschaftsgut im Hinblick auf die von ihm vertraglich eingegangenen Investitionsverpflichtungen unter Abschlägen überlassen wurde, bestand die Besorgnis, dass sich der Vertragspartner durch die Veräußerung des übernommenen Wirtschaftsguts nicht nur seiner übernommenen Verpflichtungen entledigen, sondern auch die Abschläge für sich vereinnahmen könnte. Während die Nichteinhaltung von übernommenen Investitionsverpflichtungen im Regelfall durch Vertragsstrafeklauseln abgewendet werden sollte, sollte durch die Mehrerlösabführungsklausel der Vereinnahmung dieser Abschläge entgegengewirkt werden. Insofern ist die Situation derjenigen der hier zu beurteilenden Übererlös-Klausel durchaus ähnlich, denn auch hier wurden Abschläge von dem Veräußerer mit der Erwägung akzeptiert, dass diese in gebundenen, zu bestimmten Zwecken übertragenen Vermögenswerten steckten.

Doch auch wenn der Investor keine Abschläge infolge von Investitionszusagen gewährt bekommen hatte, konnte die Treuhandanstalt ein Interesse daran haben, dem Erwerb eines Wirtschaftsguts allein zu spekulativen Zwecken einen Riegel vorzuschieben. Der Investor konnte beispielsweise ein Grundstück (zum Verkehrswert) von der Treuhandanstalt erwerben und hierbei lediglich den Zweck der späteren Weiterveräußerung unter Ausnutzung eines zwischenzeitlichen Wertzuwachses verfolgen. Es ging hierbei also nicht um die Vereinnahmung von Abschlägen, sondern um die Zuweisung eines erst nach dem Veräußerungsgeschäft erfolgenden Wertzuwachses bei dem übertragenen Wirtschaftsgut an die Treuhandanstalt anstelle des weiterveräußernden Erwerbers. Dass die Treuhandanstalt auch diese Wertsteigerung (die nach zivilrechtlichen Grundsätzen üblicherweise ohne weiteres dem Erwerber gebühren würde) billigerweise sich selbst vertraglich zuweisen durfte, soweit sie nicht auf Investitionen oder

² Etzbach, Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, systematische Darstellung Abschnitt V Rdnr. 219; ebenso Kiethe, VIZ 1993, 471 (472).

sonstigen Maßnahmen des Erwerbers, sondern auf der Marktentwicklung beruhen, resultiert nach Auffassung der Literatur³ aus der Aufgabenstellung dieser Anstalt, nämlich der Privatisierung und wettbewerblichen Strukturierung des ehemaligen volkseigenen Vermögens. Dieses sollte eben produktiv und nicht zu Spekulationszwecken eingesetzt werden.

Inwieweit hier Parallelen zum Fall der Abführung eines Übererlöses aus dem Vertrag zwischen dem Land und dem SGVSH gezogen werden können, wird nachfolgend im Zusammenhang mit dem Einfluss von Sonderfaktoren auf die Berechnung des Übererlöses (Abschnitt II) erörtert⁴.

(2) Enge zeitliche Begrenzung der Abführungsverpflichtung

Die in der Praxis häufigste Form der Mehrerlösabschöpfungsklausel in Treuhandverträgen war zeitlich relativ kurz bemessen und zudem nach Zeiträumen gestaffelt. Typisch war etwa ein Anwendungszeitraum von insgesamt fünf Jahren, wobei der Abschöpfungsbetrag in den ersten zwei bis drei Jahren zwischen 70% und 80% des Mehrerlöses und in den späteren Jahren nur noch bei etwa 40% bis 50% lag⁵.

Demgegenüber ist die Wirksamkeit der Klausel im Vertrag zwischen Land und SGVSH nicht ausdrücklich befristet. Hier wird vielmehr ein allmähliches Auslaufen der Abführungsverpflichtung dadurch herbeigeführt, dass der Anteil am Übererlös, der tatsächlich abzuführen ist, mit zunehmender Zeit stetig abnimmt, weil die für das Behaltendürfen beim SGVSH streitenden Komponenten umgekehrt mit zunehmender Zeitdauer immer mehr an Bedeutung gewinnen.

(3) Anwendungsfälle der Treuhand-Klauseln auf andere Fälle als den Verkauf

Die in der Praxis gebräuchlichen Klauseln in den Verträgen der Treuhandanstalt stellten nach ihrem Wortlaut – soweit ersichtlich – regelmäßig lediglich auf den Fall des "Verkaufs" des übernommenen Wirtschaftsguts ab. Die anstelle eines Verkaufes ebenso gut denkbaren Fälle des Tausches bzw. der Einbringung des übernommenen Wirtschaftsguts gegen Beteiligung an einer Gesellschaft waren vom Wortlaut der Klausel zunächst nicht erfasst.

³ Kiethe, a. a. O.

⁴ Vgl. dort unter Nr. 2 d).

⁵ Etzbach, a. a. O.; Kiethe, a. a. O.; Badestein, Wirtschaftsrecht 1992, 180.

Mitunter finden sich jedoch in Privatisierungsverträgen auch abweichende Definitionen der Reichweite des Veräußerungsbegriffs. So sind in der Rechtsprechung Fälle entschieden worden, in denen die folgende Klausel Teil der Mehrerlösregelung im Vertrag (allerdings nicht Gegenstand des Rechtsstreits) war:

"Als Veräußerung gelten alle Rechtsgeschäfte, die darauf gerichtet sind, einem Dritten Eigentum, unmittelbar oder mittelbar eine dem Eigentum wirtschaftlich gleichstehende Rechtsstellung oder ein dingliches Nutzungsrecht zu verschaffen. Dies gilt auch, wenn Geschäftsanteile des Käufers mehrheitlich auf einen Dritten übertragen werden. Eine Veräußerung ist auch dann gegeben, wenn diese unentgeltlich erfolgt."

Daneben gab es in der Praxis der Treuhandverträge jedoch auch sogenannte "anti-asset-stripping-Klauseln"; hierbei handelte es sich um Einzelverwertungsklauseln, die neben die Mehrerlösabführungsklausel traten oder anstelle dieser Klausel in Verträge aufgenommen wurden. Derartige Einzelverwertungsklauseln – insbesondere bei Asset Deals gebräuchlich – enthielten meist eine relativ genaue Aufzählung von verschiedenen wirtschaftlichen Vorgängen, die der Erwerber mit den übernommenen "Assets" im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten anwenden konnte, jedoch (nach der Intention der Treuhandanstalt) nicht ohne Sanktion anwenden sollte. Ging es z. B. um eine verkaufte Immobilie, so trat in den Einzelverwertungsklauseln neben den Fall einer ganzen oder teilweisen Veräußerung regelmäßig auch die Begründung eines Erbbaurechts sowie die Nutzung durch Vermietung, Verpachtung oder Leasing. Allerdings war der Erwerber des Wirtschaftsguts im Falle des Eintritts eines dieser Fälle nicht zur Herausgabe eines "Mehrerlöses" verpflichtet, sondern musste regelmäßig eine "Nachbewertung" des übernommenen Wirtschaftsguts dulden. Es handelte sich also um eine Sanktion, die nicht unmittelbar an den mit dem sanktionierten Verhalten erzielten wirtschaftlichen Vorteil anknüpfte und diesen abschöpfen sollte; vielmehr sollte durch die Form der Nachbewertung der vor allem in der Frühphase der Privatisierung bestehende Mangel eines funktionierenden Grundstücksmarktes ausgeglichen werden.

In der Literatur werden allerdings vereinzelt die nutzungsartbezogene Betrachtung der Einzelverwertungsklausel und der Abschöpfungsgedanke der Mehrerlösabführungsklausel miteinander kombiniert. So soll nach der Auffassung von Badestein⁶ der Begriff der Veräußerung alle entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäfte erfassen, durch die ein Dritter

⁶ Wirtschaftsrecht 1992, 180.

"eigentumsähnliche Rechte" – hierzu sollen auch Pacht- und Nutzungsrechte zählen – erwirbt. Dem tritt ein anderer Teil der Literatur entgegen. Danach soll eine Mehrerlösabschöpfungsklausel nicht geeignet sein, eine Einzelverwertung durch Vermietung, Verpachtung oder sonstige Nutzungsänderung zu verhindern⁷.

Diese sehr spezielle Zweckrichtung einer „Nachbewertungsklausel“ kann nicht ohne weiteres auf die Interessenlage zwischen dem Land und dem SGVSH übertragen werden. Von einem mangelhaft funktionierenden Markt, der es den Beteiligten unmöglich gemacht hätte, mit einiger Sicherheit einen angemessenen Kaufpreis zu bestimmen, kann vorliegend nicht die Rede sein. Vielmehr war der Kaufpreis bewusst und aus genau bedachten Gründen mit einem Abschlag belegt worden.

Auch im übrigen spricht aber gegen eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des „anti-asset-stripping“, dass die Parteien im Vertrag die Grenzen der rechtlichen Befugnisse des SGVSH in Bezug auf die übernommenen Versicherungsanstalten genau bestimmt haben. Für eine Ergänzung dieser Reihe von Grenzziehungen im Wege der Vertragsinterpretation ist deshalb unseres Erachtens kein Raum.

(4) Treuhandklauseln für unentgeltliche oder Mindererlös-Fälle

Mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung war auch die folgende Klausel in einem Treuhand-Privatisierungsvertrag

„Wird der Kaufgegenstand unentgeltlich übertragen oder liegt der bei der Veräußerung erzielte Erlös unter dem Verkehrswert, so sind 80% des Betrages an den Verkäufer abzuführen, um den der zum Zeitpunkt der Veräußerung bestehende Verkehrswert den im vorliegenden Vertrag vereinbarten Kaufpreis übersteigt.“

Der *Bundesgerichtshof* hat zu der zuletzt genannten Klausel mittlerweile eine ständige Rechtsprechung herausgebildet, nach der die Klausel wie folgt zu verstehen ist: Abschöpfbar ist nur die Differenz der Verkehrswerte zum Zeitpunkt des Erwerbs einerseits und zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung andererseits. Nur diese Verkehrswertenerhöhung soll Gegenstand einer (ggf. anteiligen) Mehrwertabschöpfung sein, und zwar unabhängig davon, ob dieser Mehrwert durch die Weiterveräußerung von dem Zwischenerwerber realisiert worden war oder nicht.

⁷ Wächter/Kaiser/Krause, WM 1992, 299.

Auch diese der Praxis entnommene Klausel ist für den hier vorliegenden Fall der Übererlösabführung des SGVSH an das Land nicht sachgerecht und deshalb für eine Interpretation der hier zu beurteilenden Vertragsklausel nicht tauglich. Es ist nicht ersichtlich, dass die Parteien des Vertrages vom 30. Juni 1995 auch unentgeltliche Vorgänge erfassen wollten. Würde der SGVSH bei einem Aktienverkauf weniger als den aktuellen Verkehrswert erlösen, so hätte dies auf die Ermittlung des Übererlöses ebenfalls keinen Einfluss. Maßgeblich für die Ermittlung ist nach dem insoweit nicht auslegungsfähigen Vertragswortlaut stets derjenige Erlös, den der SGVSH erzielt hat, nicht aber derjenige, denn er hätte erzielen können.

Insgesamt ergibt sich, dass die Mehrerlösklauseln in Verträgen der Treuhand-Privatisierung nur in wenigen Punkten von vergleichbaren Erwägungen getragen werden wie die Übererlös-Klauseln im Vertrag zwischen dem Land und dem SGVSH. Es bleibt bei der Feststellung, dass der maßgebliche Zweck der hier zu beurteilenden Übererlös-Klausel in der Beteiligung des Landes bei einer späteren Hebung der stillen Reserven besteht, die mit dem Abschlag auf den aktuellen Wert der Versicherungsanstalten bei der Bildung des Kaufpreises gelegt worden sind.

4. Bestimmung des Übererlöses in Fällen der gesellschaftsrechtlichen bzw. organisatorischen Veränderung

Die vorstehende Betrachtung hat ergeben, dass gesellschaftsrechtliche bzw. organisatorische Veränderungen mit einer langfristigen, strategischen Intention den Übererlöstatbestand nicht unmittelbar auslösen. Vielmehr entsteht die Abführungspflicht erst in dem Moment, in dem sich der SGVSH mit der Absicht, die im Zuge der betreffenden Veränderung erlangte Beteiligung zu „versilbern“, wieder von ihr trennt. Die Ermittlung des Übererlöses kann dann aber ohne weiteres den für den „Grundtatbestand“ geltenden Regelungen gemäß erfolgen; lediglich der Bezugspunkt des Übererlöses hat sich geändert.

Soweit in besonders gelagerten Fällen die gesellschaftsrechtliche Veränderung doch einmal unmittelbar zur Entstehung der Abführungspflicht führen sollte – z.B. weil die Eingehung einer neuen Beteiligung nicht langfristig, sondern mit dem Willen der kurzfristigen Verwertung eingegangen worden ist – , tritt der Wert der erlangten Beteiligung an die Stelle des „Erlöses“ bei einem Verkaufsfall. Es ist dann eine Bewertung des Objekts vorzunehmen, das aus der gesellschaftsrechtlichen bzw. organisatorischen Veränderung

hervorgegangen ist – also etwa der Wert eines Gemeinschaftsunternehmens festzustellen, in welches der SGVSH die Holding AG und ein anderer Partner seine eigenen Beteiligungen eingebracht hat. Sodann ist der Anteil des SGVSH an dem in diesem Objekt verkörperten wirtschaftlichen Wert zu bestimmen. Hierbei wird es sich im Regelfall um den Anteil am Kapital bzw. Gesellschaftsvermögen dieses neu entstandenen Objekts handeln. Jedoch ist im Einzelfall auch eine abweichende Wertbestimmung vorstellbar, wenn z.B. die Gewinnbezugsrechte oder die Stimmrechte aufgrund der zwischen dem SGVSH und dem Partner geltenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen von der Kapitalbeteiligung abweichen und diese Abweichung nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen Einfluss auf den Wert der Beteiligung hat. In diesen speziellen Fällen müsste einer Wertermittlung also eine genaue Analyse der rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung des SGVSH in dem neuen Objekt vorausgehen; generalisierende Aussagen sind hier nicht möglich.

Einfacher gelagert sind Fälle, in denen Gesellschaftsanteile von vornherein als Entgelt übertragen werden und diese Funktion auch erfüllen können, weil sie jederzeit fungibel sind. Hier ist in aller Regel ein Börsen- oder Marktpreis der Gesellschaftsanteile festzustellen. Maßgeblich ist dann stets der Preis zum Zeitpunkt des Zuflusses dieser Anteile; auf den Zeitpunkt ihrer Veräußerung kommt es hingegen nicht an, da die Anteile selbst (und nicht der bei ihrem Verkauf erzielte Preis) den „Erlös“ im Sinne des Vertrages darstellen.

II. Sind bei Berechnung des Übererlöses Sondereinflüsse zu berücksichtigen?

Die uns hiermit gestellte Frage geht de facto dahin, ob von dem durch einen Aktienverkauf oder die Liquidation zunächst rein rechnerisch festgestellten „Übererlös“ bestimmte Beträge aufgrund einer wertenden Betrachtung abzuziehen oder – was zum gleichen Ergebnis führt – dem „Entgelt“ des § 1 Abs. 1 hinzuzurechnen sind.

1. Keine ausdrücklichen Aufteilungskriterien im Vertragstext

Der Vertrag selbst sagt zu der Frage der Berücksichtigung von anderen Kriterien als den beiden „Rechengrößen“ Kaufpreis und Erlös ausdrücklich nichts:

a) § 1 Abs. 2 spricht vom „Übersteigen des Erlöses über das Entgelt, das der Verband an das Land gezahlt hat ...“.

b) § 3 Abs. 3 spricht vom Übererlös als der „Differenz zwischen dem Erlös aus dem Aktienverkauf und der entsprechenden anteiligen Zahlung nach § 1 Abs. 1, der ganz oder teilweise an das Land abgeführt wird“.

c) Auch § 3 Abs. 2 definiert den Übererlös als die „Differenz zwischen Nettoliquidationserlös und Entgelt“ und fährt dann fort:

„Die Aufteilung des Übererlöses wird auf der Grundlage eines von einem Wirtschaftsprüfer zu erstellenden Gutachtens zwischen Land und Verband vereinbart.“

2. Aufteilung des Übererlöses im Liquidationsfall

a) Gegenstand einer Begutachtung durch den Wirtschaftsprüfer

Während die Regelungen zum „Übererlös“ in § 1 Abs. 2 und in § 3 Abs. 3 den Eindruck erwecken, der Übererlös sei eine einfach festzustellende Differenz aus Erlös und Entgelt nach § 1 Abs. 1, wird in § 3 Abs. 2 plötzlich von einer „Aufteilung“ des Übererlöses gesprochen, die unter den Vertragspartnern auf der Grundlage eines Wirtschaftsprüfer-Gutachtens noch „vereinbart“ werden müsse. Ein Wirtschaftsprüfer-Gutachten könnte zum Unternehmenswert nicht mehr viel Nützliches sagen, da die Liquidation stattgefunden hat, ein Unternehmen nicht mehr existiert und

der Liquidationserlös feststeht. Die rechnerischen Ausgangsgrößen für die Ermittlung des Übererlöses können demnach nicht Gegenstand bzw. Ergebnis des Gutachtens sein. Dann aber bleibt als Gegenstand des unter den Parteien vereinbarten Gutachtens nur die Frage übrig, aufgrund welcher Faktoren der Liquidationserlös eigentlich zustande gekommen ist, kurz: inwieweit der erzielte Erlös einerseits noch aus der Substanz herrührt, die der SGVSH bereits mit dem Vertrag vom Land übernommen hat, und inwieweit er andererseits durch Maßnahmen der Erwerberin SGVSH beeinflusst wurde. Diese Überlegung trifft sich mit der Tatsache, daß der Übererlös „aufgeteilt“ werden soll. Eine solche Aufteilung sollte gewiß nicht willkürlich geschehen; das zeigt die Vereinbarung des Wirtschaftsprüfer-Gutachtens, das ganz offenbar die Grundlage einer rationalen Verständigung der Parteien über die Aufteilung sein soll. Dies setzt wiederum voraus, dass der Gutachter sein Votum anhand angemessener und zwischen den Parteien außer Streit stehender Kriterien abgeben kann. Das maßgebliche angemessene Kriterium dafür, wie viel von dem erzielten Übererlös der SGVSH behalten darf und nicht an das Land abführen muss, kann aber nur in der Frage bestehen, welchen Anteil am Erlös der SGVSH selbst „erwirtschaftet“ hat.

b) Denkbare Gründe für die Beeinflussung des Erlöses

Steht damit fest, daß die Aufteilung des Liquidations-Übererlöses nach den Gründen seiner Entstehung erfolgen sollte, so ist nunmehr nach solchen denkbaren Gründen zu fragen.

(1) Zunächst einmal ist evident, daß in einem Liquidationserlös, der höher als das Entgelt nach § 1 Abs. 1 ausfällt, die vom SGVSH in dem Vertrag zugesagte und mittlerweile vollständig in das Vermögen der übernommenen Versicherungsunternehmen erbrachte Investition von DM 100 Mio. als auslösender Faktor enthalten sein könnte. Insofern ist der Wert der Unternehmen jedenfalls zunächst gesteigert worden; und das hat sich in dem erhöhten Liquidationserlös niederschlagen können.

(2) In gleicher Weise ist es denkbar, dass sich der Ausbau des Vertriebs und die Investition in ihn im Liquidationserlös niedergeschlagen haben. Dies wird allerdings regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn die Liquidation des Unternehmens nicht durch Einzel-Versilberung, sondern durch den Verkauf des aktiven Unternehmens insgesamt oder in Teilen stattgefunden hat. Denn der Wert eines aktiven, lebenden Unternehmens ist unvergleichlich viel höher als der Verkauf nur der „Brocken“; er umfasst insbesondere eben auch die mit dem lebenden Unternehmen übernommenen Vertriebsstrukturen als Teil des unternehmerischen

„goodwill“. Bei einer rationalen Aufteilung des Übererlöses bei einer solchen Liquidation ist es angemessen, solche werterhöhenden Investitionen zu berücksichtigen; denn der SGVSH hat insoweit auf die Ausschüttung von Erträgen verzichtet und deren Re-Investition zugestimmt.

(3) Das gleiche gilt mit gleicher Argumentation, wenn die beiden Aktiengesellschaften weitere Unternehmen oder Unternehmensteile erworben, Tochtergesellschaften mit neuen Aktivitäten gegründet oder sich an anderen Unternehmen beteiligt hätten. Denn soweit diese Maßnahmen nicht aus Krediten finanziert worden wären – was sich im Netto-Liquidationserlös niedergeschlagen hätte –, hätte das in gleicher Weise die Re-Investition von Erträgen bedeutet, wirtschaftlich also eine Investition des Eigentümers SGVSH durch Verzicht auf eine Vereinnahmung von Dividenden. Damit hätte es sich der Gesellschafter SGVSH „verdient“, den entsprechenden Anteil am Liquidationserlös behalten zu dürfen und ihn auch dann nicht an das Land abzuführen, wenn und soweit er den ursprünglichen Kaufpreis für die Versicherungsanstalten übersteigt.

(4) Demgegenüber hätten sich andere Faktoren wie die Übernahme der Altversicherten durch den SGVSH, wenn überhaupt, so in einer Reduzierung des bei der Liquidation erzielbaren Preises durch den Erwerber niedergeschlagen, hätte den Liquidationserlös mithin eher gemindert. Daher wäre für die Übernahme der Altversicherten kein Betrag nochmals eigens abzusetzen.

Wieder andere Faktoren, wie insbesondere die Festschreibung des Standorts Kiel sowie die eingeschränkte Fungibilität der übertragenen Aktien, würden sich im Liquidationsfall mit großer Wahrscheinlichkeit weder positiv noch negativ auf den erzielbaren Erlös auswirken, weil sie für den Erwerber aus einer liquidationsweisen Veräußerung nicht verbindlich wären. Dieser würde insbesondere nicht automatisch in die Pflichten aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 30. Juni 1995 eintreten. Würden die genannten Vorgaben indes dem Erwerber durch den Liquidator als Verpflichtung auferlegt, so wäre auch hier allenfalls eine Minderung des erzielbaren Erlöses die Folge, nicht aber dessen Erhöhung.

c) Maßgeblichkeit der Einzelfallbewertung

Die soeben sub (1) bis (3) aufgeführten Gründe können zur Entstehung eines Übererlöses beigetragen bzw. diesen erhöht haben, müssen es aber nicht. Auch Fehlinvestitionen des Eigentümers sind durchaus denkbar und im Leben eines Unternehmens keineswegs ungewöhnlich. So mag es z.B.

sein, dass die Versicherungsgesellschaften das vom SGVSH zugeführte Kapital von DM 100 Mio. in einen neuen Geschäftsbereich investiert haben, der jedoch mangels Profitabilität im Zeitpunkt der Veräußerung wieder aufgegeben worden ist. In diesem Fall wäre von dem erzielten Erlös ersichtlich nichts auf diesen Geschäftsbereich entfallen. Es genügt daher nicht, die soeben angesprochenen Investitionen nur festzustellen und sodann zu addieren, um die Summe sodann vom Übererlös abzuziehen. Es muß vielmehr auch festgestellt werden, ob sie vor der Liquidation noch werthaltig waren. Andererseits kann im genannten Beispielsfall auch die Nichtberücksichtigung der Investition ein falsches Bild vermitteln; denn immerhin wäre es ja denkbar, dass die Versicherungsgesellschaften die Investition in den später aufgegebenen Geschäftsbereich ohne die Kapitalzufuhr seitens des SGVSH gleichwohl – aus eigenen Mitteln – vorgenommen hätten. Sie wären dann trotz der zwischenzeitlichen Aufgabe dieses Geschäftsbereiches insoweit noch durch die investierten Kapitalbeträge wertvoller, als sie ihr sonstiges Vermögen schonen konnten. Der Beispielsfall zeigt, dass die Frage der Berücksichtigung von Investitionen des SGVSH keiner pauschalen Beantwortung zugänglich ist. Vielmehr muss in jedem Einzelfall sorgfältig abgewogen werden, was die jeweilige Leistung des SGVSH zu dem aktuellen Unternehmenswert (direkt oder indirekt) beigetragen hat. Angesichts der hierbei aufgeworfenen schwierigen Bewertungsfragen war es sachgerecht und erforderlich, die Beurteilung einem Wirtschaftsprüfer zu überlassen.

Das Gutachten dient also nicht nur der Feststellung der vom SGVSH unmittelbar oder mittelbar getätigten Investitionen – dies hätten die Parteien im Zweifel noch selbst bewerkstelligen können –, sondern auch und vor allem der Feststellung ihrer Werthaltigkeit. Nur insoweit sind diese Investitionen vom Übererlös abziehbar.

d) Obergrenze einer Abführungspflicht und Behandlung eines „Mindererlöses“

Die bisherigen Überlegungen haben zu Hinweisen für rationale Aspekte einer „Aufteilung“ des Übererlöses geführt. Dennoch ist fraglich, ob damit der Aspekt „Aufteilung“ schon in vollem Maße ausgeschöpft ist. Denn es mag ja sein, daß auch nach Berücksichtigung der hier herausgearbeiteten Aspekte des Abzugs der verbleibende Übererlös noch immer beträchtlich ist. Der Wert, den die zu Liquidationszwecken veräußerten Unternehmen darstellen, kann nämlich nicht nur durch die schon 1995 vorhandene (und mithin vom Land „mitverkaufte“) Substanz einerseits und die seither durch den SGVSH erbrachten Investitionen andererseits gebildet werden; vielmehr ist es aus praktischer Sicht viel wahrscheinlicher, dass der Wert

maßgeblich durch den eigenen unternehmerischen Erfolg der Versicherungsgesellschaften in der Zeit nach 1995, durch kluge strategische Entscheidungen auf der Ebene ihres Managements, aber auch schlicht durch allgemeine Marktentwicklungen (z.B. den Wegfall eines gefährlichen Konkurrenten oder durch die Fusion zweier Mitbewerber) beeinflusst wird. Zu fragen ist daher, ob das Land an einem solchen unternehmerischen Erfolg der Versicherungsgesellschaften, der mehr indirekt auch ein solcher des SGVSH ist, auch jenseits desjenigen Betrages partizipieren wollte und sollte, der über die Abschläge von 1995 hinausgeht. Das erscheint uns durchaus zweifelhaft. Das Land hat wegen des Verbleibs der Versicherungsgesellschaften im öffentlichen Sparkassenbereich Abschläge akzeptiert. Es hatte aber gute Gründe – nicht anders als früher die Treuhandanstalt in vergleichbaren Fällen – sich diese Abschläge bei einer etwaigen Liquidation „zurückzuholen“. Das ist in den vertraglichen Formulierungen klar erkennbar. Aber auch das etwaige „Mehr“ über die damaligen Abschläge hinaus ist zunächst einmal in der Formulierung „Übererlös“ und dessen Definition in § 3 Abs. 2 als Differenz enthalten. Dennoch ist fraglich, ob die „Aufteilung“ über die Höhe der Abschläge und gegebenenfalls dessen angemessenen Verzinsung hinausgehen sollte. Denn dann würde sich die Übererlösklausel als Strafvorschrift auswirken und dem SGVSH alle im einzelnen nicht konkretisierbaren unternehmerischen Erfolge und auch den kaufmännischen Erfolg in der Liquidation abschöpfen.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist der in Abschnitt I näher behandelte Zweck der Übererlösklausel. Vor dem Hintergrund, dass der vertraglich festgelegte Kaufpreis für die beiden vom Land auf den SGVSH übertragenen Anstalten nach dem BDO-Gutachten Abschläge wegen der vielfachen vertraglichen Beschränkungen enthielt, soll mittels der Übererlösklauseln verhindert werden, dass der SGVSH diese Abschläge für sich „aktiviert“, also in frei verfügbare Liquidität verwandelt. Nicht weniger, aber eben auch nicht mehr wollte das Land durch die vertragliche Vereinbarung der Abführungspflicht sichergestellt wissen. Dieses Sicherungsinteresse des Landes würde aber zu Lasten des anderen Vertragspartners „übererfüllt“, wollte man von dem erzielten Übererlös lediglich die auf konkrete Investitionen des Alleinaktionärs rückführbaren Gewinne ausnehmen.

Wir meinen daher, daß im Rahmen der in § 3 Abs. 2 vorgeschriebenen „Aufteilung“ die besseren Gründe für diese Obergrenze der Abführung eines nach (c) verbliebenen Übererlöses sprechen.

Die Richtigkeit dieser Überlegung wird deutlich, wenn man sich den umgekehrten Fall eines Mindererlöses betrachtet. Es steht außer Zweifel,

dass das Land nicht verpflichtet wäre, einen Teil des 1995 vereinbarten und erhaltenen Kaufpreises an den SGVSH zurückzuzahlen, wenn bei einer Veräußerung bzw. Liquidation der Versicherungsgesellschaften der erzielte Erlös wegen einer seit 1995 eingetretenen negativen wirtschaftlichen Entwicklung hinter dem damaligen Kaufpreis zurückbliebe. Vielmehr läge das wirtschaftliche Risiko einer solchen Entwicklung vollständig beim SGVSH. Die vertraglichen Vereinbarungen sind jedoch nur dann als angemessen und ausgewogen anzusehen, wenn derjenige, der das wirtschaftliche Risiko eines Wertverlustes trägt, auch den wirtschaftlichen Erfolg einer Unternehmung genießen kann. Hiervon wollten die Parteien ersichtlich nur abweichen, soweit der im Erlös zum Ausdruck kommende wirtschaftliche „Erfolg“ eben nicht unter der Gesellschafterstellung des SGVSH erwirtschaftet, sondern durch die Vornahme eines Abschlags beim seinerzeitigen Kaufpreis zustande gekommen ist.

3. Übertragung der Abgrenzungskriterien auf die Übererlösklausel für den „Aktienverkauf“

Steht damit fest, daß im Falle der Liquidation nach der undeutlichen, aber auslegungsfähigen Regel des § 3 Abs. 2 Zu- und Abrechnungen bei der Verteilung eines etwaigen Liquidations-Übererlöses stattfinden und eine Obergrenze beachtet werden müssen, so ist nun die Frage zu beantworten, ob gleiches für den – praktisch viel relevanteren – Fall des § 3 Abs. 3 zu gelten hat.

a) Im Text der Vorschrift wird durch den Klammerzusatz – „(Differenz zwischen Nettoliquidationserlös und Entgelt)“ - der „Übererlös“ als reine Differenz definiert. Dann aber fährt der Text fort und sagt ohne nähere Erläuterung, daß dieser so festgestellte Übererlös „ganz oder teilweise an das Land abgeführt wird“.

Damit steht auch hier fest, daß nicht a priori die gesamte Differenz geschuldet ist, sondern eben diese nur „ganz oder teilweise“.

b) Dieses „teilweise“ kann nun auf die „anteilige Zahlung“ Bezug nehmen und nur von einer Teil-Veräußerung ausgehen; denn dieser § 3 Abs. 3 unterscheidet ja zwischen 75,1%, die im Sparkassenbereich bleiben müssen, und 24,9%, die (mit Zustimmung des Landes) „fungibel“ sind. In diesem Kontext könnte man daher versucht sein, das „teilweise“ nur auf den „Teilverkauf“ zu beziehen.

Tatsächlich aber kann das nicht die wirklich gemeinte Lösung sein. Denn mit dem Ablauf der Zeit und den jetzt schon neun Jahren seit 1995 hat sich der damalige Kaufgegenstand zwangsläufig wesentlich verändert, möglicherweise gar grundlegend verändert. Diese – hoffentlich – positive und dynamische Veränderung war, so muß man annehmen, auch durchaus ein Ziel des Landes Schleswig-Holstein bei der damals beschlossenen Überführung der beiden Anstalten von der öffentlichen Trägerschaft in die Trägerschaft des SGVSH und anschließend in die private Rechtsform.

c) Sieht man diese Aspekte richtig, so ergibt sich: Das Land Schleswig-Holstein wollte und sollte die im Kaufpreis von DM 245 Mio. enthaltenen Abschläge bei einer Veräußerung durch den SGVSH nachträglich erhalten. Das Land sollte aber nicht etwa an den Investitionen des neuen Eigentümers in diese Unternehmen sowie der allgemeinen unternehmerischen Leistung und den darauf beruhenden Erfolgen und Wertsteigerungen beteiligt werden. Das war der Sinn des in § 3 Abs. 2 vereinbarten Wirtschaftsprüfer-Gutachtens. Denn an sich stand mit dem Netto-Liquidationserlös ja der insgesamt erzielte Betrag und mithin der rechnerische Übererlös dort fest. Dennoch spricht der Vertrag hier von „ganz oder teilweise“ und dort von einer „Aufteilung“ des Übererlöses. Da diese Aufteilung fraglos rational und nachprüfbar und nicht etwa willkürlich erfolgen sollte, wie das vertraglich festgelegte Wirtschaftsprüfer-Gutachten zeigt, kann es sich dabei nur um die Berücksichtigung von wertsteigernden Leistungen von SGVSH für die beiden Gesellschaften handeln.

Das muß dann aber auch und erst recht für den Fall des Abs. 3 gelten. Denn es ist schlechthin kein Grund ersichtlich, weshalb bei einer Liquidation eine „Aufteilung“, bei einer Veräußerung aber keine Berücksichtigung der Investitionen und unternehmerischen Erfolge des neuen Eigentümers erfolgen sollte.

Steht damit fest, daß auch im Falle des § 3 Abs. 3 eine Berücksichtigung von Leistungen des SGVSH für die Versicherungsunternehmen stattfinden sollte, so kann insoweit auf die Ausführungen unter Ziff. 2 Bezug genommen werden. Es ist kein Grund erkennbar, weshalb die auch in § 3 Abs. 3 erforderliche „Aufteilung“ des Übererlöses in anderer Weise geschehen sollte als im Falle des § 3 Abs. 2. Damit ist auch in diesem Fall ein Wirtschaftsprüfer-Gutachten erforderlich, das die Investitionsleistungen des SGVSH und deren Werthaltigkeit im Falle einer Veräußerung feststellt. Auch die Überlegungen zu der Obergrenze einer Abführungspflicht gelten für den Fall eines Erlöses aus einem Aktienverkauf entsprechend.

D. Ergebnis Teil 1

Abschnitt I

1. Die Reichweite der Übererlösklausel in § 3 Abs. 3 Satz 4 des Vertrages wird maßgeblich durch die Interpretation des Begriffs des „Aktienverkaufs“ bestimmt. Damit kommt als Auslösetatbestand nur ein Vorgang in Betracht, bei dem Gesellschaftsanteile rechtlich oder im wirtschaftlichen Ergebnis auf einen anderen Inhaber übertragen werden.
2. Die unmittelbare und die mittelbare Anteilsinhaberschaft werden für die Anwendung der Übererlösklausel gleich behandelt. Die Ersetzung einer vollständigen unmittelbaren Inhaberschaft durch eine teilweise oder vollständig mittelbare (Zwischenschaltung von selbst gehaltenen Holdinggesellschaften; Fälle Nrn. 2 und 7) und umgekehrt löst die Anwendung der Klausel nicht aus. Dagegen ist die Klausel sowohl auf Veräußerungsfälle bei der Holding als auf solche bei dem SGVSH (Fälle Nrn. 1 und 6) anwendbar.
3. Bei der Anwendung der Klausel auf Veräußerungsvorgänge auf Ebene der Holding AG ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Erlös nicht unmittelbar bei dem SGVSH anfällt. Der Abführungsanspruch ist hier dahin zu interpretieren, dass der SGVSH im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Zulässigen zur Herbeiführung von Ausschüttungen der Erlöse (als Dividenden) an sich und erst in einem anschließenden Schritt zur Auskehrung an das Land verpflichtet ist.
4. Nach dem Sinn und Zweck der Übererlösklausel entsteht keine Abführungspflicht, wenn und solange der SGVSH sich direkt oder über die Holding AG im Wege der Einbringung, Verschmelzung oder auf ähnliche Weise strategisch an anderen Unternehmen beteiligt (Fälle Nrn. 3 bis 5 und 8 bis 10). Jedoch treten in diesem Fall die aus der Einbringung etc. erlangten Beteiligungen als Gegenstand der Übererlösklausel an die Stelle der eingebrachten Aktien.
5. Auf die Veräußerung eines Versicherungsunternehmens im Wege des asset deals in Verbindung mit der Abführung des Veräußerungsgewinns ist die Übererlösklausel anwendbar.
6. Soweit die Übererlösklausel – abweichend vom Regelfall – auf gesellschaftsrechtliche bzw. organisatorische Vorgänge anzuwenden ist, bestimmt sich der „Erlös aus dem Aktienverkauf“ nach dem

wirtschaftlichen Wert der erlangten Beteiligung. Hierfür ist der Wert der Beteiligungsgesellschaft zu ermitteln. Bei der Bestimmung des auf den SGVSH entfallenden Anteils sind neben der Beteiligungshöhe auch alle weiteren wertbildenden Faktoren wie z.B. Stimmrechtsbeschränkungen, abweichende Gewinnbezugsrechte etc. zu berücksichtigen.

Abschnitt II

1. Eine Hinzurechnung sonstiger Leistungen des SGVSH zum Kaufpreis nach § 1 des Vertrages und eine damit verbundene Minderung des rechnerischen Übererlöses ist im Vertrag direkt nicht, wohl aber indirekt in § 3 Abs. 2 angesprochen. Die dortige Lösung ist interpretationsfähig und gilt allgemein für alle Fälle einer Übererlös-Klausel im Vertrag.
2. Dem damaligen Kaufpreis sind zur Feststellung und Berechnung eines Übererlöses hinzuzurechnen:
 - (1) die vertragliche Investition von DM 100 Mio.
 - (2) etwaige weitere Bar- und Sachleistungen des SGVSH oder der Holding in die beiden Aktiengesellschaften
 - (3) größere Investitionen wie Beteiligungskäufe, Errichtung von Tochtergesellschaften, Investitionen in den Vertrieb etc., welche die Gesellschaften selbst getätigt und aus Rücklagen bzw. dem Cash Flow finanziert haben.

Alle diese Leistungen sind jedoch nur insoweit zu berücksichtigen, als sie im Zeitpunkt der Fälligkeit der Zahlungspflicht aus einer Übererlösklausel noch werthaltig sind.
3. Nicht zu berücksichtigen sind die Übernahme der Altversicherten sowie etwaige vertragliche Lasten für die eingeschränkte Fungibilität der Aktien und die Festschreibung des Sitzes in Kiel.
4. Die derart festgestellte Abführungspflicht eines Übererlöses findet, so muß man annehmen, seine Grenze in der Höhe der damaligen (1995) Abschläge beim Kaufpreis. An einer seither eingetretenen positiven wirtschaftlichen Entwicklung der Versicherungsgesellschaften soll das Land nach der recht verstandenen vertraglichen Konzeption auch dann nicht profitieren, wenn sie nicht unmittelbar auf Investitionen des neuen

Gesellschafters, sondern auf Eigenleistungen der Unternehmen oder auf allgemeine Marktentwicklungen zurückgehen.

Teil 2

A.

Sachverhalt

1. Die Provinzial Nord Holding AG und die künftige Provinzial Holding Westfalen AG (bisher noch AdöR) sollen zur „Provinzial Holding AG“ mit Sitz in Münster verschmolzen werden. Dadurch würden die Provinzial Nord Brandkasse AG und die Provinzial Nord Lebensversicherung AG zu 100%igen Tochtergesellschaften dieser Provinzial Holding AG.

Die Westfälische Provinzial Lebensversicherung AG soll auf die Provinzial Nord Lebensversicherung AG mit Sitz in Kiel verschmolzen werden und künftig als „Provinzial Lebensversicherung AG“ firmieren und ihren Sitz in Kiel behalten. Die bisherige Betriebsabteilung der Westfälischen Lebensversicherung soll in Münster verbleiben, am Sitz Kiel jedoch Stabsfunktionen und weitere zentrale Aufgaben erfüllt werden.

Anteilseigner der neuen Provinzial Holding AG werden sein:

- (1) der Landschaftsverband Westfalen, Münster
- (2) der Westfälische Sparkassen- und Giroverband, Münster
- (3) der Ostdeutsche Sparkassen- und Giroverband und
- (4) der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein

wobei die drei Sparkassen-Verbände zusammen mehr als 50%, aber weniger als 75,1% der Aktien der Provinzial Holding AG halten werden.

2. Die Provinzial Nord Brandkasse AG und die Provinzial Nord Lebensversicherung AG sind im Jahre 1995 – damals noch Anstalten des öffentlichen Rechts – vom Land Schleswig-Holstein an den Sparkassen- und Giroverband Schleswig-Holstein (SGVSH) verkauft worden verbunden mit der Erlaubnis, sie in Aktiengesellschaften umzuwandeln (was geschehen ist). Im öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 30. Juni 1995 ist in § 3 Abs. 3 folgendes festgelegt worden:

„Die Anstalten können nach § 12 des Gesetzes über öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten in Schleswig-Holstein in Aktiengesellschaften umgewandelt werden. Die Zustimmung des

Landtages wird mit der Zustimmung zu diesem Vertrag erteilt. Die Aktien müssen zu 75,1% in der Sparkassenorganisation verbleiben. Ein eventueller Übererlös (Differenz zwischen dem Erlös aus dem Aktienverkauf und der entsprechenden anteiligen Zahlung nach § 1 Abs. 1) aus einer Übertragung von Aktien an die schleswig-holsteinischen Sparkassen oder einer Veräußerung von Aktien an Dritte wird ganz oder teilweise an das Land abgeführt. Im Falle einer Übertragung oder Weiterveräußerung des fungiblen Anteils der Aktien bis zu einer Höhe von 24,9% ist die Zustimmung der Landesregierung erforderlich. Nach einer Umwandlung bleibt der Sitz der Anstalten in Kiel.“

B.

Rechtsfrage

Aufgrund dieses Sachverhalts fragen Sie mich, ob in dieser Gestaltung

(1) die in § 3 Abs. 3 S. 3 des Vertrages verlangte Mehrheit von 75,1% Verbleib in der Sparkassenorganisation und

(2) der in § 3 Abs. 3 S. 6 verlangte Sitz der Provinzial Nord Brandkasse AG und der Provinzial Nord Lebensversicherung AG in Kiel

weiterhin erfüllt wäre.

C.**Rechtliche Stellungnahme****1. Sitz der Provinzial Nord Brandkasse AG in Kiel**

Der Sitz dieser Gesellschaft und ihre Geschäftstätigkeit wird weiterhin in Kiel sein, Probleme aus § 3 Abs. 3 des Vertrages von 1995 bestehen nicht.

2. Sitz der Provinzial Nord Lebensversicherung AG in Kiel

Diese Gesellschaft wird die westfälische Provinzial Lebensversicherung durch Fusion in sich aufnehmen und ihren Sitz in Kiel behalten. Die bisherige Geschäftstätigkeit bleibt in Kiel und wird um unternehmerische Steuerfunktionen für das erweiterte Gesamtunternehmen ausgeweitet. Damit bleibt der in § 3 Abs. 3 Satz 6 des Vertrages verlangte Sitz der Lebensversicherung in Kiel weiterhin erfüllt. Die Tatsache, daß die bisherige Betriebsabteilung der westfälischen Lebensversicherung in Münster verbleibt (ggf. als Zweigniederlassung), steht diesem Ergebnis nicht entgegen, da es sich um Funktionen aus dem einst selbständigen Münsteraner Bereich, nicht um Aufgaben des Kieler Bereiches handeln würde.

3. Sitz der künftigen Provinzial Holding AG in Münster

Fraglich ist allerdings, ob die Sitzklausel des § 3 Abs. 3 S. 6 des Vertrages nur die operativen Einheiten erfassen will oder auch die unternehmerische Führung durch eine darüber gebildete Holding. Für eine solche Auslegung spricht, daß die strategischen Entscheidungen in der Holding getroffen werden; gegen ein solches Verständnis spricht, daß die operativen Einheiten Arbeitsplätze schaffen und Steueraufkommen generieren. Versetzt man sich in die Interessenlage des Landes Schleswig-Holstein zum Zeitpunkt des Verkaufs, so wird man von letzteren Aspekten auszugehen haben mit der Folge, daß der Sitz der Holding in Münster dem Sitzerfordernis des § 3 Abs. 3 Satz 6 nicht widerspricht.

4. Mehrheitserfordernis

a) Die beiden Provinzial Nord Brandkasse AG und Provinzial Nord Lebensversicherung AG (letztere auch nach Aufnahme der Westfälischen Lebensversicherung) werden zu 100% der durch Fusion entstandenen

Provinzial Holding AG gehören und in diese als Führungsholding eingebunden sein. Das entspricht im wesentlichen der schon jetzt bestehenden Struktur unter der Provinzial Nord Holding AG, die von den Vertragsbeteiligten seit 2001 aufgrund des bereits oben erwähnten Gutachtens von Prof. Dr. Kollhoser akzeptiert worden ist. Diese Gestaltung widerspricht also nicht dem Vertrag, obwohl die beiden Aktiengesellschaften heute nicht mehr unmittelbar, sondern nurmehr mittelbar (über die Provinzial Nord Holding AG) der Sparkassenorganisation gehören.

b) Die jetzige Provinzial Nord Holding AG gehört zu 90% dem SGVSH, zu 10% dem Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverband, mithin zu 100% der Sparkassenorganisation.

Nach der geplanten Fusion der beiden Holdings sinkt der Anteil der Sparkassenorganisation auf unter 75%.

(1) Die Mehrheit von über 75%, wie sie nach § 3 Abs. 3 des Vertrages von 1995 verlangt ist, sichert den Einfluß der Mehrheitsgesellschafter in jeder denkbaren Weise. Auch Strukturänderungen wie Fusionen, Unternehmensverträge etc. können von einem Minderheitsgesellschafter nicht verhindert werden.

(2) Wenn mithin der Vertrag eine solche Mehrheit in Händen der Sparkassenorganisation verlangt, so ist das nicht zufällig geschehen, vielmehr soll die volle und ungestörte unternehmerische Verantwortung für die beiden Aktiengesellschaften ganz bei der Sparkassenorganisation liegen und liegen bleiben.

In der neuen Organisation ist die unternehmerische Verantwortung eher geteilt. Zwar bleibt die Sparkassenorganisation Mehrheitsaktionär, der Landschaftsverband aber hat die Position eines qualifizierten Minderheitsaktionärs, hält eine sogenannte Sperrminorität: wesentliche Entscheidungen können gegen seinen Willen von der Sparkassenorganisation nicht verwirklicht werden.

(3) Landschaftsverbände sind höhere Kommunalverbände, Zusammenschlüsse von Landkreisen und kreisfreien Städten. Sie sind mithin strukturell und von ihren Interessen her völlig verschieden von der Sparkassenorganisation, die zur größten Finanzgruppe in Deutschland gehört. Es ist mithin nicht möglich, den Landschaftsverband im Sinne des Vertrages wie eine Sparkassenorganisation zu werten.

(4) Rein rechtlich betrachtet erfüllt die geplante Konstruktion mithin nicht das Mehrheitserfordernis von 75,1% aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Faktisch aber muß man auch folgendes bedenken:

Die beiden Kieler Versicherungsgesellschaften, also die Provinzial Nord Lebensversicherung AG und die Provinzial Nord Brandkasse AG werden weiterhin zu 100% einer Holding AG gehören (heute der Provinzial Nord Holding AG, künftig der Provinzial Holding AG), die mithin heute und künftig jede Maßnahme bei diesen beiden Versicherungsgesellschaften kontrollieren und koordinieren können, also auch alle Kapital- und Strukturmaßnahmen dort fraglos durchführen und durchsetzen können. Insoweit ist schon einmal dem Gedanken des öffentlich-rechtlichen Vertrages Rechnung getragen.

Die Holding selbst steht heute zu 100%, künftig mehrheitlich im Besitz der Sparkassenorganisation. Diese prägt also weiterhin das unternehmerische Geschehen in diesem Verbund und kann mithin dafür sorgen, daß die Holding die erforderlichen Kapital- und Strukturmaßnahmen bei den Kieler Versicherungsgesellschaften durchführt und daß die Vorgaben des öffentlich-rechtlichen Vertrages – z.B. Sitz der Versicherungsgesellschaften in Kiel – auch weiterhin eingehalten werden.

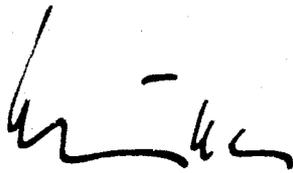
Im Zusammenspiel von 100%iger Mehrheit der Holding an den Kieler Versicherungsgesellschaften und Mehrheit der Sparkassenorganisation an dieser Holding ist daher faktisch betrachtet dem Mehrheits-Gedanken des öffentlich-rechtlichen Vertrages Rechnung getragen.

D.**Ergebnis Teil 2**

1. In der geplanten Provinzial Holding AG mit den Tochtergesellschaften „Provinzial Nord Brandkasse AG“ und „Provinzial Nord Lebensversicherung AG“ jeweils mit dem Sitz in Kiel wäre das Sitzerfordernis nach § 3 Abs. 3 Satz 6 des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 30. Juni 1995 erfüllt.

2. In der geplanten Provinzial Holding AG hätten die Sparkassenorganisation zwar die einfache Mehrheit, nicht aber eine qualifizierte Mehrheit von mindestens 75,1%. Damit wäre das Mehrheitserfordernis aus § 3 Abs. 3 Satz 3 des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 30. Juni 1995 zwar faktisch, nicht aber rechtlich erfüllt.

Bonn und Berlin, 6. September 2004



(Prof. Dr. Dres.h.c. Marcus Lutter)



(Rechtsanwalt Dr. Oliver Bugge)