

PETER BADURA

Einführung

Die 39. Bitburger Gespräche der Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik in Trier stehen unter dem Thema: „Kreditinstitute und Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand – Öffentlicher Auftrag und Wettbewerb“. Das ist ein vielbehandelter, und gerade in diesen Wochen und Monaten, politisch aktueller Gegenstand, aber natürlich nur ein Ausschnitt aus dem breiten Feld und Spektrum der Banken, Kreditinstitute und Versicherungen. Die letzten Jahre haben erhebliche Veränderungen gebracht, nicht zuletzt in der sich herausbildenden Gestalt der All-Finanz-Institute und in den vielfältigen, auch grenzüberschreitenden Konzentrationsbewegungen. Hier nun geht es um die Rolle der öffentlichen Hand, vor allem um die Landesbanken und die Sparkassen. Das Thema hat eine nationale, zuerst die Landespolitik und Landesgesetzgebung betreffende Seite. Es hat aber vor allem eine gemeinschaftsrechtliche Seite, wie dominierend die „Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ vom 17. Juli 2001 und die damit dringlich in Gang gesetzte Reform nach dem Richtmaß des „Plattform-Modells“ vor Augen führt. Was schließlich die partielle Verschmelzung von Bankwirtschaft und Versicherungswirtschaft anbelangt, wird mit der sich abzeichnenden Modifikation der Sozialversicherung durch ergänzende private Alters- und Krankenversicherung eine neue Phase in der Welt der Finanzdienstleistungen eingeleitet.

Das öffentliche Bankwesen in Deutschland hat eine lange und vielgestaltige Geschichte.¹ Die älteste deutsche Staatsbank war die Braunschweigische Staatsbank, deren Anfänge als „Herzogliches Leihhaus“ bis 1765 zurückreichen. Weitaus berühmter war die Königliche Seehandlung, zugleich Preußische Staatsbank, der alle kaufmännischen Geschäfte gestattet waren und die zeitweise das größte Unternehmen in Preußen war. Die durch ein Privilegium vom 14. Oktober 1772 zur Belebung, Finanzierung und Leitung des Außenhandels als Aktiengesellschaft gegründete Seehandlungsassoziation war als Preußische Staatsbank das Geld- und Bankinstitut des preußischen Staates mit wechselnden Organisationsformen und Aufgabengebieten. Sie verfügte zeitweise über eine Handelsflotte, ein Salzhandelsmonopol, ein Wachshandelsmonopol und baute sogar Straßen. Durch Kabinettsordre vom 17. Januar 1820 wurde die Seehandlung als unabhängiges Geld- und Handelsinstitut mit Haftung des Staates für ihre Verbindlichkeiten erklärt. Eine weniger ausgreifende Bedeutung hatte die Königliche Bank in Bayern, deren Aufgabe sich bis 1850 darauf beschränkte, als Wechsel-

¹ E. Wandel, *Banken und Versicherungen im 19. und 20. Jahrhundert*, 1998, S. 3 ff.

und Leihbank die Gewerbetreibenden zu unterstützen. Eine Sonderstellung haben – bis heute – die Notenbanken. Das staatliche Notenbankinstitut Preußens war die 1765 von Friedrich dem Großen ins Leben gerufene Königliche Giro- und Lehnbanco in Berlin, die später in die Preußische Bank und dann die Reichsbank umgewandelt wurde. Die Reichsbank und dann die Deutsche Bundesbank bis zu deren Einfügung in das Europäische System der Zentralbanken waren als Währungs- und Notenbanken auch mit hoheitlichen Aufgaben und Befugnissen ausgestattet.

Einen anderen Weg nahmen die Sparkassen. Als erste deutsche Sparkasse gilt die 1778 gegründete „Ersparungskasse“ der Allgemeinen Versorgungsanstalt der Hamburger Politischen Gesellschaft zur Beförderung der Künste und des Unterrichts in Hamburg. Die erste kommunale Sparkasse wurde 1801 in Göttingen gegründet.

Modern gesprochen, wurden die Kreditinstitute der öffentlichen Hand mit einem staats- oder regionalpolitischen öffentlichen Auftrag im Feld der Wirtschafts-, Struktur- und auch Sozialpolitik geschaffen. Der öffentliche Auftrag wurde und wird durch einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb und im wesentlichen durch Teilnahme am Wettbewerb verwirklicht. Das damit gegebene ordnungspolitische Problem bestand von Anbeginn, verschärfte sich im 19. Jahrhundert, vor allem mit der Industrialisierung, und mündete in den letzten Jahrzehnten in einen verfassungsrechtlichen Streitfall und stieß schließlich auf die übernationalen Erfordernisse und Bindungen des Gemeinschaftsrechts.

Die Landesgesetze, die das rechtliche Fundament der Landesbanken und kommunalen Sparkassen bilden, regeln mit sachlich weitgehend übereinstimmenden Vorschriften deren Rechtsform als Anstalten des öffentlichen Rechts, die Aufgaben und die Gewährträgerhaftung des Staates und der kommunalen Gebietskörperschaften.² Beispielsweise obliegen der Westdeutschen Landesbank Girozentrale die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank sowie einer Sparkassenzentralbank; sie betreibt bankmäßige Geschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die ihren Aufgaben dienen; sie führt öffentliche Förderaufgaben wettbewerbsneutral durch (§ 38 NRW SpKG). Zum Wirkungsbereich der Bayerischen Landesbank Girozentrale ist ausdrücklich gesagt, dass sie durch ihre Geschäftstätigkeit den Freistaat Bayern und seine kommunalen Körperschaften einschließlich der Sparkassen in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu unterstützen hat (Art. 4 LandesbankG). Die Sparkassen haben – so das bayerische Gesetz – der Bevölkerung Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlegung von Ersparnissen und anderen Geldern zu geben sowie dem örtlichen Kreditbedarf, insbes. der Bevölkerungsschichten, aus denen die Spareinlagen stammen, zu dienen; sie haben durch geeignete Einrichtungen den Sparsinn der Bevölkerung zu pflegen und den bargeldlosen Zahlungsverkehr in jeder Weise zu fördern (Art. 2 SpKG). Das nordrhein-westfälische Gesetz betont darüber hinaus die Förderung des

² Bericht über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale vom 27. Juni 1972 (BayRS 762-6-F); bayerisches Gesetz über die öffentlichen Sparkassen (Sparkassengesetz – SpkG) in der Fass. der Bek. vom 1. Oktober 1956 (BayRS 2025-1-I), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. August 1994 (GVBl. S. 761); nordrhein-westfälisches Gesetz über die Sparkassen sowie über die Girozentrale und Sparkassen- und Giroverbände (Sparkassen – SpKG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Januar 1995 (GV NW S. 92).

eigenverantwortlichen Verhaltens der Jugend in wirtschaftlichen Angelegenheiten und gibt außerdem den Sparkassen auf, den Wettbewerb im Kreditgewerbe zu fördern (§ 3 SpKKG).

Die 39. Bitburger Gespräche haben das Ziel, das geltende Recht der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand und die zugehörige Praxis im Licht der neueren Entwicklung und im Schatten des Gemeinschaftsrechts und dessen Wettbewerbsregeln zu prüfen. Auf Grund der „Verständigung“ vom 17. Juli 2001 sind die dort festgelegten Grundsätze demnächst, spätestens zum 31. Dezember 2002 – Vorschläge spätestens zum 31. Dezember 2001 – durch die Landesregierung umzusetzen. Dabei ist das „PlattformModell“, aber auch die großzügig erscheinende Übergangsregelung gemäß Punkt 4 der Verständigung zu berücksichtigen. Zu alledem können Referate und Diskussion die notwendigen rechtspolitischen Erwägungen und Beurteilungen beisteuern. Es geht um Entwicklung, organisatorischen und funktionalen Bestand, Reform und Zukunft der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, die in der Deutschen Kreditwirtschaft und Bankenwelt eine namhafte Rolle spielen.

Zwei Grundlinien sind – wie sich nach dem bisher Gesagten gezeigt hat – vor allem von Bedeutung. Der Wirkungsbereich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, der in den einschlägigen Landesgesetzen als deren Aufgabe und Verbandskompetenz festgelegt ist, hat den ursprünglichen Bereich der Förderungspolitik, Strukturpolitik und Daseinsvorsorge überschritten. Das zunächst durch einen mehr oder weniger klaren „öffentlichen Auftrag“ als Unternehmensziel begründete Wettbewerbsgeschäft hat sich zunehmend in den Bereich universaler Finanzdienstleistungen (Arbitrage, Investmentbankgeschäfte, Versicherungen etc.) ausgeweitet.³ Zweitens fallen die besonderen öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Landesbanken und Sparkassen unter den Bann der Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts, insbes. unter die Vorschriften über staatliche Beihilfen (Art. 87 ff. EG; siehe aber Art. 86 Abs. 2, 16 EG). Die Schutzwirkung der dem Vertrag von Amsterdam angefügten 37. Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland – wie weit auch immer sie überhaupt reicht – ist möglicherweise durch die „Verständigung“ vom 17. Juli 2001 modifiziert worden. Jedenfalls die Gewährträgerhaftung, soweit sie nicht strikt auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beschränkt bleibt, hebt die Bonität der Institute der öffentlichen Hand und verschafft ihnen einen Wettbewerbsvorteil. Auf der anderen Seite ist das Anteilseigentum der öffentlichen Hand als solches und ist die Betrauung der Institute mit einem öffentlichen Auftrag Sache nationaler Gestaltungsfreiheit (Art. 295 EG) und durch das Gemeinschaftsrecht nicht ausgeschlossen.⁴

Nach dem Grundgedanken der Themenauswahl und Gliederung der Tagung sind Bestand und Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute und die grundsätzlichen Vorgaben des EG-Rechts am ersten Konferenztage zu behandeln. Dazu

³ Siehe etwa *D. Baumann*, Die sachlichen und räumlichen der Grenzen der Verbandskompetenz öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, Diss. München, 2000.

⁴ *J. A. Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 129 ff.; *J. Schwarze*, Hrsg., Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 113 ff.

gehören auch die verschiedenen Umformungsmodelle, die in den Ländern für die Landesbanken in Betracht gezogen werden. Einer der Reformwege ist die gänzliche oder teilweise Privatisierung, sei es der Organisation, sei es in der in der Sache.⁵ So will Bayern die Landesbank in ihrer bisherigen Struktur – bis auf den Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der öffentlichen Hand – und in der öffentlichrechtlichen Rechtsform erhalten. Zwischen die bisherigen Anteilseigner – Freistaat Bayern und Sparkassenverband Bayern, in Zukunft eventuell dritte Aktionäre bis maximal 49,98 % – und die Landesbank als Anstalt des öffentlichen Rechts wird eine Finanzholding geschaltet, die keine Bank im Sinne des Kreditwesengesetzes ist, mit der Trägerschaft für die Landesbank beliehen wird und deren Anteilseignerin zu 100 % ist.

Der zweite Konferenztag soll – vor dem abschließenden und stärker politisch ausgerichteten Schlussvortrag – drei gemeinschaftsrechtliche Eckpfeiler der Neuordnung für das Angebot von Finanzdienstleistungen durch öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich organisierte Kreditinstitute der öffentlichen Hand genauer prüfen.

Erstens. Ein nach wie vor im öffentlichen Interesse liegendes Segment des Geschäftsbereiches der Landesbanken und Sparkassen ist den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuzuordnen. Soweit sie mit derartigen Diensten betraut sind, bieten sie durch marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten gemeinwohlorientierte Leistungen an (Art. 86 Abs. 2, 16 EG).⁶ Bei den Landesbanken mag eine Spartenrennung eher möglich sein als bei den – grundsätzlich auch dem Regionalprinzip unterworfenen – kommunalen Sparkassen.

Zweitens. Eine wesentliche Bedingung für die Gewährleistung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen und die Ausübung der Wettbewerbsaufsicht durch die Kommission wird durch die mehrfach novellierte Transparenz-Richtlinie von 1980 sichergestellt.⁷ Der Umsetzung dient das Transparenzrichtlinie-Gesetz, vom 16. August 2001 (BGBl. 1 S. 2141).

Drittens. Die staatliche oder kommunale Garantie, die in Gestalt von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten der öffentlichrechtlichen Kreditinstitute besteht, wurzelt zwar in Prinzipien des Rechts der Verwaltungsorganisation, fällt aber unter den breiten Beihilfebegriff der EG-Wettbewerbsregeln. Sie tritt damit in Widerspruch zu dem System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt, und muss beseitigt oder geändert werden, soweit nicht eine gemeinschafts-

⁵ Siehe etwa Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Hrsg., *Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen* (Kronberger Kreis), Schriftenreihe Bd. 38, 2001.

⁶ Siehe die Mitteilungen der Kommission vom September 1996 (ABl. Nr. C 281/3) und September 2000 (ABl. Nr. C 17/4) „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, und die Antwort der BReg. auf eine Große Anfrage „Daseinsvorsorge in der Sozialen Marktwirtschaft“, BT-Drs. 14/6249 (6. 6. 2001), sowie P. Badura, *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung von Daseinsvorsorge*, in: J. Schwarze, *Daseinsvorsorge a. a. O.*, S. 25 ff.; J. Schwarze, *Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts*, EuZW 2001, 334.

⁷ Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. Nr. L 195/35), geändert durch die Richtlinie 85/413/EWG vom 24. Juli 1985 (ABl. Nr. L 229/20) und die Richtlinie 2000/52/EG vom 26 Juli 2000 (ABl. Nr. L 193/75). – Sie etwa G. Britz, *Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht*, DVBl. 2000, 1641.

rechtliche Zulässigkeit allgemein oder im Einzelfall gegeben ist.⁸ Das Plattform-Modell der Verständigung vom 17. Juli 2001 schafft die Gewährträgerhaftung ab und modifiziert („ersetzt“) die Anstaltslast. Es stellt sich die Frage, ob und wie die notwendige Neuordnung der Kreditinstitute der öffentlichen Hand mithilfe öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisationsformen für fortbestehende öffentliche Aufgaben (gemeinwohlorientierte Leistungen) mit einer staatlichen oder kommunalen Garantie versehen werden kann.

Der Kreis der aufgeworfenen Fragen ist umfangreich. Die Antworten werden – wie zu hoffen ist – die Referate und die Diskussion heute und morgen geben.

⁸ Siehe die Antwort der BReg. auf eine Kleine Anfrage betr. EU-Beihilfenrichtlinie und Zukunft der öffentlichen Banken in Deutschland, BT-Drs. 14/3069 (27. 3. 2000). Siehe weiter etwa *B. Thode/H. Peres*, Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht, *VerwArch.* 89, 1998, S. 439; *E. Kruse*, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts, *NVwZR* 2000, 721; *J. Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 2001.