

Reformen und neue Wege für das Angebot von Finanzdienstleistungen durch Staat und Kommunen

Mit der Einigung vom 17. 7. 2001¹ sowie den daran anknüpfenden Schlussfolgerungen vom 28. 2. 2002² hat der seit Jahren zwischen der Europäischen Gemeinschaft und Deutschland schwelende Konflikt über die Vereinbarkeit von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast zugunsten öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute mit dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbot zumindest seinen vorläufigen Abschluss gefunden. Im Folgenden soll es jedoch nicht darum gehen, erneut die Stationen dieses Konflikts zu skizzieren³ oder die wechselseitig vorgebrachten Argumente um eine weitere Betrachtung zu erweitern.⁴ Im Vordergrund steht vielmehr eine erste vorsichtige Bewertung des in Brüssel erzielten Kompromisses sowie der damit einhergehenden Folgen für die zukünftige Erbringung von Finanzdienstleistungen durch die öffentliche Hand.

I. Grundzüge des „Brüsseler Kompromisses“

Wenngleich sich die Rechtsauffassungen der Beteiligten zur beihilferechtlichen Beurteilung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bis zuletzt scheinbar unvereinbar gegenüberstanden,⁵ wuchs zuletzt das Interesse auf beiden Seiten an einer einvernehmlichen Lösung dieses Konflikts.⁶ Die Verständigung die zwischen der Kommis-

¹ Pressemitteilung der Kommission nach dem Treffen von Kommissar Monti und Staatssekretär *Koch-Weser* vom 17. 7. 2001 (DN: IP/01/1007).

² Diese wurden notwendig, um noch unklare Punkte der Einigung sowie nachträglich aufgetretene weitere Gesichtspunkte einer Lösung zuzuführen; siehe Entscheidung der Kommission v. 27. 3. 2002 (ABl. 2002 C150/7) sowie *Moser/Pesaresi/Soukoup*, Competition Policy Newsletter No. 2, June 2002, 1 (10).

³ Eine Darstellung des Verfahrensablaufs findet sich unter anderem im Competition Policy Newsletter No. 2, June 2001, 51 sowie bei *Martin-Ehlers*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – Much ado about nothing?, EWS 2001, 263 f. Zur Diskussion im Rahmen des Amsterdamer EU-Gipfeltreffens im Juni 1997 siehe *Koenig*, Die Privilegien öffentlich-rechtlicher Einstandspflichten zugunsten der Landesbanken vor den Schranken der EG-Beihilfenaufsicht, EWS 1998, 149 f.

⁴ Siehe aus der umfangreichen Literatur u. a. die Darstellungen von *Koenig*, EWS 1998, 149 ff.; *Schmid/Vollmüller*, Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, NJW 1998, 716 ff.

⁵ So bekräftigten insbesondere die Ministerpräsidenten der Länder bis zuletzt in verschiedenen Entschließungen des Bundesrates, dass es sich bei Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht um gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen handele. Siehe u. a. Bundesratsdrucksachen 409/99 u. 656/99.

⁶ Siehe unter anderem die Stellungnahme der WestLB vom 30. Juli 2001 zum Stand der EU-Verfahren, in welcher Rechtssicherheit Vorrang vor der eigenen beihilferechtlichen Bewertung eingeräumt wird.

sion und der sogenannten Koch-Weser Gruppe⁷ erzielt wurde, trägt demzufolge deutlich die Zeichen eines Kompromisses.

1. Anwendungsbereich

Was den Anwendungsbereich der Verständigung anbelangt, so erstreckt sich diese auf alle Landesbanken und Sparkassen, einschließlich ihrer öffentlich-rechtlichen Tochterunternehmen. Diese sind dabei freilich nicht Adressat der Einigung, sondern lediglich Betroffene.⁸ Die Umsetzungsverpflichtung als solche obliegt einzig den zuständigen nationalen Stellen.

Die Gleichbehandlung aller öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, unabhängig von ihrer jeweiligen Größe und Geschäftstätigkeit, vermag auf den ersten Blick durchaus zu überraschen. Schließlich hatte die Kommission zuvor immer wieder betont, dass lokal tätige Sparkassen oder ähnliche Kreditinstitute mit lokal begrenztem Wirkungskreis im Prinzip von vornherein nicht von Art. 87 Absatz 1 EG⁹ erfasst würden.¹⁰ Hintergrund dieser Einschätzung war die Erkenntnis, dass viele kleinere Sparkassen aufgrund ihrer besonderen Refinanzierungsstruktur in wesentlich geringerem Umfang, wenn denn überhaupt, von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung profitieren, als dies bei den sich auf den internationalen Kapitalmärkten refinanzierenden Landesbanken der Fall ist.¹¹ Zudem operieren viele Sparkassen auf lokalen Märkten, ohne im Wettbewerb zu ausländischer Konkurrenz zu stehen. Das gemeinschaftsrechtliche Beihilfenverbot setzt jedoch sowohl den Eintritt einer Wettbewerbsverfälschung wie eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten voraus.¹² Gegen eine isolierte Betrachtung einzelner Institute wurde verschiedentlich die besondere Struktur der Sparkassenorganisation angeführt, welche aufbauend auf Regionalprinzip und Verbundsystem die verschiedenen Sparkassen zumindest zu einer wirtschaftlichen Einheit

⁷ Der von *Koch-Weser*, Staatssekretär im Bundesfinanzministerium, angeführten dt. Delegation gehörten zudem die Finanzminister von Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg sowie der Präsident des Deutschen Sparkassen und Giroverbandes an.

⁸ Zur Stellung des Beihilfempfängers im Verfahren siehe Art. 20 VO (EG) Nr. 659/1999 vom 22. 3. 1999 (ABl. 1999 L 83/1) sowie *Hakenberg/Erlbacher*, Die Rechtsprechung des EuGH und EuGef auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 1999 und 2000, EWS 2001, 208 (217).

⁹ Zitiert nach der einheitlichen Zitierweise von EuGH und EuGef (Pressemitteilung vom 30. 7. 1999, EWS 1999, 342).

¹⁰ Siehe u. a. den Bericht der Europäischen Kommission an den Rat in Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor vom 17. 6. 1998. Erneut bestätigt in einer Rede Herrn Montis anlässlich einer Konferenz der Wirtschaftsminister der Länder am 30. 3. 2000 in Brüssel (DN: Speech/00/113). Beide Dokumente sind veröffentlicht auf der Homepage der Generaldirektion Wettbewerb.

¹¹ Siehe zu den Refinanzierungsvorteilen der Landesbanken im Vergleich zu sich vornehmlich aus Einlagen refinanzierenden Sparkassen, u. a. die Darstellung bei *von Friesen*, Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, 581 (582).

¹² Nach der *de-minimis*-Verordnung der Kommission vom 12. 1. 2001 VO Nr. 69/2001/EG (ABl. 2001 L 10/30) werden Beihilfen an ein Unternehmen, die einen Gesamtwert von 100 000 Euro innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren nicht überschreiten, nicht vom Anwendungsbereich der Art. 87/88 EG erfasst. Eher großzügig was die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anbelangt, das Urteil des EFTA-Gerichtshofes Case E-4/97 „Husbanken“ vom 3. 3. 1999.

verklammere.¹³ Auf eine solche Gesamtbetrachtung wollte sich die Kommission jedoch bis zuletzt nicht festlegen, in ihrer vorläufigen Bewertung vom 26. 1. 2001¹⁴ blieb diese Frage jedenfalls ungelöst. Vor diesem Hintergrund kann die in der Vereinbarung gefundene „Gesamtlösung“¹⁵ letztlich als Erfolg der Kommission angesehen werden, die sie von dem schwierig zu führenden Nachweis wettbewerbsverfälschender Wirkung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Einzelfall befreite.¹⁶ Auf Seiten der Sparkassen dürfte dabei die Einsicht Pate gestanden haben, sich nicht langfristig den Einstieg ins internationale Geschäft zu verbauen, sofern ein solcher nicht bereits vollzogen wurde.¹⁷

2. „Plattform-Modell“

Inhaltlich erfolgte eine Verständigung auf das sogenannte „Plattform-Modell“. Dieses setzt gewisse Rahmenvorgaben für die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors in Deutschland, lässt es den zuständigen staatlichen Stellen jedoch unbenommen, innerhalb dieses Rahmens Individuallösungen für die einzelnen Banken vorzusehen. Eckpunkte dieses Rahmens sind die Abschaffung der Gewährträgerhaftung sowie die Modifizierung der Anstaltslast. Der Bestand öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute als solcher und ihr Tätigkeitsfeld bleiben zunächst unberührt.

Weist die Verpflichtung zur Aufgabe der Gewährträgerhaftung, als der nach Außen bestehenden Einstandspflicht der Gewährträger für die Verbindlichkeiten einer Bank,¹⁸ einen klar umrissenen Inhalt auf, gestaltet sich die Bestimmung dessen, was unter modifizierter Anstaltslast zu verstehen ist, erheblich schwieriger.

a) Marktwirtschaftliche Eigentümerbeziehung

Kern der modifizierten Anstaltslast ist die Umgestaltung der bisherigen finanziellen Beziehung zwischen öffentlichem Eigner und Kreditinstitut in eine marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechende Eigentümerbeziehung.¹⁹ Den notwendigen Ver-

¹³ Die deutlichste Ausformung findet dieser Ansatz bei *Niemeyer/Hirsbrunner*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen, EuZW 2000, 364 (366 f.), die auch die Landesbanken als Teil dieses Verbundes begreifen. Für eine getrennte Betrachtung hingegen *Koenig*, EWS 1998, 149 (152).

¹⁴ Schreiben der Kommission an die Bundesregierung hinsichtlich der vorläufigen Beurteilung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vor dem Hintergrund des EG-Beihilferechts (DN: IP/01/119), gemäß Art. 17 Abs. 2 der VO Nr. 659/1999.

¹⁵ Angesprochen ist insofern die inhaltliche Einordnung als Beihilfengesamtsystem, 502508331 *Moser/Pesaresi/Soukoup*, Competition Policy Newsletter No. 2, June 2002, 5 f.

¹⁶ Im Beihilfeverfahren muss die Kommission explizit anhand einer Marktanalyse die Umstände darlegen, die eine Wettbewerbsverfälschung bewirken. Siehe EuGH Rs. 296/1982 „Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission“, Slg. 1985, 809, Rn. 24.

¹⁷ Zu den Auslandsaktivitäten der Sparkassen sowie zur Kooperation im Sparkassenverbund siehe *Hoppenstedt*, „Der Brüssler Entscheid wird die strategischen Entscheidungen der Sparkassenorganisation beschleunigen“, ZgesKredW 1999, 1040 ff.

¹⁸ Zu Begriff und Inhalt der Gewährträgerhaftung, *Martin-Ehlers*, EWS 2001, 263 (265); *Schneider*, Das Finanzierungsrecht der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, in: FS für Stefan Riesenfeld, 1983, 237 (247 f.).

¹⁹ Zu den Einzelheiten der Verständigung siehe Entscheidung der Kommission v. 27. 3. 2002, 502508331 *Moser/Pesaresi/Soukoup*, Competition Policy Newsletter No. 2, June 2002, 1 (9 f.).

gleichsmaßstab liefert dabei das Verhalten eines privaten Anteilseigners einer Kapitalgesellschaft.

Dieser Ansatz trägt zum einen der Überzeugung Rechnung, dass der Staat bei der Finanzierung öffentlicher Unternehmen nicht etwa frei ist, sondern auch in diesem Bereich grundsätzlich der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenkontrolle untersteht.²⁰ Er anerkennt jedoch gleichfalls, dass nicht jede Mittelzuwendung an ein öffentliches Unternehmen seitens seines staatlichen Trägers bereits per se als unzulässige Beihilfe einzustufen ist. Vielmehr bleibt es der öffentlichen Hand unbenommen ihre Unternehmen grundsätzlich genauso zu unterstützen, wie dies ein privater, marktwirtschaftlich orientierter Anteilseigner auch tun würde. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichem und privatem Sektor.²¹

In diesem Zusammenhang wurde verschiedentlich diskutiert, ob die durch Anstaltslast geprägte finanzielle Beziehung zwischen staatlichem Träger und Anstalt nicht ein Kapitalgesellschaften vergleichbares Regime darstelle, welches als solches für die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Bankensektors unverzichtbar sei.²² Die Verpflichtung des Trägers, der Anstalt die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Ressourcen zuzuführen, wurde dabei als anstaltsrechtliches Surrogat kapitalrechtlicher und konzernrechtlicher Vorschriften, wie sie im Recht der Kapitalgesellschaften vorgesehen sind, betrachtet.²³ Mit Blick auf das in Brüssel erzielte Verhandlungsergebnis kann festgestellt werden, dass sich dieser Ansatz letztlich nicht durchsetzen konnte:

Neben der Verständigung auf eine marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechende Eigentümerbeziehung, finden sich in dem Kompromiss verschiedene Vorgaben, welche deren Ausgestaltung konkretisieren. In diesem Zusammenhang werden bestimmte Verhaltensweisen untersagt, die dem Verhalten eines marktwirtschaftlich orientierten Anteilseigners einer Kapitalgesellschaft nach Auffassung der Kommission nicht mehr entsprechen. Hierzu gehört eine generelle Verpflichtung des öffentlichen Eigners zu wirtschaftlicher Unterstützung des Kreditinstituts sowie jeglicher sonstige Automatismus wirtschaftlicher Unterstützung. Ebenfalls verboten ist die unbeschränkte Haftung des öffentlichen Eigners für Verbindlichkeiten des Instituts sowie Absichtserklärungen oder Garantien, die dessen Bestand sichern.²⁴ Begreift man die Anstaltslast im Kern als öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Trägers, die wirtschaftliche Grundlage der Anstalt sowie ihre Funktionsfähigkeit während ihres Beste-

²⁰ Dies folgt bereits aus Art. 86 I EG; EuGH, Rs. 78/76 „Steinike u. Weinlig“, Slg. 1977, 595, Rn. 18; Rs. C-378/92 „Banco Exterior de Espana“, Slg. 1994, I-877, Rn. 17.

²¹ EuGH, Rs. C-305/89 „Italien/Kommission“, Slg. 1991, I-1603, Rn. 20.

²² Siehe insbesondere die Kontroverse zwischen *Koenig*, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfe gem. Art 92 EGV?, *EuZW* 1995, 595 (597 f.) und *Schneider/Busch*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, *EuZW* 1995, 602 (605 ff.).

²³ So *Schneider/Busch*, *EuZW* 1995, 602 (605 f.). Kritisch hierzu mit Blick auf die gegenwärtige Struktur öffentlich-rechtlicher Banken, *Koenig*, Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute?, *WM* 1995, 821 (827 f.).

²⁴ Als weitere Verpflichtung wurde die Gleichbehandlung in der Insolvenz festgeschrieben.

hens zu sichern,²⁵ so tritt offen zu Tage, dass sich die so verstandene Anstaltslast kaum mit dem Verbot jeglicher Verpflichtung des öffentlichen Eigners zu wirtschaftlicher Unterstützung, wie sie in Brüssel vereinbart wurde, in Einklang bringen lässt. Hinzu tritt, dass durch das Verbot jeglichen Automatismus wirtschaftlicher Unterstützung auch jede Ausgestaltung der Anstaltslast unterhalb der Schwelle rechtlich bindender Verpflichtung,²⁶ etwa in Form einer Obliegenheit, von vornherein ausgeschlossen wird. Auch einer Bestandsgarantie für einzelne Kreditinstitute wird in der Vereinbarung eine klare Absage erteilt, wobei in diesem Zusammenhang erwähnt werden sollte, dass die Anstaltslast auch bisher überwiegend als Funktionsgarantie und nicht als Bestandsgarantie angesehen wurde.²⁷

Als Zwischenergebnis kann demzufolge zunächst festgehalten werden, dass eine Ausgestaltung der Anstaltslast in ihrer bisher bekannten Form nach der in Brüssel erzielten Verständigung nicht mehr in Betracht kommt. Welche Rechtsfolgen dies im Einzelnen für die finanziellen Beziehungen zwischen Träger und Anstalt hat und ob der Begriff der „modifizierten Anstaltslast“ in diesem Zusammenhang berechtigt ist, wird an späterer Stelle erörtert werden.

b) Wirtschaftliche Unterstützung gemäß EG-Beihilfenrecht

Der soeben dargestellte Rahmen sollte jedoch nicht zu der irrigen Einschätzung verleiten, dass zukünftig finanzielle Zuwendungen staatlicher Stellen an die Landesbanken/Sparkassen damit stets unter dem Vorbehalt des Verhaltens eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers, geleitet von längerfristigen Rentabilitätsaussichten,²⁸ stünden. Vielmehr bleibt es den Anstaltsträgern nach der in Brüssel erzielten Einigung darüber hinaus unbenommen, wirtschaftliche Unterstützung gemäß den Beihilferegelungen des EG-Vertrages zu gewähren. Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang dabei die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG. Bei dieser Vorschrift handelt es sich unter anderem um eine Ausnahme vom allgemeinen Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG,²⁹ die unter bestimmten Voraussetzungen Beihilfen zugunsten von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gestattet. Wenngleich noch manche Frage im Hinblick auf die konkreten Anforderungen, die diese Vorschrift im Einzelfall stellt, unge-

²⁵ Die landesgesetzlichen Bestimmungen zur Anstaltslast differieren zum Teil beträchtlich. Ähnliches gilt für die Definitionsansätze in der Literatur. Siehe hierzu nur *Oebbecke*, Die Anstaltslast-Rechtspflicht oder politische Maxime, DVBl. 1981, 960 (961).

²⁶ Die Ansichten zur Rechtsnatur der Anstaltslast und ihrer Durchsetzung sind geteilt. Siehe die Darstellungen bei *Oebbecke*, DVBl. 1981, 960 (961) sowie *Schneider*, in: FS für Riesenfeld, 237 (244).

²⁷ So z. B. *Koenig*, EWS 1998, 149 (150); *Schneider*, in: FS für Riesenfeld, 237 (246).

²⁸ Zum Maßstab der längerfristigen Rentabilität im Beihilfereverfahren EuGH, Rs. C-305/98 „Italien/ Kommission“, Slg. 1991, I-1433, Rn. 20; EuG, Rs. T-296/1997 „Alitalia“, Slg. 2000, II-3875, Rn. 96.

²⁹ Zur systematischen Einordnung von Art. 86 Abs. 2 EG bei Ausgleichszahlungen EuG, Rs. T-106/95 „FFSA/Kommission“, Slg. 1997, II-229, Rn. 178; zumindest mittelbar bestätigt durch EuGH Rs. C-174/97 P, Slg. 1998, I-1303, Rn. 33. Differenzierend *Koenig*, EuZW 1995, 595 (600); bereits den Tatbestand einer Beihilfe verneinend jedoch jüngst EuGH, Rs. C-53/00 „Ferring“, Slg. 2001, I-9067, Rn. 22 f. Zu den daran anknüpfenden Diskussionen siehe u. a. *Nettesheim*, Europ. Beihilfeaufsicht u. Mitgliedstaatl. Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253 ff.; *GA Léger*; *Schlußantrag v. 19. 3. 2002 in der Rs. C-280/00 „Altmark“*.

löst ist,³⁰ so gilt doch ein Umstand inzwischen als anerkannt: Zumindest solche Zuwendungen, welche nur die Mehrkosten ausgleichen, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung dieser besonderen Aufgaben entstehen, können als mit dieser Bestimmung vereinbar angesehen werden.³¹ Dies setzt selbstverständlich voraus, dass nur die tatsächlich durch die öffentliche Aufgabenerfüllung entstandenen Mehrkosten ausgeglichen werden, so dass eine Quersubventionierung von Tätigkeiten im Wettbewerbsbereich von vornherein ausgeschlossen ist.³² Dahinter steht letztlich die Intention dem betroffenen Unternehmen die Erfüllung der ihm im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse übertragenen Aufgaben unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen. Dies gilt dabei unabhängig davon, ob es sich um ein öffentliches oder privates Unternehmen handelt. Eine Verpflichtung zur Anrechnung von Vorteilen aus anderen Bereichen der Unternehmenstätigkeit, die dem Wettbewerb offen stehen, besteht dabei nicht.³³ Überträgt man diesen Gedanken auf die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland bedeutet dies, dass staatliche Zuwendungen, die lediglich einen Ausgleich für die Mehrbelastungen darstellen, die den Banken durch die Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entstehen, grundsätzlich zulässig bleiben. Dies lässt jedoch die Frage in den Vordergrund treten, welche Dienstleistungen als solche von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesehen werden können und wie die Kontrolle, der in diesem Zusammenhang geleisteten Ausgleichszahlungen erleichtert werden kann.

aa) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wird im EG-Vertrag nicht näher definiert. Ganz überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass diese Beurteilung vorrangig den Mitgliedstaaten und ihren Untergliederungen obliegt, denen insofern weitgehende politische Gestaltungsfreiheit zukommt.³⁴ Wie weit dieser Gestaltungsspielraum reicht und wo genau die Missbrauchskontrolle durch die Kommission einsetzt, bleibt dabei weitgehend der Entscheidung des Einzelfalls vorbehalten. Auch der durch den Amsterdamer Vertrag neu eingefügte Art. 16 EG trägt insofern nicht zur Klärung bei, da er lediglich auf das bestehende Kompetenzgefüge Bezug nimmt.³⁵

³⁰ Dies gilt insbesondere für die sogenannte „Verhältnismäßigkeitsprüfung“. Siehe insofern die fundamental unterschiedlichen Ansätze von *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Licht des europäischen Wettbewerbs, EuZW 2001, 334 ff. und *Koenig*, EuZW 2001, 481; exemplarisch aus der Rechtsprechung EuGH Rs. C-147/97 „Dt. Post AG/GZS“, Slg. 2000, I-825, Rn. 49 ff.; EFTA-Gerichtshof, Rs. E-4/97 „Husbanken“, Rn. 70.

³¹ EuG, Rs. T-106/95, „FFSA/Kommission“, Slg. 1997, II-229, Rn. 178 sowie Mitteilung der Kommission hinsichtlich Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. 9. 2000 (ABl. 2001 C 17/8), Rn. 26; EuGH Rs. C-53/00 „Ferring“ Slg. 2001, I-9067, Rn. 27.

³² EuG, Rs. T-106/95, Rn. 183. Die Kommission spricht in ihrer Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa a. a. O. von einer Begrenzung in Höhe der Nettomehrkosten.

³³ EuG Rs. T-106/95, Rn. 178. A. A. *Koenig*, EuZW 1995, 595 (598), der zunächst für einen Gewinntransfer aus rentablen Bereichen plädiert.

³⁴ Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (ABl. 2001 C 17/8), Rn. 22; Nettesheim, EWS 2002, 253 (254).

³⁵ Siehe hierzu *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (337).

Für die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland werden in diesem Zusammenhang vor allem bestimmte Förderfunktionen, z.B. im Bereich des Wohnungsbaus oder der regionalen Wirtschaft, die Hausbankfunktion für Staat und Kommunen, die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen sowie die Wettbewerbssicherungsfunktion ins Spiel gebracht,³⁶ wengleich sich die landesgesetzlichen Bestimmungen, was die Aufgaben der einzelnen Institute anbelangt, zum Teil beträchtlich unterscheiden. Mit Ausnahme der Wettbewerbssicherungsfunktion,³⁷ deren Berechtigung durchaus bezweifelt werden kann, handelt es sich dabei ausnahmslos um Tätigkeiten, deren Wahrnehmung öffentlichem Interesse entspricht. Für die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen wurde dies in der Erklärung des Rates von Amsterdam zu den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland ausdrücklich bestätigt.³⁸ Sofern den Kreditinstituten durch die Übernahme dieser Tätigkeiten tatsächlich Mehrbelastungen entstehen, was im Einzelfall nachzuweisen wäre, erscheint eine finanzielle Unterstützung vor diesem Hintergrund durchaus möglich. Allerdings, und das sollte keinesfalls außer Acht gelassen werden, kommen solche Zuwendungen nur unter der Prämisse in Betracht, dass die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe dem Kreditinstitut durch Hoheitsakt und unter Umschreibung der konkreten Pflichten zugewiesen wurde.³⁹ Die bisherigen landesgesetzlichen Regelungen dürften diesen Vorgaben nur sehr eingeschränkt genügen und müssten demzufolge präzisiert werden.

bb) Kontrolle der Ausgleichszahlungen

Die Kontrolle, ob erhaltene Ausgleichszahlungen wirklich den durch die öffentliche Aufgabenerfüllung entstandenen Mehrkosten entsprechen, gestaltet sich jedoch sehr schwierig, vor allem wenn detaillierte Informationen fehlen. Dies gilt insbesondere für solche Unternehmen, die einerseits öffentliche Aufgaben wahrnehmen, mit anderen Teilen ihrer Aktivitäten jedoch im normalen Wettbewerb stehen. Die Gefahr sogenannter „Quersubventionierung“ ist in diesem Zusammenhang kaum von der Hand zu weisen.

Um dem entgegenzuwirken wurde die Transparenzrichtlinie um Vorschriften erweitert, welche die betroffenen⁴⁰ Unternehmen zu getrennter Buchführung verpflichten.

³⁶ Siehe statt vieler *Martin-Ehlers*, EWS 2001, 263 (268); überwiegend kritisch *Möschel*, Privatisierung der Sparkassen, WM 1993, 93 (95 ff.).

³⁷ Gemeint ist insofern der Bestand öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute als 3. Säule des dt. Kreditgewerbes neben Privat- und Genossenschaftsbanken, siehe u. a. *Rehm*, Öffentlich-rechtliche Sparkassen: Privatisierung weil erfolgreich im Wettbewerb, WM 1983, 133 (135).

³⁸ Siehe Bericht der Europäischen Kommission an den Rat über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor vom 17. 6. 1998. Zur Entstehungsgeschichte dieser Erklärung und ihrer rechtlichen Bedeutung, *Koenig*, EWS 1998, 149.

³⁹ EuGH, Rs. C-159/94, „Kommission/Frankreich“, Slg. 1997, I-5815, Rn. 65 ff.

⁴⁰ Jedes Unternehmen, dem besondere oder ausschließliche Rechte nach Art. 86 Abs. 1 gewährt wurden oder das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art. 86 Abs. 2 EG betraut ist und das für diese Dienstleistungen staatliche Beihilfen erhält und das in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig ist.

ten.⁴¹ Die Transparenzrichtlinie gewährleistet damit nicht mehr nur die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen, sondern auch die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.⁴² Wichtig ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass diese Verpflichtung nicht nur für öffentliche Unternehmen gilt, sondern genauso für private Unternehmen, die mit der Erfüllung von Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragt wurden und dafür staatlich unterstützt werden.⁴³ Die „neue Transparenz“ ist somit rechtsformunabhängig und erstreckt sich auch nur auf die Buchführung. Eine rechtliche Trennung zwischen den verschiedenen Tätigkeitsfeldern im Sinn einer Aufspaltung des Unternehmens wird nicht gefordert.⁴⁴

Grundsätzlich ausgenommen von dieser Verpflichtung sind jedoch Unternehmen, welche Dienstleistungen erbringen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht merklich zu beeinträchtigen geeignet sind sowie Unternehmen mit einem Jahresumsatz von unter 40 Mio. Euro oder bei öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten einer Bilanzsumme von unter 800 Mio. Euro; eine Einschränkung, die insbesondere für die zum Teil kleineren Sparkassen Relevanz erlangt. Ebenfalls befreit sind solche Unternehmen, die Dienstleistungen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG erbringen, sofern die ihnen gewährten Beihilfen im Rahmen eines offenen transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens festgesetzt wurden.

cc) Beihilfe

Ob es sich bei Zuwendungen, die im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 gewährt werden, dennoch um Beihilfen handelt, die lediglich ausnahmsweise als mit dem EG-Vertrag vereinbar anzusehen sind, ist gegenwärtig Gegenstand heftiger Kontroversen.⁴⁵ Davon hängt jedoch unter anderem auch die Frage ab, ob die öffentliche Hand, wenn sie öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten zukünftig derartige Begünstigungen gewähren will, dies vorher der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG anzeigen muss.⁴⁶ Bis zu einer verfahrensabschließenden Genehmigungsentscheidung der Kommission oder bis die Beihilfe als genehmigt gilt, dürfte eine derartige Zuwendung nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 sonst nicht durchgeführt werden.⁴⁷

⁴¹ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. 7. 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. 2000 L 193/75). In Deutschland inzwischen umgesetzt durch Bundesgesetz vom 16. 8. 2001, BGBl. I 2001, S. 2341.

⁴² Dies wird auch durch den Namen der neuen Richtlinie deutlich: Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.

⁴³ Siehe z. B. *Soukoup*, Auswirkungen der Transparenz-Richtlinie auf öffentliche Unternehmen, ZögU 2001, 86 (90); *Bolsenkötter/Poullie*, Auswirkungen der Änderung der EU-Transparenzrichtlinie auf das Rechnungswesen, ZögU 2001, 204 (208).

⁴⁴ *Soukoup*, ZögU, 2001, 86 (91).

⁴⁵ So zunächst EuG Rs. T-106/95 Rn. 172; EuG Rs. T-46/97 „SIC/Kommission“, Slg. 2000, II-2125, Rn. 84; bereits den Beihilfenatbestand verneinend jedoch EuGH Rs. C-53/00 „Ferring“, Slg. 2001, I-9067, Rn. 22 ff.

⁴⁶ *Hakenberg/Erlbacher*, EWS 2001, 208 (214).

⁴⁷ Dies schien lange auch im Falle einer Beihilfe nach Art. 86 Abs. 2 EG zu gelten. EuGH, Rs. C-332/98 „CELLI“, Slg. 2000, I-4833, Rn. 32; siehe auch *Nowak*, Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den

c) Bewertung

Unter Zugrundelegung des bisher Erörterten, lässt sich das sogenannte „Plattform-Modell“ wie folgt charakterisieren:

Im Grundsatz darf sich die finanzielle Beziehung des öffentlichen Eigners zu seinem Kreditinstitut nicht von der eines marktwirtschaftlich handelnden Investors einer Kapitalgesellschaft unterscheiden. Finanzielle Zuwendungen stehen damit unter dem Vorbehalt des Verhaltens eines privaten Investors vergleichbarer Größe in vergleichbarer Lage.⁴⁸ Etwas anderes gilt jedoch für solche Zuwendungen, die einen Ausgleich für Mehrbelastungen darstellen, die sich aus der Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG ergeben. Diese Sonderbehandlung ist auch einleuchtend, schließlich geht es insofern um Leistungen, die im öffentlichen Auftrag des Staates wurzeln und die ein Privater auf Grund fehlender Rentabilität unter Umständen überhaupt nicht erbringen würde, so dass der „private investor“ Test in diesem Zusammenhang letztlich nicht greift und auch gar nicht greifen kann.

Derartige Vergünstigungen dürfen gewährt werden, sofern das betroffene Kreditinstitut durch Hoheitsakt mit der Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben betraut wurde und die Zuwendung tatsächlich nur die dadurch entstehende Mehrbelastung ausgleicht. Dies gestattet zwar keine unbeschränkte Einstands- und Ausstattungspflicht des Staates für seine Anstalten, wie dies durch die Anstaltslast in herkömmlicher Form gewährleistet wurde, es ermöglicht jedoch eine punktuelle Unterstützung der Anstalt in Bezug auf die ihr konkret übertragenen öffentlichen Aufgaben. Zulässig bleibt damit letztlich eine funktionsbezogene Ausgestaltung der Anstaltslast im Gegensatz zu einer organisationsbezogenen Ausprägung,⁴⁹ eine Entwicklung, die in vollem Umfang zu begrüßen ist. Man kann insofern auch von einer modifizierten Anstaltslast sprechen.

Die Einhaltung dieser Grundsätze untersteht dabei der Aufsicht durch die Kommission.

3. Übergangsfristen

Die Einigung sieht verschiedene Übergangsfristen vor innerhalb derer, die soeben beschriebenen Grundsätze umzusetzen sind. Demzufolge sind Verbindlichkeiten, die am 18. 7. 2001 bereits bestanden, grundsätzlich bis zum Ende ihrer Laufzeit von der Gewährträgerhaftung gedeckt. Dies gilt ebenfalls für Verbindlichkeiten, die innerhalb

Jahren 1998, 1999 und 2000, EuZW 2001, 293 (298); a. A. 502508312, jedoch EuGH Rs C-53/00 Rn. 27; Nettesheim, EWS 2001, 253 ff.

⁴⁸ Sogenannter „private investor“ Test, siehe z. B. EuGH, Rs. C-305/89 „Italien/Kommission“, Slg. 1991, I-1603, Rn. 20; EuG, Rs. T-296/97 „Alitalia/Kommission“, Slg. 2000, II-3875, Rn. 96.

⁴⁹ Siehe zu den unterschiedlichen Ansätzen in Bezug auf die Grundlage der Anstaltslast einerseits *Kirchhof*, Schuldübergang und Haftung bei der Privatisierung der Postunternehmen, NVwZ 1994, 1041 (1042), der ihre Rechtfertigung vor allem in der Aufgabenübertragung sieht, andererseits *Schneider*, in: FS für Stefan Riesenfeld, 237 (244), der den Organisationsakt betont.

der Übergangsphase zwischen dem 19. 7. 2001 und dem 18. 7. 2005 begründet werden, vorausgesetzt ihre Laufzeit geht nicht über den 31. 12. 2015 hinaus. Innerhalb dieser Übergangsphase kann dabei neben der Gewährträgerhaftung auch die Anstaltslast in ihrer bisherigen Form beibehalten werden.

a) Alt-/Neubeihilfen

Die Gewährung der Übergangsfristen wurde der Kommission grundsätzlich dadurch erleichtert, dass sie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Altbeihilfen ansah. Im Fall der Einordnung als Neubeihilfen hätten sich derartig „großzügige“ Übergangsfristen kaum rechtfertigen lassen. Schließlich ist bei Neubeihilfen, die entgegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG gewährt wurden, die Rückforderung logische Folge der Rechtswidrigkeitsfeststellung durch die Kommission.⁵⁰ Zwar sind auch in diesem Zusammenhang die Grundsätze des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen, zumal im konkreten Fall nicht nur die öffentlichen Kreditanstalten selbst als Beihilfeempfänger⁵¹ sondern auch Dritte betroffen werden. Ein Fortbestand als rechtswidrig eingestufte Beihilfen auch für die Zukunft, wie durch die 4-jährige Übergangsfrist ermöglicht, kann dabei freilich nicht gerechtfertigt werden.

Was die Einordnung als Alt- oder Neubeihilfe anbelangt, so hat der Europäische Gerichtshof inzwischen klargestellt, dass die Einstufung einer staatlichen Zuwendung als neue oder bestehenden Beihilfe nicht von den subjektiven Einschätzungen der Kommission oder gar Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig sein darf, sondern dass es sich insoweit um eine juristische Feststellung handelt.⁵² Ob die generelle Einstufung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als bestehende Beihilfen durch die Kommission⁵³ diesen Anforderungen genügt, ist nicht einfach zu beantworten.⁵⁴ Dies hängt vor allem damit zusammen, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in den verschiedenen Landesgesetzen zu durchaus unterschiedlichen Zeitpunkten, vor allem aber zum Teil erst nach dem Inkrafttreten des EG-Vertrages verankert wurden.⁵⁵ Als bestehende Beihilfen gelten jedoch im Grundsatz nur solche Zuwendungen, die bereits vor Inkrafttreten des EG-Vertrages oder im Falle des Beitritts, zu diesem Zeitpunkt bestanden.⁵⁶ Verschiedentlich wurde zwar vorgebracht, dass zumindest die Anstalts-

⁵⁰ EuGH, Rs. C-75/97 „Belgien/Kommission“, Slg. 1999, I-3671, Rn. 64; Rs. C-404/97 „Kommission/Portugal“, Slg. 2000, I-4897, Rn. 38 „unabhängig von der Form in der die Beihilfe gewährt wurde“. Siehe auch Art. 14 VO (EG) Nr. 659/1999 vom 22. 3. 1999 (ABL 1999 L 83/6).

⁵¹ Zum nur eingeschränkten Vertrauensschutz des Beihilfeempfängers im Fall nicht angemeldeter Beihilfen, EuGH Rs. C-25/95 „Rheinland-Pfalz/Alcan“, Slg. 1997, I-1591, Rn. 25; EuG, Rs. T-298/97 u. a., „Alzetta u. a./Kommission“, Slg. 2000, II-2319, Rn. 171 (Rechtsmittel: Rs. C-298/00 P).

⁵² EuGH Rs. C-295/97 „Piaggio/Italia u. a.“, Slg. 1999, I-3735 Rn. 44 f. Zustimmung im Hinblick auf die unterschiedlichen Verfahren *Nowak*, EuZW 2001, 293 (299).

⁵³ Siehe z. B. Schreiben der Kommission an Deutschland zur vorläufigen Einstufung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vom 26. 1. 2001 (DN: IP/01/119).

⁵⁴ Siehe zu der umstrittenen Einordnung die Debatte zwischen *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363 (364 f.) und *Gruson*, Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen der Landesbanken, EuZW 1997, 357 (359 ff. u. 429).

⁵⁵ Exemplarisch *Schneider*, in: Festschrift für Riesenfeld, 237 (238) bezüglich des Sparkassengesetzes von Rheinland-Pfalz.

⁵⁶ Ausführlich die Definition in Art. 1 VO (EG) Nr. 659/1999.

last, als Ausfluss staatlicher Organisationshoheit, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstelle,⁵⁷ der bereits vor diesem Zeitpunkt Geltung beanspruchte, ein derartiger Nachweis scheint bisher jedoch zumindest ungewiss.⁵⁸ Von besonderem Interesse im vorliegenden Zusammenhang ist die neuere Rechtsprechung des EuG, derzufolge ein Beihilfensystem, das bereits zu einem Zeitpunkt vor Liberalisierung des betreffenden Marktes bestand als Altbeihilfe anzusehen ist.⁵⁹ Dahinter steht letztlich die Überlegung, dass ein solches System ursprünglich mangels Wettbewerbs nicht in den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG fiel und der Eintritt der Liberalisierung, mangels mitgliedstaatlicher Verantwortlichkeit, keine eine Neubewertung rechtfertigende staatliche Umgestaltung darstellt. Überträgt man dieses Konzept auf die Situation öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in Deutschland wäre demzufolge nicht länger der Abschluss des EG-Vertrages maßgeblich, als vielmehr der Zeitpunkt der Liberalisierung der Märkte für Finanzdienstleistungen in Europa zu Beginn der 90er Jahre.⁶⁰ Diese Auffassung des EuG widerspricht dabei grundsätzlich der Auffassung der Kommission, wie sie unter anderem in der neuen Verfahrensordnung ihren Niederschlag gefunden hat, die grundsätzlich davon ausgeht, dass ab dem Zeitpunkt der Liberalisierung von einer Neubeihilfe auszugehen ist.⁶¹ Ob der EuGH zu dieser Frage im derzeit anhängigen Rechtsmittelverfahren Stellung nimmt, ist noch ungewiss.

b) Vertrauensschutz

Weiterhin ist zu untersuchen, in welchem Umfang Vertrauensschutz bei der Gewährung der Übergangsfristen eine Rolle spielte. Im Verfahren der fortlaufenden Kontrolle bestehender Beihilfen kann die Kommission lediglich eine Aufhebung oder Umgestaltung des als gemeinschaftswidrig eingestuften Beihilfensystems mit Wirkung ex nunc anordnen.⁶² Eine Verpflichtung zur sofortigen Umgestaltung des bisherigen Haftungssystems durch Änderung der gesetzlichen Grundlagen würde jedoch neben den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten selbst auch die Position der Gläubiger öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute tangieren, schließlich verlieren sie, vor allem mit dem Wegfall der Gewährträgerhaftung, eine erstklassige⁶³ Sicherheit. Betroffen wären

⁵⁷ *Schneider*, in: Festschrift für Riesenfeld, 237 (244); *Kirchhof*, NVwZ 1994, 1441 (1043).

⁵⁸ Siehe insbesondere die Darstellung bei *Koenig*, WM 1995, 821 (824 ff.); *Oebbecke*, DVBl. 1981, 960 ff. Siehe auch später unter 2. a).

⁵⁹ EuG, Rs. T-298/97 u. a., „Alzetta u. a./Kommission“, Slg. 2000, II-2319, Rn. 143 (Rechtsmittel: Rs C-298/00 P); *Kronberger*, ELR 2000, State aid and liberalisation: Controversies on the dividing line between new and existing aid schemes, 311 (313 f.).

⁶⁰ Vor allem durch die 2. Bankenrichtlinie RL 89/299/EWG vom 15. 12. 1989. Dieser Standpunkt des EuG's ähnelt letztlich der Position *Gruson*, EuZW 1997, 429, wenn er davon spricht, dass die Anstaltslast bis Anfang der 90er Jahre nicht beihilfeverdächtig war.

⁶¹ Art. 1 b) v) S. 2 VO (EG) Nr. 659/1999. Siehe hierzu auch *Hakenberg/Erlbacher*, EWS 2001, 208 (218); *Kronberger*, ELR 2000, 311 (314).

⁶² Siehe zuletzt EuG, Rs. T-298/97 u. a., „Alzetta u. a./Kommission“, Rn. 148 (Rechtsmittel: Rs C-298/00 P).

⁶³ Dies gilt in besonderem Maße, wenn man die Gewährträgerhaftung nicht „lediglich“ als Ausfallbürgschaft qualifiziert. Siehe einerseits *Gruson/Schneider*, *The German Landesbanken*, *Columbia Business Law Review*, 1995, 395 ff., andererseits *Thode/Peres*, *Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht*, *VerwArch* 1998, 439 (448). Die Entscheidung der Kommission v. 27. 3. 2002 beinhaltet erstmalig auch Vorgaben, die das Verfahren bei Inanspruchnahme der Gewährträger betreffen.

in diesem Fall auch solche Forderungen, die bereits vor Abschluss des Beihilfeverfahrens und damit vor Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beihilfe begründet wurden. Zu diesem Zeitpunkt vertrauten die Anleger jedoch in aller Regel auf ein Fortbestehen dieses gesetzlich normierten Haftungssystems. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum eingeschränkten Vertrauensschutz bei nicht notifizierten Neubehilfen können in der vorliegenden Konstellation nicht zur Anwendung gelangen. Schließlich basiert die restriktive Handhabung des Vertrauensschutzes in diesem Zusammenhang vornehmlich auf der Prämisse, dass sich ein umsichtiger Beihilfeempfänger⁶⁴ hätte vergewissern können, ob das Verfahren nach Art. 88 Abs. 3 EG eingehalten wurde.⁶⁵ In der konkreten Situation steht jedoch nicht nur der Vertrauensschutz des Beihilfenempfängers sondern auch der eines Dritten⁶⁶ in Rede. Außerdem handelt es sich nach Auffassung der Kommission um eine bestehende und nicht etwa eine neue Beihilfe, so dass die fehlende Notifikation nicht als Grund mangelnder Schutzwürdigkeit herangezogen werden kann. In welchem Umfang jedoch das Vertrauen Dritter im Rahmen einer Beihilfeentscheidung zu berücksichtigen ist⁶⁷ und wie weit überhaupt der Vertrauensschutz bei der Umgestaltung von Altbeihilfen reicht, ist bisher noch weitgehend offen. Letztlich wird man für jeden Fall gesondert untersuchen müssen, ob die Beteiligten auf einen Fortbestand der bestehenden Beihilferegelung, im konkreten Fall in Form gesetzlicher Haftungsvorgaben, vertrauen durften und in welchem Umfang dieses Vertrauen, in Anbetracht des Gemeinschaftsinteresses an einer möglichst raschen Beseitigung der Wettbewerbsverfälschung, als schutzwürdig angesehen werden kann. Art. 88 Abs. 2 EG gibt der Kommission dabei einen gewissen Ermessensspielraum. Indem die Kommission, die Beibehaltung der Gewährträgerhaftung nicht nur für solche Verbindlichkeiten gestattet, die am 18. 7. 2001 bereits bestanden, sondern darüber hinaus einen Fortbestand des gegenwärtigen Haftungssystems bis zum 18. 7. 2005 zulässt, einschließlich einer Fortgeltung der Gewährträgerhaftung für Verbindlichkeiten, die in diesem Übergangszeitraum noch entstehen,⁶⁸ übt sie das ihr zustehende Ermessen dabei eher großzügig aus. So hätte man zum Beispiel die vorübergehende Beibehaltung der Gewährträgerhaftung auch an die Zahlung einer angemessenen Provision für diese Staatshaftung knüpfen können, wie dies zum Teil in anderen Ländern gehandhabt wird.⁶⁹ Die eingetretene Wettbewerbsverfälschung würde auf diese Weise schneller beseitigt und das Vertrauen, zumindest der Gläubiger, wäre durch eine solche Regelung nicht betroffen. Letztlich

⁶⁴ Die Verpflichtung gilt dabei unabhängig von der Unternehmensgröße. Siehe EuG, Rs. T-298/97 u. a. „Alzeta u. a./Kommission“, Rn. 172.

⁶⁵ EuGH Rs. C-25/95 „Rheinland-Pfalz/Alcan“, Slg. 1997, I-1591, Rn. 25.

⁶⁶ Siehe hierzu *Gruson*, EuZW 1997, 357 (358).

⁶⁷ Nach Art. 6.4. der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (ABl. 2001 C 71/14) ist dieser Umstand zumindest zu berücksichtigen. Zweifelnd zumindest im Kontext von Banken als Bürgschaftsgläubiger z. B. *Steindorff*, Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften, EuZW 1997, 7 (12). Offen geblieben in EuGH, Rs. C-404/97 „Kommission/Portugal“, Slg. 2000, I-4897, Rn. 38 u. 53.

⁶⁸ Sofern die Laufzeit dieser Verbindlichkeiten nicht über den 31. 12. 2015 hinausgeht.

⁶⁹ Siehe zur Darstellung entsprechender Regelungen in der Schweiz und in Österreich *von Friesen*, EuZW 1999, 581 (584).

stellt eine Beseitigung der Gewährträgerhaftung für die Zukunft jedoch das transparentere System im Vergleich zu Provisionszahlungen dar. Vor diesem Hintergrund erscheint es dann auch vertretbar, auf die vorübergehende Einführung solcher Zahlungen zu verzichten, wenngleich die wettbewerbswidrige Situation auf diese Weise noch etwas länger andauert. Gerade die vereinbarten Übergangsfristen tragen somit deutlich die Zeichen eines Kompromisses.

II. Folgen für die Zukunftsstruktur des öffentlich-rechtlichen Bankensektors

Im Anschluss an die Darstellung der Grundzüge des „Brüsseler Kompromisses“ soll im Folgenden ein kurzer Überblick über mögliche Auswirkungen dieser Verständigung für die zukünftige Struktur des öffentlich-rechtlichen Bankensektors in Deutschland gegeben werden. Dabei ist zwischen solchen Rechtsfolgen zu unterscheiden, die ausdrücklich vorgegeben werden und solchen, die zur Disposition der jeweiligen Entscheidungsträger stehen.

1. Rechtliche Vorgaben

Die deutschen Behörden haben sich verpflichtet das „Plattform-Modell“ und damit die innerhalb dieses Modells angelegten Rahmenvorgaben bis zum 31. 12. 2002 umzusetzen. Die darin niedergelegten Grundsätze sind dabei nach der Verständigung gesetzlich zu fixieren. Entsprechende Vorschläge müssen den zuständigen Gesetzgebungsorganen spätestens bis zum 31. 3. 2002 unterbereitet werden. Die Zuständigkeit zur Umsetzung obliegt im konkreten Fall den Landesgesetzgebern, da es sich insoweit um Gegenstände des Organisationsrechts öffentlich-rechtlicher Einrichtungen der Länder handelt,⁷⁰ schließlich sind Landesbanken wie Sparkassen in der Form öffentlich-rechtlicher Landesanstalten organisiert.

Inhaltlich umfasst die Verpflichtung eine gesetzliche Aufhebung der Gewährträgerhaftung sowie eine ausdrückliche Modifizierung der Anstaltslast nach den oben beschriebenen Grundsätzen. Dies gilt dabei auch für den Fall, dass die Anstaltslast bisher gar nicht gesetzlich festgeschrieben war. Die Ursache dieser Verpflichtung ist darin zu sehen, dass die Anstaltslast verschiedentlich als allgemeiner Rechtsgrundsatz oder aber als Gewohnheitsrecht angesehen wird, der unabhängig von gesetzlicher Normierung Geltung beansprucht.⁷¹ Formal bereitet die gesetzliche Verankerung dieser Grundsätze in den entsprechenden Landesgesetzen keine Schwierigkeiten, problematisch wird es jedoch dann, wenn man Anstaltslast und/oder Gewährträgerhaftung als verfas-

⁷⁰ Siehe *Kirchhof*, in *Kirchhof/Henneke*: Entwicklungsperspektiven kommunaler Sparkassen in Deutschland, 11 (16); *Thode/Peres*, *VerwArch* 1998, 439 (444).

⁷¹ So zum Beispiel *Schneider*, in: *Festschrift für Riesenfeld*, 237 (244); *Henneke*, in: *Kirchhof/Henneke*, 81 (135); A. A. *Oebbecke*, *DVBl.* 1981, 960 ff.; *Koenig*, *WM* 1985, 821 (823 f.).

sungsrechtlich verankerte Grundsätze begreift, die mit der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts untrennbar verbunden sind.⁷² Sollte man dieser Ansicht beipflichten, wäre es mit einer einfachen Gesetzesänderung nicht mehr getan. Es bedürfte zudem einer Änderung der Landesverfassungen, im Falle der Ableitung der Anstaltslast aus dem Rechtsstaatsprinzip,⁷³ ist unter Umständen sogar eine solche ausgeschlossen. Die Folge wäre, dass die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts für Landesbanken und Sparkassen nicht länger beibehalten werden könnte.⁷⁴ Diese Ansicht beruht dabei vornehmlich auf zwei Erwägungen:⁷⁵ zum einen auf der Übertragung öffentlicher Aufgaben durch die Gewährträger, die zugleich eine Verpflichtung zur Sicherung der Aufgabenerfüllung beinhaltet, zum anderen auf der Organisationshoheit, die eine Verantwortlichkeit des „Muttergemeinwesens“ auslöst.⁷⁶ Neben dem Organisationsakt selbst wird in diesem Zusammenhang vor allem die Beherrschung durch den Träger als „haftungsbegründendes“ Merkmal angeführt.⁷⁷ Warum allein die Errichtung einer öffentlichen Anstalt die Verpflichtung des Staates nach sich ziehen soll, unbeschränkt für alle weiteren Verbindlichkeiten dieser eintreten zu müssen, ist jedoch kaum einsichtig. Ein dahingehendes Vertrauen der Gläubiger, dürfte in den seltensten Fällen bestehen. Die aus dem Gesellschaftsrecht übernommenen Grundsätze der Konzernhaftung sind ebenfalls nicht geeignet eine Einstandspflicht des Staates für Landesbanken und Sparkassen zu begründen. Zum einen ist bereits fraglich, ob die Gewährträger überhaupt bestimmenden Einfluss auf die Geschäfte der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute ausüben,⁷⁸ zum anderen begründet das Konzernrecht⁷⁹ nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens.⁸⁰

Die Ableitung von Anstaltslast und oder Gewährträgerhaftung aus der öffentlichen Aufgabenerfüllung erscheint dahingegen durchaus überlegenswert. Überträgt der Staat bestimmte öffentliche Aufgaben auf einen Dritten, so erscheint es durchaus gerechtfertigt, dass der Staat letztlich auch ihre Erfüllung sicherstellt, sofern diese gefährdet sein sollte. Hätte er die Aufgabe selbst wahrgenommen, wäre er schließlich auch ver-

⁷² So vertreten von *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Henneke*, 11 (29) in Bezug auf die Anstaltslast; *Thode/Peres*, *VerwArch* 1998, 439 (450 ff.), auch im Hinblick auf die Gewährträgerhaftung *Ehlers*, *Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft*, DVBl 1998, 497 (507 f.) nur in Bezug auf die Gewährträgerhaftung.

⁷³ So *Thode/Peres*, *VerwArch* 1998, 439 (452); *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (507).

⁷⁴ *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (507) sieht sogar die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen insgesamt als gefährdet an, da die Staatshaftung wesentliches Merkmal der Teilnahme des Staates am Wirtschaftsleben sei und dies auch für die Ausübung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform gelte.

⁷⁵ Siehe *Schneider*, in: *Festschrift für Riesenfeld*, 237 (244); *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Henneke*, 11 (29); *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 321, der neben Vertrauensschutz noch sozialstaatliche Aspekte sowie Art. 3 GG ins Feld führt.

⁷⁶ Siehe *Thode/Peres*, *VerwArch* 1998, 439 (452).

⁷⁷ Siehe z. B. *Kirchhof*, *NVwZ* 1994, 1041 (1043); *Schneider/Busch*, *EuZW* 1995, 602 (606).

⁷⁸ Siehe generell zu den Steuerungsdefiziten öffentlicher Beteiligungen in der Praxis *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (505). A. A. *Schneider/Busch*, *EuZW* 602 (606), die eine Beherrschung bereits in der Zuweisung nicht gewinnträchtiger Sonderaufgaben sehen.

⁷⁹ Siehe hierzu die Darstellungen zum Konzernrecht in *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 1997, 961 ff. u. 1211 ff.; *Emmerich/Habersack*, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 2001, § 317 sowie Anhang I und II zu § 318 AktG.

⁸⁰ So im Ergebnis auch *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 320.

antwortlich gewesen. Wie bereits eingangs dargestellt, verbietet es die in Brüssel erzielte Einigung jedoch nicht, dass der Staat die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute auch weiterhin finanziell unterstützt, verboten ist lediglich jeglicher Automatismus. Der Ausgleich konkret durch die öffentliche Aufgabenwahrnehmung entstehender Mehrkosten bleibt weiterhin gemäss Art. 86 Abs. 2 EG gestattet, entsprechende Zahlungen stehen lediglich unter der Beihilfenkontrolle durch die Kommission. Dies bedeutet jedoch, dass der Kern staatlicher Verantwortlichkeit⁸¹ für die öffentliche Aufgabenerfüllung durch Anstalten des öffentlichen Rechts, auch bei Umsetzung der Kompromissformel letztlich unangetastet bleiben kann. Ein Formwechsel ist demzufolge nicht erforderlich.

In diesem Kontext sollte jedoch noch einmal daran erinnert werden, dass derartige Ausgleichzahlungen voraussetzen, dass die von den öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben klar und unmissverständlich umschrieben werden.⁸² Die Landesgesetzgeber werden sich vor diesem Hintergrund genau überlegen müssen, welche Aufgaben sie zukünftig den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten übertragen wollen.

2. Optionen

Abseits der rechtlichen Vorgaben aus Brüssel bleibt es den zuständigen Stellen unbenommen neben deren Umsetzung auch über eine Neustrukturierung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors nachzudenken. Erste Schritte in diese Richtung wurden bereits unternommen. So sieht das Reformmodell der Bayerischen Landesbank zum Beispiel vor, eine Landesbank Finanzholding in der Form einer privaten Aktiengesellschaft mit der alleinigen Trägerschaft für die Bayerische Landesbank zu beleihen.⁸³ Das Reformmodell der WestLB sieht eine Trennung von Wettbewerbs- und öffentlichem Auftragsgeschäft vor. Während zweiteres bei der öffentlich-rechtlich organisierten Muttergesellschaft der Landesbank Nordrhein-Westfalen verbleibt, ist das Wettbewerbsgeschäft zukünftig in einer WestLB AG angesiedelt.

Hinter diesen Reformbestrebungen steht vor allem ein stetig steigender Eigenkapitalbedarf⁸⁴ der Kreditinstitute, dessen Befriedigung allein aus Rücklagen⁸⁵ oder Kapitalzuführungen der Gewährträger kaum zu decken ist. Folglich wird nach Wegen gesucht, vermehrt privates Kapital anzuziehen, eine Situation der sich die Anstalt klassischer Prägung kaum ausgesetzt sah. Alles in allem bieten sich dabei zwei sehr unterschiedliche Wege an, wie dieses Problem zukünftig gelöst werden kann: zum einen

⁸¹ So wohl im Ergebnis auch *Ruffert*, Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, *VerwArch* 2001, 27 (54).

⁸² Siehe hierzu auch *Ehlers*, *DVBl.* 1998, 497 (500), der eine entsprechende Präzisierung auch kommunalrechtlich für geboten hält.

⁸³ Gewährträgerhaftung und Anstaltslast werden dabei pflichtgemäß abgeschafft.

⁸⁴ Zu einer ersten Bewertung von Basel II, siehe *VÖB*, *Aktuelles III/2001* sowie die Stellungnahme der Kreditwirtschaft zu Basel II, *ZBB* 2001, 214 ff.

⁸⁵ Zur Bedeutung der Rücklagen als Eigenkapital der Sparkassen, siehe *Schneider*, in: *FS für Riesenfeld*, 237 (243).

durch eine Umwandlung der bisher in der Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts betriebenen Kreditinstitute in privatrechtliche Organisationsformen, insbesondere in Form der Aktiengesellschaft, zum anderen durch Beibehaltung der Anstaltsform bei Modifizierung ihrer Organisationsstruktur.

a) Wahl privatrechtlicher Organisationsformen

Der Träger öffentlicher Verwaltung besitzt grundsätzlich ein Organisationsermessen, ob er sich zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben öffentlich-rechtlicher Organisationsformen oder aber solcher des Privatrechts bedient.⁸⁶ Vor diesem Hintergrund bereitet die Umwandlung einer Landesbank oder Sparkasse in eine Aktiengesellschaft formal keine rechtlichen Schwierigkeiten. Die Wahl privatrechtlicher Organisationsform entbindet den Staat jedoch nicht von seinen öffentlich-rechtlichen Bindungen, vor allem im Hinblick auf die demokratische Legitimation staatlichen Handelns. Wenngleich noch manche Frage hinsichtlich Geltungsgrund⁸⁷ und Umfang⁸⁸ des Demokratieprinzips im Bereich des Verwaltungshandelns ungelöst ist, so besteht doch weitgehend Einigkeit über das Erfordernis demokratischer Legitimation zumindest für den Bereich der Staatstätigkeit, der mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut ist.

Auf die Situation öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute übertragen bedeutet dies, dass auch im Falle formeller Privatisierung weiterhin eine effektive Steuerung und Kontrolle durch die öffentliche Hand gewährleistet werden muss, zumindest solange staatliche Aufgaben durch diese Institute wahrgenommen werden.⁸⁹ Sofern der Staat alleiniger Gesellschafter ist, kann die demokratische Legitimation mittels Satzung und Einwirkung auf die Organe der Gesellschaft in aller Regel in zufriedenstellendem Umfang aufrecht erhalten werden.⁹⁰ Im Fall der Beteiligung Dritter am Kapital der Gesellschaft, was durch eine zumindest teilweise Privatisierung gerade ermöglicht werden soll, sieht dies freilich anders aus: schließlich ist mit der Kapitalbeteiligung regelmäßig auch Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft verbunden. In diesem Zusammenhang gilt es noch nach befriedigenden Lösungen zu suchen, die eine Kapitalbeteiligung Dritter ermöglichen ohne dabei die staatliche Kontrolle der Gesellschaft zu beeinträchtigen.⁹¹ Nur in dem Umfang wie dies möglich ist, kommt eine Kapitalbeteiligung Dritter letzt-

⁸⁶ Siehe z. B. *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (505); einschränkend *Krebs*, in: *Isesee/Kirchhof*: Handbuch des Staatsrechts, § 69 Rn. 6.

⁸⁷ Zu den unterschiedlichen Ansätzen siehe u. a. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, 102 ff.; *Hecker*, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten des öffentlichen Rechts, *VerwArch* 2001, 261 (274); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, *AöR* 1991, 329 (337).

⁸⁸ Angesprochen ist insofern das Verhältnis personeller und sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation sowie mögliche Schranken des Demokratieprinzips v. a. in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns. Siehe hierzu *Gersdorf*, 166 ff. und 408 ff.

⁸⁹ *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Henneke*, 11 (64); *Claussen*, Gesellschaftsrecht und Sparkassenrecht, in: *FS für Steindorff*, 1990, 323 (328 ff.).

⁹⁰ Siehe detailliert *Gersdorf*, 271 ff. Zu den Schwierigkeiten effektiver Kontrolle im Rahmen kommunaler Ausgliederungen, siehe *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (505).

⁹¹ Siehe hierzu *Claussen*, in: *FS für Steindorff*, 1990, 323 (333).

lich in Betracht. Die Festschreibung des öffentlichen Auftrages in der Satzung genügt insofern nicht, schließlich kann diese nur einen abstrakt generellen Rahmen für zukünftige Verhaltensweisen der Geschäftsführung vorgeben, ohne dass damit bereits ein ausreichendes Maß an Einflussnahme gewährleistet wäre.⁹²

Um diese Unsicherheiten bereits im Ansatz zu vermeiden, empfiehlt es sich Wettbewerbsgeschäft und öffentliches Auftragsgeschäft in selbständigen Gesellschaften anzusiedeln, wie dies zum Beispiel das Reformmodell der WestLB vorsieht.⁹³ Der entscheidende Vorteil einer solchen Aufspaltung der Geschäftsbereiche liegt dabei neben größerer Transparenz vor allem darin, dass der Verwaltungsträger außerhalb des öffentlichen Auftragsgeschäfts weitgehend frei bleibt⁹⁴ wie er die Gesellschaft strukturiert und in welchem Umfang er Dritten Mitspracherechte gewährt. Zudem wird es in aller Regel einfacher sein Interessenten für eine Beteiligung im Wettbewerbsbereich zu finden als im eher defizitären Auftragsgeschäft.

b) Beibehaltung der Anstaltsform

Die Beteiligung Dritter am Kapital der Gesellschaft setzt jedoch nicht notwendigerweise die zumindest formelle Privatisierung der Landesbanken und Sparkassen voraus. Auch unter der Anstaltsform sind Kapitalbeteiligungen Dritter nicht ausgeschlossen. Dies hängt mit dem grundsätzlich offenen Charakter der Anstalt zusammen, für die anders als im privaten Gesellschaftsrecht kein Formzwang besteht.⁹⁵ In der Vergangenheit wurden deshalb verschiedentlich Beteiligungen Dritter an einer Anstalt des öffentlichen Rechts ermöglicht, in Bezug auf Landesbanken wurde von dieser Möglichkeit vor allem zu Gunsten juristischer Personen des öffentlichen Rechts Gebrauch gemacht.⁹⁶ Insgesamt hat sich für derartige „kapitalisierte“ Anstalten der Begriff der Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts herausgebildet.⁹⁷ Völlig problemlos ist die Beibehaltung der Anstaltsform jedoch nicht. Abseits der Stellung als stiller Gesellschafter⁹⁸ sind viele Fragen hinsichtlich Art und Umfang zulässiger Beteiligung bisher ungelöst. Entsprechende Vorgaben müssen im Interesse der Rechtssicherheit durch die zuständigen Landesgesetzgeber entwickelt und gesetzlich normiert werden. Dabei gilt es vor allem zwei Probleme zu lösen: Die Schaffung vergleichbarer Strukturen wie wir sie aus dem privaten Gesellschaftsrecht kennen, lediglich unter

⁹² Zur nur limitierten Steuerungskraft der Satzung *Gersdorf*, 271 ff.

⁹³ Die Trennung der Geschäftsbereiche wurde z.T. auch als Lösung für die EG-rechtliche Beihilfenproblematik ins Spiel gebracht. Siehe *Friesen*, EuZW 1999, 581 (585); *Koenig*, EWS 1998, 151 (155). Eine bindende Verpflichtung zur Trennung von Geschäftsbereichen sieht die Entscheidung der Kommission v. 27. 3. 2002 lediglich in Bezug auf spezielle Förderbanken vor.

⁹⁴ Die Bindung an die gesellschaftsrechtlichen und kommunalrechtlichen Vorgaben bleibt selbstverständlich bestehen.

⁹⁵ Siehe hierzu *Becker*, Die landesrechtliche „Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts“ in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, DÖV 1998, 97 (99); *Hecker*, VerwArch 2001, 261 (270).

⁹⁶ Auch diese Konstellation wirft Fragen im Hinblick auf das Demokratieprinzip auf. Siehe *Kirchhof*, in *Kirchhof/Henneke*, 11 (69).

⁹⁷ Siehe *Koenig*, WM 1995, 821 (827); *Becker*, DÖV 1998, 261 ff.

⁹⁸ Siehe unter anderem *Schneider*, in: FS für Riesenfeld, 237 (251 ff.); *Claussen*, in: FS für Steindorff, 323 (339 ff.); *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Henneke*, 11 (67).

dem Dach der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts, bereitet Bedenken in Anbetracht der grundsätzlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Gesellschaftsrechts.⁹⁹ Insofern wäre unter Umständen eine bundeseinheitliche Regelung in Betracht zu ziehen. Zudem wird ein privater Kapitalgeber in aller Regel nicht bereit sein Kapital zu investieren, wenn er nicht seinem Kapitaleinsatz entsprechende Mitspracherechte erhält.¹⁰⁰ Dies wiederum wirft die bereits angesprochenen demokratiestaatlichen Probleme auf.

c) Grundsatzentscheidung

Die Ausführungen zu den verschiedenen Organisationsformen lassen vor allem eines offenbar werden: Viele Fragen hängen letztlich vom Umfang des öffentlichen Auftrages ab, der zukünftig im Bereich der Finanzdienstleistungen erbracht werden soll.

Vor Wahl der Organisationsform gilt es deshalb eine Grundsatzentscheidung zu treffen.¹⁰¹

Zunächst einmal muss Klarheit darüber geschaffen werden, in welchem Umfang die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags im Bereich der Finanzdienstleistungen heute noch erforderlich ist und demzufolge auch gewünscht wird.¹⁰²

In einem zweiten Schritt muss sodann eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob derartige Leistungen zukünftig durch den Staat selbst erbracht werden sollen, welcher Organisationsform er sich dabei bedient sei dabei zunächst dahingestellt, oder ob Private mit der Erfüllung dieser Aufgaben betraut werden sollen.

Erst wenn diese Grundsatzentscheidungen getroffen wurden, macht es letztlich Sinn über konkrete Organisationsformen zu sprechen. Dies ist jedoch vorrangig eine Frage politischer Gestaltung, schließlich geht es letztlich um die Verwendung öffentlicher Gelder.¹⁰³

III. Schlusswort

Abschließend lässt sich festhalten, dass die in Brüssel erzielte Einigung deutlich die Zeichen eines Kompromisses trägt. Die Zustimmung der deutschen Behörden zur Abschaffung des Haftungssystems in seiner bisherigen Form wurde dabei, neben der Behandlung als Altbeihilfe, vor allem durch die Einräumung großzügiger Übergangs-

⁹⁹ Ausführlich zu dieser Problematik *Becker*, DÖV 1998, 97 (102 ff.); *Hecker*, VerwArch 2001, 261 (271 f.)

¹⁰⁰ Diesen Aspekt betonen insbesondere *Becker*, DÖV 1998, 97 (100); *Kirchhof*, in: Kirchhof/Henneke, 11 (67).

¹⁰¹ Ähnlich *Henneke*, in: Kirchhof/Henneke, 81 (101).

¹⁰² Eine Diskussion, die nicht neu ist. Siehe z. B. die Kontroverse zwischen *Möschel*, WM 1993, 93 (95 ff.) und *Rehm*, WM 1993, 133 (134 ff.).

¹⁰³ So schätzt *Möschel*, Teilprivatisierung der Landesbank Baden-Württemberg, WM 2001, 1009 (1012) den Privatisierungserlös im Fall der Veräußerung der Landesanteile an der LBBW auf 10 Milliarden DM. Umgekehrt sieht das Bayerische Landesbankmodell eine Zuführung weiteren Eigenkapitals durch staatliche Stellen vor; FAZ vom 20. 7. 2001.

fristen ermöglicht. Formal betrachtet bereitet die Umsetzung ins deutsche Recht kaum Schwierigkeiten. Dennoch sollte der Gesetzgeber dies zum Anlass nehmen grundsätzlich über die zukünftige Struktur des öffentlich-rechtlichen Bankensektors nachzudenken und im Interesse der Rechtssicherheit für alle Beteiligten klare Rahmenvorgaben festlegen, sowohl was die Aufgaben wie die Organisationsstruktur öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute anbelangt.

Die ersten Reaktionen in Bezug auf die Umsetzung der „Kompromissformel“ fallen dabei sehr unterschiedlich aus:

So sieht sich zum Beispiel die WestLB durch das von ihr favorisierte Mutter-Tochter Modell, dem zufolge das öffentliche Auftragsgeschäft zukünftig in der als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten Landesbank NRW angesiedelt ist, das Wettbewerbsgeschäft hingegen in einer privatrechtlich organisierten WestLB AG, bestens für die Zukunft gerüstet.¹⁰⁴ Die Beibehaltung des hohen Ratings der West LB auch nach dem endgültigen Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung soll dabei allein durch eine erhöhte Rentabilität im Wettbewerbsgeschäft mittels Verwirklichung vorhandener Einsparpotentiale gewährleistet werden. Die LBBW sucht hingegen nach einem anderen Weg, das durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung begünstigte hohe Rating auch nach dem Wegfall dieser staatlichen Garantien aufrecht zu erhalten. Im Gespräch ist dabei unter anderem auch eine Beibehaltung staatlicher Garantien gegen Entgelt, sogenanntes „Entgeltmodell“.¹⁰⁵ Um den Vorgaben aus Brüssel gerecht zu werden, die eine Abschaffung von Gewährträgerhaftung und eine Modifizierung der Anstaltslast vorsehen, müssen sich diese Garantien jedoch deutlich vom bisherigen Haftungssystem unterscheiden. Erreicht werden soll dies durch die Ermöglichung fakultativer, zeitlich befristeter und betragsmäßig beschränkter Garantieerklärungen der Gewährträger gegen Entgelt, an Stelle der gesetzlich begründeten, unbeschränkten Garantien wie sie Gewährträgerhaftung/Anstaltslast bisher vorsahen. Was die Entgeltsberechnung anbelangt, so soll sich dieses vor allem an der Ausfallwahrscheinlichkeit orientieren und damit Marktgerechtigkeit gewährleisten. Ein Modell das sicherlich die Grenzen des „Kompromisses von Brüssel“ berührt, ohne diese jedoch zu überschreiten und welches letztlich die bereits mehrfach im Rahmen des Beihilfeverfahrens erwogenen „Entgeltlösung“, wenn auch in einer Variante, wieder ins Spiel bringt.

In der Tendenz zeichnen sich die bis dato vorliegenden landesrechtlichen Änderungen jedoch vor allem durch eine wörtliche Übernahme, der in der Entscheidung vom 29. 3. 2002 enthaltenen Kompromissformel unter Inanspruchnahme der vollen Übergangsfrist aus, bisweilen ergänzt durch eine Konkretisierung des öffentlichen Auftrages.

¹⁰⁴ Zu den rechtlichen Grundlagen dieser Umstrukturierung siehe Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen vom 2. 7. 2002, GV NRW 2002 S. 284.

¹⁰⁵ Dieses Avalmodell hat inzwischen auch Eingang in den Gesetzentwurf der Landesregierung vom 11. 6. 2002 gefunden, demzufolge Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zwar wegfallen, die Möglichkeit der Übernahme zeitlich befristeter und betragsmäßig festgelegter Garantien gegen eine marktgerechte Gebühr jedoch ausdrücklich ermöglicht werden soll; siehe Landtag von B-W Drucksache 13/1068.