

## Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren öffentlichen Unternehmen

### I. Einleitung

Der Ruf nach Transparenz ist eine bei Reformern wie bei Kritikern gleichermaßen beliebte, stets gern gehörte und sich nicht zuletzt deshalb zunehmender Popularität erfreuende Forderung. Transparenz soll – so lässt sich das damit gemeinte Anliegen in einer etwas allgemeinen Form wohl übersetzen – Klarheit schaffen, Durchschaubarkeit ermöglichen, Durchsichtigkeit sichern und Ungereimtheiten ausräumen und erscheint daher fast als eine Art Zauberwort, mit dem sich sowohl Nebel bei der Parteienfinanzierung als auch so mancher Dunst über der staatlichen Haushalts- und Nebenhaushaltspolitik<sup>1</sup> vertreiben lassen – zumindest vermeintlich und für eine gewisse Zeit. Dass sich vor dem Hintergrund solch hehrer Ziele auch das Gemeinschaftsrecht der Leuchtkraft und Ausstrahlungswirkung von Transparenz nicht entziehen kann, vermag daher nicht sonderlich zu erstaunen, ist es doch seit Bestehen der EG immer wieder gerne das finanzielle und insbesondere das Beihilfegebaren der Mitgliedstaaten gewesen, das die EG-Wettbewerbsregeln in vielfältiger, teilweise etwas plumper, zum Teil aber auch durchaus raffinierter Weise zu unterminieren versucht hat.

Insbesondere die finanziellen Beziehungen der Mitgliedstaaten zu ihren öffentlichen Unternehmen<sup>2</sup> scheinen für solche, die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts konterkarierenden Bestrebungen und damit für Intransparenz besonders anfällig zu sein – angesichts der Tatsache, dass sich die öffentlichen Unternehmen ja gewissermaßen als Töchter der Mitgliedstaaten begreifen lassen, vermag dies auch nicht sonderlich zu verwundern; bei den eigenen Kindern drückt man eben gerne ein Auge zu. Nicht verwundern darf es im Lichte dieser Erkenntnis dann aber auch, dass die Kommission mit der Richtlinie 80/723/EWG vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen<sup>3</sup> diesen engen Banden bereits vor über 20 Jahren ihr besonderes Augenmerk gewidmet und in dem Bewußtsein, dass Transparenz letztlich eine *conditio sine qua non*

---

<sup>1</sup> Vgl. U. Hähnlein/H.-L. Endell/E. H. Jahnz, Reptilienfonds und Finanzkontrolle: Wie öffentlich ist die Kontrolle geheimer Staatsausgaben?, DÖV 1998, S. 305.

<sup>2</sup> Zur insoweit bestehenden Bindung der Mitgliedstaaten an das Wettbewerbsrecht J. Schwarze, Der Staat als Adressat des Europäischen Wettbewerbsrechts, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, 2001, S. 69/95 ff.

<sup>3</sup> ABL EG Nr. L 195 v. 29. 7. 1980, S. 35.

für die effiziente Durchsetzung des Wettbewerbsregimes darstellt, diesen einmal eingeschlagenen Weg mit der dritten, aus dem Jahr 2000 stammenden Änderungsrichtlinie auch konsequent beibehalten hat. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass auch und gerade in liberalisierten Märkten Unternehmen agieren, die sowohl in gemeinwirtschaftlichen Sonderbereichen als auch im Wettbewerbssektor tätig sind, gehört ja nicht allzu viel Phantasie dazu, sich vorzustellen, dass bei solchen Unternehmen die Gefahr intransparenter und ggf. wettbewerbsverzerrender Quersubventionierungen und damit auch eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV oder gegen das Beihilfverbot des Art. 87 EGV in besonderem Maße gegeben ist.<sup>4</sup> Die Vorwürfe gegen die Deutsche Post AG im Hinblick auf ein möglicherweise überhöhtes Briefporto im Monopolbereich<sup>5</sup> und gegen die Deutsche Bahn wegen unzulässiger Quersubventionierungen – der Nahverkehr soll gegenüber dem Fern- und Güterverkehr benachteiligt sein<sup>6</sup> – wie auch der Streit um die von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten neu eingerichteten Spartenkanäle Phönix und Kinderkanal – die von der Kommission letztlich der Ausnahmebestimmung des Art. 86 Abs. 2 EGV unterworfen wurden<sup>7</sup> – machen jedenfalls mehr als deutlich, dass die Änderungsrichtlinie einer sachlichen Rechtfertigung nicht entbehrt.<sup>8</sup>

Besondere Bedeutung bei der Diskussion um die finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren öffentlichen Unternehmen kommt *in Deutschland* jedoch vor allem den öffentlichen Kreditanstalten zu, sind es doch die überkommen-altehrwürdigen Institute der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast, die einen überaus fruchtbaren, in wettbewerbs- und insbesondere beihilferechtlicher Perspektive aber eben auch mehr als fragwürdigen Nährboden darstellen, auf dem finanzielle Intransparenz besonders gut gedeihen kann.<sup>9</sup> Genau genommen konzidiert dies ja auch die Brüsseler Verständigung vom 17. Juli 2001 zwischen Kommissar *Monti* und den deutschen Vertretern von Bund und Ländern unter Führung von Staatssekretär *Koch-Weser*, wenn dort gesagt wird, dass auf beiden Seiten die Überzeugung bestehe, dass mit der Umsetzung des Kompromisses die wirtschaftlichen Aktivitäten der Landesbanken und Sparkassen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar werden und damit in letzter Konsequenz Wettbewerbskonformität hergestellt wird. Vor diesem Hintergrund soll der Kompromiss, der ja bekanntlich die Gewährträgerhaftung und im we-

<sup>4</sup> 2. Erwägungsgrund der Transparenz-Änderungsrichtlinie. Mit Fug ist daher auch gesagt worden, dass sich die öffentlichen Unternehmen „im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes“ befinden, vgl. *W. Kabl*, NVwZ 1996, S. 1082.

<sup>5</sup> So hat die Kommission mehrere Verfahren gegen die Deutsche Post AG eingeleitet, in denen u. a. überprüft wird, ob die Deutsche Post möglicherweise ein überhöhtes Briefporto verlangt.

<sup>6</sup> FR v. 8. 8. 2000.

<sup>7</sup> Presseerklärung vom 24. 2. 1999, IP/99/132. Vgl. zu den vorstehenden Beispielen auch *G. Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641/1643 f. Den Zusammenhang zwischen der Transparenzrichtlinie und der Beihilfenpolitik der Kommission im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betonend *A. Bartosch*, Neubestimmung des EG-Wettbewerbsrechts in liberalisierten Märkten, ZIP 1999, S. 1787/1788 f.

<sup>8</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Mitteilung der Kommission: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG C 17 v. 19. 1. 2001, S. 4.

<sup>9</sup> Vgl. *H.-G. Vogel*, Öffentliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, ZBB 2001, S. 103.

sentlichen auch die Anstaltslast zu Grabe trägt,<sup>10</sup> im folgenden ein Eckpfeiler in meinen Überlegungen zur Transparenz zwischen den öffentlichen Eignern und den öffentlichen Kreditinstituten in Deutschland sein. Zunächst aber will ich mich etwas näher mit den Vorgaben des EGV wie auch mit der Transparenzrichtlinie und dem Transparenzrichtlinie-Gesetz beschäftigen, bevor ich mich im Anschluss hieran den öffentlichen Kreditinstituten zuwende. Dabei soll der Blick neben dem Brüsseler Kompromiss insbesondere auf die Auswirkungen gerichtet werden, die dieser Kompromiss wie auch die Transparenzvorschriften für die öffentlichen Kreditinstitute in Deutschland hervorrufen wird. Überlegungen zu möglichen Gestaltungsoptionen im Hinblick auf die Umgestaltung der öffentlichen Kreditinstitute und ein kurzes Fazit sollen meine Ausführungen dann abschließen.

## II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen im europäischen Binnenmarkt in allen ihren Schattierungen ist ein wesentliches Anliegen des Gemeinschaftsrechts. Die Erscheinungsweisen solcher Wettbewerbsverzerrungen sind bekanntlich vielgesichtig, wobei die diversen Spielarten unerlaubter Beihilfen reichlich Anschauungsmaterial liefern.<sup>11</sup> In jüngster Zeit und damit im Gefolge fortschreitender Marktliberalisierung stehend sind indes vor allem solche Verzerrungen des Wettbewerbs in das Blickfeld geraten,<sup>12</sup> bei denen es um die staatliche Förderung solcher Unternehmen geht, die sowohl in gemeinwirtschaftlichen Sonderrechtsbereichen als auch in Wettbewerbsbereichen tätig sind. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten erscheinen solche Konstellationen vor allem deshalb problematisch, weil die Vorteile, die öffentlichen Unternehmen im Hinblick auf die Wahrnehmung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben gewährt werden, eben gerne auch den im Wettbewerb stehenden Bereichen zugute kommen und zum Vorteil gereichen.<sup>13</sup> Es handelt sich dabei um Quersubventionierungen, was im Verständnis der Kommission bedeutet, dass ein Unternehmen die in einem räumlichen oder sachlichen Bereich anfallenden Kosten ganz oder teilweise auf einen anderen

<sup>10</sup> Pointiert *W. Möschel*, Die Anstaltslast bei öffentlichen Banken ist tot, FAZ v. 25. 9. 2001, S. 19.

<sup>11</sup> Ausführlich und mit Nachweisen *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl., 1999, S. 424 ff.

<sup>12</sup> Überblick über die Entwicklung im Zusammenhang mit der Liberalisierung in: Mitteilung der Kommission: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG C 17 v. 19. 1. 2001, S. 4, Rz. 37 ff.

<sup>13</sup> Wenn hingegen Gewinne aus dem Wettbewerbssektor dem vorbehaltenen Sektor zum Zwecke der Finanzierung einer defizitären gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit zugute kommen, so ist hiergegen nichts einzuwenden, vgl. etwa die Leitlinien zur Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl. EG 1991, C 233, S. 20 (Telekommunikations-Leitlinien), Tz. 102; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung der Kommission 97/607/EG vom 18. 6. 1997 über gegenüber Griechenland eingeräumte Zusatzfristen im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie 90/388/EWG, ABl. EG L 245, S. 6, Tz. 45. Zu beachten bleibt auch, dass damit selbstverständlich nicht die Unterstützung von im gemeinwirtschaftlichen Bereich tätigen Unternehmen ausgeschlossen ist; allerdings hat eine solche Unterstützung direkt zu erfolgen, nicht hingegen durch Quersubventionen aus dem Wettbewerbssektor, vgl. hierzu *G. Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641/1646 f.

räumlichen oder sachlichen Markt abwälzt.<sup>14</sup> Diese Quersubventionierungen bei gleichzeitig im Wettbewerbs- wie auch im Sonderrechtsbereich tätigen Unternehmen sind unter der Lupe des Gemeinschaftsrechts deshalb so problematisch – und für uns bei diesen, die öffentlichen Finanzdienstleistungen behandelnden 39. Bitburger Gesprächen so interessant –, weil sie zum einen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV, vor allem aber gegen das Beihilfenverbot des Art. 87 EGV verstoßen können.<sup>15</sup> Problematisch ist dabei allerdings nur die Konstellation, dass Mittel aus dem vorbehaltenen Sonderrechtsbereich in den Wettbewerbsbereich fließen, nicht hingegen der umgekehrte Fall, dass also Gewinne aus dem Wettbewerbssektor in den Vorbehaltssektor fließen, um eine defizitäre gemeinschaftliche Tätigkeit zu finanzieren.<sup>16</sup>

Neben der Wertung des Art. 16 EGV<sup>17</sup> darf bei diesem Blick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die öffentlichen Kreditinstitute eines jedoch keinesfalls vergessen werden. Es ist dies die von uns auch zu beachtende Vorgabe des Art. 295 EGV, wonach der Vertrag die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lässt. Hieraus ergibt sich zum einen die – in historischer Perspektive auch vor dem Hintergrund der französischen Planification zu sehende – Kernaussage, dass der Vertrag staatliche Betätigung im Wettbewerb und damit unternehmerische staatliche Tätigkeit zulässt und gewährleistet,<sup>18</sup> zum anderen das Verbot, öffentliche und private Unternehmen aufgrund der ihnen zugrunde liegenden Eigentumsverhältnisse unterschiedlich zu behandeln.<sup>19</sup> Das Diskriminierungsverbot des Art. 295 EGV stellt daher das komplementäre Gegenstück zu Art. 86 EGV dar<sup>20</sup> und sollte uns jenseits der die wettbewerbsfördernde Funktion der Privatbanken in den Blick nehmenden Perspektive deutlich machen, dass es eben auch die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute sind, die für Wettbewerb sorgen, was wiederum bedeutet, dass deren Stellung im Wettbewerb nicht faktisch ausgehöhlt werden darf. Diese Vorgabe wird im weiteren

<sup>14</sup> Vgl. etwa die Leitlinien zur Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl. EG 1991, C 233, S. 20, Tz. 102.

<sup>15</sup> Vgl. den 2. Erwägungsgrund der Transparenz-Änderungsrichtlinie. Pointiert zur Beihilfenaufsicht auch T. v. Danwitz, Grundfragen der Europäischen Beihilfeaufsicht, JZ 2000, S. 429. S. in diesem Zusammenhang auch J.-P. Schneider, Neuere Entwicklungen im europäischen Beihilfeaufsichtsrecht, in: R. Stober/H. Vogel (Hrsg.), Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand, 1999, S. 41.

<sup>16</sup> So die Auffassung der Kommission in den Leitlinien zur Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl. EG. 1991, C 233, S. 20, Tz. 103.

<sup>17</sup> Hierzu R. Streinz, Europarecht, 5. Aufl., 2001, Rdnr. 842.

<sup>18</sup> H.-G. Vogel, Öffentliche Kreditinstitute und EU-Beihilferecht, ZBB-Report 2001, S. 103/109f. Vgl. auch P. Badura, Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, ZGR 1997, S. 291/295f., sowie aus der Sicht des deutschen Rechts ders., Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: Festschrift für H.-J. Schlochauer, 1981, S. 3. S. auch B. Thode/H. Peres, Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht, VerwArch 1998, S. 439/461 f.

<sup>19</sup> Vgl. T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 295, Rdnr. 11 ff.; E. Klein, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), EGV, Loseblatt, Stand 1998, Art. 222, Rdnr. 7; P. Badura, Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, ZGR 1997, S. 291/298f. Vgl. i. ü. auch Erwägungsgrund 12 der Transparenzrichtlinie.

<sup>20</sup> So zutreffend H.-G. Vogel, Öffentliche Kreditinstitute und EU-Beihilferecht, ZBB-Report 2001, S. 103/110.

zu berücksichtigen sein, steht aber natürlich der Forderung nach Transparenz nicht entgegen.<sup>21</sup>

### III. Die Transparenz-Richtlinie und das deutsche Ausführungsgesetz

Es ist dieser Bereich dunkler Querfinanzierungen, der den Blick frei macht für eine – gerade in Zeiten zunehmender Europäisierung und Globalisierung immer drängender werdende – Problematik und gleichzeitig Herausforderung, dass nämlich wesentliche Voraussetzung für die Durchsetzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsregimes und damit für die Verwirklichung effizienten, diskriminierungsfreien und insbesondere vor Verfälschungen und Verzerrungen geschützten Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt Kenntnis der möglicherweise wettbewerbsverzerrenden Tatsachen und Vorgänge – und damit letztlich Transparenz – ist. Ohne hinreichendes Wissen von den wettbewerbsrelevanten Umständen bei öffentlichen Unternehmen ist das beste Wettbewerbsrecht nichts wert, nicht einmal das Papier, auf das es geschrieben steht. Aus dieser Vorgabe ergibt sich dann fast zwangsläufig die Forderung, dass der Kommission im Hinblick auf die Verfolgung von Verstößen gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsregime, etwa durch Quersubventionierungen, die Mittel an die Hand gegeben werden müssen, die sie in die Lage versetzen, eingehende Informationen über den Aufbau, die verschiedenen Tätigkeiten und die interne Finanzstruktur der betreffenden Unternehmen zu erhalten,<sup>22</sup> um die entsprechenden Maßnahmen nach dem EGV treffen zu können.<sup>23</sup>

#### 1. Die Richtlinie 80/723/EWG

Zunächst weniger mit Blick auf diese Quersubventionierungen, aber doch bereits im hellen Lichte der Einsicht in die Vielschichtigkeit der finanziellen Beziehungen der öffentlichen Hand zu den öffentlichen Unternehmen war es die vom 25. Juni 1980 datierende Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen,<sup>24</sup> mit der die Kommission versuchte, das Tätigwerden des Staates als öffentliche Hand und als Eigentümer einer eindeutigen Unterscheidung zuzuführen, die Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen sicherzustellen und eine angemessene und wirkungsvolle Anwendung der Beihilfenvorschriften des EGV wie

<sup>21</sup> Allerdings vermag Art. 295 EGV die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung nicht der Beihilfenaufsicht durch die Gemeinschaftsorgane zu entziehen, so mit Recht *A. v. Friesen* Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998, S. 209 ff. In diese Richtung auch *U. Immenga/J. Rado*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997, S. 52.

<sup>22</sup> Vgl. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie.

<sup>23</sup> Überblick über die Beihilfenaufsicht bei *R. Streinz*, Europarecht, 5. Aufl., 2001, Rdnr. 857 ff.

<sup>24</sup> ABl. EG L 195 v. 29. 7. 1980, S. 35.

letztlich auch eine effiziente Wettbewerbsaufsicht zu verwirklichen.<sup>25</sup> Dieses Transparenzrechtliche Urgestein machte es den Mitgliedstaaten zur Pflicht, die Kommission über bestimmte finanzielle Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen auf deren Verlangen hin zu informieren, und zwar durch Offenlegung der unmittelbaren Bereitstellung öffentlicher Mittel und der Bereitstellung öffentlicher Mittel über öffentliche Unternehmen oder über Finanzinstitute sowie durch Offenlegung der tatsächlichen Verwendung dieser öffentlichen Mittel. Die in der Richtlinie vorgesehenen Transparenzanforderungen bezogen sich etwa auf den Ausgleich von Betriebsverlusten, die Gewährung von Kapitaleinlagen und Kapitalausstattungen und die Gewährung von nicht rückzahlbaren Zuschüssen und Darlehen zu Vorzugsbedingungen.<sup>26</sup> Soweit ich sehe, vermochte diese Richtlinie allerdings nie große Bedeutung zu entfalten, was wohl darauf zurückzuführen sein dürfte, dass ihr Instrumentarium eher zahnlos war und sie buchungstechnischer Verschleierung ernsthaftige Hürden nicht entgegengesetzte.

## 2. Die Richtlinie 2000/52/EG

Auf der Grundlage des Fundaments dieser ersten, 1985<sup>27</sup> und 1993<sup>28</sup> geänderten Richtlinie und unter Berufung auf Art. 86 Abs. 3 EGV stehen nunmehr, seit dem 26. Juli des vergangenen Jahres, die Richtlinie 2000/52/EG der Kommission<sup>29</sup> und das diese Richtlinie fast wortgetreu umsetzende, fast noch druckfrische deutsche Transparenzrichtlinie-Gesetz,<sup>30</sup> das eigentlich bis zum 31. Juli 2001 umzusetzen gewesen wäre, immerhin aber vom 16. August 2001 datiert. Richtlinie und Gesetz machen in deutlicherem und konsequenterem Maße als bisher Ernst mit der effizienten Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregimes, was daran deutlich wird, dass die Transparenzrichtlinie neben der Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen

<sup>25</sup> So der Vorspruch der Richtlinie.

<sup>26</sup> Art. 4 c) der ursprünglichen Richtlinie wurde durch die Richtlinie 85/413/EWG der Kommission vom 24. Juli 1985 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. EG Nr. L 229 v. 28. 8. 1985, S. 20) dahingehend geändert, dass die Richtlinie keine Anwendung auf die finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und öffentlichen Kreditanstalten hinsichtlich der Anlage öffentlicher Mittel seitens der öffentlichen Hand zu normalen Marktbedingungen fand.

<sup>27</sup> Richtlinie 85/413/EWG der Kommission vom 24. Juli 1985 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 229 v. 28. 8. 1985, S. 20.

<sup>28</sup> Richtlinie 93/84/EWG der Kommission vom 30. 9. 1993 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 254 v. 12. 10. 1993, S. 16.

<sup>29</sup> Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 193 vom 29. 7. 2000, S. 75.

<sup>30</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (Transparenzrichtlinie-Gesetz – TranspRLG) vom 16. August 2001, BGBl. 2001 S. 2141. S. in diesem Zusammenhang auch den Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 14/5956.

den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen ausweislich ihres Titels nunmehr auch die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen zum Inhalt hat – mit weitreichenden Konsequenzen für deren Buchführung. Insbesondere aber ist die Richtlinie auf die Unterbindung der schon angesprochenen vertragswidrigen Quersubventionierungen gerichtet. Da diese indes nur dann verhindert werden können, wenn sie sich tatsächlich feststellen lassen – was in der Praxis auf ganz erhebliche Schwierigkeiten stößt,<sup>31</sup> weil aus den Büchern vielfach nicht hervorgeht, welche Kosten und Erlöse den jeweiligen Geschäftsbereichen zuzurechnen sind –, soll die Richtlinie die zur rechtlichen Beurteilung einer Quersubventionierung erforderliche schwierige und aufwendige Sachverhaltsermittlung erleichtern.<sup>32</sup> Sie steht damit gewissermaßen im Verbund mit ähnlichen Regelungen für die Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen,<sup>33</sup> für Post und Telekommunikationsdienste,<sup>34</sup> aber auch für auf dem Erdgas-<sup>35</sup> und Elektrizitätsbinnenmarkt tätige Unternehmen, denen zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen die Verpflichtung zur Führung getrennter Konten für die Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungsaktivitäten aufgegeben ist.<sup>36</sup>

#### a) Die Vorgaben der Richtlinie

In Umsetzung dieser Vorgabe kommt der Transparenzrichtlinie vor allem deshalb Bedeutung zu, weil sie die in Anspruch genommenen Unternehmen der Pflicht zur getrennten Buchführung unterwirft. Gefordert ist damit eine nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennte Aufstellung der Kosten und Erlöse und eine genaue Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Geschäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen sind.<sup>37</sup> Dabei ist sicherzustellen, dass die internen Konten, die den verschiedenen Geschäftsbereichen entsprechen, getrennt geführt werden, alle Kosten und Erlöse auf der Grundlage einheitlich angewandter und objektiv gerechtfertigter Kostenrechnungsgrundsätze eines Vollkostenrechnungssystems korrekt zugeordnet und zugewiesen werden, und die Kostenrechnungsgrundsätze, die der getrennten Buchführung zugrunde liegen, eindeutig bestimmt und insbesondere auch für Dritte nachvollziehbar sind.<sup>38</sup> Zu beachten ist dabei, dass das Herzstück der neuen Regelung, die Trennung der Kosten- und Leistungsrechnung der unterschiedlichen

<sup>31</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6 der neuen Transparenz-Richtlinie.

<sup>32</sup> Vgl. auch G. Britz, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641/1647.

<sup>33</sup> Richtlinie 96/97/EG vom 19. 12. 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 272, S. 36.

<sup>34</sup> Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang, ABl. EG 1999 Nr. L 199, S. 32.

<sup>35</sup> Richtlinie 98/30/EG vom 22. 6. 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. EG 1998 Nr. L 204, S. 1.

<sup>36</sup> Vgl. Richtlinie 96/92/EG vom 19. 12. 1996 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 1997 Nr. L 27, S. 20.

<sup>37</sup> Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie.

<sup>38</sup> Art. 3 a Abs. 1 der Richtlinie.

Geschäftsbereiche zum 1. Januar 2002 – das so bezeichnete rechnungsmäßige „Unbundling“<sup>39</sup> – eine bloße Separierung zwischen dem gesamten öffentlichen und dem gesamten nicht-privilegierten Geschäftsbereich nicht ausreichen lässt; vielmehr ist für jeden einzelnen der nicht-privilegierten Geschäftsbereiche eine separate Kosten- und Erlösrechnung erforderlich;<sup>40</sup> nicht hingegen gilt dies – zumindest im Regelfall<sup>41</sup> – für die Geschäftssparten innerhalb des öffentlichen Bereichs. Überlagert werden diese den Unternehmen auferlegten Pflichten schließlich durch den Mitgliedstaaten obliegende Gewährleistungspflichten<sup>42</sup> und diesen aufgegebene Offenlegungspflichten, etwa im Hinblick auf die Bereitstellung und tatsächliche Verwendung öffentlicher Mittel.<sup>43</sup>

Nur um ein einigermaßen vages Bild dessen zu zeichnen, was den verpflichteten Unternehmen zukünftig abverlangt wird, sei beispielhaft auf Art. 14 Abs. 3 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie verwiesen, der da lautet: „Zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen führen integrierte Elektrizitätsunternehmen in ihrer internen Buchführung getrennte Konten für ihre Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungsaktivitäten sowie gegebenenfalls konsolidierte Konten für ihre sonstigen Aktivitäten außerhalb des Elektrizitätsbereichs, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Firmen ausgeführt würden. Sie nehmen für jede Aktivität eine Bilanz sowie eine Ergebnisrechnung in den Anhang ihres Jahresabschlusses auf.“

Aus solchen – unter Transparenzgesichtspunkten ja durchaus löblichen – Vorgaben resultieren aber gleichzeitig auch grundlegende Einwände gegenüber der Neuregelung. Ungeachtet im Einzelfall vorhandener faktischer Schwierigkeiten bei der Zuordnung von Kosten zu den einzelnen Segmenten<sup>44</sup> wird die Kommission nämlich zukünftig

<sup>39</sup> BT-Drucks. 14/5956, S. 5.

<sup>40</sup> BT-Drucks. 14/5956, S. 6.

<sup>41</sup> Etwas anderes gilt dann, wenn die Zuordnung der Kosten und Erlöse zu den nicht-privilegierten Geschäftszweigen ohne eine solche Separierung nicht nachvollziehbar wäre, vgl. 7. Erwägungsgrund der Richtlinie sowie BT-Drucks. 14/5956, S. 6.

<sup>42</sup> So gewährleisten die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie nunmehr auch, dass sich die Finanz- und Organisationsstruktur der Unternehmen, die durch die Richtlinie zur Erstellung einer getrennten Buchführung verpflichtet sind, in den getrennten Büchern genau widerspiegelt, so dass a) eine nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennte Aufstellung der Kosten und Erlöse und b) eine genaue Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Geschäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen werden, klar ersichtlich wird.

<sup>43</sup> Allerdings entfällt im Falle der Bereitstellung öffentlicher Mittel die Pflicht zur Offenlegung bei a) Dienstleistungen erbringenden öffentlichen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht merklich zu beeinträchtigen geeignet sind, b) Zentralbanken, c) öffentlichen Kreditanstalten, allerdings nur hinsichtlich der Anlage öffentlicher Mittel seitens der öffentlichen Hand zu normalen Marktbedingungen, und d) öffentlichen Unternehmen mit einem Jahresnettoumsatz von weniger als insgesamt 40 Mio. Euro, wobei bei öffentlichen Kreditinstituten diese Grenze einer Bilanzsumme von 800 Mio. Euro entspricht (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie).

<sup>44</sup> Siehe etwa die Regelung in Art. 14 Abs. 3 lit. b der Postrichtlinie, die detaillierte Angaben zur Zurechnung von gemeinsamen Kosten macht, die sich nicht unmittelbar einem Dienst zuordnen lassen. Die Umlegung erfolgt danach „i) möglichst aufgrund einer direkten Analyse des Kostenursprungs; ii) ist eine direkte Analyse nicht möglich, so werden die gemeinsamen Kostenkategorien aufgrund einer indirekten Verknüpfung mit einer anderen Kostenkategorie oder einer Gruppe von Kostenkategorien umgelegt, für die eine direkte Zuordnung oder Aufschlüsselung möglich ist; die indirekte Verknüpfung stützt sich auf vergleichbare Kostenstrukturen; iii) lassen sich weder direkte noch indirekte Maßnahmen der Kostenaufschlüsselung anwenden, so wird die Kostenkategorie aufgrund eines allgemeinen Schlüssels umgelegt, der aus dem Verhältnis zwischen allen direkt

einen sofortigen Zugriff auf die Informationen haben, die sich auf die Kosten und Erlöse eines jeden einzelnen Geschäftsbereichs der verpflichteten Unternehmen beziehen, was sie in die Lage versetzt, nachzuvollziehen, welche Aktivitäten das Unternehmen welchem Geschäftsbereich zuweist und ob die gebuchten Kosten zur Aufgabenerfüllung notwendig und angemessen sind. Vor allem aber – und dies erscheint besonders gravierend – wird von der Kommission damit im Einzelfall der Nachweis geführt werden können, dass die Gewinnerzielung in einem gemeinwohlbezogenen Bereich deutlich macht, dass die Leistung sehr wohl auch von anderen, keine Beihilfen in Anspruch nehmenden Wettbewerbern erbracht werden könnte; der Schritt zur Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV ist dann, wenn das Vorliegen einer Bereichsausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV abgelehnt wird, in der Tat nicht mehr weit.<sup>45</sup> Doch werden wir wahrscheinlich nicht umhin kommen, diese Konsequenzen in Kauf zu nehmen, wenn wir Transparenz im Binnenmarkt ernstlich verwirklichen wollen.

## b) Verpflichtete Unternehmen

Geht man von Sinn und Zweck dieser „Segmentierung“ aus, die darin zu sehen ist, dass Transaktionen zwischen den einzelnen Geschäftsbereichen und insbesondere Quersubventionierungen sichtbar gemacht werden sollen, wodurch wiederum der Anwendung des Wettbewerbsrechts die Tür weit geöffnet wird,<sup>46</sup> so ist damit gleichzeitig der Bogen geschlagen zu den durch Richtlinie und Gesetz verpflichteten Unternehmen.<sup>47</sup> Der Pflicht zur getrennten Buchführung unterliegen zum einen diejenigen Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte i.S. von Art. 86 Abs. 1 EGV gewährt werden,<sup>48</sup> und zum anderen Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S. von Art. 86 Abs. 2 EGV<sup>49</sup> betraut sind und hierfür staatliche Beihilfen in jedweder Form einschließlich Ausgleichsleistungen erhalten, die nicht für einen angemessenen Zeitraum im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens festgesetzt wurden. Zudem müssen die Unternehmen in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig sein,<sup>50</sup> mithin in einem Sonderrechts- und in einem Wettbewerbsbereich.<sup>51</sup> Faktisch handelt es sich dabei um

---

oder indirekt umgelegten und zugeordneten Ausgaben für den einzelnen reservierten Dienst einerseits und die anderen Dienste andererseits errechnet wird.“ Hierzu auch *G. Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641/1648 f.; *Nolte*, Quersubventionierungen in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, 1998, S. 44 ff., m. w. N.

<sup>45</sup> Vgl. *A. Bartosch*, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, EuZW 2000, S. 333/334/336.

<sup>46</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6 der Richtlinie.

<sup>47</sup> S. in diesem Zusammenhang auch *J. Schwarze*, Der Staat als Adressat des Europäischen Wettbewerbsrechts, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, 2001, S. 69/95 ff.

<sup>48</sup> Ausführlich hierzu *C. Jung*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 86 Rdnr. 12 ff.

<sup>49</sup> Näher *C. Jung*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 86 Rdnr. 36 ff.

<sup>50</sup> Dies folgt aus Art. 2 Abs. 1 lit. d) und e) sowie aus § 3 Abs. 1 TranspRLG.

<sup>51</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TranspRLG, Art. 1 Abs. 2 lit. a) und b), Art. 2 Abs. 1 lit. d) der Richtlinie. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich im deutschen Recht bereits einige Regelungen finden, die Transparenz verwirklichen; hierzu zählt etwa § 9 Energiewirtschaftsgesetz, § 40 Abs. 2 PostG, § 14 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz und § 9 Allgemeines Eisenbahngesetz. Vgl. i. ü. in diesem Zusammenhang auch §§ 285 Nr. 4, 297 Abs. 1 S. 2 HGB.

Universaldienstleistungen bzw. Grundversorgungsaufgaben wahrnehmende Unternehmen, deren ehemals bestehende Sonderrechte im Zuge gemeinschaftlicher Liberalisierungsmaßnahmen abgeschafft wurden.<sup>52</sup>

Keine Geltung entfaltet die Pflicht zur doppelten Buchführung damit für mit gemeinwirtschaftlichen Aufgaben betraute Unternehmen, wenn ihnen keine Förderung zukommt und sie ausschließlich im gemeinwirtschaftlichen Bereich tätig werden, da sich in diesen Fällen die Frage der Wettbewerbsverzerrung durch Quersubventionierungen gar nicht stellt.<sup>53</sup> Zudem entfällt die Pflicht zur getrennten Buchführung für Unternehmen, deren Tätigkeit nach Art und Umfang nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union merklich zu beeinträchtigen, wie auch für Unternehmen mit einem Jahresnettoumsatz von weniger als 40 Mio. Euro, was bei öffentlichen Kreditanstalten einer Bilanzsumme von 800 Mio. Euro entspricht. Zu beachten bleibt auch, dass nach Art. 3 a Abs. 2 der Richtlinie und nach § 7 TranspRLG Spezialregelungen Vorrang haben.<sup>54</sup>

Im Lichte dieser Vorgaben wird erkennbar, dass auch die Landesbanken und Sparkassen jenseits der genannten Mindestbilanzsumme der Richtlinie unterfallen. Ungeachtet der Indizwirkung aufweisenden und dem juristischen Umkehrschluss zugänglichen Aussage der Richtlinie, dass bei öffentlichen Kreditanstalten mit einer Bilanzsumme von weniger als 800 Mio. Euro die Richtlinie keine Geltung entfaltet, folgt dies daraus, dass Landesbanken und Sparkassen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, und Gewährträgerhaftung und Anstaltslast wegen ihrer vorteilsgewährenden Wirkung in Übereinstimmung mit der Kommission<sup>55</sup> als den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigende Beihilfen i.S. von Art. 87 Abs. 1 EGV zu begreifen sind.<sup>56</sup> Daneben betätigen sich die öffentlichen Kreditinstitute in verschiedenen Geschäftsbereichen.

Im übrigen spricht ja auch die *ratio* der Richtlinie für dieses Ergebnis. Versteht man nämlich unter Gewährträgerhaftung eine unmittelbare öffentlich-rechtliche Ausfallgarantie des Anstaltsträgers gegenüber den Gläubigern, während die Anstaltslast die Verpflichtung des jeweiligen Anstaltsträgers meint, „die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen“,<sup>57</sup> so liegt nicht nur der mögliche wettbewerbsver-

<sup>52</sup> Vgl. im Hinblick auf Art. 86 Abs. 2 EGV etwa Kommission, Entsch. v. 22. 3. 1999, Fall NN 70/98, Tz. 6.3. – Kinderkanal und Phoenix.

<sup>53</sup> Hierauf weist zutreffend G. Britz, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641/1648, hin.

<sup>54</sup> Näher G. Britz, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641/1649 f. Hierzu zählt etwa Art. 14 der Postrichtlinie, Art. 14 Elektrizitätsbinnenmarkt richtlinie und Art. 13 Richtlinie 98/30/EG vom 22. 6. 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (Erdgasrichtlinie), ABl. EG 1998 L 204, S. 1.

<sup>55</sup> S. nur SZ v. 28. 7. 2000, S. 23.

<sup>56</sup> Vgl. etwa A. v. Friesen, Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, S. 581.

<sup>57</sup> Wettbewerbsenquete, BT-Drucks. V/3500, S. 47. Siehe auch C. Koenig, Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute

zerrende Gehalt dieser Institute nahe, sondern wird auch deutlich, dass Gewährträgerhaftung und Anstaltslast einen Hort finanzieller Intransparenz darstellen, weil sie eine unzulässige Quersubventionierung jedenfalls als möglich erscheinen lassen.<sup>58</sup>

#### IV. Die „Brüsseler Verständigung“ vom 17. Juli 2001

Dass der Kommission indes die in der Richtlinie vorgesehenen Offenlegungspflichten, vor allem aber die Verpflichtung zur doppelten Buchführung bei den öffentlichen Kreditinstituten in Deutschland nicht ausreichen konnte, um umfassende Transparenz zu verwirklichen, liegt auf der Hand, beinhalten doch Gewährträgerhaftung und Anstaltslast<sup>59</sup> ein wettbewerbsverzerrendes Potential, das über das bei sonstigen öffentlichen Unternehmen vorhandene deutlich hinausreicht. Dies folgt daraus, dass die Transparenzrichtlinie ja lediglich die getrennte Buchführung verlangt; nicht hingegen ist sie auf eine Modifikation von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ausgerichtet. Hält man sich zudem die Schwierigkeiten vor Augen, die darin bestehen, die aus der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast resultierenden – vielfach mittelbaren und daher letztlich nur schwer messbaren, kaum in eine Kostenrechnung einzubettenden – Vorteile auch für die Bereiche zu quantifizieren, in denen die öffentlichen Kreditinstitute in Wettbewerb mit privaten Kreditanstalten stehen, so wird deutlich, dass die Transparenzrichtlinie im Hinblick auf die öffentlichen Kreditinstitute eine nicht allzu scharfe Waffe gewesen wäre. Sie ist ja in erster Linie auf die Herstellung von Transparenz gerichtet, nicht hingegen auf die unmittelbare Beseitigung dieser Art von Wettbewerbsverzerrungen.

Im Lichte dieser Erkenntnis ist es die ja fast noch druckfrische „Brüsseler Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ vom 17. Juli 2001,<sup>60</sup> der deshalb besondere Bedeutung zukommt, weil sie mit der vollständigen Abschaffung der Gewährträgerhaftung und der weitreichenden Modifizierung der Anstaltslast – dem sog. Plattformmodell – weitreichende Transparenz bei Landesbanken und Sparkassen verwirklichen will. Erst die durch die Verständigung bewirkte Unterwerfung der finanziellen Beziehungen zwischen dem öffentlichen Eigner und dem öffentlichen Kreditinstitut unter die Regeln einer „normalen marktwirtschaftlichen Eigentümerbeziehung“,<sup>61</sup> erst der Ausschluss jeglicher – insbesondere automatischer – Verpflichtung

te?, WM 1995, S. 821; P. Scherer/M. Schödermeier, Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, ZBB 1996, S. 165/172.

<sup>58</sup> Vgl. die Einschätzung der Kommission, SZ v. 20. 7. 2000, S. 21. Siehe etwa auch A. v. Friesen, Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, S. 581; E. Kruse, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilfenrechts, NVwZ 2000, S. 721.

<sup>59</sup> Ausführlich hierzu U. Immenga/J. Rudo, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilfenrecht, 1997, S. 23 ff., 32 ff. Vgl. auch A. v. Friesen, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998, insbes. S. 79 ff., 125 ff., sowie H. Schlierbach/G. Püttner, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1994, S. 144 ff.

<sup>60</sup> Vgl. FAZ v. 18. 7. 2001, S. 13: „Einigung im Streit um die Landesbanken“.

<sup>61</sup> Nr. 2.2.a) der Verständigung.

des öffentlichen Eigners zu einer Unterstützung des öffentlichen Kreditinstituts<sup>62</sup> und die Untersagung jeglicher staatlichen Bestandsgarantie<sup>63</sup> führen damit zum einen dauerhafte Transparenz in den Beziehungen zwischen den öffentlichen Kreditinstituten und ihren Trägern herbei und beseitigen zum anderen ein erhebliches wettbewerbsverzerrendes Potential. Zutreffend erscheint daher, was in der Verständigung gesagt worden ist, dass nämlich erst durch die Verständigung „die wirtschaftlichen Aktivitäten der Landesbanken und Sparkassen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar“ werden.<sup>64</sup> Im Hinblick auf die in der Verständigung ja ebenfalls vorgesehene Gleichstellung öffentlicher Kreditinstitute mit privaten für den Fall der Insolvenz<sup>65</sup> darf allerdings angemerkt werden, dass es zum Eintritt dieser Option wohl nie kommen dürfte: Dem stehen nämlich die Wertungen der *Crédit Lyonnais*-Entscheidung der Kommission,<sup>66</sup> vor allem aber der Grundsatz „To big to fail“ entgegen.<sup>67</sup>

Die Herstellung von Gemeinschaftsrechtskonformität ist indes nicht von heute auf morgen zu haben. Die durch die Verständigung zugestandenen Übergangsfristen – Beibehaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bis zum Jahr 2005, Bestandschutz im Hinblick auf die Gewährträgerhaftung für bestehende Verbindlichkeiten bis zum Ende ihrer Laufzeit und Aufrechterhaltung der Gewährträgerhaftung für neu begründete Verbindlichkeiten bis 2015 – erscheinen großzügig, angesichts der ins Haus stehenden Umgestaltungsnotwendigkeiten wohl aber noch hinnehmbar. Dies dürfte zwischenzeitlich auch die Auffassung der privaten Banken sein, die, so scheint es jedenfalls, von einer zunächst ins Auge gefassten Klage absehen wollen.

Wenden wir den Blick noch kurz auf das Verhältnis der Transparenzrichtlinie zu der Brüsseler Verständigung, so ergibt sich, dass die Richtlinie in ihrem materiellrechtlichen Gehalt im wesentlichen auf die Anordnung der doppelten Buchführung gerichtet ist, sich damit letztlich aber nicht in der Lage zeigen kann, das wettbewerbsverzerrende Potential von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast zu entschärfen oder gar zu beseitigen. Und genau hier setzt die Brüsseler Verständigung an. Es ist damit erst dieser Kompromiss, der mit der Forderung nach Transparenz bei den öffentlichen Kreditinstituten Ernst macht, indem er die Institute der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast aus der Welt schafft. Ohne den Kompromiss wären wir zwar über das wettbewerbsverzerrende Potential von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast etwas genauer im Bilde, ohne dass damit indes das Problem beseitigt worden wäre. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht war der Kompromiss daher nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern zur Verwirklichung von echter Transparenz bei den öffentlichen Kreditinstituten auch notwendig.

<sup>62</sup> Vgl. Nr. 2.2.b) der Verständigung.

<sup>63</sup> Vgl. Nr. 2.2.b) der Verständigung.

<sup>64</sup> Vgl. Nr. 6 der Verständigung.

<sup>65</sup> Nr. 2.2.c) der Verständigung.

<sup>66</sup> Entscheidung der Kommission v. 26. 7. 1995 zur bedingten Genehmigung der von Frankreich zugunsten der Bank *Crédit Lyonnais* gewährten Beihilfen, 95/547/EG, ABl. EG L 308 v. 21. 12. 1995, S. 92 ff. Vgl. zusammenfassend auch den XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1005, COM (96) 126 final, S. 90, Rn. 1.2.1.

<sup>67</sup> S. in diesem Zusammenhang auch *U. Immenga/J. Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997, S. 113 ff.

Jenseits dieser unterschiedlichen Ansatzpunkte harrt aber auch die Frage nach der Anwendbarkeit von Richtlinie und Brüsseler Kompromiss der Klärung, nicht zuletzt wegen der unterschiedlichen Fristen. Insoweit dürfte sich ergeben, dass sich Brüsseler Verständigung und Transparenzregeln gegenseitig ergänzen. Ungeachtet der – wie man hört – seitens der Kommission vorgenommenen vorläufigen „Aussetzung“ der Transparenzregeln bis zur Umsetzung des Kompromisses (deren Rechtscharakter ohnehin im Dunkeln liegen wird) dürfte daher zumindest aus juristischer Sicht wenig dafür sprechen – wie etwa von Seiten der Vereinigung der öffentlichen Banken<sup>68</sup> angenommen –, von einer Nichtanwendung der Transparenzregeln bei Umsetzung der Brüsseler Verständigung auszugehen, nicht zuletzt deshalb, weil das Transparenzrichtlinie-Gesetz in der Bundesrepublik Deutschland ja geltendes Recht ist.

Ungeachtet dieser Frage wird jedenfalls den öffentlichen Garanten wie auch den Kreditanstalten durch die Umsetzung der Vorgaben des Kompromisses die Gelegenheit eingeräumt, den Haupteinwand für das Vorliegen finanzieller Intransparenz – Gewährträgerhaftung und Anstaltslast<sup>69</sup> – zu beseitigen und damit gleichzeitig auch die Vorgaben der Richtlinie zu beachten. Wird dies innerhalb der von dem Kompromiss vorgesehenen Fristen geschehen sein, dann wird Transparenz in den finanziellen Beziehungen zwischen dem öffentlichen Eigner und den öffentlichen Kreditinstituten in einer Weise hergestellt sein wird, dass sie sich von einer „normalen marktwirtschaftlichen Eigentümerbeziehung“, so wie sie zwischen einem privaten Anteilseigner und einer GmbH oder AG besteht, nicht mehr unterscheidet. Daneben werden selbstverständlich die Transparenzregeln mit ihrer Verpflichtung zu buchmäßiger Trennung zwischen Gemeinwirtschafts- und Wettbewerbsbereich wie auch die allgemeinen Bestimmungen, etwa des Aktiengesetzes, zur Anwendung kommen. Lediglich für den Fall, dass der Kompromiss von den Beteiligten nicht beachtet und umgesetzt werden sollte, wird die von der Kommission anvisierte „Aussetzung“ der Transparenzregeln nicht Platz greifen und werden diese mit sämtlichen darin enthaltenen Verpflichtungen sofort zum Tragen kommen.

Wenn man so will, nehmen daher Transparenzrichtlinie und Brüsseler Kompromiss die deutschen öffentlichen Kreditinstitute von zwei, in einem Verhältnis gegenseitiger Ergänzung stehenden Flanken in die Zange, wobei der Brüsseler Kompromiss von seinen Ansprüchen her sehr viel weiter reicht. Sowohl die Richtlinie als auch der

<sup>68</sup> Vgl. <http://www.voeh.de/News/aktuellesIII01.htm> vom 18. 8. 2001.

<sup>69</sup> Vgl. aus der Diskussion etwa, den Beihilfetatbestand bejahend, C. Koenig, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?, EuZW 1995, S. 595; E. Kruse, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts, NVwZ 2000, A. 721, und, den Schwerpunkt auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel legend, H.-J. Niemeyer/S. Hirsbrunner, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 87 EG, EuZW 2000, S. 364; hingegen die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht unter dem Blickwinkel des „market economy investor“ – Prinzip annehmend H. Schneider/T. Busch, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, EuZW 1995, S. 602; B. Thode/H. Peres, Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht, VerwArch 1998, S. 439. Die Gemeinschaftskonformität ebenfalls bejahend Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Sparkassen und Landesbanken in der Wettbewerbs- und Privatisierungsdiskussion, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft Bd. 17, 1998, sowie U. Immenga/J. Rudo, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997, S. 42 ff., 48 ff., 74 ff.

Kompromiss stellen aber jedenfalls das Angebot von Finanzdienstleistungen durch Landesbanken und Sparkassen zukünftig auf eine neue, nämlich wettbewerbskonforme Grundlage.

## V. Gestaltungsoptionen zur Herstellung finanzieller Transparenz bei öffentlichen Kreditinstituten

### 1. Konsequenzen der Richtlinie und des Kompromisses

Die Konsequenzen, die die Transparenzrichtlinie, aber auch der Brüsseler Kompromiss für die Organisation der öffentlichen Kreditinstitute nach sich ziehen, werden vielfältig und weitreichend sein, wobei der für das Rechnungswesen bedeutsame Übergang von der bestehenden Mischkalkulation hin zu einer differenzierten, vor allem geschäftsbereichsbezogenen Kalkulation bei den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten noch die am wenigsten weitreichende Folge sein dürfte. Der Schwerpunkt der Bemühungen zur Umsetzung des Brüsseler Kompromisses, der ja faktisch die Vorgaben der Transparenzvorschriften einschließt, dürfte in einer „Entflechtung“ der verschiedenen Bereiche liegen.<sup>70</sup>

#### a) Landesbanken

##### aa) Die Gestaltungsoptionen

Im Hinblick auf die Landesbanken wird die Umsetzung des Brüsseler Kompromisses wie der Transparenzrichtlinie zum einen auf eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast, zum anderen auf eine rechtliche Trennung der Geschäftsbankfunktionen von den durch den öffentlichen Auftrag gebundenen Funktionen hinauslaufen, was faktisch eine Aufspaltung der Landesbanken in mehrere rechtlich selbständige Teilbanken bedeuten wird.<sup>71</sup>

Dabei käme den Landesgesetzgebern im Hinblick auf diejenigen Institute, die die öffentlichen Aufgaben der Landesbanken fortführen, gerade unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten eine weitreichende Gestaltungsfreiheit zu, so dass etwa vorstellbar wäre, die Förderbereiche der Landesbanken in eine eigenständige Anstalt des öffentlichen Rechts einzubringen; aber auch im Hinblick auf die Geschäftsbankfunktionen der Landesbanken wäre die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts vorstellbar. Rechtlich, vor allem aber wirtschaftlich sinnvoller erscheint indes die Umwandlung des Geschäftsbankenbereichs der Landesbanken in Aktiengesellschaften.<sup>72</sup> Damit

<sup>70</sup> Hierzu auch *A. v. Friesen*, Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, *EuZW* 1999, S. 581/585 f.

<sup>71</sup> In diese Richtung auch *W. Gärtner*, Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlichrechtlichen Kreditinstitute, *ZBB* 1998, S. 6/12 f.

<sup>72</sup> In diese Richtung auch *K. Schmid/T. Vollmöller*, Öffentlichrechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, *NJW* 1998, S. 716/721, sowie *W. Gärtner*, Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlichrechtlichen Kreditinstitute, *ZBB* 1998, S. 6/14.

wäre eine größtmögliche Flexibilität gewährleistet, und zwar im Hinblick auf die Kapitalbeschaffung wie auch im Hinblick auf die Gestaltung der Anteilsstruktur. Insbesondere aber wäre diese Entwicklung auch konsequent, bedeutete sie doch zugleich ein konsequentes Fortschreiten auf dem faktisch schon längst eingeschlagenen Weg der Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute hin zu „Kapitalgesellschaften des öffentlichen Rechts“.<sup>73</sup> Jedenfalls dürften mit den Vorgaben der Transparenzrichtlinie die Weichen hin auf eine mindestens teilweise materielle Privatisierung gestellt sein; bei einer bloß formellen Privatisierung der Geschäftsbankfunktion wird es wohl nicht bleiben.<sup>74</sup> Und mit Fug ist in der Literatur auch darauf hingewiesen worden, dass bei einer solchen materiellen Privatisierung der Beihilfeeinwand gegenüber verbleibender staatlicher Kapitalbeteiligung umso geringer wiegt, je mehr private Aktionäre mit entsprechenden Anteilspaketen an der Gesellschaft beteiligt sind.<sup>75</sup>

#### bb) Die diskutierten Modelle

(1) Das Bayerische Modell. Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben sind es verschiedene Modelle, die in der Praxis diskutiert werden. So sieht das Bayerische Landesbankmodell<sup>76</sup> vor, dass die Bayerische Staatsregierung und der Sparkassenverband Bayern ihre bisherigen Anteile an der Bayerischen Landesbank auf eine neu zu gründende Landesbank Finanzholding Aktiengesellschaft übertragen, die gewissermaßen zwischen Eigentümer und Landesbank zwischengeschaltet wird und mit der alleinigen Trägerschaft für die Bayerische Landesbank beliehen wird. Aufgrund einer Novelle des Landesbankgesetzes soll dann die Bayerische Landesbank als Anstalt des öffentlichen Rechts ausgestaltet werden, womit ihr öffentlich-rechtlicher Charakter erhalten bliebe; allerdings würden Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eliminiert werden, so dass der Freistaat Bayern und die Sparkassen ab 2005 nur noch mit ihrem Kapitalanteil haften würden, mit Ausnahme der davor am Kapitalmarkt emittierten Verbindlichkeiten, für die eine Frist bis zum Jahr 2015 gilt. Von Bedeutung bei diesem Gestaltungsmodell ist, dass die Holding für dritte Aktionäre – weitere Landesbanken, aber auch private oder genossenschaftliche Institute – offen ist, wobei diese jedoch höchstens 49,98% der Anteile besitzen können, die Aktionäre Sparkassenverband Bayern und Freistaat Bayern hingegen jeweils mindestens 25,01% besitzen müssen. Nachdem geplant ist, dass die Landesbank 2004 vom Freistaat Bayern und den Sparkassen mit zusätzlichen Mitteln ausgestattet werden soll, dürfte davon auszugehen sein, dass dieses Modell dauerhaft nicht nur für eine deutlich über den vorgeschriebenen 4 % liegende Kernkapitalquote sorgen wird, sondern auch wieder

<sup>73</sup> Vgl. H. Siekmann, Die verwaltungsrechtliche Anstalt – eine Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts?, NWVBl. 1993, S. 361. In diese Richtung auch C. Koenig, Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute?, WM 1995, S. 821/827.

<sup>74</sup> W. Gärtner, Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, ZBB 1998, S. 6/14.

<sup>75</sup> So W. Gärtner, Die Transparenz der Finanzbeziehungen innerhalb der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, ZBB 1998, S. 6/14.

<sup>76</sup> Vgl. FAZ v. 20. 7. 2001: „BayernLB sieht sich bestätigt“.

mindestens für ein – in Finanzkreisen wohl doch als solide geltendes – „B“-Rating gut sein dürfte.

Mit diesem Modell sind zwar Gewährträgerhaftung und Anstaltslast beseitigt, doch wird eine waschechte Privatisierung gleichwohl nicht durchgeführt. Zu beachten bleibt bei dieser Lösung in jedem Fall, dass, soll die Bayerische Landesbank als alleinige Säule bestehen bleiben, innerhalb der Landesbank mindestens zwei Säulen zu errichten sein werden, eine Säule, die sich der Wahrnehmung von gemeinwirtschaftlichen Aufgaben annimmt, und eine andere Säule, mit der kommerzielle Zwecke verfolgt werden. Dabei würde sicherlich die Säule oder Abteilung, die kommerzielle Zwecke wahrnimmt, die deutlich stärkere sein; bei der WestLB jedenfalls gingen rund 80% des Geschäftsvolumens und damit auch mindestens 80% der Belegschaft in den wettbewerblichen Sektor über.<sup>77</sup>

Die Frage, die mit diesem Modell im Hinterkopf gestellt werden kann, ist aber wohl die, ob es nicht ausreichen würde und einfacher wäre – wie vom Vorstandsvorsitzenden der Landesbank Rheinland-Pfalz, *Klaus Adam*, ins Gespräch gebracht –, dass sich die bisherigen Träger der Landesbanken bis auf einen Anteil von 50,1% zurückziehen, so dass die Bank als privatrechtliche Aktiengesellschaft agieren könnte und zudem Platz für weitere Eigentümer bliebe.<sup>78</sup> Dabei wäre selbstverständlich eine unternehmensinterne Aufteilung nach den verschiedenen Geschäftszweigen vorzunehmen und müsste die Wahrnehmung des Gemeinwohlbereichs nach den Vorgaben des Aktienrechts sichergestellt werden. Nach meiner Auffassung sprechen jedenfalls deutlich mehr und bessere Transparenzgründe für dieses als für das bayerische Modell.

(2) Das Modell der WestLB. Das andere im Zusammenhang mit der Westdeutschen Bank Girozentrale (WestLB) diskutierte sog. Mutter-Tochter-Modell<sup>79</sup> sah eine Aufspaltung der größten deutschen Landesbank in eine öffentlich-rechtliche Muttergesellschaft mit staatlichen Privilegien und eine privatrechtliche Tochtergesellschaft vor, in die das gesamte Wettbewerbsgeschäft eingebracht werden sollte. Die Klammer zwischen beiden Instituten sollte von einer sog. Patronatserklärung der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten der Geschäftsbank gebildet werden, was jedoch durchaus auch als versteckte Beihilfe und als der Versuch gewertet werden könnte und wohl auch wurde, die öffentlichen Bankgarantien hinterrücks wieder einzuführen. Im übrigen sind es auch Transparenzerwägungen, die dieses Modell als nicht sonderlich überzeugend in den Hintergrund gedrängt haben. Mit dem Brüsseler Kompromiss scheint es auch endgültig begraben worden zu sein.

## b) Sparkassen

Im Hinblick auf die Sparkassen darf an dieser Stelle lediglich angemerkt werden, dass vor dem Hintergrund des Brüsseler Kompromisses deren Verhältnis zu ihren

<sup>77</sup> Vgl. Welt am Sonntag v. 26. 8. 2001: „Schafft Sengera die Aufteilung des mächtigen Geldinstituts?“.

<sup>78</sup> FAZ v. 20. 7. 2001.

<sup>79</sup> FAZ v. 20. 7. 2001: „Die Aufspaltung der WestLB wirft Fragen auf“.

Gewährträgern Gemeinden und Landkreise ebenfalls auf eine neue, von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast befreite Grundlage zu stellen sein wird. Aber auch insoweit wird für diese Gewährträger ein gerüttelt Maß an Gestaltungsspielraum bestehen, um den Vorgaben des Brüsseler Kompromisses und – jedenfalls jenseits der Mindestgrenzen – denen der Transparenzrichtlinie gerecht zu werden. Auch hier gilt, dass sowohl die Anstalt des öffentlichen Rechts als auch die Rechtsformen des Privatrechts als vorstellbare Alternativen in Betracht kommen, auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Gemeinden und Kreise mit Hilfe der Sparkassen eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrnehmen.<sup>80</sup> Das Gesellschaftsrecht bietet jedenfalls hinreichend Möglichkeiten, auch bei privatrechtlicher Aufgabenwahrnehmung die Erfüllung des öffentlichen Zwecks sicherzustellen. Abschließend anzumerken ist in diesem Zusammenhang lediglich, dass angesichts des bei den Sparkassen ganz deutlich im Vordergrund stehenden öffentlichen Infrastrukturauftrages – der sicherlich in Zukunft sehr viel schärfer konturiert werden müsste, als dies bislang geschehen ist<sup>81</sup> – vieles dafür sprechen dürfte, auch zukünftig die Förderung der flächendeckenden Kreditversorgung ebenso wie die Geschäftsbankfunktionen in einem Institut zusammenzufassen, selbstverständlich unter Beachtung der Vorgaben der Transparenzrichtlinie, mithin – trotz damit verbundener Schwierigkeiten – unter getrennter Buchführung der verschiedenen Geschäftsbereiche.

## 2. Weitere Konsequenzen der Brüsseler Verständigung

Schließlich ist auf zwei weitere mögliche Auswirkungen der Brüsseler Verständigung hinzuweisen. Eine dürfte darin liegen, dass – wie vor kurzem angedacht – einige Großsparkassen mit einem Bilanzvolumen von immerhin rd. 300 Mrd. DM ihre Kräfte bündeln und zukünftig in bestimmten Geschäftsfeldern enger kooperieren werden,<sup>82</sup> um so auf den sich wohl verschärfenden Wettbewerb zu reagieren und – etwa im Technologiebereich – Synergien erzielen zu können; in den Augen der Unternehmensberatung McKinsey scheinen dabei insbesondere die Felder Gesamtbanksteuerung/Risikokontrolle, Firmenkundengeschäft einschließlich Börsengängen, Wertpapiergeschäft sowie Personalent- und Produktabwicklung von Interesse zu sein.<sup>83</sup> Als Kriegserklärung an die Landesbanken dürfte dies wohl nicht zu begreifen sein, doch machen die Pläne deutlich, dass in diesem Bereich vieles in Bewegung kommen wird.

Damit ist auch der zweite Aspekt angesprochen, nämlich das Verhältnis von Landesbanken und Sparkassen zueinander, das mittel- und langfristig von dem Kompromiss nicht unberührt bleiben wird. Ob insoweit die Entwicklung hin zu Fusionen

<sup>80</sup> BVerfG, NVwZ 1995, S. 370/371, unter Bezugnahme auf BVerfGE 75, 192/199 ff.

<sup>81</sup> Zur gegenwärtigen Ausgestaltung näher *H. Schlierbach/G. Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1994, S. 51 ff., 118 ff.

<sup>82</sup> Hierzu zählen die Stadt- und die Kreissparkasse Köln sowie die Sparkassen in Hamburg, Frankfurt, Wiesbaden, München, Bremen und Hannover, vgl. <http://www.handelsblatt.com> v. 18. 8. 2001.

<sup>83</sup> Ebenda. Dass dies auch zu Arbeitsplatzverlusten führen wird, liegt auf der Hand; so will die WestLB bis 2004 1500 Stellen abbauen, vgl. FAZ v. 3. 9. 2001, S. 18.

zwischen Landesbanken und Sparkassen gehen wird,<sup>84</sup> bleibt ebenso abzuwarten wie die Beantwortung der Frage, ob Landesbanken und Sparkassen bei den Sicherungseinrichtungen auch weiterhin zusammengebunden bleiben sollen; für eine Loskoppelung der Sparkassen von den Landesbanken bei dem im Gefolge des Brüsseler Kompromisses vorzunehmenden Um- und Ausbau der Sicherungseinrichtungen hat sich jedenfalls bereits der Chef der Stadtparkasse Köln, *Gustav Schröder*, ausgesprochen, der als Bundesobmann auch Sprecher der Sparkassen ist.<sup>85</sup>

## VI. Fazit

Nehmen wir nun abschließend eine Wertung der Transparenzregeln gewissermaßen im Lichte des Brüsseler Kompromisses vor, so kann eines sicherlich festgehalten werden: Die Lebens- und Überlebensfähigkeit der deutschen Landesbanken und Sparkassen ist trotz anstehender einschneidender organisatorischer Umgestaltungen nicht gefährdet. Dies gilt insbesondere trotz der gelegentlich geäußerten Sorge, dass die Kommission auf der Grundlage der ihr zukünftig übermittelten Informationen eine merkliche Ausdehnung ihrer beihilferechtlichen Prüfungsaktivitäten vornehmen könnte.<sup>86</sup> Diese Ausdehnung werden wir und werden die Kreditinstitute indes hinzunehmen haben, da die Kommission in einem solchen Fall ja letztlich nichts anderes täte als das, was ihr der EGV aufgibt: nämlich das gemeinschaftsrechtliche Beihilferegime wirksam durchzusetzen.

Jenseits solcher Befürchtungen sind es für mich aber vor allem drei Wegweisungen, die sich aus den neuen Transparenzregeln wie auch aus dem Brüsseler Kompromiss entnehmen lassen. Erstens machen diese Regelwerke – wie so viele andere, etwa im Vergaberecht, auch – deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht immer kraftvoller auf die Konturierung und Verwirklichung eines privatwirtschaftlich ausgerichteten Binnenmarktes hinausläuft<sup>87</sup> – mit der für uns Deutsche fast zwangsläufigen Konsequenz einer zunehmenden Relativierung der überkommenen Lehre vom Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes. Zweitens offenbaren die Transparenzregeln und der Brüsseler Kompromiss auch, dass das Gemeinschaftsrecht in der Privatisierung kein Allheilmittel sieht, im Gegenteil: auch weiterhin soll es im Wettbewerb mit anderen stehende öffentlich-rechtliche Kreditinstitute geben,<sup>88</sup> aber eben

<sup>84</sup> So etwa die Einschätzung des Managing Director bei UBS Warburg, *Hermann Prella*, zitiert nach <http://www.handelsblatt.com> v. 18. 8. 2001.

<sup>85</sup> Vgl. <http://www.handelsblatt.com> v. 18. 8. 2001.

<sup>86</sup> So etwa *A. Bartosch*, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, *EuZW* 2000, S. 333/336.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu auch *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, S. 28 ff. S. in diesem Zusammenhang auch *H. Sodan*, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, *DÖV* 2000, S. 361/367 f., sowie *P. Badura*, Wandlungen der europäischen Wirtschaftsverfassung, *EuR* 2000, Beiheft 1, S. 45/47 f.

<sup>88</sup> In diese Richtung geht letztlich auch der Gedanke der den Wettbewerb erhaltenden und fördernden Wettbewerbskorrekturfunktion der Sparkassen und Landesbanken, vgl. *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (Hrsg.), *Sparkassen und Landesbanken in der Wettbewerbs- und Privatisierungsdiskussion*, 1998, S. 28 f.

den Geboten der Transparenz unterworfen. Für das Bankenwesen in Deutschland aber bedeutet diese Entwicklung – drittens –, dass wir auch in Zukunft – im Lichte heller Transparenz und auf dem Boden der Brüsseler Verständigung stehend – an dem überkommenen und im wesentlichen ja bewährten Drei-Säulen-Modell von privaten, genossenschaftlichen und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten festhalten sollten.