

WINFRIED KLUTH

**Anstaltslast und Gewährträgerhaftung
öffentlicher Finanzinstitute
angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots**

I. Einleitung

Das jahrelange politische und juristische Ringen um die Beibehaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei den deutschen Sparkassen und Landesbanken ist durch die Verständigung vom 17. Juli 2001¹ zwar nicht beendet, wohl aber auf eine neue Grundlage gestellt worden. Vergleichsweise lautlos haben die Vertreter von Bund und Ländern zumindest dem äußeren Anschein nach der rechtlichen Qualifizierung beider Rechtsinstitute als mit dem EG-Beihilferecht so nicht vereinbare staatliche Garantien zugestimmt und damit die über viele Jahre hinweg von höchster politischer Warte praktizierte Fundamentalopposition² aufgegeben. Die mir gestellte Aufgabe, Überlegungen zur Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung öffentlicher Finanzinstitute mit dem EG-Beihilfenrecht vorzutragen, könnte mit der Verständigung in die Abteilung Rechtsgeschichte verwiesen worden sein. Eine solche Zuordnung würde aber nicht nur verkennen, dass die Vereinbarung selbst einen aktuellen Handlungsbedarf ausgelöst hat, sondern dass sie ihrerseits vielfältige Gestaltungsspielräume eröffnet. In beiderlei Hinsicht müssen die rechtlichen Vorgaben des Beihilfenrechts als Maßstab herangezogen und aus diesem Grunde ermittelt werden. Dabei wird sich zeigen, dass die Verständigung sowohl in einigen ihrer Grundannahmen, vor allem aber bei den Schlussfolgerungen rechtlich angreifbar und problematisch ist. Es besteht insoweit sowohl aus wissenschaftlicher als auch politischer Perspektive ein Bedürfnis, die Verständigung selbst zu *verstehen*. Denn nur ein tiefgehendes und perspektivisch nicht eingeeengtes Verständnis dieses Dokuments ermöglicht es, den Vorgang selbst zutreffend einzuordnen und zu bewerten sowie nach möglichen Auswirkungen für andere Bereiche der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hände zu fragen.

Dieser Fragestellung entsprechend werde ich meine Überlegungen in einen analytischen und einen perspektivischen Abschnitt untergliedern. Im Rahmen der Analyse werde ich nach einem kurzen Rückblick auf die Vorgeschichte der Verständigung zwei

¹ Siehe dazu den Wortlaut unter Anlage 5.

² Siehe dazu *Thode/Peres*, Anstalten des öffentlichen Rechts im Spannungsfeld zwischen deutschem und europäischem Recht, *VerwArch* 1998, S. 439 (440).

Schwerpunkte setzen. Zunächst wird es darum gehen, die Argumente für und gegen die Qualifizierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfe – noch einmal³ – kritisch zu würdigen. Daran schließt sich ein Vergleich der Strukturen der deutschen und der europäischen Wirtschaftsverfassung an, mit dem Ziel, die Verständigung vor dem Hintergrund beider Systeme zu bewerten und daraus allgemeinere Schlussfolgerungen zu ziehen. Diese sollen dann auch die Grundlage für den perspektivischen Abschnitt bilden, bei dem ich der Frage nach alternativen Gestaltungsmöglichkeiten für die deutschen öffentlichen Finanzinstitute nachgehen und die bislang vorliegenden Modelle diskutieren werde.

II. Vorgeschichte und Hintergründe

1. Frühe Stellungnahmen in Wissenschaft und Praxis sowie die Erklärung Nr. 37 zum Amsterdamer Vertrag zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland

Der mit der besonderen Form der finanziellen Sicherung der öffentlichen Finanzinstitute durch die Anstaltslast und den Forderungen ihrer Kunden bzw. Gläubiger durch die Gewährträgerhaftung verbundene Wettbewerbsvorteil war schon in den späten 60er Jahren Gegenstand der politischen Diskussion auf höchster Ebene. Eine von der Bundesregierung eingesetzte Wettbewerbsenquete-Kommission forderte in ihrem am 18. November 1968 vorgelegten Bericht, dass die Wettbewerbsnachteile der privaten Banken durch eine Reform des Sparkassenwesens zu beheben seien. Dabei spielte vor allem die Frage der Berücksichtigung der Anstaltslast bei der Berechnung des Eigenkapitals eine wichtige Rolle.⁴ Die geforderte grundlegende Reform blieb aus. Die Sparkassen und Landesbanken weiteten in den folgenden Jahrzehnten ihre Geschäftsfelder und -volumen deutlich aus und entwickelten sich zu Universalgeschäftsbanken.

³ In der bislang vorliegenden einschlägigen Literatur sprechen sich u. a. für eine Qualifizierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfe aus: *Koenig*, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen gem. Art. 92 EGV?, *EuZW* 1995, S. 595 ff.; *Kruse*, Kommunale Sparkassen im Blickfeld der europäischen Beihilferechts, *NVwZ* 2000, S. 721 ff.; *Niemeyer/Hirsbrunner*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 87 EG, *EuZW* 2000, S. 364 ff.; *von Friesen*, Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, *EuZW* 1999, S. 581 ff. Die Gegenposition vertreten u. a. *Gruson/Schneider*, *The German Landesbanken*, *Columbia Business Law Review*, 1995 S. 337 ff.; *Immenga/Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilfenrecht, 1997; *Martin-Ehlers*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, *EWS* 2001, S. 263 ff.; *Rümker*, Probleme der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten, in: *FS Stiefel*, 1987, S. 607 ff.; *Scherer/Schödermeier*, Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, *ZBB* 1996, S. 165 ff.; *Schneider/Busch*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV, *EuZW* 1995, S. 602 ff.; *Thode/Peres*, (Fn. 2), S. 439 ff.; *Wieland*, Das Spannungsverhältnis von nationalstaatlichem Aufgabenbestimmungsrecht, öffentlichem Auftrag und EG-Recht – Sparkassen als öffentliche Auftragnehmer, in: *Henneke* (Hrsg.), *Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform*, 2000, S. 109 ff.

⁴ *BT-Drs. V/3500*, S. 42 ff. Siehe dazu auch *Stern/Burmeister*, *Die kommunalen Sparkassen – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme*, 1972, S. 36 ff.

Mitte der 90er Jahre wurde die bereits 1968 formulierte Kritik dann in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion erneut aufgegriffen, diesmal allerdings auf der Grundlage des Wettbewerbs- und Beihilferechts des EG-Vertrags.⁵ Dabei dürften vor allem die verstärkten Aktivitäten der Landesbanken im Wettbewerbsbereich den Widerstand der konkurrierenden Privatbanken ausgelöst haben.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass die Europäische Kommission die Anwendung der Vorschriften über die Beihilfenaufsicht intensivierte, sah sich die Bundesregierung veranlasst, die Verhandlungen über den Amsterdamer Vertrag zu nutzen, um den *status quo* der deutschen Sparkassen und Landesbanken zu sichern und vor dem Zugriff des Wettbewerbskommissars zu schützen. Frucht dieser Bemühungen ist die von der Regierungskonferenz am 2. Oktober 1997 angenommene Erklärung Nr. 37, in der die grundsätzliche Vereinbarkeit der rechtlichen Verfassung der deutschen öffentlichen Kreditinstitute mit dem Wettbewerbsrecht der EG „festgestellt“ wird.⁶

2. Der Bericht der Kommission an den Rat über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor vom 17. Juni 1998⁷

Der transitorische Charakter dieser rechtlich nicht bindenden, sondern nur bei der Vertragsinterpretation zu berücksichtigenden Erklärung⁸ wurde allen Beteiligten und Betroffenen schneller deutlich, als dies ihnen lieb und zu erwarten war. Denn kaum ein halbes Jahr später wies die Kommission in einem Bericht an den Rat über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor ausdrücklich darauf hin, dass die wettbewerbliche Sonderstellung der Sparkassen und Landesbanken im Hinblick auf das Beihilfenrecht *problematisch* sei und es deshalb einer Prüfung im Einzelfall bedürfe. Damit war klar, dass die Kommission die Thematik nach wie vor auf ihrer Agenda hatte und jederzeit mit einer Überprüfung im Rahmen des Art. 88 Abs. 1 EGV gerechnet werden musste. In diesem Bericht stellte die Kommission zudem die Lage in den Mitgliedstaaten der EU dar und zeigte auf, dass „nur“ in Deutschland, Österreich und Luxemburg mit besonderen staatlichen Garantien ausgestattete öffentliche Finanzinstitute existieren, während in allen anderen Mitgliedstaaten der private bzw. nicht staatliche⁹ Bankensektor die gesamten Finanzdienstleistungen auch für die öffentlichen Hand selbst und im Zusammenhang mit der Umsetzung ihre Fördertätigkeit erbringt.

⁵ Siehe die Nachweise in Fn. 3.

⁶ Anhang I.

⁷ http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/report_bank/report_bank_de.html.

⁸ Zum rechtlichen Status vgl. *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 311, Rn. 3; *Beyer*, Gewährträgerhaftung ohne Gewähr?, NVwZ 1999, S. 1085 ff.

⁹ Mit dieser Differenzierung soll der Sonderstellung der Genossenschaftsbanken Rechnung getragen werden.

3. Die Kommissions-Entscheidung zur West-LB vom 8. Juli 1999¹⁰

Die Entschlossenheit der Kommission, von ihrer Beihilfeaufsicht gegenüber den öffentlichen Finanzinstituten Gebrauch zu machen, bestätigte ein gutes Jahr später die Entscheidung vom 8. Juli 1999 zur Westdeutschen Landesbank, bei der es um die Qualifizierung der Rahmenbedingungen der Übertragung des Vermögens der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen auf die Westdeutsche Landesbank als Beihilfe ging. Die Übertragung erfolgte, um das Eigenkapital der West-LB den Anforderungen der Richtlinie 89/647 des Rates über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute¹¹ anzupassen. Auch wenn es in dieser Entscheidung nicht um die Anstaltslast als solche ging, so war der Zusammenhang mit ihr doch unübersehbar und zugleich abzusehen, welche Haltung die Kommission in dieser Frage grundsätzlich einnimmt. Vor allem machte sie deutlich, dass bei der Übertragung von Kapital auf Anstalten des öffentlichen Rechts durch deren Träger das Beihilferecht anwendbar ist und die Übertragung nach dem „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu bewerten ist. Fehlt es an einem angemessenen Entgelt für die Übertragung, so soll eine Beihilfe vorliegen. Damit war der Argumentation der öffentlichen Finanzinstitute, die öffentliche Hand dürfe ihre Unternehmen beliebig oder doch zumindest in Fällen rechtlicher oder wirtschaftlicher Notwendigkeit beliebig mit Eigenkapital ausstatten, von Seiten der Kommission¹² eine klare Absage erteilt.

4. Die Beschwerde der Bankenvereinigung der Europäischen Union vom 21. 12. 1999¹³

Wohl durch diese Entscheidung ermutigt erhob die Bankenvereinigung der Europäischen Union am 21. 12. 1999 bei der Kommission Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung der Artikel 87 Abs. 1 und 88 Abs. 3 EGV. Diese Beschwerde richtete sich ausdrücklich gegen die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der Landesbanken und Sparkassen.¹⁴ Sie wurde exemplarisch auf drei der größten öffentlichen Finanzinstitute beschränkt, die Westdeutsche Landesbank Girozentrale, die Stadtsparkasse Köln und die Westdeutsche Immobilienbank mit Sitz in Mainz. Die Kommission leitete daraufhin ein Vorprüfungsverfahren nach Art. 10, 17 VO 659/1999¹⁵ ein, das durch eine nicht veröffentlichte Empfehlung der Kommission vom 8. Mai 2001, die ihre rechtliche Grundlage in Art. 18 VO 659/1999 findet, abge-

¹⁰ Anhang 2.

¹¹ ABl. EG 1989, Nr. L 386/14.

¹² Zur Zeit befassen sich EuG und EuGH mit mehreren Klagen der Kommission, der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Nordrhein-Westfalen, die eine endgültige Klärung herbeiführen werden.

¹³ Anhang 4.

¹⁴ Die Begründung zur Beschwerde kann im Internet unter der Adresse www.fbe.be/epages/docs.htm abgerufen werden.

¹⁵ ABl. EG 1999, Nr. L 83/1.

geschlossen wurde. Dabei ging die Kommission von einer Qualifizierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als bestehenden Beihilfen aus.¹⁶

5. Die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 11. 3. 2000¹⁷

Knapp drei Monate nach Eingang dieser Beschwerde veröffentlichte die Kommission eine Mitteilung, in der sie sich zu staatlichen Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften äußerte. Dort heißt es: „Unter Art. 87 Abs. 1 fallen sowohl staatliche als auch aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen. Sowohl vom Staat direkt, d.h. vom Zentralstaat oder regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften gewährte Garantien als auch von Unternehmen, auf die öffentliche Stellen einen beherrschenden Einfluss ausüben, gewährte Garantien, können deshalb genau wie andere mögliche Beihilfeformen eine staatliche Beihilfe darstellen“. Ein weiterer Mosaiskstein also, der die bisherige Linie der Kommission bestätigt.

6. Die Empfehlung der Kommission vom 8. Mai 2001 und die darauf basierende Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vom 17. Juli 2001¹⁸

Den vorläufigen Abschluss dieser Entwicklung markiert die Verständigung zwischen Wettbewerbskommissar Monti und Vertretern von Bundesregierung und drei Landesregierungen vom 17. Juli 2001, die an die Empfehlung der Kommission vom 8. Mai 2001 anknüpft und in ihrer rechtlichen Qualifizierung wohl Art. 19 VO 659/1999 zuzuordnen ist.¹⁹ Diese Verständigung enthält im Wesentlichen drei Elemente: Erstens eine rechtliche Würdigung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, zweitens die Konkretisierung der daraus folgenden Rechtspflichten und drittens einen Verfahrensrahmen für die Umsetzung der getroffenen Vereinbarung.

Die rechtliche Würdigung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wird in dem Dokument nicht ausdrücklich vorgenommen, sondern kann nur im Wege des Rückschlusses, von den vereinbarten Handlungspflichten ausgehend erschlossen werden. Diese gedankliche Operation ergibt, dass beide Rechtsinstitute sowohl in Bezug auf die Landesbanken als auch bezüglich der Sparkassen einschließlich ihrer öffentlich-rechtlichen Tochterunternehmen als Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren sind.

¹⁶ Das ist hinsichtlich der Tatsache, dass beide Rechtsinstitute in vielen Sparkassengesetzen erst in der 80er Jahren und in den neuen Bundesländern erst zu Beginn der 90er Jahre verankert wurden, nicht unproblematisch, soll hier aber dahinstehen. Siehe näher *Kruse*, (Fn. 3), S. 726 f.

¹⁷ Anhang 3.

¹⁸ Anhang 5.

¹⁹ Nach Absatz 1 dieser Verordnung kann der Mitgliedstaat den von der Kommission nach Art. 18 vorgeschlagenen Maßnahmen zustimmen und die Kommission davon in Kenntnis setzen. Der Mitgliedstaat ist dann „aufgrund seiner Zustimmung verpflichtet, die zweckdienlichen Maßnahmen durchzuführen“.

Aus dieser Qualifizierung folgen zwei Handlungspflichten für die Bundesrepublik Deutschland: Erstens die *ersatzlose Abschaffung* der Gewährträgerhaftung, zweitens die *Ersetzung* der Anstaltslast in der bisherigen Form unter Berücksichtigung der unter Ziffer 2.2 angeführten Leitlinien. Es geht also einerseits um Verzicht andererseits um Modifikation und Anpassung. Beides muss in den einschlägigen Gesetzen bzw. Rechtsvorschriften ausdrücklich zum Ausdruck gebracht werden und zwar auch dann und dort, wo es an expliziten Regelungen beider Rechtsinstitute fehlt.

Der Verfahrensrahmen wird unter Ziffer 3 im Wesentlichen folgendermaßen konkretisiert: die entsprechenden Änderungsvorschläge sind bis zum 31. 12. 2001 zu erarbeiten, die endgültige Umsetzung hat bis zum 31. 12. 2002 zu erfolgen, anderenfalls greifen die Maßnahmen nach Ziffer 3.4 der Verständigung.

7. Zwischenbilanz

Die damit knapp umrissene Entwicklung zeigt, dass die Kommission in einem mehrjährigen Prozess auf den nunmehr erreichten Punkt zugesteuert hat, ohne sich dabei von der Erklärung zum Amsterdamer Vertrag beeindrucken zu lassen. Auch die rechtlichen Einwände, die von deutscher Seite vorgetragen wurden, haben die Kommission offensichtlich nicht überzeugt. Grund genug, die Argumente noch einmal genauer zu betrachten.

III. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV

1. Begriffsklärungen und System der Beihilfenaufsicht

a) Anstaltslast

Mit dem Begriff Anstaltslast wird die Pflicht des öffentlich-rechtlichen Trägers einer rechtsfähigen Anstalt bezeichnet, deren Funktionsfähigkeit dauerhaft sicherzustellen und zu diesem Zweck insbesondere finanzielle Zuwendungen zu tätigen, wenn dies zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.²⁰ Die Anstaltslast stellt ökonomisch-finanziell eine subsidiäre Nachschusspflicht dar, die immer dann eingreift, wenn die Funktionsfähigkeit der Anstalt aus welchen Gründen auch immer gefährdet ist. Sie ist nicht auf die Sparkassen und Landesbanken beschränkt, sondern wird auch bei anderen rechtsfähigen Anstalten und sogar im Verhältnis der Kommunen zu den Ländern für anwendbar gehalten,²¹ spielt aber bei den Sparkassen und Landesbanken bislang die größte Rolle.

²⁰ Masloff, Konstruktion einer Ausfallhaftung des Staates für zahlungsunfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts, 2000, S. 17 m. w. N.; Thoede/Peres, (Fn. 2), S. 449.

²¹ Schwarz, Staatsgarantie für kommunale Verbindlichkeiten bei „faktischem Konkurs von Kommunen“?, 1998, S. 85 ff.

Die Funktion der Anstaltslast erschließt sich aus dem zugrunde liegenden Organisationsakt, bei dem der Anstaltsträger sich dafür entscheidet, eigene Aufgaben, bei denen es sich durchaus auch um gesetzliche Pflichtaufgaben handeln kann, durch eine rechtsfähige und damit weitgehend verselbständigte Organisation wahrzunehmen. Die ursprünglich innerhalb des jeweiligen Aufgabenträgers bestehende Erfüllungsverantwortung mutiert mit dem Auslagerungsakt zu einer externen und mittelbaren Einstands- und Gewährleistungsverantwortung. Da die Aufgabenauslagerung in der Regel auch einen Dezentralisierungszweck verfolgt, der das Muttergemeinwesen entlasten soll, ist primär von der Eigenverantwortung der Anstalt im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung und die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen ihres Handelns auszugehen. Nur im Notfall sollen die Bande zum Muttergemeinwesen aktiviert werden.

Von nicht geringer Bedeutung für die finanzwirtschaftliche Bewertung der Anstaltslast ist die Frage, ob dem Institut des objektiven Rechts ein subjektives Recht der Anstalt auf finanzielle Unterstützung durch den Träger korrespondiert. Dies ist heftig umstritten,²² dürfte aber aufgrund des Umstandes, dass die Aufgabenverantwortung letztlich beim Anstaltsträger liegt, zu verneinen sein. Ihm muss die Möglichkeit eröffnet sein, eine unwirtschaftlich handelnde oder aus sonstigen Gründen in finanzielle Not geratene Anstalt „aufzugeben“ und zu anderen Instrumenten der Aufgabenerfüllung zu greifen. Die Anstaltslast besteht deshalb nicht im subjektiven Interesse der Anstalt, sondern alleine im Interesse des Trägers und der Sicherung seiner Aufgabewahrnehmung.

In der Praxis gehört die Bezuschussung von öffentlichen Finanzinstituten aufgrund der Anstaltslast zwar nicht zu den alltäglichen Vorkommnissen, doch finden sich in der Literatur Hinweise auf eine ganze Reihe von praktischen Anwendungsfällen, auch aus den letzten Jahren.²³

Die rechtliche Grundlage der Anstaltslast ist nur in den Fällen klar und unbestritten, in denen das betreffende Gesetz sie ausdrücklich regelt. Das ist bei den Sparkassengesetzen der neuen Bundesländer durchweg, in den Sparkassengesetzen der alten Bundesländer aber nur zum Teil der Fall. Ähnlich verhält es sich bei den Landesbanken.

Soweit es an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, wird die Anstaltslast mit verschiedenen Argumentationen als richter- oder gewohnheitsrechtlich begründetes ungeschriebenes Rechtsinstitut begründet,²⁴ dem überwiegend einfacher Gesetzesrang zugewiesen wird.²⁵ Dass die Verständigung auch diesen umstrittenen Begründungsan-

²² Bejahend: *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, S. 447 (449); in der Tendenz auch *Thode/Peres*, (Fn. 2), S. 449. Ablehnend: *Gruson/Schneider*, (Fn. 3), S. 396 f.; *Martin-Eblers*, (Fn. 3), S. 265; *Rümker*, (Fn. 3), S. 607 ff. Offengelassen bei *Kruse*, (Fn. 3), S. 722.

²³ *Masloff*, (Fn. 20), S. 16; v. *Friesen*, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998, S. 44 f.

²⁴ Verwiesen wird insbesondere auf eine Entscheidung des PrOVG aus dem Jahr 1897, vgl. *Kruse*, (Fn. 3), S. 721. Weitere Ansatzpunkte bei *Masloff*, (Fn. 20), S. 42 f.

²⁵ Das gilt auch, soweit eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip erwogen wird; vgl. dazu kritisch *Masloff*, (Fn. 20), S. 43 ff. Die weitergehende Ansicht von *Thode/Peres*, (Fn. 2), S. 451 ff. vermag nicht zu überzeugen, da das Rechtsstaatsprinzip nicht in allen seinen Einzelheiten und Ableitungen in Art. 79 Abs. 3 GG verankert ist.

satz ernst nimmt, zeigt sich daran, dass nach Ziffer 2.3 auch in denjenigen Sparkassen- und Landesbankgesetzen, die keine ausdrücklichen Vorschriften über die Anstaltslast enthalten, eine klarstellende Regelung aufzunehmen ist, die den Wegfall des Rechtsinstituts zum Ausdruck bringt.

b) Gewährträgerhaftung

Während sich die Anstaltslast auf die Beziehung zwischen Anstalt und Träger bezieht und ganz allgemein die Funktionsfähigkeit der Anstalt in den verschiedensten Tätigkeitsbereichen sichert, geht es bei der Gewährträgerhaftung um die Begründung einer Rechtsbeziehung zwischen den Benutzern der Anstalt und dem Träger in der Form einer Ausfallbürgschaft.²⁶ Sie dient demnach dem Schutz der Interessen der Gläubiger der öffentlichen Finanzinstitute und sonstiger Anstalten. Die Gewährträgerhaftung wird nicht nur bei anderen Anstalten, sondern auch im sonstigen staatlichen Bereich für anwendbar gehalten, etwa im Verhältnis Land – Kommunen.²⁷

Die Gewährträgerhaftung ist *subsidiär*, setzt also die erfolglose Inanspruchnahme der Anstalt voraus. Im Zusammenspiel mit der Anstaltslast ist das wohl auch der Grund, warum bislang keine praktischen Anwendungsfälle bekannt bzw. dokumentiert sind.²⁸

Anders als bei der Anstaltslast gibt es bei der Gewährträgerhaftung praktisch keine Regelungslücken.²⁹ Sie ist in fast allen einschlägigen Gesetzen geregelt und es wird wohl aus diesem Grunde auch nur selten der Versuch unternommen, sie unabhängig davon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten. Soweit dies der Fall ist, wird auch hier auf das Rechtsstaatsprinzip recurriert.³⁰

c) Das System der Beihilfenaufsicht

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren sind, sollen die Grundzüge des Systems der Beihilfenaufsicht skizziert werden, um den anschließenden Argumentationsablauf transparenter zu gestalten.

aa) Begriff der Beihilfe

Erstes Element des Beihilfebegriffs ist die freiwillige, also nicht gesetzlich z.B. als Schadensersatz vorgeschriebene Zuwendung eines wirtschaftlichen Vorteils jedweder Art an ein Unternehmen.³¹ Die Formulierung „gleich welcher Art“ macht deutlich, dass der Beihilfetatbestand weit zu verstehen ist und nicht unbedingt eine Geldleistung

²⁶ Masloff, (Fn. 20), S. 78; Thode/Peres, (Fn. 2), S. 448; Koenig, (Fn. 3), S. 597; Kruse, (Fn. 3), S. 722; Martin-Ehlers, (Fn. 3), S. 265.

²⁷ Schwarz, (Fn. 21), S. 98 ff.

²⁸ Masloff, (Fn. 20), S. 78 f.

²⁹ Masloff, (Fn. 20), S. 79.

³⁰ Masloff, (Fn. 20), S. 80 ff.

³¹ Bär-Bouyssi re, in: Schwarze (Hrsg.), EG-Kommentar, 2000, Art. 87, Rn. 27.

voraussetzt. Deshalb können nach allgemeiner Ansicht auch staatliche Garantien Beihilfen enthalten, soweit mit ihnen ein finanzieller Vorteil verbunden ist bzw. sein kann.³² Unklar und umstritten ist dabei jedoch, ob als finanzieller Vorteil auch Reaktionen des Marktes auf das Vorliegen einer solchen Garantie zu qualifizieren sind oder ob nur der Marktwert einer solchen Garantie zu berücksichtigen ist.³³

Staatliche Kapitalbeteiligungen oder (fallbezogene) Kapitalzuführungen an öffentliche Unternehmen sind grundsätzlich als Beihilfe zu qualifizieren. Sie können aber insoweit „legitimiert“ werden, als der Nachweis erbracht wird, dass ein privater Investor unter den gegebenen Umständen ebenfalls eine derartige Kapitalbeteiligung vorgenommen hätte (sog. Kriterium des privaten Investors – private investor test).³⁴ Der EuGH geht davon aus, dass eine Kapitalzuführung insbesondere bei Verlusten über längere Zeiträume ein Beihilfeelement enthält.³⁵

Beihilfen sind nur solche Zuwendungen, die durch eine staatliche Stelle und/oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden.³⁶ Zu diesem Kriterium hat der EuGH in seiner PreussenElektra-Entscheidung³⁷ präzisierende und die Praxis der Kommission korrigierende Ausführungen gemacht. Im zugrunde liegenden Fall ging es um die Frage, ob eine gesetzliche Regelung eines Mitgliedstaates, durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms liegen, als Beihilfe zu qualifizieren sind. Der EuGH hat dies verneint und damit die staatliche Veranlassung der Zahlung eines über dem wirtschaftlichen Wert liegenden Preises nicht als unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel qualifiziert.³⁸ Er hat zugleich deutlich gemacht, dass die faktisch-wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme es alleine nicht rechtfertigen, sie unter den Beihilfenbegriff zu subsumieren.³⁹ Das von der Kommission geltend gemachte Argument, eine solche Ausweitung sein nötig, um die praktische Wirksamkeit des Beihilfenregimes zu sichern, hat der EuGH ebenfalls zurückgewiesen.⁴⁰ Diese Entscheidung macht deutlich, dass im Beihilfenrecht strikt zwischen staatlichen Mitteln und sonstigen finanziellen Auswirkungen gesetzlicher Regelungen unterschieden werden muss. Eine großzügige wirtschaftliche und wettbewerbliche Gesamtbetrachtung lässt der EuGH nicht (mehr) zu.

Eine Beihilfe muss eine *selektive Maßnahme* sein, d.h. sie muss bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen. Auf diese Weise sollen generell wir-

³² *Bär-Bouysyère*, (Fn. 31), Art. 87, Rn. 27, 41.

³³ Dieser Aspekt wird unter Gliederungspunkt 2. a) näher behandelt.

³⁴ Dazu eingehend *Bonkamp*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Kapitalgesellschaft, 2001, S. 43 ff. Vgl. auch *Bär-Bouysyère*, (Fn. 31), Art. 87, Rn. 30; *Cremers*, in: Calliess/Ruffert, (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 87, Rn. 7.

³⁵ EuGH, verb. Rs. 278–280/92, Slg. 1994, I-4103, Rn. 26 – Spanien/Kommission.

³⁶ EuGH, verb. Rs. 72 u. 73/91, Slg. 1993, 887, Rn. 19 – Sloman Neptun/Ziesemer.

³⁷ EuGH, Rs. C-379/98 – PreussenElektra/Schleswig, JZ 2001, S. 757 ff. mit Anm. Kühne. Siehe dazu auch *Rodi*, Die Subventionsrechtsordnung, 2000, S. 157 ff.

³⁸ EuGH, Rs. C-379/98, Rn. 58 – PreussenElektra/Schleswig, JZ 2001, S. 757 (758).

³⁹ EuGH, Rs. C-379/98, Rn. 62 – PreussenElektra/Schleswig, JZ 2001, S. 757 (758).

⁴⁰ EuGH, Rs. C-379/98, Rn. 63 – PreussenElektra/Schleswig, JZ 2001, S. 757 (758).

kende Maßnahmen der Wirtschaftsförderung aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden.⁴¹

Entsprechend ihrer Zielsetzung, den unverfälschten Wettbewerb gem. Art. 4 EGV zu sichern, muß eine Beihilfe den Wettbewerb aktuell oder potentiell verfälschen. Da jede selektive Zuwendung von finanziellen Vorteilen die Wettbewerbssituation der begünstigten Unternehmen verbessert, ist dies in der Regel anzunehmen, sobald das Vorliegen einer Begünstigung festgestellt ist.⁴² Eine Anhebung der Erheblichkeitsschwelle durch die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums, wie es im Wettbewerbsrecht verwendet wird, wird für den Bereich der Beihilfenaufsicht ganz überwiegend abgelehnt.⁴³ Die Kommission hat jedoch sog. minimis-Schwellenwerte (Bagatellgrenze) bekanntgegeben, unterhalb derer sie nicht tätig wird.⁴⁴

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist das zweite Erfordernis, die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.⁴⁵ Mit Hilfe dieses Kriteriums kann die Qualifizierung von Zuwendungen an nur lokal oder regional tätige Unternehmen als Beihilfe ausgeschlossen werden. Das setzt aber voraus, dass aufgrund der räumlichen Lage und der Art der angebotenen Güter und Dienstleistungen nicht mit Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten zu rechnen ist.⁴⁶ Auch hier legt die Kommission aus der Perspektive des Wettbewerbsschutzes strenge Maßstäbe an und lässt die Möglichkeit der Beeinträchtigung genügen. Nach Ansicht des EuGH sind Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel bereits dann gegeben, wenn der Begünstigte nur teilweise in einem Bereich tätig ist, in dem ein erheblicher zwischenstaatlicher Handel stattfindet.⁴⁷ Angesichts der Tatsache, dass im Bankenbereich und Versicherungsbereich viele Dienstleistungen als Korrespondenzdienstleistungen mit Hilfe der elektronischen Kommunikation angeboten werden,⁴⁸ wird es zunehmend schwierig, hier Enklaven auszumachen, die von jeglichem Wettbewerb frei sind.

bb) Beihilfenverbot und Beihilfenaufsicht

Beihilfe, so heißt es in Art. 87 Abs. 1 EGV, sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, „soweit nicht etwas anderes bestimmt ist“. Das damit statuierte Beihilfenverbot versteht sich als Verbot mit Ausnahmevorbehalt und entfaltet seine Wirkung zudem erst auf der Basis einer ausdrücklichen Feststellung der Kommis-

⁴¹ *Bär-Bouysyère*, (Fn. 31), Art. 87, Rn. 34; *Cremer*, (Fn. 34), Art. 87, Rn. 8.

⁴² EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, Rn. 11 – Philip Morris; Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959, Rn. 40 – Belgien/Kommission.

⁴³ EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, Rn. 8 ff. – Philip Morris; *Bär-Bouysyère*, (Fn. 31), Art. 87, Rn. 38; *Cremer*, (Fn. 34), Art. 87, Rn. 15.

⁴⁴ ABL EG 1996, Nr. C 68/9.

⁴⁵ Dazu eingehend *Niemeyer/Hirsbrunner*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 87 EG, EuZW 2000, S. 364 ff. Dieses Kriterium spielt auch in anderen Bereichen eine wichtige Rolle, etwa zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten, vgl. dazu *Kluth*, in: *Caliess/Ruffert*, (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 49/50, Rn. 21 ff.

⁴⁶ *Bär-Bouysyère*, (Fn. 31), Art. 87 Rn. 39; *Cremer*, (Fn. 34), Art. 87, Rn. 16 f.

⁴⁷ EuG, Rs. T-214/95, Slg. 1998, II-717, Rn. 24 ff. – Vlaams Gewest/Kommission.

⁴⁸ Siehe dazu *Kluth*, (Fn. 45), Art. 49/50, Rn. 29 sowie Art. 52, Rn. 24 ff.

sion.⁴⁹ Die Gemeinschaft selbst macht in einigen Politikbereichen, vor allem dem Agrarsektor, selbst umfangreichen Gebrauch von Beihilfen und es ist zu beachten, dass im Rahmen von Vorschriften über Universaldienste in einer Reihe Liberalisierungsrichtlinien zumindest unterstützende und ausgleichende Maßnahmen zugelassen bzw. sogar vorgeschrieben werden, die je nach Ausgestaltung unter den Beihilfiebegriff fallen. Auch die Art. 87 bis 89 EGV selbst lassen Ausnahmen zu. Das gilt vor allem für die Ausnahmetatbestände in den Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV. In Art. 87 Abs. 3 lit. e) EGV befindet sich ein Auffangtatbestand für die Zulassung von Beihilfen „die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt“.

Von Bedeutung ist weiterhin Art. 86 Abs. 2 EGV, der eine Beschränkung des Beihilfeverbots für den Fall vorsieht, dass Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ansonsten rechtlich oder tatsächlich gehindert wären, die ihnen übertragenen Aufgaben zu erfüllen.⁵⁰ Im Zusammenhang damit ist auch Art. 16 EGV zu sehen, der es Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zur gemeinsamen Aufgabe macht, die Aufgabenerfüllung von Unternehmen zu sichern, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahrnehmen. Schließlich wird gerade im Bezug auf unsere Thematik die These vertreten, dass sich auch aus Art. 295 EGV, der Garantie der Eigentumsordnung, Beschränkungen des Beihilfeverbots ableiten lassen. Auch darauf werde ich zurückkommen.

Wichtig ist mir an dieser Stelle zunächst die Feststellung, dass der EG-Vertrag kein starres Beihilfenverbot statuiert, sondern eine dynamisch und abwägend ausgestaltete, kooperativ wahrzunehmende Beihilfenaufsicht vorsieht,⁵¹ die insbesondere für den Bereich der öffentlichen Unternehmen, die Dienste von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung darbieten, offen und flexibel ausgestaltet ist. Es kommt vor allem darauf an, die Maßstäbe für die Ausübung und Ausnutzung der bestehenden Gestaltungsspielräume genauer zu bestimmen. Dabei ist vor allem die Position der Mitgliedstaaten und ihre ordnungspolitische Gestaltungskompetenz von Bedeutung.

2. Anstaltslast als Beihilfe

Die Frage, ob es sich bei der Anstaltslast um eine Beihilfe handelt, ist in dieses System einzuordnen.

a) Finanzieller Vorteil durch staatliche Mittel und Begünstigung

Ein selektiv begünstigender finanzieller Vorteil, der durch die Anstaltslast begründet wird, kann nach einer Ansicht darin erblickt werden, dass die Refinanzierungsbe-

⁴⁹ Rodi, (Fn. 37), S. 171: „Materiell gehen die Beihilfebestimmungen damit von der grundsätzlichen Vertragskonformität der einzelstaatlichen Regelungen bis zur Feststellung des Gegenteils durch die Gemeinschaft aus“.

⁵⁰ Dazu Badura, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unter der Aufsicht der Europäischen Gemeinschaft, in: Classen u.a. (Hrsg.), „In einem vereinten Europa der Welt dienen...“, Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, S. 571 ff.; Schwarze, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334 ff.

⁵¹ Insbesondere zum kooperativen Charakter der Beihilfenaufsicht ausführlicher Rodi, (Fn. 37), S. 173 ff.

dingungen eines öffentlichen Finanzinstituts im Vergleich zu privaten Banken günstiger ausfallen.⁵² Dieser Vorteil kommt im sogenannten Rating zum Ausdruck, das aber nur für große öffentliche Finanzinstitute ausweisbar und aus diesem Grund nur für die Landesbanken und die Stadtsparkasse Köln relevant ist.

Ob dieser Zusammenhang ausreicht, um das Vorliegen eines durch *staatliche Mittel* begründeten selektiven Vorteils zu begründen, erscheint – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der strengen Anforderungen in der PreussenElektra-Entscheidung des EuGH⁵³ – problematisch, da der finanzielle Vorteil bei den Refinanzierungsbedingungen selbst eine Folge der Reaktion des Finanzmarktes auf bestimmte Qualitäten der öffentlichen Finanzinstitute ist.⁵⁴ Nur bei einer vorwiegend an den wettbewerblichen Auswirkungen orientierten Betrachtungsweise, wie sie der EuGH zurückgewiesen hat, kann eine solche Position durchgehalten werden. Es ist deshalb nicht möglich, das Rating bzw. die Refinanzierungsvorteile selbst als finanziellen Vorteil einzustufen, der auf staatlichen Mittel beruht.

Alleine auf das Rating und die Refinanzierungsvorteile abzustellen ist zur Begründung der Position, wie sie in der Verständigung zugrunde gelegt wird, aber auch nicht ausreichend, weil so nur die Landesbanken und die Stadtsparkasse Köln erfasst würden. Es würde auch nicht weiterhelfen, das Vorliegen einer Beihilfe bei den übrigen Sparkassen, die selbst nicht über ein Rating verfügen, damit zu begründen, dass sie an den Refinanzierungsvorteilen der Landesbanken partizipieren, weil sie teilweise deren Produkte vertreiben oder über diese ihre günstigen Konditionen weiterreichen. Mit der Abschaffung der Anstaltslast bei den Landesbanken wären diese Vorteile nicht mehr vorhanden. Der an das Rating anknüpfende Begründungsansatz vermag deshalb nicht zu überzeugen.⁵⁵

Ein zweiter Begründungsansatz macht geltend, dass für eine Garantie, wie sie mit der Anstaltslast verbunden sei, eine Avalprovision gezahlt werden müsse, mit der Folge, dass zugunsten der öffentlichen Finanzinstitute eine staatliche Beihilfe in der fiktiven Höhe einer üblichen Provision gleichen Ausmaßes anzunehmen sei.⁵⁶ Grundsätzlich kann eine unterlassene Vergütung für eine Garantie eine Beihilfe darstellen. Fraglich ist jedoch, ob jedenfalls insoweit der Umstand eine Rolle spielt, dass die Anstaltslast kein subjektives Recht vermittelt und insoweit mit einer üblichen markt gängigen Garantie nicht gleichzusetzen ist. Ein privater Investor jedenfalls würde für eine solche Garantie keine Prämie zahlen.⁵⁷ Dass der zur Aufgabenerfüllung verpflichtete oder entschlossene Anstaltsträger sich objektivrechtlich zur Unterstützung der Anstalt gehalten sieht, spielt dabei ebensowenig eine Rolle, wie beim private-investor-test die Möglichkeit des unvernünftigen privaten Eigners, der sein Unternehmen „um jeden Preis“ am Leben erhalten will.

⁵² Auf diesen wirtschaftlichen Vorteil stützt sich insbesondere die Europäische Bankenvereinigung bei der Begründung ihrer Beschwerde; vgl. Fn. 14.

⁵³ Siehe Fn. 37.

⁵⁴ Siehe zu diesem Aspekt auch *Martin-Ehlers*, (Fn. 3), S. 265 f.

⁵⁵ Im Ergebnis ebenso *Martin-Ehlers*, (Fn. 3), S. 266.

⁵⁶ Siehe etwa *v. Friesen*, (Fn. 3), S. 584.

⁵⁷ So zutreffend *Martin-Ehlers*, (Fn. 3), S. 267.

Theoretisch denkbar wäre es weiter, dass die Sparkassen aufgrund der Anstaltslast Vorteile bei den Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung zukommen. Ein Blick in § 10 KWG zeigt jedoch, dass dies nicht der Fall ist. Aufgrund der detaillierten europarechtlichen Vorgaben, auf denen die Vorschriften über die Eigenkapitalausstattung des KWG beruhen, würde es auch verwundern, wenn eine derartige widersprüchliche Regelung existierte.

Nach Äußerungen in der Literatur genießen die Sparkassen jedoch gewisse Vorteile bei der Aufnahme von nachrangigen Haftungskapital. Dieser Vorteil beruht aber wohl nicht auf der Anstaltslast als solcher, sondern stellt sich als eine Folge der Hausbankfunktion dar, weil Kredite an öffentliche Hände bei der Berechnung des nachrangigen Haftungskapitals günstiger bewertet werden. Das ist ein rein faktischer Zusammenhang, der ebenfalls nicht ausreicht, um eine auf staatliche Mittel zurückführbare Beihilfe anzunehmen.

Die bisherigen Überlegungen suchten Antworten auf die Frage, wie sich eine *nicht aktualisierte* Anstaltslast auf die finanzielle Situation des Finanzinstituts auswirkt. Kommt es zu einem Anwendungsfall, so steht außer Zweifel, dass es sich um eine selektive finanzielle Zuwendung handelt.⁵⁸ Fraglich ist nur, ob dies gewissermaßen präventiv berücksichtigt werden darf. Dafür könnte sprechen, dass sich der Markt als Korrektiv gerade dort besonders deutlich auswirkt, wo ein Marktteilnehmer seine Position durch falsche oder schlechte Entscheidungen gefährdet hat. Hier greift der Markt als Selektionsverfahren ein, indem er nur den gut geführten Unternehmen das Überleben gestattet. Durch das Eingreifen der Anstaltslast wird deshalb eine wichtige Marktfunktion ausgeschaltet. Dies darf auch bereits dann berücksichtigt werden, wenn es noch nicht zum *worst case* gekommen ist. Auch diese Argumentation weitet den Beihilfegriff extrem weit aus, indem sie auf die Funktion der Vorschrift abstellt, einen unverfälschten Wettbewerb zu sichern. Ob der EuGH ihr nach der Absage an eine rein markt- und effektbezogene Betrachtungsweise im PreussenElektra-Urteil dieser Argumentation folgt, ist sehr unwahrscheinlich.

Im Ergebnis kann die Anstaltslast demnach nur im Falle ihrer konkreten Ausübung, d. h. bei der Zuwendung von Kapital durch den Anstaltsträger an die Anstalt als Beihilfe qualifiziert werden. Alle Versuche, die Anstaltslast bereits als solche und wegen der damit verbundenen Markteffekte und Marktreaktionen als Beihilfe zu qualifizieren, vermögen nicht zu überzeugen.

b) Rechtfertigung einer Kapitalzufuhr

Nach dem hier vertretenen Standpunkt müssen Überlegungen zur Rechtfertigung der Anstaltslast unter Beihilfegesichtspunkten nur im Falle ihrer tatsächlichen Ausübung angestellt werden. In einem solchen Fall ist in erster Linie an die Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 3 EGV zu denken. Eine solche Rechtfertigung kann wegen der Vielzahl an Gründen,⁵⁹ die eine Kapitalzufuhr veranlassen können, aber nur *ein-*

⁵⁸ Das räumt auch *Martin-Ehlers*, (Fn. 3), S. 267 ein.

⁵⁹ Denkbar ist eine schlechte Unternehmensführung ebenso wie Auswirkungen einer Krise des Finanzmarktes oder eine Verschärfung von gesetzlichen Vorgaben für die Kapitalausstattung.

zelfallbezogen erfolgen, so dass es auch keinen Sinn macht, diesen Aspekt zu vertiefen. Festzuhalten ist jedoch, dass eine solche Kapitalzufuhr der Beihilfeaufsicht nach Art. 88 EGV unterliegt, es also einer Notifizierung bedarf, die die Kommission in die Lage versetzt, den Vorgang beihilferechtlich zu überprüfen.⁶⁰

Qualifiziert man nicht die Anstaltslast *als solche*, sondern nur ihre Ausübung als Beihilfe, so hat dies weitreichende Folgen für die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die „Umgestaltung“ dieses Rechtsinstituts. Meines Erachtens kann auf der Basis einer solchen Bewertung die Vereinbarkeit der entsprechenden Regelung für Sparkassen und Landesbanken mit dem Gemeinschaftsrecht bereits durch die Einfügung eines entsprechenden Vorbehalts hergestellt werden.⁶¹ Eine solche Regelung würde den von der Kommission mit Recht kritisierten Automatismus durchbrechen und sich vermutlich auch auf das Rating der Landesbanken korrigierend auswirken, so dass die daran anknüpfenden Vorwürfe der privaten Banken sich ebenfalls erledigen würden. Darüber hinaus sprechen sogar gute Gründe dafür, dass wegen der fehlenden subjektiv-rechtlichen Ausgestaltung der Anstaltslast und dem somit bestehenden Handlungsspielraum der Anstaltsträger bereits jetzt eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung möglich ist, die den von der Kommission kritisierten Automatismus aufhebt und Kapitalzuwendungen an die Anstalten dem Beihilfeverfahrensrecht unterwirft. Beide Aspekte werden in der Verständigung übersehen und in der bislang vorliegenden Literatur nicht ausreichend gewürdigt.

Folgt man – im Sinne einer Arbeitshypothese – dennoch den weiterreichenden Annahmen der Verständigung, so öffnet dies den Weg für eine Reihe von zusätzlichen rechtfertigenden Überlegungen, auf die aus Gründen der Vollständigkeit eingegangen werden soll. So wäre die Qualifizierung der Anstaltslast als Beihilfe ausgeschlossen, würde sie den *private-investor-test* bestehen. Es müsste also der Nachweis geführt werden, dass die Träger der öffentlichen Finanzinstitute mit der Anstaltslast eine marktgerechte Gegenleistung für bestimmte Dienste erbringen, die die Finanzinstitute in ihrem Auftrag anbieten. Hier wird vor allem auf diejenigen Aufgaben der Sparkassen abgestellt, die historisch prägend sind, wie die Bereitstellung eines Girokontos für jedermann sowie die Funktion einer Hausbank der Kommunen und die Mittelstandsförderung.

Auch wenn man dem im Grundsatz zustimmen möchte, so ist doch zu beachten, dass die Anstaltslast gerade nicht auf diese Aufgabenbereiche beschränkt oder sonstwie bezogen ist, sondern alle Aufgabenbereiche der öffentlichen Finanzinstitute überwölbt. Bei praxisnaher Betrachtung dürfte auch schnell deutlich werden, dass sich die wirtschaftlichen Vorteile, die mit der Anstaltslast verbunden sind, auch in diesen Bereichen besonders auswirken, so dass die Einstufung als Beihilfe jedenfalls auf der Grundlage der bisherigen Rechtslage so nicht ausgeschlossen werden kann. Kurz gesagt: es mag Bereiche und Dienstleistungen geben, für die die Anstaltslast den *private-*

⁶⁰ Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn eine spezielle Regelung für öffentliche Finanzinstitute auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 3 oder 87 Abs. 3 lit. e) EGV ergehen würde.

⁶¹ Es müsste also formuliert werden: „Die Gewährträger stellen unter Beachtung ihrer Pflichten aufgrund der Art. 87, 88 EGV sicher, dass die Bank ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).“

investor-test besteht; doch müssten diese Bereiche gesetzlich gesondert ausgewiesen und der entsprechende Nachweis geführt werden. Solange das nicht der Fall ist, bleibt – jedenfalls auf der Grundlage der Arbeitshypothese – die *generelle* Einstufung der Anstaltslast als selektiver finanzieller Vorteil gerechtfertigt.

c) Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Ein – unterstellter – selektiver finanzieller Vorteil reicht alleine aber nicht aus, um das Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV auszulösen. Es muss eine Verfälschung des Wettbewerbs und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ausgelöst werden. Problematisch ist dabei nur der zweite Punkt, und dies nur bei den Sparkassen. Hier trifft man auf ganz unterschiedliche Betrachtungsweisen. So wird teilweise jede Sparkasse für sich betrachtet, teilweise aber auf die Sparkassen insgesamt und auch auf den Verbund von Landesbanken und Sparkassen abgestellt (S-Finanzgruppe).⁶² Folgt man den beiden letzten Varianten, so bestehen keine Zweifel, dass aufgrund des Geschäftsvolumens von einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auszugehen ist.⁶³ Genauer zu untersuchen ist deshalb die erste Variante.

Das Fehlen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird nur für einzelne kleinere Sparkassen angenommen und vor allem damit begründet, dass diese aufgrund des Regionalprinzips und bei grenzferner Lage in ihrem Geschäftsgebiet nicht in Konkurrenz zu Bankinstituten aus anderen Mitgliedstaaten treten oder selbst grenzüberschreitend Dienstleistungen anbieten. Indes ist auch hier zu bedenken, dass im Zeitalter des online-banking, dem sich die Sparkassen als Verbund geöffnet haben, sowie der Fusionen und über die Region hinausgehenden Aktivitäten vieler Sparkassen, ein genereller Ausschluss der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht möglich ist. Das bedeutet aber wiederum, dass angesichts der unterschiedslosen Erfassung aller Sparkassen durch die Anstaltslast das Rechtsinstitut als solches eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bewirkt. Auch hier gilt, dass der Nachweis einzelner Gegenbeispiele nicht genügt, um eine abweichende Qualifizierung der gesetzlichen Regelung zu tragen. Die Verständigung durfte deshalb die Fälle, in denen eine Sparkasse in der Tat nur in der Region tätig ist und keinerlei Anzeichen für Binnenmarktrelevanz vorliegen, mit einbeziehen und war nicht zu einer differenzierenden Betrachtungsweise gezwungen. Die Differenzierung wäre auch insoweit Sache des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers, also der Länder.

d) Rechtfertigung durch Art. 295 EGV

Mit besonderem Nachdruck wird im deutschen wissenschaftlichen Schrifttum eine Rechtfertigung der Anstaltslast unter Verweis auf Art. 295 EGV vorgetragen. Diese Vorschrift enthält zwar nach ihrem Wortlaut lediglich eine Garantie der Eigentums-

⁶² Vgl. Niemeyer/Hirsbrunner, (Fn. 45), S. 366 f.

⁶³ Für eine „pauschale Betrachtungsweise“ Kruse, (Fn. 3), S. 725.

ordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten, wird aber von zahlreichen Autoren so interpretiert, dass darunter auch der Schutz der herkömmlichen Organisationsform der rechtsfähigen Anstalt fällt, die durch die Existenz der Anstaltslast historisch und funktionell wesentlich geprägt sein soll.⁶⁴ Ergänzend wird auf die enge Verbindung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung verwiesen, die die Nutzung dieser Organisationsform für den Betrieb der Sparkassen umfassen soll.⁶⁵ Wenn insoweit als Quintessenz formuliert wird, dass „das Beihilfeverbot des Art. 87 EGV mit Blick auf Art. 295 EGV nicht so weit interpretiert werden darf, dass es auch Organisationsentscheidungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen erfasst und damit zum Privatisierungsgebot wird“,⁶⁶ so ist das zwar abstrakt schlüssig, hilft aber konkret deshalb nicht weiter, weil aus dem Verzicht auf die Anstaltslast weder rechtlich noch wirtschaftlich ein materielles Privatisierungsgebot folgt. Die Zustimmung zur Verständigung und die inzwischen entwickelten Lösungsmodelle für die Umsetzung der Verständigung, die durchweg nicht von einer vollständigen materiellen Privatisierung ausgehen, stellen dies auch aus der Sicht der Betroffenen unter Beweis. Darüber hinaus sind noch folgende weitere Aspekte zu beachten:

Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit öffentlicher Unternehmen wird von Art. 86 Abs. 2 EGV thematisiert und im Sinne einer Beschränkung der Anwendung des Wettbewerbsrechts gelöst. Sollte ein vollständiger Wegfall der Anstaltslast die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse rechtlich oder tatsächlich verhindern, so könnte dies auch im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 berücksichtigt werden.⁶⁷

Die Selbstverwaltungsgarantie steht nach Bundes- und Landesverfassungsrecht unter Gesetzesvorbehalt. Die Vorgaben des EG-Beihilfenrechts reichen grundsätzlich aus, um Beschränkungen der kommunalen Gestaltungsfreiheit im organisatorischen und wirtschaftlichen Bereich zu rechtfertigen. Die Ausgewogenheit der Beschränkung wird auch insoweit durch Art. 86 Abs. 2 EGV garantiert.

Die Ausgestaltung des Anstaltsrechts ist im Falle der Landesbanken und Sparkassen Sache der Landesgesetzgeber. Es gibt weder dogmatisch noch verfassungsrechtlich eine zwingende Vorgabe für eine Anstaltslast, die eine automatisch greifende und umfangmäßig uneingeschränkte Nachfinanzierungspflicht einschließt. Das moderne Verständnis des Organisationsrechts als Steuerungsressource⁶⁸ macht überdies deutlich, dass die Wahl einer bestimmten Organisationsform nicht von den Handlungszwecken zu trennen ist und deshalb durchaus enge Wechselwirkungen mit Vorgaben aus diesem Bereich bestehen.⁶⁹ Für ein öffentliches Unternehmen bedeutet dies, dass Vorgaben für sein Marktverhalten ohne weiteres auf die Organisationsstruktur zu-

⁶⁴ Thode/Peres, (Fn. 2), S. 461 ff.; Wieland, (Fn. 3), S. 117 f.

⁶⁵ Thode/Peres, (Fn. 2), S. 450 m. w. N.

⁶⁶ Wieland, (Fn. 3), S. 118.

⁶⁷ Dazu näher Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 86, Rn. 44 ff. Siehe auch *Badura*, (Fn. 50), S. 573 ff.

⁶⁸ Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 210 f.

⁶⁹ So wird die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen u. a. mit steuerlichen Vorteilen und den besseren Möglichkeiten der Kreditaufnahme sowie der Beteiligung privater Kapitalgeber begründet.

rückwirken können. Bei der Nutzung von gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen ist im übrigen schon bislang akzeptiert worden, dass die Vorgaben des Gesellschaftsrechts den Einfluss der Kommunen beschränken.⁷⁰ Hier verlangen die Gemeinde- und Kreisordnungen zudem traditionell die Nutzung privater Rechtsformen, die eine Haftungsbeschränkung aufweisen. Dahinter stehen zwar in erster Linie Schutzfunktionen zugunsten der kommunalen Haushalte, doch ändert dies nichts an der Tatsache, dass eine Anstaltslast für das Gros der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung damit abgewehrt wird. Insgesamt ist demnach Art. 295 EGV nicht in der Lage, eine Qualifizierung der Anstaltslast als Beihilfe zu verhindern.

e) Freistellung nach Art. 86 Abs. 2 EGV

Wie bereits erwähnt, wird speziell für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, durch Art. 86 Abs. 2 EGV die Möglichkeit eröffnet, die Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages einschließlich des Beihilferechts zu modifizieren, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften ... die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Abgesehen davon, dass die Anwendung dieser Vorschrift die konkrete Qualifizierung von Geschäftsbereichen der Landesbanken und Sparkassen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse voraussetzt,⁷¹ müsste insoweit der Nachweis geführt werden, dass sie ohne Existenz der Anstaltslast rechtlich oder tatsächlich nicht auszuführen wären. Die Anforderungen an dieses Merkmal hat der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung etwas abgemildert. Er stellt seit 1997 darauf ab, dass die Erfüllung der besonderen Aufgabe, mit der das Unternehmen betraut ist, zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen möglich sein muss.⁷²

Allerdings ist zu beachten, dass die Kommission Art. 86 Abs. 2 EGV als eng auszulegendende Ausnahmenvorschrift behandelt,⁷³ bei der die betroffenen Unternehmen und die Mitgliedstaaten den entsprechenden Nachweis führen müssen. Dieser geht aber nicht so weit, dass der Mitgliedstaat darlegen muss, dass es keine andere Möglichkeit gibt, die Dienstleistung zu erbringen. Ihm wird also ein gewisser Gestaltungsspielraum belassen.⁷⁴ Es kommt aber auch bei der Anwendung dieser Vorschrift nie zu einer globalen Rechtfertigung der Anstaltslast, sondern allenfalls für einzelne Geschäftsbe-

⁷⁰ Zur Wechselwirkung von Gesellschaftsrecht und Kommunalrecht in diesem Bereich vgl. Schön, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 429 ff.

⁷¹ Die Kommission definiert in ihrer Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ vom 20. 9. 2000 [KOM(2000) 580 endg.] im Anhang II diesen Begriff wie folgt: „Dieser in Artikel 86 des Vertrages verwendete Begriff bezeichnet marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Gemeint sind insbesondere Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste.“ Vgl. auch Badura, (Fn. 50), S. 578 f.

⁷² EuGH, Rs. C-159/97, Slg. 1997, I-5815, Rn. 96 – Monopole bei Strom und Gas; verb. RS C-147/97 u. C-148/97, n. V., Rn. 52 – Deutsche Post AG; siehe auch von Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EGV-Kommentar, 2000, Art. 86, Rn. 72.

⁷³ Ob dies nach der Einfügung des Art. 16 EGV und seine positiven Formulierung anders zu sehen ist, soll hier dahinstehen. Vgl. zu diesem Aspekt Badura, (Fn. 50), S. 578; Schwarze, (Fn. 50), S. 336.

⁷⁴ von Burchard, (Fn. 72), Art. 86, Rn. 74.

reiche, die als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse qualifiziert werden können und für die ein Betrauungsakt besteht. Da die bestehende Rechtslage diesen Anforderungen nicht genügt, kann eine als Beihilfe qualifizierte Anstaltslast auch über Art. 86 Abs. 2 EGV nicht legitimiert werden.

f) Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV

Die theoretisch weiterhin denkbare Rechtfertigung der Anstaltslast durch die Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV wird allgemein mangels tatbestandlicher Einschlägigkeit nicht für möglich gehalten. Das ist auch nach meiner Einschätzung, bezogen auf die aktuelle europarechtliche Rechtslage, zutreffend. Aus grundsätzlicher Perspektive eröffnen sich an dieser Stelle aber Lösungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, die bislang nur unzureichend thematisiert wurden und auf die ich deshalb etwas ausführlicher eingehen möchte. Dabei geht es um die Wechselwirkung zwischen Art. 87 Abs. 3 lit. e) und Art. 86 Abs. 3 EGV einerseits und Art. 16 EGV andererseits.

g) Bedeutung des Art. 16 EGV

Der durch den Amsterdamer Vertrag auf Drängen der Franzosen und der Deutschen eingefügte Art. 16 EGV⁷⁵ steht am Ende des Abschnitts über die Grundsätze der Gemeinschaft und verfolgt das Ziel, die Stellung von *service public* und *Daseinsvorsorge* in der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft zu stärken.⁷⁶ Ursprünglich sollte die Norm durch ein Bürgerrecht auf qualifizierte Versorgung mit einem Mindeststandard einschlägiger Leistungen ergänzt werden.⁷⁷ Ein solche Gewährleistung wurde dann aber in Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union aufgenommen.⁷⁸ Art. 16 EGV hat folgenden Wortlaut:

„Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

⁷⁵ Zur Entstehungsgeschichte vgl. Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 16, Rn. 2 ff.; Schwarze, (Fn. 50), S. 336.

⁷⁶ Zum historischen Hintergrund Ambrosius, Services Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universalien? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000, S. 15 ff.; Schwarze, (Fn. 50), S. 335 ff.

⁷⁷ Schwarze, (Fn. 50), S. 336.

⁷⁸ Dort heißt es: „Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“

Aufgrund der bei Grundsatznormen üblichen weiten textlichen Fassung wird diese Vorschrift von vielen Autoren als politischer bzw. programmatischer Leitsatz qualifiziert, der auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln keinen Einfluss haben soll.⁷⁹ Die Vorschrift habe sich vielmehr den genannten Normen aus dem Wettbewerbsrecht „einzupassen“.⁸⁰ Eine derartige Interpretation verfehlt indes die Intention der Urheber dieser Norm und offenbart zudem ein unzureichendes Verständnis der Strukturen des EG-Vertrages. Es wird deshalb mit Recht darauf hingewiesen, dass Art. 16 EGV durch seine positive Formulierung das in Art. 86 Abs. 2 EGV zugrunde gelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten der Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse verschiebt⁸¹ und von ihm Direktiven an Rat und Kommission für den Gebrauch der Handlungsermächtigungen in Art. 86 Abs. 2 EGV ausgehen.⁸²

Ein weiterer Bedeutungsaspekt des Art. 16 EGV erschließt sich zudem vor dem Hintergrund der aktuell geführten europäischen Verfassungsdiskussion.⁸³ In dieser Diskussion spielen zwei Aspekte eine zentrale Rolle:

Zum einen wird der Verfassungsraum, um den es hier geht, als *gemeinsames Verfassungsrecht der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten* verstanden.⁸⁴ Die *Europäische Verfassung* bzw. das *europäische Verfassungsrecht* soll deshalb nicht isoliert über die Verfassungen der Mitgliedstaaten positioniert werden, sondern zusammen mit ihnen einen aus mehreren Ebenen bestehenden Verfassungsraum konstituieren. Dabei spielt naturgemäß die gegenseitige Respektierung von Verfassungsgrundsätzen und -traditionen eine bedeutsame Rolle.⁸⁵ Das ist im Übrigen nichts Neues, sondern wurde auch bislang schon so gesehen und vom EuGH bei der Entwicklung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen berücksichtigt. In diesem Kontext erweist sich Art. 16 EGV als eine Norm mit Klammerwirkung, durch die eine in mehreren Mitgliedstaaten anzutreffende prägende Verfassungstradition und -institution in den Raum des primären Gemeinschaftsrechts integriert und damit die Gemeinschaftsorgane zur Respektierung verpflichtet werden. Aber nicht nur das; Art. 16 EGV macht die Gewährleistung von *service public* und Daseinsvorsorge der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten zur gemeinsamen, d.h. kooperativ wahrzunehmenden Aufgabe innerhalb ihrer jeweiligen Befugnisse. Es wird also eine Handlungspflicht begründet, deren Gehalt es näher zu ergründen gilt.

⁷⁹ Siehe etwa *Kruse*, (Fn. 3), S. 724; *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 2. Aufl. 2002, Art. 16, Rn. 12.

⁸⁰ *Kruse*, (Fn. 3), S. 724.

⁸¹ *Schwarze*, (Fn. 50), S. 336.

⁸² *Badura*, (Fn. 50), S. 578. Siehe auch *Tettinger*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in: Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000, S. 97 (104 ff.).

⁸³ Siehe dazu *Pernice*, *Huber*, *Lübbe-Wolff* und *Grabenwarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 ff.

⁸⁴ *Pernice*, (Fn. 83), S. 163 ff. insbes. 172 ff.

⁸⁵ *Pernice*, (Fn. 83), S. 174 m. w. N. und unter Hinweis auf die zur Beschreibung dieses Phänomens ebenfalls verwendeten Formulierungen „System der Verfassungsverflechtung“, „Souveränitätsverbund“, „Verfassungsgemeinschaft“ sowie „Gesamtverfassung der Europäischen Union“.

Zum anderen ist man sich in der Verfassungsdiskussion weitgehend einig, dass die bereits früh vom EuGH vorgenommene Qualifizierung der Verträge als Verfassung der Gemeinschaft⁸⁶ nicht so zu verstehen ist, dass der gesamte EG-Vertrag Verfassungsqualität besitzt. Es ist vielmehr weitgehend anerkannt, dass der EG-Vertrag ein *compositum mixtum* aus Vorschriften darstellt, die nur teilweise Verfassungscharakter besitzen. Deshalb wird auch erwogen, den Vertrag in einen Verfassungsteil und einen eher technischen ausführenden Teil aufzuspalten, der vor allem die einzelnen Politiken aufnimmt.⁸⁷ Würde man diese Operation vorwegnehmen, so gelangt man meines Erachtens zu dem Ergebnis, dass Art. 16 EGV Verfassungscharakter besitzen würde, während die Wettbewerbsvorschriften dem ausführenden Recht zuzuordnen wären. Das entspricht der Situation in den Mitgliedstaaten, die ihr Wettbewerbsrecht in einfachen Gesetzen geregelt haben. Für das Verhältnis beider Normkomplexe hätte dies zur Folge, dass die Grundsatzentscheidung des Art. 16 EGV nicht nur als übergeordnete Auslegungsmaßgabe zu berücksichtigen wäre, sondern dass sich aus ihr auch Handlungspflichten ableiten ließen, die mit Hilfe der Instrumentarien des Wettbewerbsrechts umzusetzen wären. Konkret würde es darum gehen, aus Art. 16 EGV Vorgaben für die Anwendung der Befugnisse von Kommission und Rat aus Art. 86 Abs. 3 und Art. 87 Abs. 3 lit. e) EGV sowie aus den allgemeinen Vorschriften über Liberalisierung und Harmonisierung aufgrund der Art. 52 und 95 EGV abzuleiten.

Dieser Befund ist aber nicht erst dann maßgeblich, wenn es zu einer Verfassungsgebung auf europäischer Ebene kommt. Vielmehr ist die Unterscheidung unterschiedlicher Arten von Normen innerhalb des Primärrechts bereits jetzt durchzuführen und demnach davon auszugehen, dass Art. 16 EGV eine Direktivfunktion gegenüber Art. 86 und 87 EGV zukommt.⁸⁸ Die Vorschrift macht deshalb Gemeinschaft und Mitgliedstaaten eine Transposition der gemeinsamen Werte, die im Bereich der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf der Ebene der Mitgliedstaaten seit langem bestehen, auf die Ebene des Gemeinschaftsrechts und des Binnenmarktes zur Aufgabe. Die Erfüllung dieses Auftrages begründet eine Gestaltungspflicht, bei der es nicht darum geht, den mitgliedstaatlichen *status quo* ungeprüft zu sichern. Vielmehr ist es die gemeinsame Aufgabe von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, die vorhandenen Einrichtungen und Dienste, soweit sie mit dem Wettbewerbsrecht in Konflikt stehen, einem Rationalitätstest am Maßstab der Grundsätze des Binnenmarktes zu unterwerfen. Man kann die Verständigung vom 17. Juli durchaus in diesen Prozess einordnen.

Festzuhalten bleibt, dass Art. 16 EGV ein an die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten gerichteter Gestaltungsauftrag zu entnehmen ist, der mit Hilfe der Instrumente der Art. 86 Abs. 3, 87 Abs. 3 lit. e) sowie der allgemeinen Befugnisse zur Liberalisierung und Rechtsangleichung zu bewerkstelligen ist.

⁸⁶ EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339, Rn. 23 – Les Verts/Europäisches Parlament; Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079, Rn. 21 – Europäischer Wirtschaftsraum I. Diese Sicht hat auch das Bundesverfassungsgericht übernommen, vgl. BVerfGE 22, 293 (296). Siehe auch Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, EuR Beiheft 1/2000, S. 7 (14).

⁸⁷ Vgl. Schwarze, (Fn. 86), S. 26 f. Zur Zweiteilung der Verträge Kritik bei Huber, (Fn. 83), S. 235.

⁸⁸ So auch Badura, (Fn. 50), S. 578; Schwarze, (Fn. 50), S. 336.

h) Ergebnis

Die Einordnung der Anstaltslast als Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV – so lautet das Ergebnis meiner Überlegungen – ist demnach nach meiner Einschätzung nicht alleine über das günstigere Rating und die daraus folgenden Refinanzierungsvorteile zu begründen. Hier bestehen Zweifel, ob die damit verbundenen finanziellen Vorteile dem Staat zuzurechnen sind. Zudem würde diese Argumentation nur für die öffentlichen Finanzinstitute greifen, die über ein Rating verfügen. Das Durchgriffs- oder Weitergabeargument greift gegenüber den Sparkassen nicht. Es bleibt deshalb nur der Weg, auf die Anwendung der Anstaltslast selbst abzustellen. Ob man daran anknüpfend eine wettbewerbsverzerrende allgemeine Vorwirkung annehmen kann, die eine Qualifizierung als Beihilfe auch unabhängig vom Fall der Aktualisierung trägt, erscheint wiederum fraglich, da damit der Beihilfebegriff überdehnt und der Vorschrift eine allgemeine Wettbewerbsaufsichtsfunktion zugewiesen würde, die sie nach zutreffender Ansicht des EuGH nicht besitzt.

Stellt sich demnach nur die ausgeübte Anstaltslast und damit die tatsächliche Kapitalzufuhr als Beihilfe dar, so reicht es aus, dass die bestehenden Regelungen über die Anstaltslast ihres Automatismus beraubt werden, indem ein Vorbehalt zugunsten der Beachtung der verfahrensrechtlichen und materiellen Pflichten aus Art. 87, 88 EGV eingefügt wird. Die Verständigung geht deshalb in ihren Forderungen bezüglich der Anstaltslast zu weit.

3. Gewährträgerhaftung als Beihilfe

Während die Qualifizierung der Anstaltslast als Beihilfe einige Schwierigkeiten bereitet, ist dies bei der Gewährträgerhaftung einfacher und weitaus unstrittiger. Es handelt sich dabei um eine staatliche Garantiehaftung, die nach wohl allgemeiner Ansicht als Beihilfe einzustufen ist.⁸⁹ Da es eine vergleichbare Haftung für private Banken nicht gibt, schlägt hier auch der *private-investor-test* fehl. Da auch in diesem Fall die Ausnahmebestimmungen nicht greifen, kommt das Beihilfeverbot nach Art. 87 Abs. 1 EGV zur Geltung.

Die eindeutige Rechtslage in Bezug auf die Gewährträgerhaftung spiegelt sich auch in der Verständigung wieder, da diese sich mit der knappen Formulierung begnügt, dass die Gewährträgerhaftung abzuschaffen ist. Einer detaillierten Leitlinie für die Umgestaltung, wie sie bei der Anstaltslast thematisiert wird, bedurfte es nicht. Nach der Abschaffung der Gewährträgerhaftung bleibt es bei der Haftung der Landesbanken und Sparkassen für ihre gesamten Verbindlichkeiten mit ihrem eigenen Vermögen.

⁸⁹ v. Friesen, (Fn. 3), S. 581 ff.; Koenig, (Fn. 3), S. 596 ff.; Vorsichtiger: Martin-Ehlers, (Fn. 3), S. 267 ff., der aber die Qualifizierung als Beihilfe mit der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV verbindet, was methodisch nicht überzeugt.

IV. Die Verständigung im Schnittbereich von deutscher und europäischer Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung

Ich komme damit zum zweiten Teil der Analyse. Sie widmet sich der Frage, wie die Verständigung vor dem Hintergrund der deutschen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung zu bewerten ist und welche Unterschiede dabei im Vergleich zur europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung zu erkennen sind. Diese Analyse ist zum einen für die Einordnung der Verständigung wichtig, zum anderen aber auch hilfreich für die Gewinnung von über den Fall hinausweisenden Orientierungspunkten für Politik, Gesetzgeber, Verwaltung und öffentliche Unternehmen.

1. Gemeinwirtschaft und staatliche Wettbewerbsteilnahme nach deutschem Wirtschaftsverfassungsrecht

a) Verfassungsrecht

Dem deutschen Verfassungsrecht wird immer wieder attestiert, dass es nicht über eine explizite Wirtschaftsverfassung verfügt.⁹⁰ Bezieht man das Landesverfassungsrecht ein, so ist diese Aussage nach der letzten Änderung der rheinland-pfälzischen Verfassung, die nun ein Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft enthält,⁹¹ nicht mehr ganz zutreffend. Doch stimmt die Aussage in der Tendenz jedenfalls dann, wenn man die Weimarer Reichsverfassung⁹² auf der einen und den EG-Vertrag als Quasi-Verfassung der Europäischen Union auf der anderen Seite als Kontrastprogramme heranzieht. Vor allem im Vergleich zum deutlichen Bekenntnis des EG-Vertrags zum System des unverfälschten Wettbewerbs in Art. 4, das durch zahlreiche weitere Vorschriften umgesetzt und ausgestaltet wird, fehlt es dem Grundgesetz an expliziten Aussagen zur Wirtschaftsordnung.

Aus dieser Zurückhaltung darf indes nicht auf eine Maßstabslosigkeit geschlossen werden. Neben den Grundrechten, die das Bundesverfassungsgericht schon immer als Grenze für wirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Hände ins Feld geführt hat,⁹³ finden sich im Grundgesetz mit den Artikeln 87e und 87f auch zwei Bestimmungen, die zusammen mit Art. 143a und 143b für wichtige Bereiche des Wirtschaftslebens neue Akzente setzen.⁹⁴ Dabei ist es interessant festzustellen, dass diese Vorschriften durch-

⁹⁰ BVerfGE 4, 7 (17f.); 7, 377 (400); 50, 290 (338); *Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 83, Rn. 22 f. m. w. N.

⁹¹ Vgl. Art. 51 Verf. Rh.-Pf. „Die soziale Marktwirtschaft ist die Grundlage der Wirtschaftsordnung. Sie trägt zur Sicherung und Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der Menschen bei, indem sie wirtschaftliche Freiheiten mit sozialem Ausgleich, sozialer Absicherung und dem Schutz der Umwelt verbindet. In diesem Rahmen ist auf eine ausgewogene Unternehmensstruktur hinzuwirken.“

⁹² Die Weimarer Reichsverfassung verfügte im 5. Abschnitt des zweiten Hauptteils (Art. 151 ff.) über umfangreiche Vorgaben für die Wirtschaftsverfassung des Reichs, die jedoch ganz überwiegend nur programmatischen Charakter besaßen.

⁹³ Vgl. BVerfGE 50, 290 (336); *Schmidt*, (Fn. 90), § 83, Rn. 24. Siehe auch *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, S. 51 ff.

⁹⁴ Zu ihrer Einordnung vgl. etwa *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 87e, Rn. 3 ff.

aus auch eine europäische Wurzel besitzen,⁹⁵ sich das Gemeinschaftsrecht mit seinen Liberalisierungstendenzen also bereits auf der Ebene des Verfassungsrechts ausgewirkt hat. Es wäre eine Überlegung wert zu prüfen, ob dieser Vorgang im Geiste Art. 16 EGV zuzuordnen und als vorweggenommener Anwendungsfall für sein Kooperationsverständnis zu verstehen ist.

Diese Vorschriften setzen insoweit neue Akzente, als die deutsche Verfassungstradition jedenfalls im Bereich der Sozialwirtschaft, also bei der Bereitstellung von öffentlichen Gütern und Dienstleistungen, abgesehen von dem monopolisierten Bereichen immer von einer konkurrierenden Zuständigkeit von Staat und Privaten ausgegangen ist.⁹⁶ Die kommunale Daseinsvorsorge und speziell die Sparkassen sind dafür ein beredetes Zeugnis. Der typisch deutsche Pluralismus in der Wirtschaftsordnung zeigt sich aber auch darin, dass es auch einen starken privaten öffentlichen Sektor gibt, der etwa im Bereich der sozialen Einrichtungen stark mit gemeinwirtschaftlich orientierten Unternehmen und Einrichtungen vertreten ist. Im Finanzsektor ist auf die starke Präsenz der Genossenschaftsbanken zu verweisen.

Diese spezifisch deutsche Tradition hat sich zweifelsohne auch auf die Interpretation der Wirtschaftsgrundrechte ausgewirkt, denen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchweg die Fähigkeit, einen Schutz vor Konkurrenz zu vermitteln, abgesprochen wird.⁹⁷ Die vor allem von den Verwaltungsgerichten immer wieder bemühte, gleichermaßen bekannte wie lapidare Formel besagt, dass die Grundrechte nicht vor Wettbewerb schützen, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand. Nur gegenüber dem Verdrängungswettbewerb und der Monopolbildung sollen die Berufsfreiheit und das Eigentumsgrundrecht ihre Schutzwirkung entfalten.

Diese mehr als 30 Jahre alten Formeln sind in den letzten Jahren aber in den über bloße Wiedergabe von Standards hinausgehenden Untersuchungen deutlich modifiziert und durch eine sensiblere und differenziertere Sichtweise ersetzt worden. Heute überwiegt die Ansicht, dass eine Grundrechtsrelevanz bereits dann anzunehmen ist, wenn vom Staat und seinen Untergliederungen getragene Unternehmen sich marktinkonform verhalten.⁹⁸ Das soll unter anderem dann der Fall sein, wenn durch Subventionierung Preis- und andere Wettbewerbsvorteile begründet werden. Diese Entwicklung ist insoweit interessant, weil sich das Verfassungsrecht hier dem Ansatz des Art. 87 Abs. 1 EGV nähert.

Allerdings ist dies in der Tat nur ein Trend und noch lange kein Gleichstand. Denn die Grundrechtsrelevanz eines solchen marktinkonformen Verhaltens löst nur seine Rechtfertigungsbedürftigkeit aus.⁹⁹ Diese Rechtfertigung durch oder auf Grund eines

⁹⁵ Das gilt vor allem für Post und Telekommunikation. Siehe dazu *Windthorst*, (Fn. 94), Art. 87 e, Rn. 2; *Holznapel/Enaux/Nienhaus*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2001, S. 8 ff.

⁹⁶ Dazu näher *Kluth*, (Fn. 93), S. 23 ff.

⁹⁷ Siehe exemplarisch BVerwGE 17, 306 (311); 39, 329 (336). Differenzierend *Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 84, Rn. 35.

⁹⁸ *Schmidt*, (Fn. 90), § 83, Rn. 25; *Tettinger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 12, Rn. 73; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 12, Rn. 79 ff. Ausführlicher *Kluth*, Eingriff durch Konkurrenz, WiVerw 2000, S. 184 ff.

⁹⁹ *Schmidt*, (Fn. 90), § 83, Rn. 25; *Kluth*, (Fn. 98), S. 202 ff.

Gesetzes unterliegt jedoch weit geringeren Anforderungen als dies bei der Beihilfeaufsicht der Fall ist, da die Verfassungs- und Verwaltungsgerichte der öffentlichen Hand weitreichende Gestaltungs- und Beurteilungsspielräume zubilligen.¹⁰⁰ Trotz der Verschärfung der grundrechtlichen Maßstäbe an die Wettbewerbsteilnahme öffentlicher Unternehmen besitzen Bund, Länder und Kommunen nach wie vor erhebliche Spielräume auch für marktinkonforme Betätigungsweisen.

b) Kommunales Wirtschaftsrecht

Eine ähnliche Konstellation ist im kommunalen Wirtschaftsrecht anzutreffen, das hier als Referenzmaterie herangezogen werden kann.¹⁰¹ Traditionell wird die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, die einen wichtigen Bereich der sogenannten Daseinsvorsorge durch öffentliche Einrichtungen und Unternehmen markiert, durch eine sogenannte Schrankentrias begrenzt. Demnach muss ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordern, darf sie nicht außer Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommunen und zum vorhandenen Bedarf stehen und schließlich durch andere private oder staatliche Stellen nicht besser dargeboten werden können.¹⁰² Einige Bundesländer – wie etwa Rheinland Pfalz¹⁰³ – haben das zuletzt genannte Erfordernis, die sogenannte Subsidiaritätsklausel, verschärft, indem bereits bei gleichwertigen Alternativangeboten ein Betätigungsverbot für die Kommune besteht. Andere Gemeindeordnungen schreiben bei der Aufnahme neuer Betätigungen ein Markterkennungsverfahren vor.¹⁰⁴

Die Bedeutung dieser auf den Wettbewerbsbereich bezogenen Vorschriften für die Wirtschaftsordnung wird indes dadurch deutlich abgeschwächt, dass auch hier den Kommunen ein gerichtlich nur sehr begrenzt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zugestanden wird¹⁰⁵ und zudem beharrlich die Ansicht vertreten wird, den Regelungen wohne kein Schutzzweck zugunsten der privaten Konkurrenten inne, mit der Folge, dass diese keinen Rechtsschutz im Falle ihrer Verletzung in Anspruch nehmen könnten. Die entsprechende Spruchpraxis der Verwaltungsgerichte ist allenfalls mit dem historischen Argument zu begründen, dass zum Zeitpunkt der Entstehung der Schrankentrias in den dreißiger Jahren der Schutz der kommunalen Haushalte im Vordergrund stand. Unter der Geltung des Grundgesetzes und der grundsätzlichen Grundrechtsrelevanz staatlicher Wettbewerbsteilnahme ist diese Rechtsprechung nicht mehr überzeugend. Eine zeitgemäße Interpretation muss in diesen Vorschriften eine

¹⁰⁰ Zur Kontrolldichte im Bereich der wirtschaftslenkenden Gesetzgebung *Kluth*, Bundesverfassungsgericht und wirtschaftslenkende Gesetzgebung, ZHR 162 (1998), S. 657 (665 ff.).

¹⁰¹ Dafür spricht vor allem, dass es sich beim Sparkassenrecht um ein besonders Teilgebiet des kommunalen Wirtschaftsrechts handelt.

¹⁰² Einzelheiten zu den einzelnen Anforderungen bei *Kluth*, (Fn. 93), S. 89 ff.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rn. 727 ff.

¹⁰³ Vgl. § 85 Abs. 1 GO Rh.-Pf. und dazu VerfGH Rh.-Pf., DVBl. 2000, S. 992 ff. Ähnlich § 108 Abs. 1 Nr. 3 nds. GO. Zu Diskussion über die Änderung der Subsidiaritätsklausel vgl. auch *Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 497 ff.

¹⁰⁴ So etwa § 101 Abs. 4 brand. GO; § 71 Abs. 1 Nr. 3 thür. GO.

¹⁰⁵ BVerwGE 39, 329 (332); *Gern*, (Fn. 102), Rn. 727; *Hidien*, Das Ermessen der Gemeinden über die Zweckbindung ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, DÖV 1983, S. 1002 ff.

gesetzgeberische Konkretisierung der Marktordnung und damit auch des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit der privaten Marktteilnehmer sehen.¹⁰⁶

Es ist deshalb durchaus zu begrüßen, dass die ordentlichen Gerichte in Verfahren, die sich auf § 1 UWG stützten, eine andere Sichtweise zugrunde gelegt und auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht Verstöße gegen die Schrankentrias sanktioniert haben.¹⁰⁷ Der Wettbewerb der Gerichtszweige hat sich hier als Entdeckungsverfahren und Motor des Fortschritts erwiesen.¹⁰⁸ Die Entscheidung des OLG Hamm im Fall Gelsengrün¹⁰⁹ ist hier als *leading case* zu nennen.

c) Zwischenergebnis

Das deutsche Verfassungs- und öffentliche Wirtschaftsrecht ist demnach dadurch gekennzeichnet, dass es historisch jedenfalls in Bereichen, die der Bereitstellung öffentlicher Güter und der sogenannten Daseinsvorsorge zuzuordnen sind, die Konkurrenz von öffentlichen und privaten Unternehmen großzügig zulässt und dabei auch marktinkonforme Verhaltensweisen zulässt, solange diese nicht in einen Verdrängungswettbewerb oder zu einer Monopolbildung führen. Hinzu kommen weitreichende Gestaltungs- und Beurteilungsspielräume, die die Gerichte Gesetzgeber und Verwaltung einräumen. Dies gilt auch für den Bereich der Kommunalwirtschaft, dem die Sparkassen zuzuordnen sind.

Erst in jüngerer Zeit sind Ansätze für eine Verschärfung der Maßstäbe zu beobachten. Zum einen durch die Qualifizierung von marktinkonformen Verhaltensweisen als Grundrechtseingriff, zum anderen durch die Anerkennung des drittschützenden Charakters der kommunalrechtlichen Schrankentrias.

2. Die abweichende Charakteristik des EG-Wirtschaftsrechts

a) Die unterschiedlichen Grundsätze in den Bereichen positiver und negativer Integration

Stellt man dieser Skizze die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages gegenüber, so muss zunächst zwischen den Bereichen positiver und negativer Integration unterschieden werden.¹¹⁰ In den Bereichen positiver Integration, die durch die verschiedenen Politikbereiche und die Rechtsangleichung markiert werden, hat die Gemeinschaft durchaus unterschiedliche Marktmodelle verwirklicht. Hier sind – wie

¹⁰⁶ Kluth, (Fn. 98), S. 205 f. m. w. N. Siehe auch VerfGH Rh.-Pf., DVBl. 2000, 992 (995).

¹⁰⁷ Dazu im einzelnen Schünemann, Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 41 ff.; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 278 ff. m. w. N.; Kluth, (Fn. 93), S. 96 ff.

¹⁰⁸ Zu der dahinter stehenden Konzeption der „Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts“ vgl. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 175 ff.; Kluth, Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher und kommunaler Tätigkeit, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 23 (38 f.).

¹⁰⁹ OLG Hamm, JZ 1998, S. 785 f. m. Anm. Müller; siehe auch OLG Düsseldorf, NWVBl. 1997, S. 353 m. Anm. Moraing. Siehe dazu auch Schünemann, (Fn. 107), S. 69 ff.

¹¹⁰ Vgl. Rodi, (Fn. 37), S. 142 ff. m. w. N.

etwa das Beispiel Agrarmarkt zeigt – zum Teil weitreichende Subventionen und Beihilfen vorgesehen. Ein zweites Modell, das durch eine Mischung von freiem Wettbewerb und Regulierung gekennzeichnet ist, wurde in denjenigen Bereichen verwirklicht, die den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zugeordnet werden können und in den die Bereitstellung von Universaldiensten vorgesehen ist. Hier hat das Gemeinschaftsrecht selbst die Grundlage für regulierende Markteingriffe geschaffen. Soweit es an einer positiven Integration fehlt, greifen die allgemeinen Normen des Binnenmarktrechts. Neben den Grundfreiheiten sind dies die Wettbewerbsvorschriften und die Beihilfenaufsicht. Auch in diesem Bereich wird durch Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV anerkannt, dass zur Sicherstellung der Daseinsvorsorge Abweichungen von den Wettbewerbsvorschriften erforderlich sein können. Solche Ausnahmen bzw. Abweichungen unterliegen aber der Kontrolle und Genehmigung durch die Gemeinschaftsorgane. Diese ist anders als das deutsche Recht durch eine *instrumentale Ausrichtung* geprägt. So werden im Bereich der Beihilfenaufsicht nicht erst die Auswirkungen auf den Markt, sondern jeder Einsatz von selektiven finanziellen Hilfen zum Anknüpfungspunkt für die Auslösung des Kontroll- und Genehmigungsmechanismus gewählt. Man kann diesen Ansatz mit der Einführung des Vorbehalts des Gesetzes im Bereich der Eingriffsverwaltung vergleichen.¹¹¹ Auch er zielte nicht darauf ab, erforderliche Eingriffe zu untersagen, sondern hatte zum Ziel, die Staatsgewalt auf notwendige Eingriffe zu beschränken und sie einem Rationalitätszwang zu unterwerfen, d.h. zu begründen, warum bestimmte Eingriffe erforderlich sind. Seine Umsetzung in allen „Lebensbereichen“ dauerte mehrere Jahrzehnte und war etwa in den sogenannten besonderen Gewaltverhältnissen auf die Intervention des Bundesverfassungsgerichts angewiesen.¹¹² Einen ähnlichen Rationalitätszwang bewirkt das Beihilfenrecht gegenüber den öffentlichen Unternehmen der Mitgliedstaaten. Sie werden nicht als solche in Frage gestellt, müssen aber die Gründe für ihre Privilegierung offenlegen.

b) Rationalitätszwang und Lösung über bereichsspezifische Regelungen in kooperativem Verfahren

Wie bekannt ist, hat die Kommission diesen Rationalitätszwang lange Zeit nicht oder nur sehr moderat eingefordert.¹¹³ Mit der Vollenendung des Binnenmarktes und der Einführung der Wirtschafts- und Währungsunion ist dieser Vorgang aber – statistisch eindrucksvoll belegbar – beschleunigt worden und es verwundert deshalb auch nicht, dass gerade im Amsterdamer Vertrag mit Art. 16 eine Vorschrift eingeführt wurde, die diesen Vorgang weitaus genauer und differenzierter steuert, als das vorher der Fall war. Es ist nun die Aufgabe von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten den Rationalitätstest in den einzelnen Bereichen durchzuführen und kooperativ nach bereichsspezifischen Lösungen zu suchen. Darin muss weder eine Bedrohung der Daseinsvorsorge

¹¹¹ Dazu *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 802 ff.

¹¹² Vgl. BVerfGE 45, 187 (246).

¹¹³ Einzelheiten bei *Rodi*, (Fn. 37), S. 143 f.

noch der Gestaltungsspielräume der Länder und Kommunen liegen. Solange und soweit sie gute Argumente vortragen, warum nach den Maßstäben der Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV abweichende Regelungen erforderlich sind, ist davon auszugehen, dass diesen in einem kooperativen Verfahren Rechnung getragen wird.

c) Kein Grundsatzkonflikt – aber eine Kompetenz- und Machtfrage

Es geht deshalb nicht um einen Grundsatzkonflikt, sondern um einen zweifelsohne aufwendigen und komplexen Klärungsprozess, der aber auch den Mitgliedstaaten und in Deutschland den Ländern und Kommunen helfen kann, überkommene Strukturen einem Rationalitätstest zu unterziehen.¹¹⁴ Im Kontext der in vielen Bereichen anzutreffenden Bemühungen um Verwaltungsmodernisierung¹¹⁵ ist dies durchaus zeitgemäß und förderlich.

Der Widerstand, der in diesem Prozess sichtbar wird, erklärt sich zu einem großen Teil aus dem Umstand, dass es hier – wie bei so vielen Streitfragen des Gemeinschaftsrechts – zugleich um eine Kompetenz- und Machtfrage geht, bei der im Zweifel die Gemeinschaft am längeren Hebel sitzt. Das aber ist ein Wesensmerkmal der Integration, das nur durch ihre Aufhebung beseitigt werden kann.

V. Alternative Gestaltungsmöglichkeiten für öffentliche Finanzinstitute

Damit komme ich nun zum zweiten Abschnitt meiner Überlegungen, in dem ich auf die alternativen Gestaltungsmöglichkeiten eingehen möchte.

1. Die Vorgaben der Verständigung

Die Verständigung setzt Bund und Ländern klare Fristen für die Umgestaltung der gesetzlichen Vorschriften über die öffentlichen Finanzinstitute, soweit diese durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgesichert sind. Sie differenziert zwischen Gewährträgerhaftung und Anstaltslast. Erstere ist ersatzlos zu streichen, letztere in ihrer jetzigen Form abzuschaffen. Man könnte die Überlegungen deshalb auf die Anstaltslast beschränken, da sich nur insoweit die Frage stellt, wie die Beziehungen zwischen den Landesbanken und Sparkassen und ihren Trägern in Zukunft auszugestalten sind. Bezüglich der Gewährträgerhaftung könnte man darauf verweisen, dass ihre Abschaffung nicht weiter ins Gewicht fällt, da sie bislang ohnehin nicht in Anspruch genommen wurde. Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass die praktische Bedeutungslosigkeit der Gewährträgerhaftung gerade eine Folge der Anstaltslast war

¹¹⁴ Einen vergleichbaren Rationalitätstest übt die Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf überkommene Gesetze aus und löst dadurch immer wieder Reformimpulse aus. Vgl. dazu *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des einfachen Rechts, 2000.

¹¹⁵ Siehe dazu den Überblick bei *Wallerath* (Hrsg.), Verwaltungsenergie. Eine Zwischenbilanz der Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, 2001 und *Kluth*, (Hrsg.), Verwaltungskultur, 2001.

und ist, denn diese verhinderte, dass die Finanzinstitute ihre Leistungsfähigkeit einbüßen. Der Wegfall der Gewährträgerhaftung stellt bei gleichzeitiger Einführung der Insolvenzfähigkeit deshalb keine rein formale Korrektur dar. Es ist zudem zu beachten, dass die Europäische Kommission selbst die flächendeckende Erbringung und die materielle Sicherheit der Leistungen als prägende Merkmale von Leistungen der Daseinsvorsorge hervorgehoben hat.¹¹⁶ Von daher sind die Interessen der Kunden und ihre Absicherung durch eine ausreichende Haftung der Finanzinstitute alles andere als periphere Größen und Gesichtspunkte. Um so mehr tritt die Frage nach den Möglichkeiten der Neugestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen öffentlichen Finanzinstituten und ihren Trägern in den Vordergrund.

Die Rahmenvorgaben für eine Neugestaltung der Beziehung der Gebietskörperschaften zu den Landesbanken und Sparkassen sind in vier Punkten niedergelegt:

- a) Die finanzielle Beziehung zwischen dem öffentlichen Eigner und dem öffentlichen Kreditinstitut darf sich nicht von einer normalen marktwirtschaftlichen Eigentümerbeziehung unterscheiden, so wie der zwischen einem privaten Anteilseigner und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft.
- b) Jegliche Verpflichtung des öffentlichen Eigners zu wirtschaftlicher Unterstützung des Kreditinstituts und jeglicher Automatismus wirtschaftlicher Unterstützung durch den Eigner zugunsten des öffentlichen Kreditinstituts ist ausgeschlossen. Es besteht keine unbeschränkte Haftung des Eigners für Verbindlichkeiten des Kreditinstituts. Es ergeht keine Absichtserklärung oder Garantie, den Bestand des öffentlichen Kreditinstituts sicher zu stellen.
- c) Die öffentlichen Kreditinstitute werden für den Insolvenzfall den gleichen Regeln wie private Kreditinstitute unterworfen. Ihre Gläubiger werden denen privater Kreditinstitute gleichgestellt.
- d) Diese Grundsätze gelten unbeschadet der Möglichkeit des Eigners, wirtschaftliche Unterstützung gemäß den Beihilferegelungen des EG-Vertrags zu gewähren.

Zu fragen ist, ob damit die Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten aus der Sicht des EG-Vertrages ausgeschöpft sind oder ob auch noch andere Lösungsmöglichkeiten bestehen. Offenbar geht die Verständigung davon aus, dass die von den Landesbanken und Sparkassen erbrachten Dienstleistungen grundsätzlich ohne die Gewährung eines Sonderstatus wirtschaftlich vertretbar erbracht werden können, so dass eine Sonderregelung nach Art. 86 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 EGV nicht erforderlich ist. Für eine derartige Lageeinschätzung sprechen bereits die Aussagen im Bericht der Kommission zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor aus dem Jahr 1998. Dieser Bericht stellt die öffentlichen Kreditinstitute in Deutschland, Österreich und Luxemburg als Ausnahmeerscheinungen dar. In diesem Bericht wird auch in Frage gestellt, ob die spezifischen Aufgaben der Landesbanken und Sparkassen

¹¹⁶ Siehe etwa Mitteilung der Kommission v. 20. 9. 2000, „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM(2000) 580 endg., Rz. 10f.

überhaupt einen Sonderstatus besitzen, da sie in den anderen europäischen Ländern von privaten Kreditinstituten bereitgestellt werden. Es erscheint demnach zur Zeit als sehr unwahrscheinlich, dass auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EGV eine Sonderregelung ergeht. Aus den gleichen Gründen erscheint mir der Erlass einer europaweit geltenden Ausnahmeregelung für die öffentlichen Finanzinstitute auf der Grundlage der Art. 16 und 87 Abs. 3 lit. e) EGV als unwahrscheinlich. Grundsätzlich stehen bei Nachweis eines entsprechenden Bedürfnisses diese Wege aber offen und sollten nicht aus dem Blick verloren werden.

2. Lösungsmodelle für die Sparkassen

a) Materielle Privatisierungslösung gekoppelt mit Universaldienstverpflichtung

Eine erste, radikale Variante könnte darin bestehen, die Sparkassen materiell zu privatisieren und gleichzeitig – etwa nach dem schwedischen Vorbild – für einzelne Dienstleistungen eine Universaldienstverpflichtung einzuführen. Die Universaldienstverpflichtung könnte als Anknüpfungspunkt für gewisse Ausgleichsleistungen (also etwa in Gestalt einer Universaldienstpauschale oder -abgabe) gewählt werden und insoweit der Sache nach einen Aspekt der Anstaltslast übernehmen, soweit diese die Bereitstellung bestimmter Dienste in der Fläche absichern soll. Dieses Modell, das die Verständigung gewissermaßen übererfüllen würde, wird aber von keinem Bundesland favorisiert.

b) Formelle Privatisierung mit Möglichkeit privater Kapitalbeteiligung

Denkbar ist weiterhin eine formelle Privatisierung. Hier würde die öffentlich-rechtliche Organisationsform aufgegeben und durch eine private Rechtsform, wahrscheinlich die Aktiengesellschaft, ersetzt. Als Nebeneffekt würde sich die Möglichkeit der Einbeziehung privaten Kapitals eröffnen. Auch dieses Modell ist mit der Verständigung vollständig kompatibel. Durch die Autonomie, die das Gesellschaftsrecht erzeugt, würde das Finanzinstitut deutlicher von seinem Träger distanziert und es würde den normalen Insolvenzvorschriften unterfallen. Es muss auch nicht die Gefahr einer feindlichen Übernahme bestehen, da kein Zwang zur Börsennotierung besteht. Der Einfluss der Kommunen kann – wie bei anderen kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform – durch eine entsprechende Ausgestaltung des Unternehmenszwecks in der Satzung oder vertragliche Vereinbarungen ausreichend gesichert werden. Die Erfahrungen im Bereich sonstiger kommunaler Unternehmen zeigen, dass die demokratische Leitung mit Hilfe von Berichtspflichten und besonderen Entsanderegeln ausreichend gewahrt werden kann. Auch bei diesem Modell kommt die Absicherung von bestimmten Diensten durch eine Universaldienstverpflichtung mit einer entsprechenden Finanzierungskomponente in Betracht. Ob dieser Weg in der Praxis eine Mehrheit finden wird, erscheint ebenso fraglich.

c) Neuordnung der Rechtsbeziehungen zum Träger

Die Bundesländer sowie die Landesbanken und Sparkassen selbst bevorzugen einen dritten Weg, bei dem die Anstaltsform beibehalten und die gesetzlichen Vorschriften lediglich in einzelnen Punkten an die Vorgaben der Verständigung angepasst werden.¹¹⁷ Die Änderungen sollen in allen Gesetzen möglichst einheitlich erfolgen. Im einzelnen sind folgende Anpassungen vorgesehen:

Die Gewährträgerhaftung wird gestrichen und an ihre Stelle folgende Formulierung eingefügt: „Die Sparkasse/Landesbank haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen.“ Das stellt der Sache nach im Vergleich zur bisherigen Rechtsform eine Haftungsbeschränkung dar.

Die Regelungen über die Anstaltslast sollen durch eine neue Vorschrift mit folgendem Wortlaut ersetzt werden: „Der Träger unterstützt die Sparkasse/Landesbank bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Er stellt der Sparkasse/Landesbank die notwendigen Mittel (nach Maßgabe der Markt- und Wettbewerbserfordernisse)¹¹⁸ zur Verfügung.“ Diese Formulierung ist indes insoweit problematisch, als sie dem entscheidenden und auch nach der hier vertretenen Ansicht berechtigten Einwand der Kommission, dass es keinen Automatismus der Kapitalzufuhr geben dürfe, nicht wirksam entkräftet. Die von mir vorgeschlagene Formulierung, die einen ausdrücklichen Verweis auf die Beihilfenaufsicht enthält, erscheint insoweit vorzugswürdig. Es ist abzusehen, dass die auf einen Vorschlag des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes zurückgehende Formulierung nicht die Zustimmung der Kommission finden wird.¹¹⁹

Organisationsrechtlich ist die Einführung einer Anstalt mit beschränkter Haftung, um die es sich nach dem Wegfall der unbeschränkten Einstands- und Nachschusspflicht bei den Sparkassen handeln würde, ohne weiteres möglich. Es gibt kein rechtlich verbindliches Organisationsstatut für Anstalten. Es handelt sich vielmehr um einen vielfältig gestaltbaren Idealtypus. Was die Beziehung zur Kommune angeht, so ist darauf hinzuweisen, dass es auch bislang möglich ist, kommunale Pflichtaufgaben bei entsprechender Ausgestaltung der Beziehungen zur Kommune durch Kapitalgesellschaften erfüllen zu lassen. Deshalb ist es auch ohne weiteres möglich, eine als unerlässlich eingestufte Dienstleistung, die nicht den Status einer kommunalen Pflichtaufgabe besitzt, durch eine Anstalt mit beschränkter Haftung darbieten zu lassen.

Welche Anstrengungen erforderlich werden, um die Sparkassen finanziell ausreichend auszustatten, vermag ich nicht im Einzelnen zu beurteilen. Die Anforderungen an das Eigenkapital sind bereits jetzt europarechtlich vorgegeben, ohne dass dabei auf die Anstaltslast Rücksicht genommen wird. Insoweit entsteht kein Handlungsbedarf. Die stärkere Absicherung durch eigene Haftungssysteme der Sparkassen ist praktisch wünschenswert, in vielen Ländern aber bereits auf einem hohem Niveau. Soweit zur

¹¹⁷ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Rundschreiben Nr. 421/2001 des Deutschen Landkreistages, das den Diskussionsstand vom 7. 9. 2001 zusammenfasst.

¹¹⁸ Dieser Passus ist optional.

¹¹⁹ In diesem Sinne auch *Möschel*, Die Anstaltslast bei öffentlichen Banken ist tot, FAZ Nr. 223 v. 25. 9. 2001, S. 19.

Stärkung der Marktposition neues Kapital zugeführt werden soll, sind die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Art. 88 EGV i. V. m. VO Nr. 659/1999 zu beachten. Grundsätzliche Probleme tauchen hier bei näherer Betrachtung nicht auf.

3. Lösungsmöglichkeiten für die Landesbanken

a) Aufgabenkritik

Bei den Landesbanken sollte – insoweit über die Verständigung hinausgehend – zunächst eine Aufgabenkritik erfolgen. Die expansive Entwicklung in den neunziger Jahren steht nicht mit dem Gesamtbild in Einklang, das das deutsche Verfassungs- und öffentliche Wirtschaftsrecht über die wirtschaftliche Betätigung des Staates vorzeichnen. Der die Betätigung „rechtfertigende öffentliche Zweck“ sollte deshalb selbstkritisch reformuliert werden.

b) Privatisierungsmodelle

Bezüglich der Umsetzung der Verständigung werden auch für die Landesbanken verschiedene Privatisierungsmodelle diskutiert, die sowohl die materielle als auch die formelle Privatisierung einbeziehen. Auch hier wird die formelle Privatisierung bevorzugt, da die Länder derzeit auf ihre Landesbanken nicht verzichten wollen. Die Frage ist nur, ob sie dabei ein großes Institut schaffen wollen, oder ob für verschiedene Bereiche einzelne Gesellschaften geschaffen werden, zu denen dann auch unterschiedliche Rechtsbeziehungen bestehen, die unter Umständen auch Einstandspflichten oder Garantien umfassen. Wir haben ja bereits mehrfach festgestellt, dass dies außerhalb des Wettbewerbsbereichs und bei Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durchaus möglich ist. Es sollte dann aber darauf geachtet werden, dass eine den Anforderungen des Art. 86 Abs. 2 EGV genügende Betrauung vorliegt. Ob es sinnvoll ist, hier eine private Holding zwischenzuschalten, ist weniger eine rechtliche, sondern vielmehr eine ökonomische und praktische Frage.

Zum bayerischen Beleihungsmodell ist anzumerken, dass es nach meiner Einschätzung hier nicht um eine Beleihung, sondern um die Begründung einer Aufsichtszuständigkeit geht. Eine solche Aufsicht kann aufgabenbezogen begründet werden, so dass sich die Frage stellt, inwieweit das KWG insoweit abschließend ist und den Ländern zwischen Gesellschaftsrecht auf der einen und Bankenaufsichtsrecht auf der anderen Seite ein Regelungsspielraum verbleibt. Eine Beleihung mit dem Zweck, die gesellschafts- und bankenrechtlichen Vorschriften zu umgehen, wäre keine Beleihung *sui generis* sondern als Umgehungstatbestand mangels Gesetzgebungsbefugnis schlicht rechtswidrig. Es gilt deshalb, die Spielräume des Landesgesetzgebers genau zu prüfen und bei positivem Ergebnis eine Aufsichtsbefugnis zu begründen. Aus dem Blickwinkel des Demokratieprinzips besteht im Übrigen hier kein gesteigerter Bedarf zur Publizierung. Ich kann insoweit auf die entsprechende Diskussion bei den kommunalen Unternehmen verweisen.

c) Aufspaltungslösung

Als weiteres Modell kommt eine Aufspaltungslösung in Betracht, bei der für den Nicht-Wettbewerbs-Bereich eine Anstalt beibehalten wird und der übrige Bereich einer privatrechtlich verfassten Gesellschaft übertragen wird. Das ist vom Ansatz her eine durchaus mögliche und sinnvolle Lösung. Die Probleme fangen hier aber an, wenn es um die Zuordnung der einzelnen Aufgaben geht.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Ich habe versucht, die Verständigung vom 17. Juli in ihren einzelnen Elementen zu interpretieren und in einen größeren Zusammenhang zu stellen. Für mich ist die erste wichtige Erkenntnis gewesen, dass die Qualifizierung der Anstaltslast als Beihilfe nicht so sicher und eindeutig ist, wie dies in der Verständigung zum Ausdruck kommt. Als zweite Einsicht möchte ich hier hervorheben, dass die auf den ersten Blick unangenehme und vielleicht sogar bedrohlich wirkende Beihilfenaufsicht der Kommission auch positiv im Sinne eines Rationalitätszwangs verstanden und angenommen werden kann. Eine Aufgabenkritik ist für einen Staat, der sicherlich nicht über zu wenige Aufgaben verfügt, gerade in denjenigen Bereichen immer wieder sinnvoll, wo auch Private zur Aufgabenerfüllung bereitstehen. Die Entwicklung im Bereich des Finanzwesens sollte deshalb schon aus diesem Grunde nicht mit Hilfe des Verfassungsrechts unter Denkmalschutz gestellt werden. Das europarechtliche System der Beihilfenaufsicht eröffnet zusammen mit den Vorschriften über die Dienste von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung ein breites Spektrum an kooperativ wahrzunehmenden Gestaltungsmöglichkeiten, die auch den deutschen öffentlichen Finanzinstituten ausreichenden Lebensraum bieten. Dass sie sich diesen durch überzeugende Argumente und Konzepte gewissermaßen erstreiten müssen, entspricht einem bewährten Postulat des Verfassungsrechts, nach dem nur der Private sein Handeln nicht begründen muss, während der Staat in der Pflicht steht, seine Befugnisse und Zuständigkeiten zu rechtfertigen. Insoweit die gemeinschaftsrechtliche Beihilfenaufsicht dies einfordert, leistet sie auch einen Beitrag zu einer transparenten und aktuellen Legitimation staatlichen Handelns.

Anhänge

Anhang 1:

Erklärungen der Regierungskonferenz von Amsterdam
(Bulletin der Bundesregierung, Nr. 94 vom 27. 11. 1997, S. 1145)

– Auszug –

(37) Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland

Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, welche die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährte Fazilitäten voll zu berücksichtigen. Dabei bleibt es der Organisation dieses Mitgliedstaats überlassen, auf welche Weise er insoweit den Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgaben ermöglicht, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen. Diese Fazilitäten dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt.

Die Konferenz erinnert daran, dass der Europäische Rat die Kommission ersucht hat, zu prüfen, ob es in den übrigen Mitgliedstaaten vergleichbare Fälle gibt, auf etwaige vergleichbare Fälle dieselben Maßstäbe anzuwenden und dem Rat in der Zusammensetzung der Wirtschafts- und Finanzminister Bericht zu erstatten.

Anhang 2:

Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
vom 8. Juli 1999

über eine von der Bundesrepublik Deutschland
zugunsten der Westdeutschen Landesbank Girozentrale
durchgeführte Maßnahme

(Amtsblatt der EG vom 23. 6. 2000, L 150/1)

– Auszug –

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 88 Absatz 2 Unterabsatz I,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 62 Absatz 1 Buchstabe a),

nach Aufforderung der Beteiligten zur Stellungnahme nach Maßgabe der vorerwähnten Vorschriften und unter Berücksichtigung ihrer Stellungnahmen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. Das Verfahren

(1) Mit Beschwerde vom 23. März 1993 forderte der Bundesverband deutscher Banken e. V. („BdB“), der etwa 300 Privatbanken in Deutschland repräsentiert, die Kommission auf, ein Verfahren nach Artikel 226 EG-Vertrag gegen die Bundesrepublik Deutschland zu eröffnen. Der Verband machte geltend, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen („BAKred“) habe gegen Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten (Eigenmittelrichtlinie), zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Österreichs, Finnlands und Schwedens, verstoßen, indem es das Vermögen der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen („Wfa“), die mit der Westdeutschen Landesbank Girozentrale („WestLB“) fusioniert worden war, als Eigenmittel der WestLB anerkannte.

V. Beurteilung der Maßnahme

(152) Zur Beurteilung der Maßnahme nach den Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen ist zunächst zu prüfen, ob die Maßnahme eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt.

1. Staatliche Mittel und Begünstigung eines bestimmten Unternehmens

(153) Wie bereits dargestellt, war die Wfa eine Anstalt öffentlichen Rechts mit dem Land Nordrhein-Westfalen als alleinigem Anteilseigner und mit der Aufgabe der

Wohnungsbauförderung durch die Vergabe niedrigverzinsster und unverzinslicher Darlehen. Das Land garantierte ihre gesamten Verbindlichkeiten im Rahmen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Die Hauptfinanzierungsquelle der Wfa, das Landeswohnungsbauvermögen, wurde durch eine jährliche Zuführung von Mitteln aus dem Landeshaushalt und durch Zinseinnahmen aus den Wohnungsbaudarlehen gebildet.

(154) Wird derartiges staatliches Vermögen mit kommerziellem Wert ohne ausreichende Vergütung auf ein Unternehmen übertragen, liegt es auf der Hand, dass es sich um staatliche Mittel im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag handelt.

(155) Bei der Prüfung, ob die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen der öffentlichen Hand dieses Unternehmen begünstigt und somit eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag darstellen kann, wendet die Kommission den Grundsatz des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ an. Dieser Grundsatz wurde vom Gerichtshof in einer Reihe von Rechtssachen akzeptiert (und weiterentwickelt). Die Beurteilung nach diesem Grundsatz wird in Abschnitt V Nr. 3 vorgenommen. Liegt eine staatliche Beihilfe vor, wird die WestLB, d.h. ein Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, eindeutig begünstigt.

2. Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

(156) Durch die Liberalisierung der Finanzdienstleistungen und die Integration der Finanzmärkte ist das Bankgewerbe in der Gemeinschaft zunehmend gegen Wettbewerbsverfälschungen empfindlich. Diese Entwicklung verschärft sich derzeit noch im Zuge der Wirtschafts- und Währungsunion, durch die die verbleibenden Wettbewerbshemmnisse auf den Märkten für Finanzdienstleistungen abgebaut werden.

(157) Ihrem Geschäftsbericht 1997 zufolge versteht sich die WestLB als universell und international tätige Geschäftsbank, Zentralbank für die Sparkassen und Staats- und Kommunalbank. Sie bezeichnet sich selbst als eine europäische Bankengruppe im Großkundengeschäft mit Aktivitäten an den wichtigsten Finanz- und Wirtschaftsplätzen der Welt. Schwerpunkt ihrer Präsenz im Ausland ist Europa, wo sie Tochtergesellschaften, Niederlassungen und Repräsentanzen in allen wichtigen Ländern unterhält. Weltweit ist der WestLB-Konzern mit eigenen Stützpunkten in mehr als 35 Ländern vertreten.

(158) Trotz ihres Namens, ihrer Tradition und ihrer gesetzlich geregelten Aufgaben ist die WestLB keineswegs eine Lokal- oder Regionalbank. Ihre Präsenz in Europa und auf den internationalen Märkten wurde bereits in Abschnitt II Nr. 1 beschrieben. Aus dem Auslandsgeschäft stammten 1997 48% der unkonsolidierten Erträge. Wie es im Geschäftsbericht 1997 heißt, ist das Wachstum der Bank in diesem Jahr vor allem auf die Ausweitung des Auslandsgeschäfts zurückzuführen.

(159) Damit zeigt sich eindeutig, dass die WestLB Bankdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen europäischen Banken außerhalb Deutschlands und – da Banken aus anderen europäischen Ländern in Deutschland tätig sind – innerhalb Deutschlands

erbringt. Dies wurde durch die Stellungnahmen der Bankenvereinigung zweier Mitgliedstaaten bekräftigt. Es steht deshalb fest, dass Beihilfen an die WestLB den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

(160) Auch ist darauf hinzuweisen, dass ein enger Zusammenhang zwischen dem Eigenkapital eines Kreditinstituts und seinen Bankaktivitäten besteht. Nur mit ausreichendem anerkannten Eigenkapital kann eine Bank arbeiten und ihre kommerziellen Tätigkeiten ausweiten. Da die WestLB durch die staatliche Maßnahme mit solchem Eigenkapital für Solvabilitätszwecke ausgestattet wurde, wurden die Geschäftsmöglichkeiten der Bank unmittelbar beeinflusst.

3. Der Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers

(174) Beschließt ein öffentlicher Anteilseigner, dass eine Kapitalzuführung für die Bank angemessen ist, um den Eigenkapitalanforderungen zu entsprechen, stellt sich die Frage, ob die besonderen Umstände, unter denen das Kapital bereitgestellt wird, für einen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber annehmbar wären. Ist eine Kapitalmaßnahme notwendig, um die Solvabilitätsanforderungen zu erfüllen, könnte ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber zu dieser Maßnahme bereit sein, um den Wert der bereits getätigten Investitionen zu erhalten. Aber er würde auf einer angemessenen Rendite aus der neuen Kapitalzuführung bestehen. Wahrscheinlich würde ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber eine höhere Rendite aus einer Kapitalinvestition in eine Bank, deren Kapitalreserven aufgezehrt sind und die dringend neues Kapital benötigt, erwarten, weil ihn dieser Umstand einem größeren Risiko aussetzt.

(175) Im Lichte des „Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ ist die Kernfrage, ob ein derartiger Kapitalgeber der WestLB ein Kapital, das die besonderen Merkmale des Wfa-Vermögens aufweist, unter denselben Bedingungen bereitgestellt hätte, insbesondere im Hinblick auf die wahrscheinliche Rendite aus der Investition. Diese Frage soll nachstehend geprüft werden.

a) Artikel 295 EG-Vertrag

(176) Nach Ansicht der deutschen Regierung musste das Land Nordrhein-Westfalen keine Privatisierung der WestLB in Aussicht nehmen, um deren Eigenkapitalbasis zu stärken, stand es dem Land grundsätzlich frei, die Wfa auf die WestLB zwecks Erzielung von Synergieeffekten zu übertragen, und war das Land nach Gemeinschaftsrecht nicht verpflichtet, eine Übertragung der Wfa auf ein privates Kreditinstitut ins Auge zu fassen. Diesem Standpunkt kann beigeprüft werden. Die deutsche Regierung führt ferner aus, dass der öffentlich-rechtliche Auftrag der Wfa eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstelle und dass die Wfa daher aufgrund von Artikel 295 nicht der Überwachung durch die Kommission unterworfen sei.

(177) Solange öffentliche Anstalten ausschließlich Aufgaben wahrnehmen und nicht mit kommerziellen Unternehmen konkurrieren, finden die Wettbewerbsregeln auf sie keine Anwendung. Anders verhält es sich, wenn Auswirkungen auf den Wettbewerb

gegeben sind. Art. 86 Abs. 2 EG- Vertrag dient dazu, mit Situationen umzugehen, in denen es notwendig sein könnte, von den Wettbewerbsregeln abzuweichen, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen. Art. 86 Abs. 2 EG- Vertrag wird in Abschnitt V Nr. 6 behandelt. Andererseits lässt der Vertrag gemäß Art. 295 die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt, was jedoch keine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrags rechtfertigt.

(178) Die deutschen Behörden und die WestLB bringen vor, dass wegen der im Wohnungsbauförderungsgesetz vorgesehenen Zweckbindung des Wfa-Vermögens diese Mittel nicht anders profitabel verwendet werden könnten als durch ihre Einbringung in eine ähnliche öffentlich-rechtliche Anstalt. Daher stelle die Übertragung die kommerziell sinnvollste Verwendung dieses Vermögens dar. So wäre jedes Entgelt für die Einbringung, d.h. jede zusätzliche Rendite aus dem Wfa-Kapital, ausreichend, um die Übertragung im Hinblick auf den „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ zu rechtfertigen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es mag zutreffen, dass die Einbringung der Wfa in die WestLB und die sich daraus ergebende Möglichkeit für die WestLB, einen Teil des Wfa-Kapitals für Solvabilitätszwecke zu verwenden, die wirtschaftlich sinnvollste Nutzung war. Den Mitgliedstaaten ist es unbenommen, öffentliche Gelder für öffentliche hoheitliche Zwecke zu verwenden und in diesem Zusammenhang keinen oder einen geringeren Gewinn zu verlangen. Die Kommission stellt nicht das Recht der Mitgliedstaaten in Frage, Sonderfonds zur Erfüllung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegender Aufgaben einzurichten. Sobald jedoch öffentliche Gelder und andere Aktiva für kommerzielle, wettbewerbsorientierte Aktivitäten eingesetzt werden, sind die marktüblichen Regeln anzuwenden. Das bedeutet, dass der Staat, sobald er beschließt, für öffentliche Zwecke bestimmtes Vermögen (auch) kommerziell zu nutzen, dafür ein Entgelt verlangen sollte, das der marktüblichen Vergütung entspricht.

b) Besonderheit der Maßnahme

(179) Mit der beschriebenen Übertragung als Antwort auf den Bedarf an zusätzlichen Basiseigenmitteln der WestLB entschieden sich die Landesbehörden für eine Methode der Kapitalaufstockung mit sehr spezifischen Eigenheiten. Das Grundkonzept bestand darin, ein gemeinnütziges Kreditinstitut, das eine besondere Aufgabe verfolgt (Wfa), mit einer normalen Geschäftsbank zu verschmelzen, die unter Wettbewerbsbedingungen tätig ist, um das (aus der Sicht der Solvabilitätsregeln) überschüssige Kapital innerhalb des gemeinnützigen Instituts für die Zwecke des wettbewerbsorientierten Instituts zu verwenden. Gleichzeitig blieben die übertragenen Vermögenswerte ihrem ursprünglichen Zweck gewidmet. Folglich wurde die Lösung einer „Anstalt innerhalb einer Anstalt“ gewählt, wobei das Wfa-Vermögen einen unabhängigen und „geschlossenen“ Kreislauf bildet, in dem von der Wfa erzielten Überschüsse auch nur ihr zugerechnet werden und in ihr verbleiben.

(184) In diesem Falle aber hätte das Land entsprechend dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers für die Kapitaleinbringung ein angemessenes

Entgelt in einer anderen Form verlangen müssen. Verzichtet dagegen das Land auf eine marktübliche Vergütung, verhält es sich nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber und gewährt der WestLB eine Vergünstigung, die eine staatliche Beihilfe darstellt.

6. Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem EG- Vertrag

(241) Auf Basis all dieser Ausführungen läßt sich feststellen, dass sämtliche Kriterien des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag erfüllt sind und die Wfa-Übertragung folglich staatliche Beihilfen im Sinne des betreffenden Artikels beinhaltet. Hiervon ausgehend muß untersucht werden, ob die Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann. Allerdings ist zu bemerken, dass die deutsche Regierung im Hinblick auf etwaige Beihilfelemente im Rahmen der Wfa-Übertragung keine Ausnahmebestimmung des Vertrages geltend gemacht hat.

(242) Keine der Ausnahmebestimmungen des Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrags ist anwendbar.

(246) Art. 86 Abs. 2 EG- Vertrag, der unter bestimmten Umständen Ausnahmen von den Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen zulässt, gilt grundsätzlich auch für den Sektor der Finanzdienstleistungen. Die Kommission hat dies in ihrem Bericht über „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bankensektor“ bestätigt. Allerdings ist klar, dass die Übertragung durchgeführt wurde, um die WestLB in die Lage zu versetzen, den neuen Eigenkapitalanforderungen gerecht zu werden, und ohne Bezug zu irgendwelchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Die deutsche Regierung hat im Übrigen nicht geltend gemacht, dass die WestLB durch die Übertragung der Wfa für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entschädigt werden sollte. Deswegen ist im vorliegenden Falle auch diese Ausnahmebestimmung nicht anwendbar.

(247) Da keine der Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot staatlicher Beihilfen nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag greift, kann die vorliegende Beihilfe nicht als mit dem Vertrag vereinbar angesehen werden.

V. Schlussfolgerung

(248) Die Kommission stellt fest, dass Deutschland die Beihilfemaßnahmen unter Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag in rechtswidriger Weise gewährt hat. Demnach ist die Beihilfe rechtswidrig.

(249) Die Beihilfe kann weder aufgrund von Art. 87 Abs. 2 bzw. Abs. 3 noch aufgrund einer anderen Vertragsvorschrift als vereinbar angesehen werden. Demnach wird die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, muss abgeschafft werden und muss das Beihilfelement der rechtswidrigen Maßnahme von der deutschen Regierung zurückgefordert werden.

Anhang 3:

Mitteilung der Kommission über die Anwendung
der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form
von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften

(Amtsblatt der EG vom 11. 3. 2000, 71/14)

– Auszug –

1. Einleitung

1.1 In dieser Mitteilung stellt die Kommission ihre Haltung gegenüber staatlichen Beihilfen dar, die in Form von Garantien (der im Folgenden verwendete Ausdruck „Garantie“ umfasst sowohl Haftungsverpflichtungen als auch Bürgschaften) gewährt werden. Garantien werden in der Regel für einen Kredit oder eine andere finanzielle Verpflichtung übernommen, die ein Kreditnehmer gegenüber einem Kreditgeber eingehen will. Diese Mitteilung bezieht sich jedoch auf alle Formen von Garantien, unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage und unabhängig davon, welches Rechtsgeschäft abgedeckt wird. Garantien können einzeln oder im Rahmen von Garantieregelungen gewährt werden. Liegt eine Beihilfe vor, so handelt es sich in der Regel um eine Beihilfe zugunsten des Kreditnehmers. Unter bestimmten Umständen kann aber auch eine Beihilfe zugunsten des Kreditgebers vorliegen.

1.2 Diese Mitteilung gilt vorbehaltlich von Art. 295 und lässt also die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Die Kommission verhält sich neutral gegenüber öffentlichem oder privatem Eigentum. Diese Mitteilung gilt nicht für Ausfuhrkreditbürgschaften.

1.3 1989 richtete die Kommission zwei Schreiben über staatliche Bürgschaften an die Mitgliedstaaten. Im ersten Schreiben wies sie darauf hin, dass ihrer Auffassung nach alle vom Staat übernommenen Bürgschaften in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 fallen. Aus diesem Schreiben geht hervor, dass geplante Bürgschaften oder geplante Änderungen von Bürgschaften rechtzeitig bei der Kommission anzuzeigen sind, damit sich diese dazu äußern kann. In dem zweiten Schreiben stellte die Kommission klar, dass sie beabsichtige, die Festlegung von Regelungen für die Vergabe staatlicher Bürgschaften zu überprüfen, und dass im Rahmen einer genehmigten Regelung erteilte Bürgschaften nicht mitteilungs pflichtig sind. 1993 nahm die Kommission eine Mitteilung an, in der sie unter anderem zur Frage staatlicher Bürgschaften und Haftungen Stellung nahm.

1.4 Die in der Zwischenzeit gewonnenen Erfahrungen lassen es geboten erscheinen, die Politik der Kommission in diesem Bereich neu zu definieren. Diese Mitteilung ersetzt die zwei Schreiben der Kommission von 1989 und Randnummer 38 der Mitteilung der Kommission von 1993. Die Kommission will hiermit den Mitgliedstaaten ausführlichere Erläuterungen über die Grundsätze an die Hand geben, auf die sie sich bei ihrer Auslegung der Art. 87 und 88 und deren Anwendung auf staatliche Bürg-

schaften und Haftungsverpflichtungen stützt. Auf diese Weise möchte die Kommission ihre Politik in diesem Bereich so transparent wie möglich gestalten und damit die Voraussehbarkeit ihrer Entscheidungen und die Gleichbehandlung sicherstellen.

2. Anwendbarkeit von Artikel 87 Absatz 1

2.1 Beihilfe für den Kreditnehmer

2.1.1 Beihilfeempfänger ist gewöhnlich der Kreditnehmer. Die staatliche Garantie versetzt ihn in die Lage, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditionen aufzunehmen, als normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar. Üblicherweise erhält der Kreditnehmer aufgrund der staatlichen Garantie einen niedrigeren Zinssatz, oder er braucht weniger Sicherheiten zu leisten. In gewissen Fällen würde der Kreditnehmer ohne eine staatliche Garantie überhaupt kein kreditwilliges Finanzinstitut finden. Staatliche Garantien können somit den Aufbau neuer Unternehmen erleichtern und bestimmte Unternehmen in die Lage versetzen, Gelder aufzunehmen, um ihren Geschäftsbereich auszuweiten oder überhaupt weiter im Geschäft zu bleiben, anstatt umstrukturiert oder aufgelöst zu werden; dies verzerrt den Wettbewerb. Staatliche Garantien fallen daher generell in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1, wenn keine marktgerechte Prämie gezahlt und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.

2.1.2 Staatliche Garantien bieten den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion sollte normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden. Verzichtet der Staat auf eine solche Prämie, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen und ein Entzug von Ressourcen des Staates. Selbst wenn im Rahmen einer Garantie keinerlei Zahlungen des Staates erfolgen, kann also trotzdem eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 vorliegen. Die Beihilfe wird bei Übernahme der Garantie gewährt und nicht erst dann, wenn die Garantie in Anspruch genommen wird oder aufgrund der Garantie Zahlungen erfolgen. Ob eine Garantie eine staatliche Beihilfe darstellt oder nicht und, falls dies der Fall ist, auf welchen Betrag sie sich beläuft, muß zum Zeitpunkt der Garantieübernahme beurteilt werden.

2.1.3 Als Beihilfe in Form einer Garantie betrachtet die Kommission auch die günstigeren Finanzierungsbedingungen für Unternehmen, deren Rechtsform einen Konkurs oder andere Zahlungsunfähigkeitsverfahren ausschließt oder dem Unternehmen eine ausdrückliche staatliche Garantie oder Verlustübernahme durch den Staat verschafft. Das gleiche gilt für den Erwerb einer Beteiligung an einem Unternehmen durch den Staat, wenn dabei anstatt der üblichen begrenzten Haftung eine unbegrenzte Haftung übernommen wird.

2.1.4 Unter Art. 87 Abs. 1 fallen sowohl staatliche als auch aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen. Sowohl vom Staat direkt, d. h. vom Zentralstaat oder regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften, gewährte Garantien als auch von Unternehmen, auf die öffentliche Stellen einen beherrschenden Einfluss ausüben, gewährte Garantien können deshalb genau wie andere mögliche Beihilfeformen eine staatliche Beihilfe darstellen.

Anhang 4:**Beschwerde der Bankenvereinigung
der Europäischen Union vom 21. 12. 1999**

Brüssel, den 21. Dezember 1999

Sehr geehrter Herr Dr. Schaub,

die Bankenvereinigung der Europäischen Union erhebt hiermit eine

Beschwerde

bei der Kommission der Europäischen Union gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung des Art. 87 (1) und Art. 88 (3) des EG-Vertrages.

Wir bitten die Kommission um Eröffnung eines Beihilfeverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 88 (2) des EG-Vertrags auf der Basis der Anstaltslast, wonach die öffentliche Hand den permanenten Betrieb der Landesbanken und Sparkassen gewährt und der Gewährträgerhaftung, wonach die öffentliche Hand die Haftung für die Verbindlichkeiten der Landesbanken und Sparkassen effektiv übernimmt.

Wir begrenzen unsere Beschwerde auf die folgenden drei öffentlich-rechtlichen Banken, die wir als repräsentative Fälle vorstellen:

- Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB)
- Stadtparkasse Köln und
- Westdeutsche Immobilienbank, Mainz

Wir werden die Gründe für unsere Beschwerde in einem nachfolgenden Dokument, das wir der Kommission in Kürze zuleiten werden, darlegen. In diesem Dokument werden wir folgende Argumente näher erläutern:

- Anstaltslast und Gewährträgerhaftung stellen eine substantielle Beihilfe für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute gemäß Art. 87 (1) des EG-Vertrages dar. Da sie de facto nicht in Konkurs gehen können, erhalten die Landesbanken und Sparkassen sehr vorteilhafte externe Kredit-Ratings. Diese vorteilhaften Kredit-Ratings reduzieren ihre Refinanzierungskosten und erleichtern ihnen die Refinanzierung.
- Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute kann den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 87 (1) des EG-Vertrages negativ beeinflussen. Dies trifft auch auf die Sparkassen zu, obwohl diese Aufgaben mit regionalem Charakter wahrnehmen.
- Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten der Westdeutschen Immobilienbank, die 1995 gegründet wurde, stellt eine neue Beihilfe dar, die gemäß Art. 88 (3) des EG-Vertrages der Kommission gemeldet werden muss. Da die Bundesrepublik

Deutschland es bis heute versäumt hat, diese Beihilfe der Kommission zu melden, ist diese Beihilfe prozedural gesehen gesetzwidrig und muss daher von der Kommission verboten werden.

Eine deutsche Übersetzung ist diesem Schreiben beigelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Nikolaus Böhmcke

(Schreiben der Bankenvereinigung der Europäischen Union vom 21. Dezember 1999 an Herrn Dr. Alexander Schaub, Generaldirektor Wettbewerb der EU-Kommission, Übersetzung)

Anhang 5:**Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung**

Mitglied der Europäischen Kommission, Mario Monti, verantwortlich für Wettbewerb,

und

Staatssekretär im Bundesministerium der Finanzen, Caio Koch-Weser, Finanzminister des Landes Baden- Württemberg, Gerhard Stratthaus, Finanzminister des Freistaats Bayern, Kurt Falthaus, Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Peer Steinbrück, und Präsident des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes, Dietrich Hoppenstedt, für die Bundesrepublik Deutschland,

haben sich in Brüssel am 17. Juli 2001 auf das Folgende verständigt:

1. „Plattform-Modell“ und Spezialkreditinstitute

1.1 Die deutschen Behörden bestätigen, dass alle Landesbanken und Sparkassen, einschließlich ihrer öffentlich-rechtlichen Tochterunternehmen, sich dem sogenannten „Plattform-Modell“ anschließen werden.

1.2 Das „Plattform-Modell“ besteht in der Abschaffung der Gewährträgerhaftung und der Ersetzung der Anstaltslast, so wie sie derzeit besteht, gemäß den in Punkt 2. niedergelegten Grundsätzen.

2. Grundsätze im Hinblick auf eine Änderung des Systems der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

2.1. Gewährträgerhaftung wird abgeschafft.

2.2. Anstaltslast, so wie sie derzeit besteht, wird ersetzt gemäß den folgenden Grundsätzen:

- a) Die finanzielle Beziehung zwischen dem öffentlichen Eigner und dem öffentlichen Kreditinstitut darf sich nicht von einer normalen marktwirtschaftlichen Eigentümerbeziehung unterscheiden, so wie der zwischen einem privaten Anteilseigner und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft.
- b) Jegliche Verpflichtung des öffentlichen Eigners zu wirtschaftlicher Unterstützung des Kreditinstituts und jeglicher Automatismus wirtschaftlicher Unterstützung durch den Eigner zugunsten des öffentlichen Kreditinstituts ist ausgeschlossen. Es besteht keine unbeschränkte Haftung des Eigners für Verbindlichkeiten des Kreditinstituts. Es ergeht keine Absichtserklärung oder Garantie, den Bestand des öffentlichen Kreditinstituts sicher zu stellen.
- c) Die öffentlichen Kreditinstitute werden den gleichen Regeln für den Insolvenzfall wie private Kreditinstitute unterworfen. Ihre Gläubiger werden denen privater Kreditinstitute gleichgestellt.

- d) Diese Grundsätze gelten unbeschadet der Möglichkeit des Eigners, wirtschaftliche Unterstützung gemäß den Beihilferegelungen des EG-Vertrags zu gewähren.
- 2.3. In allen Gesetzen über öffentliche Kreditinstitute in Deutschland, die sich dem „Plattform-Modell“ angeschlossen haben, sind ausdrückliche Gesetzesänderungen gemäß den obigen Grundsätzen vorzunehmen, unabhängig davon, ob Anstaltslast in diesen Gesetzen derzeit ausdrücklich festgeschrieben ist oder nicht,
3. Selbstverpflichtungen zur Umsetzung
- 3.1. Die deutschen Behörden haben Selbstverpflichtungen abgegeben, dass
- (i) die Behörden des Bundes und der Länder spätestens zum 31. 12. 2001 ihren jeweiligen Gesetzgebungsorganen Vorschläge für die notwendigen rechtlichen Maßnahmen gemäß den unter Ziffern 1. und 2. niedergelegten Grundsätzen unterbreiten, und
 - (ii) alle notwendigen rechtlichen Maßnahmen spätestens zum 31. 12. 2002 endgültig verabschiedet werden.
- Diese Fristen geben vor allem den Kommunen (Städte, Landkreise, Gemeinden) als Eigner der Sparkassen einen angemessenen Zeitraum für die Beratung im Rahmen der demokratischen Umsetzung.
- 3.2. Zweck dieser Selbstverpflichtungen unter 3.1. ist es, die ordnungsgemäße Umsetzung der in der Empfehlung der Kommission vom 8. 5. 2001 niedergelegten zweckdienlichen Maßnahmen zu gewährleisten und eine frühzeitige Anpassung der öffentlichen Kreditinstitute an die neuen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu erleichtern.
- 3.3. Kommissar Monti begrüßt diese Selbstverpflichtungen, die Teil der Entscheidung der Kommission zur Ergänzung ihrer Empfehlung vom 8. 5. 2001 über zweckdienliche Maßnahmen sein wird.
- 3.4. Es versteht sich, dass die Nicht-Einhaltung dieser Selbstverpflichtung durch den Bund; ein Land oder mehrere Länder eine Verletzung der Entscheidung der Kommission darstellt, die die Empfehlung der Kommission über zweckdienliche Maßnahmen vom 8. 5. 2001 ergänzen wird. Rechtsfolge ist in Bezug auf die Verletzung vornehmende Gebietskörperschaft, dass das in Anstaltslast und Gewährträgerhaftung enthaltene Beihilfeelement als Neubeihilfe behandelt wird mit Wirkung ab 1. 1. 2003.
4. Übergangsregelung und Berichterstattung
- Verbindlichkeiten, die am 18. 7. 2001, dem Tag der Annahme der Empfehlung Kommission vom 8. 5. 2001, bestehen, sind bis zum Ende ihrer Laufzeit von Gewährträgerhaftung gedeckt. Die Entscheidung der Kommission, die ihre Empfehlung vom 8. 5. 2001 ergänzen wird, wird eine Übergangszeit vorsehen, die bis zum 18. 7. 2005 dauern wird und während derselben das System der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in ihrer gegenwärtigen Form aufrechterhalten bleiben

kann. Mit Ende dieser Übergangszeit wird jede bis dahin bestehende und nach dem 18. 7. 2001 begründete Verbindlichkeit weiterhin von Gewährträgerhaftung gedeckt sein unter der Bedingung, dass ihre Laufzeit nicht über den 31. 12. 2015 hinausgeht.

5. Weitere Schritte

- 5.1. Die deutschen Behörden erklären spätestens am 18. 7. 2001 ihre unmissverständliche und bedingungslose Annahme der in der Empfehlung der Kommission vom 8. 5. 2001 vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen.
 - 5.2. Kommissar Monti wird so bald wie möglich nach einer solchen Annahme der Kommission über die Ergebnisse dieses Treffens berichten.
6. Kommissar Monti und die deutsche Delegation sind überzeugt, dass mit der Umsetzung dieser Grundsätze die wirtschaftlichen Aktivitäten der Landesbanken und Sparkassen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar werden.

Brüssel, den 17. 7. 2001