

PETER M. HUBER

## Die Landesbanken in der Rechtspolitik

### I. Einleitung

Seit urvordenklichen Zeiten<sup>1</sup> wurde das deutsche Bankensystem durch drei Typen von Banken geprägt: Geschäftsbanken, Genossenschaftsbanken und öffentlich-rechtliche Kreditinstitute.<sup>2</sup> Unter diesen zogen in den vergangenen Jahren vor allem die Institute der Sparkassenorganisation zunehmend Aufmerksamkeit auf sich, da sie sich einerseits wie ihre privaten Konkurrenten wettbewerblich am Markt betätigen, aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform andererseits jedoch Eigenarten aufweisen, die ihnen einen nicht unerheblichen Wettbewerbsvorsprung verschaffen: die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung.

Gegen beiden Strukturvorteile hat die Bankenvereinigung der Europäischen Union, eine Vereinigung privater Banken auf Unionsebene, am 21. Dezember 1999 bei der EU-Kommission „Beschwerde“ eingelegt mit der Begründung, bei Gewährträgerhaftung und Anstaltslast handele es sich um unzulässige Beihilfen i.S.v. Art. 87 EG. Die Kommission hat sich diese Auffassung zu eigen gemacht und die Grundsatzentscheidung getroffen, dass diese Institute in ihrer bisherigen Form nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar seien.

Diese Auseinandersetzung hat die Umbruchsituation, in der sich die Landesbanken aufgrund des durch europäische Integration und Globalisierung ausgelösten Wettbewerbsdrucks ohnehin befinden, weiter verschärft und war letztlich Anlass für eine umfassende „Frontbegradigung“ der Länder im Umgang mit ihren öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Die erste Sparkasse wurde 1778 in Hamburg gegründet.

<sup>2</sup> A. v. Friesen, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998, S. 29 f.; S. Alber, Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand in der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung, (in diesem Band) Umdr. S. 2, will dagegen vier Typen unterscheiden und differenziert zwischen der Sparkassenorganisation und Banken für besondere Aufgaben.

<sup>3</sup> Siehe auch R. Streinz, Die kommunalen Sparkassen in der Rechtspolitik (in diesem Band), Umdr. S. 5 unter Hinweis auf LT-Drucks. (Bay) 14/8442, S. 2.

## II. Der Ausgangsbefund

### 1. Aufgaben und Funktionen der Landesbanken

#### a) Die Aufgaben

Anfang 2002 gab es in Deutschland 12 Landesbanken.<sup>4</sup> Als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts beruhen sie i. d. R. auf speziellen Errichtungsgesetzen der Länder, die – gemeinsam mit den regionalen Sparkassen- und Giroverbänden – auch deren Anteilseigner bzw. Gewährträger sind bzw. waren.<sup>5</sup> Die Landesbanken sind untereinander z. T. beteiligungsmäßig verflochten<sup>6</sup> und haben im wesentlichen drei große Aufgaben:

aa) Sie fungieren zum einen als Sparkassenzentralbanken.<sup>7</sup> Damit verbunden ist der Liquiditätsausgleich zwischen den Sparkassen, die Funktion einer Verrechnungsstelle im bargeldlosen Zahlungsverkehr und die Verwaltung der den Sparkassen gehörenden Liquiditätsreserven. Darüber hinaus ergänzen sie das Leistungsangebot der Sparkassen in Bereichen, in denen diese nicht selbst tätig sind: die Gewährung von Großkrediten, das Wertpapier- und Auslandsgeschäft, aber auch die Beteiligung an Unternehmen der Allfinanz.

---

<sup>4</sup> J. B. Donges/J. Eekhoff/W. Mischel/M. J. M. Neumann/O. Sievert (Kronberger Kreis), Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen, 2001, S. 9. Im einzelnen handelte es sich um die Landesbank Baden-Württemberg; die Bayerische Landesbank – Girozentrale; die Landesbank Berlin – Girozentrale; die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale; die Hamburgische Landesbank Girozentrale; Landesbank Hessen – Thüringen Girozentrale; Westdeutsche Landesbank Girozentrale; die Landesbank Rheinland-Pfalz – Girozentrale; die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale; die SachsenLB – Landesbank Sachsen Girozentrale; die Landesbank Schleswig-Holstein.

<sup>5</sup> *Baden-Württemberg*: Landesbankgesetz vom 11. November 1998 (GBl. S. 589); *Bayern*: Gesetz über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale (BayRS 762-6-F) zuletzt geändert durch § 56 des Gesetzes vom 24. April 2001 (GVBl. (Bay) S. 140); *Berlin*: Gesetz über die Errichtung der Landesbank Berlin – Girozentrale i. d. F. vom 3. Dezember 1993 (GVBl. (Berl) S. 626, zuletzt geändert durch Nr. 85 der Anlage zu dem Gesetz vom 30. Juli 2001 (GVBl. (Berl) S. 313); *Bremen/Niedersachsen*: Staatsvertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und dem Land Niedersachsen über die Verschmelzung der Bremer Landesbank und der Staatlichen Kreditanstalt Oldenburg-Bremen vom 21. Dezember 1982 (BremGBl. 1983, 157; Nds.GVBl. 1983, 98); *Hamburg*: Gesetz über die Hamburgische Landesbank – Girozentrale vom 27. 8. 1997 (HmbGVBl. S. 434, 480), geändert am 18. 7. 2001 (HmbGVBl. S. 251, 257); *Hessen/Thüringen*: Staatsvertrag zwischen dem Land Hessen und dem Freistaat Thüringen zur Änderung des Staatsvertrages über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen vom 11. März 1992 (HessGVBl. I S. 190; GVBl. (Thür) 1991, 291); *Niedersachsen*: Gesetz über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale vom 14. Mai 1970 (NdsGVBl. S. 186) geändert durch Artikel II Nr. 1 des Gesetzes vom 20. März 1972 (NdsGVBl. S. 145); *Rheinland-Pfalz*: Sparkassengesetz vom 1. April 1982 (GVBl. (R. P.) S. 113), zuletzt geändert durch Art. 193 des Gesetzes vom 12. Oktober 1999 (GVBl. (R. P.) S. 235); *Saarland*: Saarl. Sparkassengesetz (SSpG) i. d. F. der Bek. Vom 1. April 1993 (Amtsbl. S. 360), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 24. Juni 1998 (Amtsbl. S. 518); *Sachsen*: Errichtungsgesetz für die Landesbank Sachsen – Girozentrale (SächsLB) vom 19. Dezember 1991 (SächsGVBl. S. 461), geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Neuordnung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Freistaat Sachsen einschließlich der Sächsischen Aufbaubank GmbH vom 3. Mai 1999 (SächsGVBl. S. 190, 203); *Schleswig-Holstein*: Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein i. d. F. d. Bek. Vom 3. Mai 1994 (GVOBl. Schl. H. S. 231), zuletzt geändert durch Landesverordnung vom 16. Juni 1998 (GVOBl. Schl. H. S. 210).

<sup>6</sup> Siehe A. v. Friesen, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, S. 31 f.

<sup>7</sup> Siehe A. v. Friesen, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, S. 31 f.

bb) Die Landesbanken haben darüber hinaus die Funktion einer Staatsbank.<sup>8</sup> In dieser Eigenschaft besorgen sie bankmäßige Geschäfte für das Land und die Kommunen, insbesondere die Finanzierung öffentlicher Schulden durch Übernahme, Management und Unterbringung von Staatsanleihen. Auch helfen sie bei der Durchführung öffentlicher Förderprogramme zur sektoralen und regionalen Strukturpolitik, teilweise durch unmittelbar angegliederte Förderinstitute.

cc) Drittens agieren die Landesbanken wie gewöhnliche Universal- oder Geschäftsbanken mit einem von den Sparkassen unabhängigen Geschäftskreis.<sup>9</sup> Mangels eines eigenen Filialnetzes überwiegt insoweit aber das Geschäft mit Großkunden.

## b) Typologie der Funktionen

Versucht man den öffentlichen Auftrag der Landesbanken genauer zu beleuchten, so lassen sich traditionellerweise folgende Funktionen unterscheiden:

- die *Förderfunktion*, die die Landesbanken dazu verpflichtet, zur Förderung von Sparsinn und Vermögensbildung beizutragen;
- die *Gewährleistungsfunktion*, die letztlich auch sie verpflichtet, eine ausreichende flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Bankdienstleistungen zu gewährleisten;
- die *Hausbankfunktion* für Länder und Kommunen;
- die *Struktursicherungsfunktion* zur Unterstützung der regionalen oder sektoralen Strukturpolitik der Länder, und schließlich
- die *Wettbewerbssicherungsfunktion*, die darauf abzielt, das drei- bzw. viergliedrige deutsche Bankensystem zu erhalten.

## c) Normative Verankerung

Diese Aufgaben und Funktionen waren bzw. sind normativ verankert, auch wenn die entsprechenden Regelungen i. d. R. nur sehr allgemein gehalten sind. Beispielhaft sei etwa auf die Regelung im Bayerischen Gesetz über die Errichtung der Bayerischen Landesbank<sup>10</sup> hingewiesen, in dessen alter<sup>11</sup> wie neuer<sup>12</sup> Fassung nicht nur die Aufgabe der Staatsbank und der Kommunal- und Sparkassenzentralbank angesprochen (Art. 4 Abs. 1/Art. 2 Abs. 1), sondern auch eine allgemeine Unterstützungsaufgabe normiert (Art. 4 Abs. 1 Satz 2/Art. 2 Abs. 1 Satz 2) und die Landesbank ausdrücklich zur Ausgabe von Pfandbriefen, Kommunalschuldverschreibungen etc. ermächtigt wird (Art. 4 Abs. 2/Art. 2 Abs. 2). Art. 4 Abs. 3 bzw. Art. 2 Abs. 3 bestimmt darüber hinaus, dass

<sup>8</sup> J. B. Donges/J. Eekhoff/W. Möschel/M. J. M. Neumann/O. Sievert (Kronberger Kreis), Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen, 2001, S. 9f.

<sup>9</sup> J. B. Donges/J. Eekhoff/W. Möschel/M. J. M. Neumann/O. Sievert (Kronberger Kreis), Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen, S. 10; A. v. Friesen, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, S. 31;

<sup>10</sup> BayLBG, BayRS 762–6-F.

<sup>11</sup> Gesetz über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale i. d. F. vom 24. 4. 2001, GVBl. (Bay) 2001, 140.

<sup>12</sup> GVBl. (Bay) 2002, 332 ff.

die Bank alle Arten von Bank- und Finanzdienstleistungs- und sonstigen Geschäften betreiben kann und dass ihre Geschäftsführung nach kaufmännischen Grundsätzen unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags zu erfolgen habe.<sup>13</sup>

Dass die „Erzielung von Gewinn“ nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebs“ sei, sieht lediglich § 4 Abs. 1 Satz 2 BerlLBG 2002 vor. Die anderen Ländern haben eine vergleichbare Festlegung ungeachtet des öffentlichen Auftrags der Landesbanken vor allem deshalb nicht in ihre Gesetze aufgenommen, weil sie davon negative Auswirkungen auf die Rating-Agenturen und die Investitionsbereitschaft Dritter befürchteten.<sup>14</sup>

## 2. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Als Anstalten des öffentlichen Rechts weisen die Landesbanken zwei Eigentümlichkeiten auf, die sie unter dem Blickwinkel des unionalen Wettbewerbsrechts verdächtig machten und die letztlich auch Anlass für die „Beschwerde“ der Bankenvereinigung der Europäischen Union waren: die „Anstaltslast“ und die „Gewährträgerhaftung“.

### a) Begriffe und Inhalt

aa) Unter der – bislang nicht immer ausdrücklich geregelten<sup>15</sup> – Anstaltslast versteht man die im (Innen-) Rechtsverhältnis zwischen der Anstalt und ihrem Träger wirkende Verpflichtung, die Anstalt in dem für den Betrieb erforderlichen finanziellen Zustand zu halten.<sup>16</sup> Sie verpflichtet den Träger, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, sie für die Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige Finanzierungslücken durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise zu schließen. Anders als bei den Kapitalgesellschaften, bei denen die Gesellschafter nicht durch Mehrheitsbeschluß zur weiteren Kapitalzuführung verpflichtet werden können (§ 53 Abs. 3 GmbHG; § 180 Abs. 1 AktG), trifft den Träger einer Anstalt insoweit eine Funktionsgarantie, die Anstaltslast. Wenn die Wahrnehmung der Aufgaben gefährdet ist, verwirklicht sich diese als öffentlich-rechtliche Anstaltspflicht.<sup>17</sup>

Allerdings gibt es keine generelle Pflicht, einmal begründete Anstaltszwecke auf Dauer aufrecht zu erhalten. Fällt der Anstaltszweck weg, so verliert die Anstalt ihre Daseinsberechtigung, und mit ihr auch die Anstaltslast. Das setzte im Fall der Landesbanken freilich durchwegs ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraus.

<sup>13</sup> Siehe ferner *Berlin*: § 3 Gesetz über die Errichtung der Landesbank Berlin – Girozentrale i. d. F. des Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Landesbank Berlin – Girozentrale, GVBl. (Berl) 2002, 286.

<sup>14</sup> So ausdrücklich *Bayern*: Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale, LT-Drucks. (Bay) 14/8442, S. 10.

<sup>15</sup> Vgl. nun aber *Bayern*: Art. 3 Abs. 3 BayLBG 2002; *Nordrhein-Westfalen*: § 59 Abs. 3 Satz 3 SpkG NW 2002; *Rheinland-Pfalz*: § 26 Abs. 2 Satz 4 SpkG R. P. 2002, GVBl. (R. P.) 2002, 304.

<sup>16</sup> Siehe § 26 Abs. 2 Satz 4 SpkG R.P 2002, Siebtes Landesgesetz zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 27. Juni 2002, GVBl. R. P. 2002, 304.

<sup>17</sup> *Chr. Koenig*, Die Privilegierung öffentlich-rechtlicher Einstandspflichten zugunsten der Landesbanken vor den Schranken der EG-Beihilfenaufsicht, EWS 1998, 149, 150.

bb) Die Gewährträgerhaftung stellt dagegen die nach außen wirkende Verpflichtung des Gewährträgers dar, für die Verbindlichkeit „seiner“ Anstalt einzutreten.<sup>18</sup> Sie begründet eine öffentlich-rechtliche Ausfallgarantie des hoheitlichen Anstaltsträgers gegenüber den Gläubigern der Anstalt. Diese können den Gewährträger aber nur in Anspruch nehmen, wenn sie nicht aus dem Vermögen der Anstalt befriedigt werden.<sup>19</sup>

## b) Das unionsrechtliche Problempotential

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verschaffen den auf internationalen Kapitalmärkten agierenden Landesbanken durch den in Aussicht gestellten Rückgriff auf die öffentliche Hand eine hohe Bonität, die sich in entsprechend guten „Ratings“ niederschlägt. Darunter versteht man Einschätzungen hinsichtlich der zukünftigen Fähigkeit und rechtlichen Verpflichtung eines Emittenten von Finanztiteln, Zahlungen von Zins und Tilgung termingerecht und vollständig zu erfüllen. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wirken sich vor allem auf Emissions- oder Credit-Ratings für lang- und kurzfristige Verbindlichkeiten aus.<sup>20</sup>

Aus den Rating-Berichten der unterschiedlichen Rating-Agenturen folgt, dass die öffentlich-rechtlichen Banken im wesentlichen dasselbe Rating erhalten wie die hinter ihnen stehenden Gebietskörperschaften. Die wirtschaftliche Situation der Landesbanken spielt dabei – anders als bei privaten Banken – eine nur untergeordnete Rolle. Unstreitig reduziert ein hohes Rating die Refinanzierungskosten der Landesbanken, die damit in die Lage versetzt werden, ihren Kunden günstigere Konditionen einzuräumen als ihre privatwirtschaftlichen Konkurrenten. Vorteile ergeben sich auch für den Handel mit modernen Finanzierungsinstrumenten und für die Aufwendungen im Bereich „Kommunikationpolitik“ („investor relations“).<sup>21</sup>

Die EU-Kommission sieht in staatlichen Garantiezusagen eine Beihilfe, wenn davon alle Verbindlichkeiten eines Unternehmens pauschal abgedeckt werden,<sup>22</sup> und das gilt konsequenterweise auch für die Institutionen der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung.<sup>23</sup> Diese begünstigen die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute zudem bei der Aufnahme von Ergänzungskapital sowie bei stillen Einlagen. Da Anleger praktisch kein Verlustrisiko trifft, haben sie auch niedrigere Zinsen zu zahlen als ihre privaten Konkurrenten.<sup>24</sup>

Diese Beurteilung versteht sich freilich keineswegs von selbst und wird weder von der Bundesregierung noch von den Ländern geteilt. Denn die geschilderten Vorteile

<sup>18</sup> Bayern: Art. 4 BayLBG 2002; Nordrhein-Westfalen: § 59 Abs. 3 Satz 1 und 2 SpkG NW 2002; Rheinland-Pfalz: § 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 SpkG R. P. 2002.

<sup>19</sup> Bayern: Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayLBG 2002, GVBl 2002, 332, 333; Nordrhein-Westfalen: § 59 Abs. 2 Satz 3 SpkG NW 2002; Rheinland-Pfalz: § 26 Abs. 2 Satz 3 SpkG R. P. 2002; Cbr. Koenig, EWS 1998, 149, 151.

<sup>20</sup> A. v. Friesen, Umgestaltung des öffentlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, 581, 582.

<sup>21</sup> A. v. Friesen, EuZW 1999, 581, 582.

<sup>22</sup> ABl. EG 1993 Nr. C 349/2, 4-EFIM.

<sup>23</sup> Zur Kapitalerhöhung bei der WestLB Entscheidung der Kommission 2000/392/EG der Kommission vom 8. 7. 1997 – WestLB, ABl. 1999 Nr. L 150/1; die Entscheidung des EuGH in der Rs. 209/00 ist bislang nicht ergangen; die Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano datieren vom 20. 9. 2001.

<sup>24</sup> A. v. Friesen, EuZW 1999, 581, 582; Cbr. Koenig, EWS 1998, 149.

beider Instrumente beruhen nicht auf der konkreten Gewährung staatlicher Mittel,<sup>25</sup> so dass viel dafür spricht, dass erst eine tatsächliche Inanspruchnahme von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auch den Beihilfetatbestand erfüllt. Zu einer solchen ist es freilich bislang noch nie gekommen. Aber selbst wenn man insoweit der stärker am Effizienzgebot orientierten Interpretation der Kommission folgte, ist zu berücksichtigen, dass die Landesbanken durchwegs einen gesetzlich fixierten öffentlichen Auftrag besitzen.<sup>26</sup> Insoweit stellt sich die Frage, ob dies nicht eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i. S. v. Art. 16 EG ist, die Instrumente wie die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Lichte von Art. 86 Abs. 2 EG jedenfalls gerechtfertigt erscheinen ließe und die Anwendung des Beihilfenregimes ausschliesse.<sup>27</sup>

### III. Die Brüsseler Verständigung vom 17. 7. 2001 bzw. 28. 2. 2002

#### 1. Gegenstand der Brüsseler Verständigung

Obwohl die rechtliche Beurteilung durch die Kommission also durchaus zweifelhaft ist, haben sich Bund und Länder ihrer Linie doch untergeordnet, weil sie von einer langandauernden rechtlichen Auseinandersetzung nicht zu Unrecht erhebliche Nachteile für Bestand und Betriebsergebnis der Landesbanken befürchteten.<sup>28</sup> Dazu beigetragen hat aber auch die Einsicht, dass die fortschreitende Globalisierung des Bankensektors und der Trend zu Allfinanz-Unternehmen die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute unter Anpassungsdruck setzen, und dass das Unionsrecht insoweit ein Stück weit nur „Katalysator“ eines ohnehin in Gang befindlichen Umbruchs ist.<sup>29</sup> Die Bundesregierung schlug deshalb im Mai 2001 zweckdienliche Maßnahmen zur Abschaffung beider Instrumente vor, weniger aus Überzeugung denn um Schaden von den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten abzuwenden.

Vor diesem Hintergrund kam es am 17. Juli 2001 zu der „Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ zwischen dem Wettbewerbskommissar *Monti* und einer deutschen Delegation, mit der das sog. „Plattform-Modell“ (1.1) kreiert wurde. In der Sache sieht es die „Abschaffung der Gewährträgerhaftung“ und die „Ersetzung der Anstaltslast, so wie sie derzeit besteht“, vor (1.2). Im einzelnen:

<sup>25</sup> EuGH 1998, I-2629-Viscido; EuGH, Urt. Vom 13. 2. 2001, Rs. 379/98-Preussen Elektra/Schleswig AG, DVBl 2001, 633 ff, Rz. 59 f.; S. Alber, Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand in der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung (in diesem Band), Umdr. S. 18; M. Brenner/P. M. Huber, Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2000/2001, DVBl. 2001, 1013, 1016.

<sup>26</sup> Bayern: Art. 2 BayLBG 2002; Berlin: § 3 Gesetz über die Landesbank Berlin Girozentrale Nordrhein-Westfalen: § 58 SpkG NW 2002; Sachsen: § 34 Gesetz über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Freistaat Sachsen und die Sachsen-Finanzgruppe 2002.

<sup>27</sup> P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl., 2002, § 17 Rdnr. 121.

<sup>28</sup> Siehe R. Streinz, Die kommunalen Sparkassen in der Rechtspolitik, (in diesem Heft), Umdr. S. 3.

<sup>29</sup> So dezidiert J. Oebbecke, Europarecht als Katalysator der Sparkassenpolitik, VerwArch 2002, 278 ff.; siehe z. B. Bayern: Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale, LT-Drucks. 14/8442, S. 10.

„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. Diese Grundsätze gelten unbeschadet der Möglichkeit des Eigners, wirtschaftliche Unterstützung gemäß den Beihilferegelungen des EG-Vertrags zu gewähren“<sup>30</sup>

In der Vereinbarung ist desweiteren davon die Rede, dass sich alle Landesbanken und Sparkassen, einschließlich ihrer öffentlich-rechtlichen Tochterunternehmen anschließen werden und dass die Landesgesetzgeber dies in den entsprechenden Landesgesetzen *ausdrücklich* festschreiben werden.

Die deutsche Delegation hat darüber hinaus eine zeitlich straff determinierte „Selbstverpflichtung zur Umsetzung“ dieser Maßnahmen abgegeben. Danach sollten die entsprechenden Gesetzentwürfe noch bis zum 31. 12. 2001 in die Landtage eingebracht werden; bis zum 31. 12. 2002 sollen sie verabschiedet sein. Die Kommission hat dies wohlwollend zur Kenntnis genommen, gleichzeitig jedoch auch festgestellt, dass sie bei einer Nichteinhaltung dieser Selbstverpflichtung Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ab dem 1. Januar 2003 als „Neubeihilfen“ behandeln werde.<sup>31</sup>

Die deutsche Seite hat – und darin besteht der „Kompromiss“ – relativ lange Übergangsregelungen vereinbaren können. So bleibt die Gewährträgerhaftung für alle Verbindlichkeiten uneingeschränkt bestehen, die am 18. 7. 2001 bestanden haben, dem Tag an dem die Kommission ihre mit der vorliegenden Vereinbarung im wesentlichen deckungsgleiche Empfehlung vom 8. 5. 2001 angenommen hat. Für Verbindlichkeiten, die zwischen dem 19. 7. 2001 und dem 18. 7. 2005 begründet werden, kann die Gewährträgerhaftung fortbestehen, sofern ihre Laufzeit nicht über den 31. 12. 2015 hinausreicht.

## 2. Die Schlußfolgerungen vom 28. 2. 2002

Diese Vereinbarung ist geringfügig modifiziert worden durch die „Schlußfolgerungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung betreffend die Verständigung über Landesbanken und Sparkassen vom 17. 7. 2001“, die Kommissar *Monti* mit derselben

<sup>30</sup> Abgedruckt bei *W. Kluth*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung öffentlicher Finanzinstitute angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots (in diesem Heft), Anhang 5.

<sup>31</sup> Das ist durchaus gewagt, sind die meisten Regelungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Landesbanken doch älter als 10 Jahre, so dass diese nach Art. 15 Abs. 1 und 3 VO/EG Nr. 659/1999 (ABl. EG 1999 Nr. L 83/1) als bestehende Beihilfe behandelt werden müssten; dazu auch *S. Alber*, Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand in der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung, (in diesem Band), Umdr. S. 18 f., unter Hinweis auf gesetzliche Regelungen aus der Zeit vor Inkrafttreten des EWGV 1957.

Delegation am 28. 2. 2002 gezogen hat. Darin wurde zunächst die Frist zur Einbringung der Gesetzentwürfe in die Landtage auf den 31. März 2002 verlängert. Sodann wurden detaillierte Absprachen über den Gesetzestext und die in den Gesetzesbegründungen enthaltenen Angaben vorgesehen. Im einzelnen:

„In den Gesetzestexten selbst:

- 1) Anstaltslast wird ersetzt durch die folgenden Bestimmungen:
- 2) Der Träger unterstützt die Sparkasse/Landesbank bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach Maßgabe der folgenden Grundsätze/Bestimmungen.
- 3) Eine Verpflichtung des Trägers zur oder ein Anspruch der Sparkasse/Landesbank gegen den Träger auf Zurverfügungstellung von Mitteln besteht nicht.
- 4) Die Sparkasse/Landesbank haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen.
- 5) Die Haftung des Trägers der Landesbank ist auf das satzungsmäßige Kapital beschränkt./...
- 6) Alle Landesbanken und Sparkassen müssen insolvenzfähig sein [zu erreichen durch die Abschaffung der Bestimmungen der Länder, die auf § 12 (1) No 2 Insolvenzordnung beruhen].
- 7) Sämtliche bestehenden Bestimmungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, die mit dem Obigen im Widerspruch stehen, sind zu streichen.

In den Gesetzesbegründungen

Zusätzlich zu den Erklärungen für die Bestimmungen im Gesetzestext muss das Folgende erscheinen: Soweit der Träger der Sparkasse/Landesbank dieser Mittel zur Verfügung stellt, erfolgt dies ausschließlich im Einklang mit der Beihilfendisziplin der Gemeinschaft.

In gesonderten Selbstverpflichtungen der deutschen Behörden:

- 1) Die deutschen Behörden verpflichten sich durch gesondertes Schreiben, dass sie jegliche zukünftige Zurverfügungstellung finanzieller Mittel an Sparkassen/Landesbanken der Kommission notifizieren werden für den Fall, dass diese Beihilfeelemente enthalten.
- 2) Die deutschen Bundes- und Länderbehörden verpflichten sich durch gesondertes Schreiben, dass von der Ermächtigungsklausel im Bundesrecht, Anstalten, die unter der Aufsicht eines Landes stehen, für insolvenzunfähig zu erklären, für die von der Verständigung vom 17. 7. 2001 erfassten öffentlichen Banken zukünftig kein Gebrauch mehr gemacht wird.

## B) „Grandfathering“ der Gewährträgerhaftung

Die folgenden Bestimmungen haben im Gesetzestext und entsprechende Erklärungen in den Gesetzesbegründungen zu erscheinen:

Die Träger der Sparkassen und der ... Landesbank am 18. Juli 2005 haften für die Erfüllung sämtlicher zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten des jeweiligen Instituts.

Für solche Verbindlichkeiten, die bis zum 18. Juli 2001 vereinbart worden waren, gilt dies zeitlich unbegrenzt; für danach bis zum 18. Juli 2005 vereinbarte Verbindlichkeiten nur, wenn deren Laufzeit nicht über den 31. Dezember 2015 hinausgeht.

Die Träger werden ihren Verpflichtungen aus der Gewährträgerhaftung gegenüber den Gläubigern der bis zum 18. Juli 2005 vereinbarten Verbindlichkeiten umgehend nachkommen, sobald sie bei deren Fälligkeit ordnungsgemäß und schriftlich festgestellt haben, dass die Gläubiger dieser Verbindlichkeiten aus dem Vermögen des Instituts nicht befriedigt werden können.

Verpflichtungen der ... Landesbank oder Sparkassen aufgrund eigener Gewährträgerhaftung oder vergleichbarer Haftungszusage oder einer durch die Mitgliedschaft in einem Sparkassenverband als Gewährträger vermittelten Haftung sind begründet und fällig im Sinne von Satz 1 und 2 in dem gleichen Zeitpunkt wie die durch eine solche Haftung gesicherte Verbindlichkeit.

### C) Institutssicherungsfonds

Die deutschen Behörden verpflichten sich durch gesondertes Schreiben zur Abschaffung jeglicher Verpflichtung von Trägern oder anderen öffentlichen Stellen, finanzielle Mittel an Institutssicherungsfonds von Sparkassenverbänden in den Ländern, wo dies anwendbar ist, zur Verfügung zu stellen, gemäß einem klaren Zeitplan im Einklang mit der Verständigung vom 17. 7. 2001.

....

### D) Freie Sparkassen

Die deutschen Behörden verpflichten sich durch gesondertes Schreiben zur Abschaffung jeglicher Verpflichtung von öffentlichen Stellen, sogenannten freien Sparkassen (z.B. Frankfurter Sparkasse) finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, gemäß einem klaren Zeitplan im Einklang mit der Verständigung vom 17. 7. 2001“.

## 3. Zusammenfassung

Während die „Plattform“ also eine zeitlich konditionierte Abschaffung der Gewährträgerhaftung vorsieht und die Einführung einer Insolvenzfähigkeit der Landesbanken, muss die „Anstaltslast“ in ihrer ursprünglichen lediglich „ersetzt“ werden. Das bedeutet der Sache nach zwar keine Abschaffung, wohl aber einen grundlegenden Umbau dieses Instruments.

Es ist allerdings nicht nur eine Stilfrage, ob die Kommission als technokratische Behörde, auch wenn sie fraglos die erste Hüterin des Wettbewerbs im Binnenmarkt ist, Mitgliedstaaten und deren staatlichen Untergliederungen nicht nur bestimmte Politikziele vorgeben, sondern auch den Wortlaut ihrer Gesetze oktroyieren und das Gesetzgebungsverfahren bis in die Gesetzesbegründung hinein steuern sollte. Demokratisch gewählte Landtage in dieser Weise zu Akklamationsorganen zu degradieren, widerspricht dem Demokratie- (Art. 6 Abs. 1 EU) und dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 2 UAbs. 2 EU; Art. 5 UAbs. 2 EG), der Verpflichtung zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EU) und nicht zuletzt auch ihrer institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie.<sup>32</sup>

## IV. Stand und Inhalt der Umsetzung

### 1. Allgemeines

#### a) Beginn des Gesetzgebungsprozesses

Obwohl sich die Länder in der Vereinbarung vom 17. 7. 2001 zunächst dazu verpflichtet hatten, entsprechende Änderungsgesetze bis zum 31. 12. 2001 in ihre Landtage einzubringen, und obwohl diese Frist in den o. a. „Schlussfolgerungen“ noch einmal

<sup>32</sup> Dazu *P. M. Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, § 22 Rdnr. 1 ff.

auf den 31. 3. 2002 verlängert wurde, haben sie die meisten Länder nicht eingehalten. Gewahrt wurde sie

- im *Freistaat Bayern*. Hier gab es seit dem 18. 12. 2001 einen „Gesetzesentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale“,<sup>33</sup> dem im Nachgang zu der Einigung auf die „Schlussfolgerungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ vom 28. 2. 2002 noch ein interfraktioneller Änderungsantrag nachgeschoben wurde;<sup>34</sup>
- in *Nordrhein-Westfalen*, wo die Landesregierung ausweislich der Landtagsdrucksache ebenfalls am 18. 12. 2001 einen Gesetzesentwurf für ein „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen“ eingebracht hat;<sup>35</sup>
- im *Saarland*, wo der erste Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung der Saarländischen Sparkassenorganisation (SSpG)“ von der Landesregierung am 20. März 2002 eingebracht, durch einen Abänderungsantrag der CDU-Fraktion mit Blick auf die „Schlussfolgerungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ (vgl. oben III.2) allerdings nochmals neu gefasst worden ist<sup>36</sup> sowie
- in *Schleswig-Holstein*, wo der „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein“ vom 28. 3. 2002 datiert;<sup>37</sup>

Verspätet eingebracht wurden die Entwürfe dagegen

- in *Baden-Württemberg*, wo die Landesregierung am 11. Juni 2002 den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Landesbankgesetzes eingebracht hat;<sup>38</sup>
- in *Hessen* und *Thüringen*, wo der zwischen beiden Ländern ausgehandelte „Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen“ erst am 6.<sup>39</sup> bzw. 13. 5. 2002<sup>40</sup> in die Landtage eingebracht und die Fristüberschreitung mit den Eigentümlichkeiten einer staatsvertraglichen Regelung begründet wurde.<sup>41</sup>
- in *Niedersachsen* und *Bremen*, die am 17. Mai 2002 einen Staatsvertrag über die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg-Girozentrale – geschlossen haben;

<sup>33</sup> LT-Drucks. (Bay) 14/8442.

<sup>34</sup> LT-Drucks. (Bay) 14/9218.

<sup>35</sup> LT-Drucks. (NRW) 13/2124.

<sup>36</sup> LT-Drucks. (Saar) 12/735.

<sup>37</sup> LT-Drucks. (S. H.) 15/1768.

<sup>38</sup> LT-Drucks. (B. W.) 13/1068.

<sup>39</sup> LT-Drucks. (Hessen) 15/3899.

<sup>40</sup> *Thüringen*: Gesetzesentwurf der Landesregierung zu einem „Thüringer Gesetz zu dem Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen“, LT-Drucks. 3/2425 (Thür).

<sup>41</sup> LT-Drucks. 3/2425 (Thür), S. 1: „Die aufgrund der Verständigung gezogenen „Schlussfolgerungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung betreffend die Verständigung über Landesbanken und Sparkassen vom 17. Juli 2001“ vom 28. Februar enthalten die Vereinbarung in begründeten Ausnahmefällen die jeweiligen Gesetzgebungsvorschläge bis zum 31. Mai 2002 den Gesetzgebungsorganen zuzuleiten. Der Abschluß eines Staatsvertrages ist wegen der zeitaufwendigeren länderübergreifenden Abstimmung als Ausnahmefall akzeptiert“.

- in *Niedersachsen, Sachsen-Anhalt* und *Mecklenburg-Vorpommern*, die am 22. Mai 2002 einen Staatsvertrag über die Norddeutsche Landesbank Girozentrale geschlossen haben;
- in *Rheinland-Pfalz*, wo die Landesregierung am 14. Mai 2002 den Entwurf für ein „Siebtes Landesgesetz zur Änderung des Sparkassengesetzes“ in den Landtag eingebracht hat<sup>42</sup> sowie
- in *Sachsen*, wo die Staatsregierung am 31. Mai 2002 den Entwurf eines Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Kreditwesen im Freistaat Sachsen vorgelegt hat.<sup>43</sup>

In zeitlicher Hinsicht haben also zunächst nur der Freistaat Bayern und das Land Nordrhein-Westfalen den in der Brüsseler Verständigung ursprünglich vorgesehenen Termin des 31. 12. 2001 für die Einbringung der Gesetzesvorlagen in die Landtage eingehalten (jeweils 18. 12. 2001).

Das hat den „säumigen“ Ländern freilich nicht zum Nachteil gereicht. Nicht nur, weil die Frist mit den „Schlussfolgerungen“ vom 28. 2. 2002 bis zum 31. 3. 2002 verlängert wurde, sondern auch weil sich in jenen Schlussfolgerungen eine Reihe detaillierter Anforderungen an die konkrete Gesetzgebung und an die Formulierung der Gesetzesbegründungen finden, die erheblich über das hinausgehen, was im Juli 2001 in Brüssel vereinbart worden war. Bayern und Nordrhein-Westfalen, ja selbst das jedenfalls mit Blick auf die Frist des 31. 3. 2002 termingerecht handelnde Saarland sahen sich insoweit denn auch gezwungen, ihre ursprünglichen Entwürfe noch einmal mehr oder weniger gründlich zu überarbeiten.

Negative Rechtsfolgen sind mit der hier in Rede stehenden Säumnis, die ihre Grundlage ja „nur“ in einer informellen Absprache mit der Kommission hat, nicht verbunden, zumal die Kommission eine Sanktion – die Behandlung beider Instrumente als Neubehilfen i. S. v. Art. 88 Abs. 3 EG – nur für den Fall in Aussicht gestellt hat, dass die Umsetzung in Landesrecht nicht bis Ende 2002 erfolgen würde.

## b) Abgeschlossene Umsetzung

Mittlerweile (Ende November 2002) ist der Gesetzgebungsprozess in den meisten Ländern abgeschlossen:

- in *Baden-Württemberg* hat der Landtag am 16. Oktober 2002 das Gesetz zur Änderung des Landesbankgesetzes beschlossen,<sup>44</sup> das am 19. Juli 2005 in Kraft treten wird (Art. 3 Abs. 2);
- der *Freistaat Bayern* hat am 25. Juli 2002 das „Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale“<sup>45</sup> erlassen, wobei die Abreden über das sog. Plattform-Modell ausweislich des § 4 auch erst ab dem 19. Juli 2005 gelten werden;

<sup>42</sup> LT-Drucks. 14/1076. (R. P.). Wegen der Verflechtung mit der WestLB mußte der rheinland-pfälzische Gesetzgeber bis zu einem gewissen Grade auf die Regelungen in NRW Rücksicht nehmen.

<sup>43</sup> LT-Drucks. (Sachsen) 3/6573.

<sup>44</sup> GBl. 2002, 385 ff.

<sup>45</sup> GVBl. 2002, 332 ff.

- in *Berlin* datiert das entsprechende Vierte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Landesbank Berlin – Girozentrale – vom 19. September 2002;<sup>46</sup> die vereinbarten Vorschriften über das „Grandfathering“ sind hier sofort in Kraft gesetzt worden, die anderen Absprachen des „Plattform-Modells“ wiederum erst mit Wirkung vom 19. Juli 2005 (Art. IV);
- das *Hamburger Gesetz zur Umsetzung der Verständigung mit der Kommission der Europäischen Union über Anstaltslasten und Gewährträgerhaftung bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten*<sup>47</sup> ist bereits am 3. April 2002 verkündet worden. Soweit es den Kompromiss mit der Kommission umsetzt, tritt es allerdings auch erst mit Wirkung vom 19. Juli 2005 in Kraft (Art. 3);
- *Hessen* hat dem Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zwischen den Ländern Hessen und Thüringen über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen – Thüringen vom 29. April 2002 mit Gesetz vom 18. Juni 2002 zugestimmt,<sup>48</sup> in *Thüringen* hat der Landtag den Staatsvertrag am 21. November 2002 ratifiziert;<sup>49</sup>
- das Land *Niedersachsen* bzw. die Norddeutsche Landesbank Girozentrale und die *Freie Hansestadt Bremen* unterhalten seit 1982 die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale (§§ 1, 3 Abs. 1). Ihre rechtlichen Grundlagen sind in einem Staatsvertrag vom 17. Mai 2002 an die Brüsseler Verständigung vom 17. Juli 2002 und die Entscheidung der Kommission über zweckdienliche Maßnahmen angepasst worden.<sup>50</sup> Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gestalten sie – wie alle anderen landesrechtlichen Regelungen auch – erst mit Wirkung vom 19. Juli 2002 um bzw. schaffen sie ab (§ 3 Abs. 2 und 4);
- Zusammen mit den Ländern *Sachsen-Anhalt* und *Mecklenburg-Vorpommern* unterhält das Land *Niedersachsen* darüber hinaus aber vor allem die Norddeutsche Landesbank Girozentrale mit Sitz in Hannover, Braunschweig, Magdeburg und Schwerin (§ 1 Abs. 2 Staatsvertrag). Der ihr zugrunde liegende Errichtungsakt wurde mit Staatsvertrag vom 22. Mai 2002 den Vorgaben des „Plattform-Modells“ angepasst.<sup>51</sup> Die Regelungen gleichen jenen des Staatsvertrages über die Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg Girozentrale.
- *Nordrhein-Westfalen* hat am 2. Juli 2002 das Gesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen<sup>52</sup> beschlossen, das die Landesbank Nordrhein-Westfalen gegründet, die WestLB Girozentrale nach Abspaltung wesentlicher Geschäftsbereiche in eine Aktiengesellschaft umgewandelt (Art. 1) und die Westdeutsche Landesbausparkasse (LBS) errichtet hat

<sup>46</sup> GVBl. für Berlin 2002, 286.

<sup>47</sup> HmbGVBl. 2002, 38.

<sup>48</sup> Art. 1 § 1 Gesetz zu dem Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen, zur Änderung des Hessischen Sparkessengesetzes und zur Änderung des Gesetzes über die Vereinigung der Stadtsparkasse Frankfurt am Main mit der Frankfurter Sparkasse 1822 (Polytechnische Gesellschaft), GVBl. (Hessen) I, 2002, 260.

<sup>49</sup> LT-Drucks. (Thür) 3/2425; 3/2834.

<sup>50</sup> NdsGVBl. 2002, 395 ff.

<sup>51</sup> NdsGVBl. 2002, 395 ff.

<sup>52</sup> GVBl. NW 2002, 284 ff.

(Art. 2). Bis zum 19. Juli 2005 kommt der Landesbank NRW sowohl die Anstaltslast als auch die Gewährträgerhaftung des Landes, der Landschaftsverbände sowie der Sparkassen- und Giroverbände zugute (Art. 3 § 59; Art. 10 Nr. 25; § 5 Satzung Landesbank NRW);

- in *Rheinland-Pfalz* hat das Siebte Landesgesetz zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 27. Juni 2002 auch für die Landesbank Rheinland-Pfalz Girozentrale und die Westdeutsche Immobilienbank die Umsetzung des Plattform-Modells gebracht (Art. 2 Nr. 3 [§ 26 Abs. 2] und Nr. 6 [§ 30a Abs. 2] und 7, Art. 4);<sup>53</sup>
- *Sachsen* schließlich hat das einschlägige Gesetz am 14. November 2002 in dritter Lesung verabschiedet.<sup>54</sup>

### c) Offene Verfahren

Offen sind die Umsetzungsverfahren somit nur noch im *Saarland*<sup>55</sup> und in *Schleswig-Holstein*.<sup>56</sup> In beiden Ländern steht allerdings zu erwarten, dass die Umsetzung noch rechtzeitig vor Ablauf der mit der Kommission vereinbarten Frist des 31. Dezember 2002 erfolgen wird.

In allen Ländern ist die verabredete „Plattform“ penibel in das jeweilige Landesrecht übernommen worden oder steht eine solche Übernahme unmittelbar bevor. Die Gewährträgerhaftung wird zum 19. Juli 2005 flächendeckend beseitigt und die Körperschaften des öffentlichen Rechts werden zu bloßen „Trägern“ reduziert.<sup>57</sup> Die Absprachen hinsichtlich des „Grandfathering“ wurden einschließlich der dazu verabredeten Begründung eins zu eins übernommen.<sup>58</sup> Schließlich haben die Umsetzungs-gesetze die Haftung der Landesbanken mit ihrem gesamten Vermögen angeordnet<sup>59</sup> und deren Insolvenzfähigkeit vorgesehen.<sup>60</sup> Mit der damit möglichen Verwertung des Anstaltsvermögens zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung und dem Ausschluss nachträglicher Kapitalzufuhr durch die Träger ist einer Fortführung der traditionellen Anstaltslast zugleich der Boden entzogen.<sup>61</sup>

## 2. Die Reorganisationsmaßnahmen in den Ländern

Alle Landesgesetze folgen den Absprachen mit der Kommission minutiös und weisen insoweit einen übereinstimmenden Regelungsgehalt auf. Gleichwohl haben die

<sup>53</sup> GVBl. R. P. 2002, 304 ff.

<sup>54</sup> LT-Drucks. (Sachsen) 3/6573; 3/7343.

<sup>55</sup> Gesetz zur Änderung des Saarländischen Sparkassengesetzes (SSpG) – LT-Drucks. (Saar) 12/609; Abänderungsantrag der CDU-Fraktion vom 24. 9. 2002, LT-Drucks. (Saar) 12/735. Wegen der Verflechtungen zwischen der SaarLB und der Bayerischen Landesbank musste der saarländische Gesetzgeber auf die bayerische Gesetzgebung Rücksicht nehmen, LT.-Drucks. (Saar) 12/735, S. 2.

<sup>56</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein, LT-Drucks. 15/1768, §§ 43, 53 (Entwurf).

<sup>57</sup> *Nordrhein-Westfalen*: Art. 10 Nr. 25 Gesetz zur Neuregelung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen.

<sup>58</sup> *Nordrhein-Westfalen*: § 55 SpkG NW 2002; *Rheinland-Pfalz*: Art. 2 Nr. 6 des Artikelgesetzes, § 30a SpkG R. P.

<sup>59</sup> *Rheinland-Pfalz*: Art. 2 Nr. 3 des Artikelgesetzes, § 26 Abs. 2 SpkG R. P. 2002.

<sup>60</sup> *Rheinland-Pfalz*: Art. 3 des Artikelgesetzes, § 8a Abs. 2 AG zu ZPO, ZVG, IO (2002).

<sup>61</sup> *Nordrhein-Westfalen*: § 59 Nr. 3 SpkG NW 2002.

Länder die notwendig gewordene Überarbeitung ihrer Sparkassen- und Landesbankgesetze in unterschiedlichem Umfang zu weiterreichenden Resorganisationsmaßnahmen genutzt.

#### a) Die „kleine“ Lösung

Die meisten Länder, insbesondere jene, die ihre Landesbanken als Gemeinschaftseinrichtungen auf staatsvertraglicher Grundlage errichtet haben, aber auch *Baden-Württemberg*, *Berlin*, *Hamburg*, das *Saarland* und *Schleswig-Holstein* haben die Umsetzung des Brüsseler Kompromisses nicht zum Anlass genommen, die Rolle ihrer Landesbanken grundsätzlich zu überdenken und über die Umsetzung der Plattform hinaus gehende Korrekturen vorzunehmen.

#### b) Die „Holding-Option“

Während fast alle Landesbank- und Sparkassengesetze auch bisher schon vorsahen, dass die Trägerschaft der einzelnen Landesbank in der Hand unterschiedlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts liegt bzw. liegen kann<sup>62</sup> und weitere Körperschaften des öffentlichen Rechts in den Kreis der Träger aufgenommen werden können, sehen einige Neuregelungen nun vor, dass sich die betroffenen Länder aus der Trägerschaft vollständig zurückziehen und eine Holding mit dieser Aufgabe betrauen können, also eine juristische Person, deren primäre Aufgabe die Verwaltung der Landesbank ist.

So hat der *Freistaat Sachsen* etwa die Sachsen-Finanzgruppe als rechtfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts gegründet (§ 49 Abs. 1 SächsÖffKreditwG 2002), die ausweislich des § 50 Abs. 1 SächsÖffKreditwG 2002 Träger der Landesbank Sachsen sowie der auf sie übertragenen Sparkassen ist.<sup>63</sup>

*Bayern* und *Rheinland-Pfalz*<sup>64</sup> sehen, weitergehend, sogar die Möglichkeit vor, die Trägerschaft ganz oder teilweise auf Private zu übertragen. Die *Bayerische Landesbank* etwa, deren Träger bislang der Freistaat und der Sparkassenverband Bayern sind, soll zwar zunächst weitergeführt wie bisher (Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 BayLBG 2002). Das BayLBG 2002 ermöglicht nunmehr allerdings, dass die Trägerschaft an der Landesbank auf eine juristische Person des Privatrechts übertragen wird (Art. 3 BayLBG 2002), wobei das Gesetz weiterhin einen beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand in der Generalversammlung der Landesbank sicherstellt (Art. 10 Abs. 3 BayLBG 2002).<sup>65</sup>

Während die Finanzholding selbst kein Kreditinstitut sein muss (soll), behält die *Bayerische Landesbank* die Aufgaben einer Staatsbank und einer Kommunal- und

<sup>62</sup> *Hessen und Thüringen*: Die Trägerschaft der Landesbank liegt nach Art. 5 Abs. 1 Staatsvertrag beim Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen als dem Inhaber des Stammkapitals.

<sup>63</sup> *Sachsen*: § 50 Abs. 1 Gesetz über das öffentliche Kreditwesen im Freistaat Sachsen, LT-Drucks. 3/6573 (Sachs.), S. 23.

<sup>64</sup> *Rheinland-Pfalz*: § 26 b Abs. 1 Satz 4, Abs. 3 SpkG R. P. 2002.

<sup>65</sup> Die öffentliche Hand entsendet danach 19 Mitglieder, während der beliehene Träger des Privatrechts insgesamt nur 18 weitere Mitglieder in die Generalversammlung entsenden kann.

Sparkassenzentralbank. Sie hat den Freistaat Bayern, Bezirke, Landkreise und Gemeinden bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu unterstützen, insbesondere im Rahmen der Strukturförderung (Art. 2 Abs. 1 BayLBG 2002). Zu ihren Aufgaben gehört die Ausgabe von Pfandbriefen, Kommunalschuldverschreibungen, Landesbodenbriefen und sonstigen Schuldverschreibungen sowie die Begründung von Schuldbuchforderungen (Art. 2 Abs. 2 BayLBG 2002).

Die Übertragung der Trägerschaft auf eine privatrechtliche Holding setzt allerdings eine Beleihung voraus. Dies begründet der rheinland-pfälzische Gesetzgeber damit, dass

„die Tätigkeit der öffentlich-rechtlich verfassten Unternehmen einschließlich der Landesbanken ... Ausübung von Staatsgewalt darstellt“ und deshalb der demokratischen Legitimation bedarf. „Die Forderung nach demokratischer Legitimation wird auch für die Beteiligung privater Unternehmer und Geldgeber erhoben, weil der Grundsatz der Volkssouveränität auch gegenüber finanzieller und unternehmerischer Einflussnahme Geltung verlangt“.<sup>66</sup>

Während die Regelung in *Rheinland-Pfalz* jedoch vor allem mit Blick auf die Umwandlung der WestLB in eine Aktiengesellschaft getroffen wurde,<sup>67</sup> dürften der bayerischen Regelung eher unternehmensstrategische Überlegung zugrunde liegen: eine Effektivierung der Leitungsstrukturen und die Erschließung privaten Kapitals,<sup>68</sup> nicht dagegen eine größere Politikferne. Sie würde dem Anliegen demokratischer Legitimation und Kontrolle auch zuwider laufen.

### c) Geschäftsbank vs. „Entflechtungsmodell“

Fast alle Länder ermächtigen ihre Landesbanken pauschal zu allen Arten von Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäften, die für die Bank förderlich sind,<sup>69</sup> erlauben ihnen Unternehmen zu erwerben oder sich an ihnen zu beteiligen<sup>70</sup> und weisen ihnen damit den Weg zu einer funktionalen Geschäftsbank, auch wenn diese dem Gemeinwohl verpflichtet bleibt und nicht ihren Anteilseignern, seien es nun Aktionäre oder Genossen.

Einen etwas anderen Akzent setzen das Land *Berlin*, das in § 4 Abs. 1 Satz 2 BerlLBG 2002 ausdrücklich bestimmt, dass der Gewinn nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebes sei, aber auch der *nordrhein-westfälische Gesetzgeber*. Er hat die alte WestLB aufgespalten in die Landesbank Nordrhein-Westfalen, eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in Düsseldorf und Münster (§ 1 LandesbankG NW 2002,<sup>71</sup> und die (neue) WestLB, die in eine AG umgewandelt worden ist (§§ 1 Abs. 3 Satz 2, 8 Abs. 1 LandesbankG NW 2002). Letztere hat das Wettbewerbsgeschäft der (alten) WestLB übernommen, während ihre Anteile von der Landesbank Nordrhein-

<sup>66</sup> LT-Drucks. (R. P.) 14/1076, S. 7.

<sup>67</sup> LT-Drucks. (R. P.) 14/1076, S. 7 f.

<sup>68</sup> LT-Drucks. (Bay) 14/8442, S. 9.

<sup>69</sup> *Bayern*: Art. 2 Abs. 3 BayLBG 2002.

<sup>70</sup> *Bayern*: Art. 2 Abs. 4 BayLBG 2002.

<sup>71</sup> Gesetz zur Errichtung der Landesbank Nordrhein-Westfalen und zur Umwandlung der Westdeutschen Landesbank, erlassen als Art. 1 zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen, GVBl. NW 2002, 284 ff.

Westfalen gehalten werden (§ 8 Abs. 2 LandesbankG NW 2002). Gewährträger der neuen Landesbank Nordrhein-Westfalen sind das Land, die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe, der Rheinische Sparkassen- und Giroverband sowie der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (§ 59 Abs. 1 SpKG NW 2002).

Die Aufgaben der Landesbank Nordrhein-Westfalen regelt das SpKG NW 2002, dem ein neuer Abschnitt E über die Landesbank Nordrhein-Westfalen eingefügt worden ist. Danach obliegen ihr vor allem die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank. Sonstige Geschäfte betreibt sie dagegen (nur), soweit sie diesen Aufgaben dienen (§ 58 Abs. 1 SpKG NW 2002). Als Staats- und Kommunalbank betreut, berät und unterstützt sie das Land, die Träger mittelbarer Staatsverwaltung und ihnen nahestehende Unternehmungen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Das geschieht u. a. mit Hilfe des öffentlichen Pfandbriefgeschäfts und der Förderaktivitäten von Wohnungsbauförderungsanstalt und Investitionsbank Nordrhein-Westfalen (§ 58 Abs. 2 SpKG NW 2002).

Die Landesbank darf Pfandbriefe, Kommunalobligationen und sonstige Schuldverschreibungen ausgeben, sich am Grundstücksverkehr beteiligen, Beteiligungen u. a. an der WestLB halten und sich auch an öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Unternehmen und Verbänden beteiligen (Abs. 3). § 58 Abs. 4 SpKG NW 2002 bestimmt schließlich, dass die Landesbank durch die Vergabe von Krediten und Zuschüssen sowie damit zusammenhängenden Geschäften die „Wirtschafts-, Mittelstands-, Arbeits-, Umweltschutz-, Wohnungsbau- und Regionalpolitik des Landes“ *wettbewerbsneutral* unterstützt.

## V. Zur zukünftigen Rolle der Landesbanken

### 1. Die möglichen Profile der Landesbanken

Fragt man vor diesem Hintergrund nach dem zukünftigen Profil der Landesbanken in der Rechtspolitik, so gibt es zumindest theoretisch zwei Alternativen: sie können entweder als funktionale Geschäftsbanken geführt werden, Bankgeschäfte aller Art betreiben, sich an Unternehmen beteiligen und ihren öffentlichen Auftrag dabei in einer eher diffusen Weise im Blick behalten, wie es das bayerische Modell nun vorsieht. Dann bleibt für eine Sonderstellung wenig Raum, denn unterliegen sie den Anforderungen der RiL 2000/52/EG der Kommission zur Änderung der RiL 80/723/EWG und dem TranspRLG (§ 1 Abs. 1 Nr. 2) sowie den materiellen Vorgaben der Art. 86, 87f. EG.

Die Gesetzgeber hätten – in Abweichung von der Brüsseler „Plattform“ – (theoretisch) freilich auch das öffentlich-rechtliche Profil der Landesbanken schärfen und diese auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben festlegen und beschränken können, unter Verzicht auf eine primär kaufmännische Ausrichtung im operativen Geschäft. Die Regelungen in *Berlin* und *Nordrhein-Westfalen* enthalten jedenfalls Ansätze in diese Richtung, ohne sich freilich ganz auf dieses Konzept einzulassen.

## 2. Die Landesbanken als funktionale Geschäftsbanken

### a) Wettbewerbliche Tätigkeit

Nach der Umsetzung der „Plattform“ wird sich das Erscheinungsbild der Landesbanken daher dem von Geschäftsbanken weiter annähern. Das gilt für das operative Geschäft, aber auch für ihre wirtschaftliche Stellung. Ihre Gläubiger werden ab dem 19. Juli 2005 nicht mehr auf die Haftung der „Träger“ zurückgreifen können, was ihre Refinanzierung angesichts eines prospektiv schlechteren Ratings erschweren dürfte, und die Anstaltslast wird auf das begrenzt, was auch von jedem privaten Kapitalgeber erwartet werden kann (reasonable investor's test).<sup>72</sup> Ansprüche der Landesbanken gegen ihre Träger auf Kapitalausstattung, wie sie mit der Anstaltslast zwangsläufig verbunden waren, kennt das Recht der Landesbanken in Zukunft nicht mehr.

### b) Öffentlich-rechtliche Organisationsform

Neben der kaum justitiablen Ausrichtung auf das Gemeinwohl besteht der wesentliche praktische Unterschied zu den Geschäfts- und Genossenschaftsbanken in Zukunft damit vor allem in der Rechtsform. Die Landesbanken werden auch weiterhin in der Form von Anstalten des öffentlichen Rechts geführt werden. Das schützt sie – und das ist von erheblicher praktischer Bedeutung – einstweilen jedenfalls<sup>73</sup> vor einer „feindlichen Übernahme“ durch die private, auch ausländische Konkurrenz und sichert ihren öffentlichen Auftrag damit auf Dauer auch institutionell ab.

## 3. Die Landesbanken als Erbringer von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

### a) Die Einschätzungsprärogative der Länder bei der Bestimmung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Die Landesbank- und Sparkassengesetze weisen den Landesbanken wie gezeigt die Aufgabe einer Staatsbank zu, einer Girozentrale für Kommunen und Sparkassen und verpflichten sie dazu, ihre Träger bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu unterstützen, etwa durch die finanztechnische Abwicklung regionaler und sektoraler Förderprogramme (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayLBG 2002) und unter Berücksichtigung bestimmter Grundsätze (§ 3 Abs. 1 BerlLBG 2002).

Soweit der Gesetzgeber den Landesbanken aber bestimmte öffentliche Aufgaben zuweist, ist dies unionsrechtlich als „Betrachtung“ mit Dienstleistungen von allgemei-

<sup>72</sup> Die Begrifflichkeit variiert. Im Englischen ist auch vom „rational investor principle“ die Rede, im Deutschen vom „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber“ etc.

<sup>73</sup> Ob die geplante Übernahme RiL auch öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen erfassen wird, ist derzeit noch nicht absehbar.

nem wirtschaftlichem Interesse i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG<sup>74</sup> zu qualifizieren.<sup>75</sup> Bei der Bestimmung solcher Dienstleistungen besitzen die Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum. Sie sind namentlich berechtigt, die aus ihrer Sicht notwendigen Dienstleistungen zu definieren.<sup>76</sup>

### b) Besondere Finanzierungsmöglichkeiten

Die sich aus der Wahrnehmung solcher Aufgaben ergebenden Lasten – und das ist der unionsrechtliche Kern dieser Konstruktion – können durch staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Leistungen ausgeglichen werden, rechtfertigen m.a.W. eine Privilegierung der dermaßen in die Pflicht genommenen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute.

Die Mitgliedstaaten tragen im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 86 Abs. 3, 88 Abs. 2 und 3 EG bzw. einer Vertragsverletzungsklage allerdings die Beweislast dafür, dass die den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten gewährten Beihilfen lediglich die Nachteile ausgleichen, die ihnen aus der Wahrnehmung jener Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstehen.<sup>77</sup> Das setzt voraus, dass diese Nachteile quantifiziert werden, bevor der Staat den Landesbanken wie auch immer geartete Zuwendungen und sonstige Vorteile zukommen lässt. Im Lichte der TransparenzRiL 2000/52/EG, RiL 80/723/EWG und § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 TransparenzRLG sollte dies jedoch kein unmögliches Unterfangen sein.

### c) Keine Notifizierung nach Art. 88 EG

Vergünstigungen, die ausschließlich dazu dienen, wirtschaftliche Nachteile auszugleichen, die sich aus der Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ergeben, stellen sich schon tatbestandlich nicht als „Beihilfen“ dar. Sie bedürfen deshalb auch keiner Notifizierung nach Art. 88 EG i.V.m. VO/EG Nr. 659/1999.<sup>78</sup> In seinem Urteil in der *Rs. Ferring*<sup>79</sup> hat der EuGH erst jüngst wieder bekräftigt, dass Vergünstigungen, die tatsächlich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entsprechen, kein Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG seien, da sie nur die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen bewirkten.

<sup>74</sup> Siehe dazu aus der Fülle der Rechtsprechung EuGHE 1991, I-1979, 2019-Höfner und Elser; 1993, I-2533, 2568 – Corbeau, Rz. 14 ff.; 1997, I-5699, 5783-EdF, Rz. 53; 1997, I-7119 ff. – Job Centre; 1999, I-5751, 5893-Albany, Rz. 107; 2000, I-825, 876-Deutsche Post, Rz. 49.

<sup>75</sup> S. *Alber*, Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand in der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung, (in diesem Band), Umdr. S. 10 ff.; P. *Badura*, Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand (in diesem Band), Umdr. S. 5.

<sup>76</sup> S. *Alber*, Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand in der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung, (in diesem Band), Umdr. S. 10.

<sup>77</sup> EuGHE 1997, I-5815 ff. – Kommission/Frankreich (EdF), Rz. 56, 59, 94, 101.

<sup>78</sup> ABl. EG 1999 Nr. L 83/1.

<sup>79</sup> EuGH, EuZW 2002, 48, 50 – *Ferring SA/Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, Rz. 27.

#### d) Zur rechtlichen Bewertung der Brüsseler Verständigung

Vergünstigungen dieser Art sind für die Landesbanken in der Brüsseler Verständigung und den aus ihr gezogenen Schlussfolgerungen zwar nicht vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen. Deutschland hat sich, im Gegenteil, die Option zu einem Nachteilsausgleich für die Landesbanken bewusst offen gehalten, wenn es in den Schlussfolgerungen – wenn auch nur in der einseitigen „gesonderten Selbstverpflichtung der deutschen Behörden“ – heisst, dass diese jegliche zukünftige Zurverfügungstellung finanzieller Mittel an Landesbanken der Kommission notifizieren werden, „für den Fall, dass diese Beihilfeelemente enthalten“.<sup>80</sup> Das impliziert, dass die Zurverfügungstellung finanzieller Mittel nicht notifiziert werden soll, wenn sie wegen des Nachteilsausgleichs keinen Beihilfencharakter besitzt.

Selbst wenn die Brüsseler Verständigung und die aus ihr gezogenen Schlussfolgerungen aus der Sicht der Kommission anders gemeint sein sollten, oder wenn hier ein Dissens mit der deutschen Seite bestünde, steht dies einem entsprechenden Verhalten der Länder nicht im Wege. Denn die geschilderten – primärrechtlich eröffneten – Handlungsalternativen bestehen (theoretisch) ungeachtet der Brüsseler Verständigung fort und werden durch sie nicht in Frage gestellt.

Bei dieser Verständigung handelt es sich um eine „Absprache“, die weder geeignet ist, die *rechtlichen* Handlungsspielräume der Kommission zu erweitern noch jene der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen zu beschränken. Absprachen stellen letztlich nicht justitiable und insoweit unverbindliche Absichtserklärungen dar. Sie gründen sich, wie der Fall der hier in Rede stehenden Brüsseler Verständigung eindrucksvoll belegt, auf das Vorzeigen der „Folterwerkzeuge“, das einstmals die erste Stufe der Folter war<sup>81</sup> und binden ihre Beteiligten schon deshalb nur moralisch und politisch, nicht jedoch aus Rechtsgründen.<sup>82</sup> Was aber ist eine *politische* Bindung im Gegensatz zu einer rechtlichen juristisch wert?

Als Absprache zwischen Hoheitsträgern schafft sie immerhin faktische Bindungen, indem sie auf der Grundlage eines gentlemen's agreement näher bestimmt, wie beide Seiten die ihnen zustehenden Kompetenzen ausüben wollen. Insoweit dient sie der Schaffung einer „Geschäftsgrundlage“ für das weitere Verhalten der Beteiligten und damit ein Stück weit der Rechtssicherheit. In Extremfällen kann ein Verstoß gegen sie ein rechtlich an sich zulässiges Verhalten rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen, u. U. auch Grundlage für außervertragliche Haftungsansprüche nach Art. 288 EG sein. Das gilt freilich nur, soweit der Inhalt einer Absprache nicht eine Verletzung des geltenden Rechts darstellt oder auf seine Umgehung hinausläuft. Die Kompetenzordnung des EG-V, die Grundsätze des Unionsrechts nach Art. 6 EU, aber auch den Anwendungsbereich des Beihilfenregimes der Art. 87f. EG etc. vermag eine solche Absprache dagegen nicht zu verändern.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Hervorheb. d. Verf.

<sup>81</sup> Zum deutschen Umweltrecht *D. Murswiek*, JZ 1988, 985, 988.

<sup>82</sup> Zur Parallele aus dem nationalen Recht *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, § 5 Rdnr. 206.

<sup>83</sup> Zum nationalen Recht *P. M. Huber*, Konsensvereinbarungen und Gesetzgebung, ZG 17 (2002), 245 ff.

## VI. Perspektiven für eine spezifische Rolle der Landesbanken im Finanz-Dienstleistungsmarkt der Zukunft

Alles in allem räumen die Brüsseler Verständigung und die Schlussfolgerungen vom 28. 2. 2002 mit der spezifischen Rolle der Landesbanken im deutschen Bankensektor weitgehend auf. Mit dem Wegfall von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ab dem 19. Juli 2005 werden sie ungeachtet ihres öffentlichen Auftrags mehr denn je als Geschäftsbanken in öffentlich-rechtlichem Gewande erscheinen.

Vor diesem Hintergrund droht den Landesbanken mit der gesetzlichen Auferlegung öffentlicher Aufgaben das Risiko einer nicht unerheblichen Benachteiligung. Zwar böten diese Regelungen, die sich unter dem Blickwinkel des Art. 86 Abs. 2 EG als „Betrattung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ darstellen, eine Rechtfertigung, um den Landesbanken entsprechend zielgenaue staatliche Zuschüsse zukommen zu lassen. Die notwendige Rechtssicherheit für die Landesbanken wird so freilich kaum erreicht werden, weil die Gewährung jeder Vergünstigung angesichts der hier zwangsläufig existierenden Wertungsspielräume den Keim neuer Auseinandersetzungen in sich birgt.

Soweit die Landesbanken daher nicht ausschließlich auf eine gemeinwirtschaftliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben als Träger mittelbarer Staatsverwaltung festgelegt werden – und das lässt sich trotz entsprechender Ansätze weder für *Berlin* noch für *Nordrhein-Westfalen* (§ 58 SpkG NW 2002) feststellen<sup>84</sup> – stellt sich abschließend die Frage, ob die Ausrichtung auf einen allgemeinen Geschäftsbetrieb nach kaufmännischen Grundsätzen unter Verzicht auf jede wettbewerbsrechtliche Sonderbehandlung ihnen eine ausreichende Perspektive zu vermitteln vermag.

Das ist zu bejahen. Denn aufs Ganze gesehen gewährleistet die nunmehr in allen Ländern gewählte Konstruktion trotz unterschiedlicher Nuancen im einzelnen einerseits wettbewerbsfähige, global aktionsfähige Kreditinstitute, die den Ländern und ihren Gebietskörperschaften einen dauerhaften und rechtlich gesicherten Zugang zum Kapitalmarkt eröffnen. Sie erhalten dem Staat und seinen Kommunen zum anderen aber auch ein Mindestmass an wirtschaftspolitischer Handlungsfähigkeit. In einer Zeit, in der der unmittelbare Zugang des Staates zum Kapitalmarkt aus verfassungs-(Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG)<sup>85</sup> wie unionsrechtlichen Gründen (Art. 104 EG; Stabilitäts- und Wachstumspakt;<sup>86</sup> VO/EG Nr. 1466/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken;<sup>87</sup> VO/EG Nr. 1467/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über

<sup>84</sup> *Berlin*: § 3 Abs. 2 BerlLBG 2002 ermächtigt die Landesbank Berlin, Bankgeschäfte aller Art zu betreiben; *Nordrhein-Westfalen*: Hier ermächtigt § 58 Abs. 1 SpkG NW 2002 die Landesbank NRW „sonstige Geschäfte“ zu betreiben, die den Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank dienen; das kann im Grunde jedes gewinnorientierte Geschäft sein; Abs. 3 lit. c ermächtigt die Landesbank pauschal, sich an privaten Unternehmen zu beteiligen etc.

<sup>85</sup> BVerfGE 79, 311 ff. – HHG 1981.

<sup>86</sup> Entschliessung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt, Abl. EG 1997 Nr. C 236/01.

<sup>87</sup> Abl. EG 1997 Nr. L 209/01.

die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit) auf zunehmend höhere Hürden stößt, kann die Flexibilitätsreserve unternehmerischen Handelns zur mittelbaren Verwirklichung öffentlicher Aufgaben gar nicht hoch genug eingeschätzt werden.