

Die kommunalen Sparkassen in der Rechtspolitik

I. Ausgangslage

Der Begriff „Ausgangslage“ muss hier doppeldeutig verstanden werden: Zum einen die konkrete Ausgangslage der 39. Bitburger Gespräche: Im Ersten Abschnitt, der im September 2001 in Trier stattfand, wurden, wie Herr Badura nicht nur zusammenfassend, sondern verbindend und überleitend dargestellt hat, Grundfragen behandelt, die auch die Themen und Fragestellungen des Zweiten Abschnitts in mancher Hinsicht antizipieren. Da der Ertrag der Trierer Tagung eben im wahrsten Sinne des Wortes präsentiert wurde, kann es allein darum gehen, diese Ergebnisse für die rechtspolitischen Fragen fruchtbar zu machen, die hinsichtlich der Landesbanken und der Sparkassen gestellt werden. Dabei haben Herr Huber und ich die Arbeit so aufgeteilt, dass Herr Huber die Landesbanken und ich die Sparkassen behandeln werden, wobei ich auf die Landesbanken nur hinsichtlich ihrer Beziehungen zu den Sparkassen eingehe.

Zum anderen soll die Ausgangslage hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen festgehalten werden, wie sie sich nach der sog. „Plattform“, der „Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ vom 17. Juli 2001,¹ die in Trier eingehend gewürdigt wurde,² und ihrer Präzisierung durch die sog. „Schlussfolgerungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“ betreffend die Verständigung über Landesbanken und Sparkassen vom 17. 7. 2001³ ergeben. Diese Schlussfolgerungen wurden am 28. Februar 2002 in Brüssel zwischen Mario Monti als dem für Wettbewerb zuständigen Mitglied der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Staatssekretär im Bundesministerium der Finanzen, Caio Koch-Weser, den Finanzministern von Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Bayern sowie dem Präsidenten des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes, vereinbart. Diese Vereinbarungen wurden auch von den Sparkassen – unabhängig von der Aufrechterhaltung gegenteiliger Standpunkte zur Qualifizierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen – ausdrücklich akzeptiert.⁴

¹ Abgedruckt in *Winfried Kluth*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung öffentlicher Finanzinstitute angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots, Anhang 5 (in diesem Band), S. 153 ff.

² Vgl. *Juliane Kokott/Kai-Guido Schick*, Reformen und neue Wege für das Angebot von Finanzdienstleistungen durch Staat und Kommunen (in diesem Band), S. 53 ff.

³ Siehe *Winfried Kluth*, (Fn. 1), Anhang 1, S. 143.

⁴ Vgl. Deutscher Sparkassen- und Giroverband, BWGZ 16/2001, S. 586 f. („Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“). Vgl. auch *Engelbert Münstermann*, Die Zukunft der Sparkassen, ZKV 2001, S. 194 (203). Gleiches gilt für die (bisherigen) Gewährträger und künftigen Träger, vgl. z. B. Deutscher Städtetag, Mitteilung vom 18. 7. 2001 („Kommunen begrüßen Einigung mit der Europäischen Union über die Zukunft der Sparkas-

Die ziemlich konkret gefassten Bedingungen sind somit die Basis für die anstehenden und bereits in die Wege geleiteten Änderungen der Landesbank- und Sparkassengesetze der Länder. Soweit ersichtlich haben Bayern,⁵ Schleswig-Holstein,⁶ Nordrhein-Westfalen,⁷ Hessen und Thüringen,⁸ Mecklenburg-Vorpommern,⁹ Rheinland-Pfalz,¹⁰ das Saarland,¹¹ Hamburg,¹² Bremen,¹³ Niedersachsen,¹⁴

sen“) und Landkreistag Baden-Württemberg, Mitteilung vom 20. 7. 2001 („Präsident Dr. Wais bewertet Lösungsvorschlag zur Zukunft der Sparkassen grundsätzliche positiv“). Vgl. auch *Münstermann*, a. a. O., S. 201 f.

⁵ Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale vom 18. 12. 2001, Bayerischer Landtag, Drucksache 14/8442; Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 18. 12. 2001, Bayerischer Landtag, Drucksache 14/8443. Interfraktioneller Änderungsantrag vom 18. 4. 2002, Drucksache 14/9249. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Kommunale Fragen und Innere Sicherheit vom 27. 6. 2002, Drucksache 14/9862. Zweite Lesung am 11. 7. 2002, Bayerischer Landtag, 14. Wahlperiode, Plenarprotokoll 14/93, S. 6717 ff. Beschluss des Gesetzes durch den Bayerischen Landtag am 11. 7. 2002, Drucksache 14/9970. Das Gesetz tritt gemäß § 2 Abs. 1 erst am 19. 7. 2005 in Kraft bis auf § 1 Nr. 1 (Sparkassen als Unternehmungen der Gebietskörperschaften), Nr. 5 (Vereinigung von Sparkassen), Nr. 6 (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 SpkG; „Art. 16 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 und Abs. 4 gelten entsprechend“), Nr. 7 (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SpkG; Er führt die Kurzbezeichnung „Sparkassenverband Bayern“), Nr. 8 (Streichung des Worts „Girozentrale“ in Art. 24 Satz 1 SpkG). Bekanntmachung des Gesetzes in GVBl. 2002, S. 324.

⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein, Schleswig-Holsteiner Landtag, Drucksache 15/1768. Die erste Lesung erfolgte am 15. 5. 2002, Schleswig-Holsteiner Landtag, 15. Wahlperiode, Plenarprotokoll 15/60.

⁷ Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen, Landtag Nordrhein-Westfalen, Drucksache 13/2124. Beschlussempfehlung und Bericht des Haushalts- und Finanzausschusses unter Berücksichtigung mehrerer Änderungsanträge, Drucksache 13/2743 vom 20. 6. 2002. Das Gesetz wurde vom Landtag am 2. 7. 2002 beschlossen und in GVBl. 2002, S. 284 verkündet. Art. 1 enthält das Gesetz zur Errichtung der Landesbank Nordrhein-Westfalen und zur Umwandlung der Westdeutschen Landesbank Girozentrale, Art. 3 die Änderung des Sparkassengesetzes (GVBl. 2002, S. 289 ff.). Vgl. dazu *Peer Steinbrück*, Gedanken zur (Neu-)Gestaltung des Sparkassenwesens in Nordrhein-Westfalen, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 750 f.

⁸ Gesetzentwurf der Hessischen Landesregierung für ein Gesetz zu dem Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags für die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen, zur Änderung des Hessischen Sparkassengesetzes und zur Änderung des Gesetzes über die Vereinigung der Stadtsparkasse Frankfurt am Main mit der Frankfurter Sparkasse von 1822 (Polytechnische Gesellschaft), Hessischer Landtag, Drucksache 15/3899. Erste Lesung im Hessischen Landtag am 14. 5. 2002, Plenarprotokoll, 15. Wahlperiode, 106. Sitzung, S. 7369 ff. Vgl. dazu *Dieter Posch*, Gedanken zur (Neu-)Gestaltung des Sparkassenwesens in Hessen, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 749 f.

⁹ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern (2. ÄndG SpkG M-V), Drucksache 3/2588. Erste Lesung am 30. 1. 2002, Landtag Mecklenburg-Vorpommern, 3. Wahlperiode, 75. Sitzung, Plenarprotokoll, S. 4859 ff. Das Gesetz zur Änderung des Sparkassengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern wurde am 30. 4. 2002 erlassen (GVBl. M-V 2002, S. 182, ber. S. 688), in Kraft am 18. 5. 2002, soweit einzelne Bestimmungen nicht am 19. 7. 2005 in Kraft treten.

¹⁰ Landesgesetz zur Änderung des Sparkassengesetzes, Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 14/1076. Erste Beratung am 16. 5. 2002, Landtag Rheinland-Pfalz, 14. Wahlperiode, 25. Sitzung, S. 1650 ff.

¹¹ Gesetzentwurf der Regierung des Saarlandes betreffend Gesetz zur Änderung des Saarländischen Sparkassengesetzes (SpkG), Drucksache 12/609. Erste Lesung am 20. 3. 2002, Landtag des Saarlandes, 12. Wahlperiode, Plenarprotokolle, S. 1938 ff.

¹² Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft und Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verständigung mit der Kommission der Europäischen Union über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten, Drucksache 17/451.

¹³ Gesetz zur Änderung des Sparkassengesetzes für öffentlich-rechtliche Sparkassen im Lande Bremen und des Gesetzes zur Ausführung der Zivilprozessordnung, der Insolvenzordnung und des Zwangsversteigerungsgesetzes, Drucksache 15/1108. 1. und 2. Lesung am 15. 5. 2002, Bremische Bürgerschaft (Landtag), 15. Wahlperiode, Plenarprotokolle, S. 4208 ff.

¹⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des öffentlichen Sparkassenwesens in Niedersachsen (Sparkassenneuordnungsgesetz), Drucksache 14/3430. Vgl. auch den Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Sachsen-Anhalt¹⁵ und Brandenburg¹⁶ die gegenüber der „Plattform“ vom 31. Dezember 2001 auf 31. März 2002, in begründeten Ausnahmefällen bis 31. Mai 2002 verlängerte Frist zur Zuleitung der jeweiligen Gesetzgebungsvorschläge eingehalten. In Baden-Württemberg lag ein entsprechender Antrag an die Landesregierung vor, der Gesetzentwurf folgte am 11. Juni 2002.¹⁷ Das Sächsische Sparkassengesetz wurde zwar am 6. Februar 2002 geändert.¹⁸ Dabei wurde allerdings allein den Vorgaben nach einem Volksentscheid Rechnung getragen,¹⁹ ohne die „Plattform“ umzusetzen. Dass die Landesregierungen – die Bayerische Staatsregierung ausdrücklich und sogar in der amtlichen Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 18. Dezember 2001 –, die Bundesregierung und die Bankenverbände der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute die beihilfenrechtliche Einschätzung der Kommission für „unzutreffend“ halten, ist kein „Nachtarocken“, das gerade in Bayern verpönt ist, sondern als Wahrung von Rechtspositionen schon deshalb geboten, weil und wenn es darum geht, die in der Vereinbarung offengelassenen Gestaltungsmöglichkeiten eventuell bis zur Grenze des Zulässigen auszuschöpfen. Die einvernehmliche Beilegung des Streits war – ökonomisch betrachtet – sicherlich geboten, weil, wie in den amtlichen Begründungen der Gesetze zutreffend hervorgehoben wird,²⁰ ein sich über viele Jahre hinziehender Rechtsstreit zu einer belastenden Schwebesituation für die Landesbanken und auch die Sparkassen geführt hätte, was man sich in dem sensiblen Bereich des Kapitalmarkts, der auf verlässliche Rahmenbedingungen, die Vertrauen erst ermöglichen, angewiesen ist, nicht leisten kann. Gleichwohl: Die Praxis der Kommission, durch den Aufbau entsprechender „Drohkulissen“ den Betroffenen nicht unzweifelhafte Zugeständnisse abzutrotzen,²¹ ist nicht unbedenklich, weil es sich dabei, wie z. B. die mit den Fußballverbänden FIFA und UEFA getroffene Vereinba-

vom 6. 3. 2002 („Sparkassengesetz zukunftsfähig gestalten“), Niedersächsischer Landtag, Drucksache 14/3203.

¹⁵ Pressemitteilung Nr. 238/02 der Staatskanzlei vom 26. 3. 2002: Entwurf zur Änderung des Sparkassengesetzes zur Umsetzung der Verständigung mit der EU-Kommission verabschiedet. Pressemitteilung Nr. 350/02 vom 28. 5. 2002. Der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes des Landes Sachsen-Anhalt wurde am 29. 5. 2002 eingebracht, Landtags-Drucksache 4/18.

¹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Brandenburgischen Sparkassengesetzes, Landtag Brandenburg, Drucksache 3/4149. Die Debatte im Landtag fand am 29. 5. 2002 statt. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Haushalt und Finanzen Drucksache 3/4461 vom 19. 6. 2002.

¹⁷ Gesetz zur Änderung sparkassenrechtlicher Vorschriften, Drucksache 13/1062. Erste Beratung am 19. 6. 2002, Landtag von Baden-Württemberg, 13. Wahlperiode, 27. Sitzung, Plenarprotokoll, S. 1605 ff.

¹⁸ Gesetz zur Erhaltung der kommunal verankerten Sparkassen im Freistaat Sachsen vom 6. 2. 2002, Sächs-GVBl. 2002, S. 70. Zur Umsetzung der EG-rechtlichen Vorgaben wurde am 31. 5. 2002 ein Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz über das öffentlich-rechtliche Kreditwesen im Freistaat Sachsen eingebracht, Sächsischer Landtag, Drucksache 3/6573. Vgl. dazu *Bernd Thode*, Konsens zur künftigen Sparkassenstruktur im Freistaat Sachsen, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 257 ff. und *Horst Metz*, Gesetz zur Herstellung einer einheitlichen Sparkassenstruktur im Freistaat Sachsen, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 747 f.

¹⁹ Volksentscheid vom 21. 10. 2001. Vgl. auch das Urteil des SächsVerfGH vom 23. 11. 2000, LKV 2001, 216.

²⁰ Vgl. Bayerischer Landtag (Fn. 5), Drucksache 14/8442, S. 1 (Punkt A) 1); Drucksache 8443, S. 4 (Punkt I).

²¹ Kritisch zum Ergebnis der Einigung zwischen EG-Kommission und Bundesregierung im Hinblick auf EuGH, Urt. v. 22. 11. 2001, Rs. C-53/00 – Ferring SA/Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) –, Slg. 2001, I-9067/9108 ff., Rn. 17, 22 ff. (= EuZW 2002, S. 48) *Gabriele Quardt*, Zur Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, EuZW 2002, S. 424 (426 ff.).

rung über „Grundsätze für die Änderung des FIFA-Reglements betreffend internationale Transfers“ vom 6. März 2001²² zeigt, um keinen Einzelfall handelt. Dort war die rechtliche Position der Kommission jedenfalls (noch) weniger begründet als hier.²³ Auf dieses grundsätzliche Problem soll an dieser Stelle aber nur hingewiesen werden. Ein erneutes Aufwerfen der Frage, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung doch EG-rechtlich zulässig wären,²⁴ lohnt sich nicht bzw. nur insoweit, als es um die Frage der „Umgestaltung“ der Anstaltslast geht.²⁵ Denn während die „Plattform“ die *Abschaffung* der Gewährträgerhaftung postuliert, verlangt sie hinsichtlich der Anstaltslast allein die „Ersetzung“, was auf eine noch genauer zu erörternde Modifikation hinausläuft. Mit der getroffenen Vereinbarung können Landesbanken und Sparkassen nach eigenem Bekunden nicht nur gut leben. Sie wird zumindest in amtlichen Verlautbarungen sogar als willkommener Anstoß zu Reformen gesehen,²⁶ die angesichts der veränderten Situation der Kapitalmärkte ohnehin fällig gewesen wären. So wird in der Literatur das Europarecht als „Katalysator der Sparkassenpolitik“ bezeichnet.²⁷

II. Die Vorgaben der Schlussfolgerungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung betreffend die Verständigung über Landesbanken und Sparkassen vom 17. Juli 2001

In der „Verständigung“ vom 17. Juli 2001 wurde die Ersetzung der Anstaltslast und die Abschaffung der Gewährträgerhaftung vereinbart. Wie dies konkret zu geschehen habe, wird in den „Schlussfolgerungen“ präzisiert. Diese enthalten konkrete Vorgaben für die Gesetzestexte und die Gesetzesbegründungen. In den Gesetzestexten selbst müssen mindestens die folgenden Elemente für die Ersetzung der Anstaltslast und die Abschaffung der Gewährträgerhaftung enthalten sein:

- Anstaltslast wird ersetzt durch die folgenden Bestimmungen:
- Der Träger unterstützt die Sparkasse/Landesbank bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach Maßgabe der folgenden Grundsätze/Bestimmungen.

²² Vgl. dazu *Christophe De Kepper*, EU-Sportrecht aktuell, SpuRt 2001, S. 98 f.

²³ Vgl. zum Ansatz der Kommission hinsichtlich der Transferentschädigungen für Berufsfußballspieler *Rudolf Streinz*, Die Freizügigkeit des Athleten, in: Urs Scherrer/Marco del Fabro (Hrsg.), Freizügigkeit im Europäischen Sport, 2002, S. 99 (110 ff.).

²⁴ Vgl. dazu allein die kontroversen Dissertationen von *Ulrich-Peter Kinzel*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Unbegrenzte staatliche Einstandspflicht für öffentliche Banken unter dem Beihilfe- und Durchführungsverbot des EG-Vertrages, 2000; *Peter-Christoph Skowronek*, Die europäischen Sparkassensysteme und das Wettbewerbsrecht der EU. Subventionsrechtliche Probleme im europäischen Sparkassenrecht, 2001; *Hilger von Livonius-Freiherr von Eyb*, Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilferegime. Eine Betrachtung aus deutscher Sicht, 2001.

²⁵ Vgl. dazu bereits von *Danwitz* (in diesem Band), S. 88 f.; *Kluth* (in diesem Band), S. 137 ff. Zur Würdigung der bisherigen Gesetzentwürfe in dieser Hinsicht siehe unten S. 189.

²⁶ Vgl. z. B. Deutscher Städtetag, Pressemitteilung vom 18. 7. 2001: „Kommunen begrüßen Einigung mit der Europäischen Union über die Zukunft der Sparkassen“. Positive Beurteilung nach Vorlage bzw. Erlass der neuen Sparkassengesetze zur Umsetzung der „Plattform“ von *Dirk Schmidt*, Die Verständigung von Brüssel als Beginn einer Reformphase, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 726 ff.

²⁷ So *Janbernd Oebbecke*, Das Europarecht als Katalysator der Sparkassenpolitik, VerwArch 93 (2002), S. 278 ff.

- Eine Verpflichtung des Trägers zur oder ein Anspruch der Sparkasse/Landesbank gegen den Träger auf Zurverfügungstellung von Mitteln besteht nicht.
- Die Sparkasse/Landesbank haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen.
- Die Haftung des Trägers der Landesbank ist auf das satzungsmäßige Kapital beschränkt.
- Der Träger der Sparkasse haftet nicht für deren Verbindlichkeiten.
- Alle Landesbanken und Sparkassen müssen insolvenzfähig sein (zu erreichen durch die Abschaffung der Bestimmungen der Länder, die auf § 12 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung²⁸ beruhen).
- Sämtliche bestehenden Bestimmungen über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, die mit dem Obigen im Widerspruch stehen, sind zu streichen.

Zusätzlich zu den Erklärungen für die Bestimmungen im Gesetzestext muss in der Begründung erscheinen, dass, soweit der Träger der Sparkasse/Landesbank dieser Mittel zur Verfügung stellt, dies ausschließlich im Einklang mit der Beihilfedisziplin der Europäischen Gemeinschaft erfolgt.

Die deutschen Behörden verpflichten sich durch gesonderte Schreiben

- dass sie jegliche künftige Zurverfügungstellung finanzieller Mittel an Sparkassen/Landesbanken der Kommission notifizieren werden für den Fall, dass diese Beihilfenelemente enthalten
- 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 werden wird
- 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
- zur Abschaffung jeglicher Verpflichtung von öffentlichen Stellen, sog. 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.

Schließlich werden auch genaue Vorgaben für den Gesetzestext und die Erklärungen in den Gesetzesbegründungen für das sog. „Grandfathering“ der Gewährträgerhaftung, d.h. die aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes gewährten Übergangsfristen und Übergangsregelungen für bereits begründete Verbindlichkeiten, getroffen.

²⁸ Insolvenzordnung (InsO) vom 5. 10. 1994, BGBl. I, S. 2866 (aktualisierte Fassung in Schönfelder, Nr. 110). § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO lautet: „Unzulässig ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes untersteht, wenn das Landesrecht dies bestimmt“.

III. Umsetzung der Vorgaben der „Schlussfolgerungen“ aus der „Verständigung“

1. Allgemein

Die bisher vorliegenden Entwürfe zur Anpassung der Landesbankgesetze an die Brüsseler Vorgaben sehen – in den Worten des Gesetzentwurfs der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale – „eine grundlegende strukturelle Neuausrichtung“ vor. Neben den durch Brüssel konkret geforderten Änderungen hinsichtlich Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der öffentlichen Hand, wodurch sich die Landesbank aber auch aus der „ständigen Beihilfeüberwachung der EU-Kommission“ löse, soll durch das Gesetz „die Grundlage für eine moderne Aufsichtsstruktur der Landesbank mit schlanken Gremienstrukturen, schnellen Entscheidungsprozessen und einer optimierten Risikokontrolle“ geschaffen werden. Mit geringem Neuordnungsaufwand werde mit dem flexiblen und für Investoren attraktiven Modell der Finanzholding AG die Möglichkeit zur Aufnahme von weiteren Partnern in den Kreis der Anteilseigner eröffnet.²⁹ Wichtig für die Sparkassen ist, dass die Verpflichtung der Bayerischen Landesbank auf den öffentlichen Auftrag und der arbeitsteilige Verbund zwischen den dem Regionalprinzip verpflichteten bayerischen Sparkassen und der überregional und international tätigen Landesbank erhalten bleiben soll. Eine weitere Verknüpfung bleibt durch die Möglichkeit europarechtskonformer Stützungsmaßnahmen im Einzelfall durch den Sparkassenverband Bayern für die Bank, die neben entsprechenden Maßnahmen des Freistaats Bayern fortbestehe. Dies ist das bayerische Modell, das für die Landesbank die Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts beibehält und allein die Übertragung der Trägerschaft vom Freistaat Bayern und vom Sparkassenverband Bayern auf eine juristische Person des Privatrechts durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (Beleihung) ermöglicht, an der sich dritte Aktionäre beteiligen können, an der aber der Freistaat und der Sparkassenverband (zusammen) die Mehrheit haben müssen. Dagegen wird z.B. die Westdeutsche Landesbank privatisiert und selbst zu einer Aktiengesellschaft. Auf diese unterschiedlichen Wege und ihre Vereinbarkeit mit den Brüsseler Vorgaben wird Herr Huber eingehen.

Die bisher als eingebrachte Gesetzentwürfe vorliegenden Änderungen der Sparkassengesetze beschränken sich dagegen hauptsächlich auf die Erfüllung der Brüsseler Vorgaben. Diese Beschränkung auf das „europarechtlich Notwendige“ wurde kritisiert.

So fordert z.B. der Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkrestages (DLT), Hans-Günter Hennecke, nicht nur eine EG-Rechts-konforme Regelung.³⁰ Diese ist in

²⁹ Bayerischer Landtag (Fn. 5), Drucksache 14/8442, S. 2.

³⁰ Behörden Spiegel, DLT-Positionen: „Ruckeln an den Grabplatten“. *Hans-Günther Hennecke* zur Zukunft der Sparkassen.

der Tat geboten, um – relative – Rechtssicherheit zu erhalten, die ja auch das Motiv für die Beteiligten auf deutscher Seite war, sich auf die „Verständigung“ einzulassen. Nur relativ ist diese Rechtssicherheit deshalb, weil eine Verständigung mit der Kommission nicht davor schützt, dass Individuen, d. h. hier in erster Linie Privatbanken, die ja auch durch ihre Beschwerden die Kontroverse über die Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Beihilfenrecht ausgelöst haben,³¹ durch entsprechende Klagen, die ggf. als Direktklagen (Konkurrentenklagen, nach h. M. ermöglicht in Ergänzung zu Art. 230 Abs. 4, Art. 232 Abs. 3 EGV),³² aber auch ggf. über Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV an den EuGH gelangen können, diesen veranlassen, als für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts letztlich zuständiges Organ (vgl. Art. 220 EGV) die „Verständigung“ und die daraus gezogenen „Schlussfolgerungen“ selbst auf den Prüfstand des Gemeinschaftsrechts zu stellen. Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der „Plattform“, jedenfalls an ihrer Interpretation durch die deutsche Seite in einzelnen Punkten, wurden bereits geäußert.³³ Ich möchte mich dem insoweit nicht anschließen, aber doch auf die nur relative, d. h. gegenüber der Kommission selbst bestehende Schutzwirkung von solchen Vereinbarungen hinweisen. Im Bosman-Urteil hat der EuGH hinsichtlich der sog. „3+2-Regelung“,³⁴ die er für unvereinbar mit Art. 39 EGV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) erklärt hat, festgestellt: „Schließlich ist ... daran zu erinnern, dass die Kommission abgesehen von den Fällen, in denen ihr solche Befugnisse ausdrücklich eingeräumt werden, nicht berechtigt ist, Garantien hinsichtlich der Vereinbarkeit eines bestimmten Verhaltens mit dem Vertrag zu geben ... Keinesfalls hat sie die Befugnis, gegen den Vertrag verstoßende Verhaltensweisen zu genehmigen“.³⁵ Über dieses gemeinschaftsrechtlich Gebotene hinaus forderte Hennecke die Einbeziehung landesrechtlicher Fragen, insbesondere die Verankerung der „modifizierten Anstaltslast“, also die Berechtigung des Trägers, finanziell einzuspringen, und die Verankerung des öffentlichen Auftrags der Sparkassen.³⁶ Dies ist zum Teil berücksichtigt worden, weil insoweit ein Zusammenhang mit den EG-rechtlichen Fragen besteht. Denn die Anstaltslast ist, im Gegensatz zur Gewährträgerhaftung, nach der „Verständigung“ nicht „abzuschaffen“, sondern (gemeinschaftsrechtskonform!) zu „ersetzen“, wobei ein gesetzlich definierter und vorgeschriebener öffentlicher Auftrag der Sparkassen im Hinblick auf die Modifikation der Wettbewerbsregeln einschließlich der Beihilfavorschriften für Unterneh-

³¹ Beschwerde der Europäischen Bankenvereinigung (Fédération Bancaire de l'Union Européenne/Banking Federation of the European Union) vom 21. 12. 1999, begründet am 26. 7. 2000. Die Begründung ist abgedruckt in *von Livonius-Freiherr von Eyb* (Fn. 24), S. 201 ff. (Anhang XII) und bei *Kluth* (Fn. 1), Anhang 4, S. 151. Vgl. auch *Quardt* (Fn. 21), *EuZW* 2002, S. 425.

³² Vgl. dazu *Christian Koenig/Matthias Pechstein/Claude Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 429 ff., Rn. 622 ff. Zur Klagemöglichkeit der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute mit dem Argument, die „Verständigung“ gehe zu weit, vgl. *Quardt* (Fn. 21), *EuZW* 2002, S. 428.

³³ Vereinzelt Kritik kam seitens der privaten Banken.

³⁴ Vgl. dazu *Thomas Summerer*, Sport und Europarecht, in: *Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister/Thomas Summerer*, Praxishandbuch Sportrecht, 1998, 7. Teil, Rn. 34; *Martin Schimke*, Sportrecht, 1996, S. 225 f.

³⁵ EuGH, Urt. v. 15. 12. 1993, Rs. C-415/93 – Union royale belge des sociétés de football association ASBL u. a./Bosman –, *Slg.* 1995, I-4921/5078, Rn. 136.

³⁶ Siehe Fn. 30.

men, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, durch Art. 86 Abs. 2 EGV besondere Gestaltungsspielräume eröffnen könnte. Ferner verlangt Hennecke eine präzise Regelung der Überschussverwendung und der Vermögensverwendung bei Auflösung einer Sparkasse. Dadurch soll nicht etwa das Ende der Sparkassen herbeigeführt werden, sondern sie sollen im Gegenteil privatisierungsresistent gemacht werden. Die öffentliche Rechtsform wirke gegen „kommunale Gelüste zum Stopfen von Haushaltslöchern“. Bei einer „Endschaftsregelung“ müsse das Vermögen gemeinnützigen Zwecken zugeführt werden. Diese Regelungen dienen somit der Stabilisierung des Sparkassen. All diese Punkte seien ein unauflösliches Paket. Die Sparkassen bräuchten eine klare Orientierung. Hinzu kämen noch Fragen des Haftungsverbundes, die jedoch nicht durch das Gesetz, sondern durch Vereinbarungen gelöst werden müssten, die den Gläubigern der Sparkassen auch im Konkursfall ihr Geld sichern.³⁷

Gegenüber dem von der Landesregierung vorgelegten Vorentwurf zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Niedersachsen wurde unter der Überschrift „Sparkassengesetz zukunftsfähig gestalten“ von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen ein Entschließungsantrag für den Landtag eingebracht, wonach der vorgelegte Vorentwurf „unzureichend“ sei. Allein eine Anpassung des Gesetzes an die aufgrund der Brüsseler Verständigung geforderten Neuerungen reiche nicht aus, um den Sparkassen zukunftstaugliche Entwicklungsmöglichkeiten zu eröffnen. Die Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der Kreditinstitute hätten sich aus vielfältigen, näher aufgeführten Gründen (Telefon- und Internetbanking; Selbstbedienung am Automaten; zunehmender Wettbewerb im Bankenwesen; Fusionsdruck) stark verändert. Über die aufgrund der Brüsseler Verständigung notwendigen Änderungen hinaus müsse das Sparkassengesetz so geändert werden, dass „die Versorgung von Bürgerinnen und Bürgern vor Ort mit kostengünstigem Geld und kreditwirtschaftlichen Dienstleistungen erhalten bleibt, die mittelständische Wirtschaft durch Kreditinstitute vor Ort auch weiterhin unterstützt wird, Sparkassenfusionen über die Kreisgrenzen hinweg erleichtert werden, den Sparkassen die Option eröffnet wird, die Sparkasse unter Wahrung des öffentlichen Auftrags von einer Anstalt des Öffentlichen Rechts in eine andere Rechtsform zu überführen, und den Sparkassen ermöglicht wird, z. B. mit genossenschaftlich organisierten Kreditinstituten, über die jetzt teilweise schon praktizierten Kooperationen hinaus auch zu fusionieren. Sparkassen bräuchten Freiräume, um langfristig leistungs- und wettbewerbsfähig am Markt agieren und so den öffentlichen Auftrag aus einer Position der Stärke heraus erfüllen zu können.“³⁸

Der dringende Diskussionsbedarf über die künftige Positionierung der Sparkassen in der sich wandelnden Bankenlandschaft ist allgemein anerkannt. So verweist auch z. B. der Bayerische Städtetag auf die Zunahme des Direktbankings und insbesondere die Auswirkungen von „Basel II“, der Neufassung der Eigenkapitalregelung für Kreditinstitute des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht von 1988. Dabei geht es

³⁷ Siehe Fn. 30.

³⁸ Niedersächsischer Landtag, Drucksache 14/3303.

im wesentlichen darum, die Kapitalanforderungen an Banken stärker als bisher von ökonomischen Risiken abhängig zu machen und neuere Entwicklungen an den Finanzmärkten sowie im Risikomanagement zu berücksichtigen. Die pauschale Regel, dass Kredite an Unternehmen mit 8 Prozent Eigenkapital unterlegt werden müssen, soll ab 2005 nach der Bonität der Schuldner differenziert werden.³⁹ Die Auswirkungen für die mittelständische Wirtschaft werden kontrovers diskutiert.⁴⁰ Der Bayerische Städtetag fordert daher, dass die Diskussion über notwendige Konsequenzen, die auch die Frage der Rechtsform betreffe, bald geführt werden müsse. Er hält sie jedoch „nicht für ein Schnellverfahren“ geeignet und erklärt sich deshalb im jetzigen bayerischen Gesetzgebungsverfahren mit der sog. „kleinen Lösung“ einverstanden, erwartet jedoch zu den weiteren Strukturfragen einen raschen Einstieg in die Diskussion. Als wichtigen Erfolg sieht er die gegen den Widerstand des Sparkassenverbands Bayern erfolgte gesetzliche Verankerung der Eigentümerstellung der Kommunen.⁴¹

Die Position des Bayerischen Städtetags macht ein Dilemma deutlich, in dem die gegenwärtigen Reformbestrebungen stecken: Einerseits ist nicht nur hinsichtlich der Landesbanken, sondern auch hinsichtlich der Sparkassen eine Überprüfung der bestehenden gesetzlichen Regelungen erforderlich, wozu sich in der Tat – wie auf anderen Gebieten auch, man denke nur an die eben erfolgte Schuldrechtsreform⁴² – der Anlass gemeinschaftsrechtlich bedingter Anpassungen anböte. Dem steht jedoch das enge Korsett des sehr knapp, wie die bereits erfolgte und dennoch als unzulänglich erwiesene erweiterte Verlängerung gezeigt hat, zu knapp bemessenen Zeitrahmens für die gebotenen Anpassungen entgegen. Nach den „Schlussfolgerungen“ vom 28. Februar 2002 waren die dort genannten Selbstverpflichtungen bis 15. März 2002 beizubringen und wurde für die übrigen Maßnahmen der Zeitplan der Verständigung vom 17. Juli 2001 mit der Maßgabe bestätigt, dass der ursprünglich auf den 31. März 2001 festgelegte Zeitpunkt zur Zuleitung der jeweiligen Gesetzgebungsvorschläge an die zuständigen Gesetzgebungsorgane – den die Bayerische Staatsregierung übrigens mit dem Gesetzentwürfen vom 18. Dezember 2001 eingehalten hat – bis zum 31. März 2002, in begründeten Ausnahmefällen bis längstens 31. Mai 2002 verlängert wurde. Wie eingangs erwähnt, wurde das Gesetzgebungsverfahren nicht in allen Ländern fristgerecht eingeleitet, immerhin aber innerhalb oder knapp nach der letzten Verlängerungsfrist. Auch aus anderen Bereichen, man denke an die „Vollendung des Binnenmarkts“, ist bekannt, dass im Bereich der Europäischen Union bzw. Europäischen Gemeinschaften das Unmögliche gefordert wird, damit das Mögliche möglich wird.

³⁹ Vgl. dazu Deutsche Bundesbank, Basel II – Die neue Baseler Eigenkapitalvereinbarung. Mehrere Beiträge im „Schwerpunkt Basel II“ in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 98 ff.

⁴⁰ Vgl. z. B. Hans Tietmeyer/Bernd Rolfes (Hrsg.), Basel II – Das neue Aufsichtsrecht und seine Folgen. Beiträge des Duisburger Banken-Symposiums, 2002; Stephan Paul/Stefan Stein/Andreas Horsch, Treiben die Banken den Mittelstand in die Krise?, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 55 (2002), S. 578 ff.

⁴¹ Informationsbrief Bayer. Städtetag 1/2002.

⁴² Vgl. dazu z. B. Martin Schwab, Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002, S. 1 ff. m. w. N.

2. Der Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Sparkassengesetzes

Der am 18. Dezember 2001 eingebrachte Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Sparkassengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 1956, zuletzt geändert am 10. August 1994, sieht entsprechend den Formulierungsvorschlägen, auf die sich der Deutsche Sparkassen- und Giroverband und die Vertreter der obersten Sparkassenaufsichtsbehörden aller Länder einvernehmlich geeinigt haben,⁴³ die Ersetzung des bisherigen Art. 4, der die unbeschränkte Haftung der Körperschaft, welche die Sparkasse errichtet (Gewährträger), für die Verbindlichkeiten der Sparkasse vorsieht, durch folgende Regelung über „Trägerschaft und Haftung“ vor:

Art. 4

„(1)¹ Die Körperschaft, welche die Sparkasse errichtet (Träger) unterstützt die Sparkasse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Sie stellt der Sparkasse die notwendigen Mittel nach kaufmännischen Grundsätzen zur Verfügung.

(2) Die Sparkasse haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen.“

Dadurch soll ausweislich der amtlichen Begründung „die Anstaltslast in der modifizierten Form geregelt werden, wie sie der Brüsseler Verständigung zugrunde liegt“. Die uneingeschränkte Anstaltslast wird durch eine Regelung ersetzt, nach der eine allgemeine Förderungs- und Finanzierungsverantwortung des Trägers festgelegt wird, wie sie auch als Treue- und Förderungspflicht der Gesellschafter bei Gesellschaften des Privatrechts bestehe. Damit werde den in der „Verständigung“ festgehaltenen Grundsätzen Rechnung getragen, wonach insbesondere jeglicher Automatismus einer wirtschaftlichen Unterstützung zugunsten der Sparkasse ausgeschlossen ist. Statt dessen werde es dem Anstaltsträger wie einem Privateigner bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft überlassen, nach kaufmännischen Grundsätzen zu entscheiden, ob er der Sparkasse Kapital zuführen will oder nicht. Art. 4 Abs. 2 stelle klar, dass auch nach dem Wegfall der Gewährträgerhaftung für Ansprüche gegen die Sparkasse diese mit ihrem gesamten Vermögen haftet. In allen folgenden Artikeln des Sparkassengesetzes wird jeweils das Wort „Gewährträger“ durch das Wort „Träger“, das Wort „Gewährträgerschaft“ durch das Wort „Trägerschaft“ ersetzt. Der neu eingefügte Art. 33 regelt die „Haftung des Gewährträgers“, wie sie nach der „Grandfathering“-Bestimmung der „Verständigung“ zulässig ist. Danach haftet der Gewährträger der Sparkasse am 18. Juli 2005 für die zeitgerechte Erfüllung sämtlicher zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten der Sparkasse, und zwar für Verbindlichkeiten, die bis zum 18. Juli 2001 ihrem Grunde nach an-

⁴³ Vgl. Landtag Nordrhein-Westfalen, Drucksache 13/2124, B: Im Zusammenwirken des Bundes, der Länder, des DSGV, Vertretern von Landesbanken und der Bundesvereinigung der Kommunalen Spitzenverbände wurden zu den Anforderungen, die sich aus der Verständigung mit der EU-Kommission zwingend ergeben, Formulierungen zur einheitlichen Umsetzung entwickelt, die nun im Sinne eines identischen Vorgehens in den Ländern umgesetzt werden sollen.

gelegt waren, zeitlich unbegrenzt, für danach begründete Verbindlichkeiten nur bei Fälligkeiten, die bis zum 31. Dezember 2015 eintreten.

Bayern ist somit fristgerecht, d. h. bis zum in der „Verständigung“ vereinbarten Termin 31. Dezember 2001, der Verpflichtung nachgekommen, dem Landtag Vorschläge für die notwendigen rechtlichen Maßnahmen gemäß den Grundsätzen des „Plattform-Modells“ zu unterbreiten. Hätte man sich lieber an die Regel „festina lente“, also „Eile mit Weile“ halten sollen? Als problematisch hat sich nämlich erwiesen, dass erst nach Ablauf des in der „Verständigung“ vereinbarten Endtermins, nämlich am 28. Februar 2002, die „Schlussfolgerungen“ festgelegt wurden, die, wie gezeigt, konkrete Vorgaben für die Gesetzestexte enthalten, die so im Gesetzentwurf vom 18. Dezember 2001 noch nicht berücksichtigt werden konnten. Freilich: Der Bedarf für solche Präzisierungen hat sich wohl erst im Angesicht der konkret unterbreiteten Gesetzesinitiativen bzw. Vorentwürfe gezeigt. Insofern fällt dies unter das normale Prozedere eines Gesetzgebungsverfahrens, das ja im Diskurs – nach der jedenfalls in vielen Bereichen unrealistisch gewordenen Idealvorstellung des Parlamentarismus – die Optimierung der Gesetze erreichen soll. Für den bayerischen Landesgesetzgeber hatte dies zur Folge, dass der Gesetzentwurf den konkreten Vorgaben der „Schlussfolgerungen“ angepasst werden musste. Dies ist – ohne konkreten Hinweis auf die „Schlussfolgerungen“ – im fraktionsübergreifenden Änderungsantrag vom 18. April 2002⁴⁴ geschehen. Art. 4 Abs. 1 Satz 1, der die Unterstützungspflicht des Trägers enthält, wird durch die Maßgabe ergänzt, „dass ein Anspruch der Sparkasse gegen den Träger oder eine sonstige Verpflichtung des Trägers, der Sparkasse Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht besteht“ (vgl. die Forderung A. 3 der „Schlussfolgerungen“). Der neue eingefügte Art. 4 Abs. 2 Satz 2 stellt klar, dass der Träger der Sparkasse nicht für deren Verbindlichkeiten haftet (vgl. die Forderung A. 5 der „Schlussfolgerungen“). Art. 33 wurde der in den „Schlussfolgerungen“ präzisierten „Grandfathering“-Klausel angepasst.

Unabhängig von den Brüsseler Vorgaben schreibt Art. 1 Abs. 1 die Eigentümerstellung der Kommunen fest, indem die Sparkassen ausdrücklich „als ihre Unternehmungen“ bezeichnet werden.⁴⁵

IV. Würdigung der Umsetzung

Die Umsetzung der „Schlussfolgerungen“ durch den bayerischen Gesetzgeber stellt, wie gesagt, eine „kleine Lösung“ dar, was aus den genannten Gründen unbefriedigend sein mag, aber durch den Zeitrahmen bedingt ist. Zu begrüßen ist die Festschreibung der Eigentümerstellung der Kommunen, die offenbar doch nicht so selbstverständlich war, wie vom Sparkassenverband Bayern behauptet, denn warum hätte man sich ve-

⁴⁴ Änderungsantrag der Abgeordneten Dr. Kempfler, Schreck CSU, Dr. Jung, Egleder SPD, Tausendfreund BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Sparkassengesetzes (Drs. 14/8443) vom 18. 4. 2002, Bayerischer Landtag, Drucksache 14/9249.

⁴⁵ Mittlerweile ist das Gesetz in der Fassung des Änderungsantrags (Fn. 44) verabschiedet worden. Siehe dazu oben Fn. 5 m. w. N.

hement gegen die gesetzliche Verankerung einer „Selbstverständlichkeit“ gewehrt. Im übrigen entspricht der Gesetzentwurf den Vorgaben der „Schlussfolgerungen“ und ist insoweit EG-rechts-konform. Entscheidend ist aber, dass bei der praktischen Durchführung des Gesetzes die EG-rechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Dies gilt insbesondere für die „Unterstützung“ der Sparkasse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben durch den Träger. Die amtliche Begründung des geänderten Gesetzentwurfs weist zutreffend darauf hin, dass sich die Kriterien für die Einordnung einer Maßnahme als „Beihilfe“ und die Möglichkeiten und Grenzen für Beihilfen unmittelbar aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht (Art. 87 ff. EGV und die dazu erlassenen Durchführungsbestimmungen des Sekundärrechts) ergeben und einer nationalen Regelung nicht zugänglich sind. Es ist daher missverständlich, wenn zugleich in der amtlichen Begründung ausgeführt wird, es bleibe dem „unternehmerischen Ermessen des Trägers überlassen“, ob und wie er die Sparkasse mit Kapital oder sonstigen Mitteln ausstatten will.⁴⁶ Denn dieses Ermessen unterliegt, wie im folgenden Teil der amtlichen Begründung durchaus zutreffend erkannt wird, insoweit gemeinschaftsrechtlicher Kontrolle, als Mittelzuführungen im Einklang mit dem europäischen Beihilferecht stehen müssen. Danach haben sich Kapitalzuführungen des Trägers am Prinzip eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zu orientieren. Das ist dann der Fall, wenn eine angemessene Eigenkapitalrente oder ein Wertzuwachs normalerweise erwartet werden kann. Jedoch bedeutet der Vergleichsmaßstab eines privaten Unternehmers (sog. „private investor test“), selbst wenn dies (leider) heute in vielen Fällen einer volkswirtschaftlich und letztlich auch betriebswirtschaftlich schädlichen Realität entsprechen mag, nicht zwangsläufig eine Orientierung an kurzfristigen Gewinnen. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des Gerichts Erster Instanz (EuG) ist „marktwirtschaftlich“ durchaus auch eine Ausrichtung im Sinne einer strukturellen Anlagepolitik mit der Erwartung längerfristiger Gewinne oder eines Wertzuwachs des Beteiligungsunternehmens.⁴⁷ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit die Kommune schon ohne Berücksichtigung eines zu begründenden „Daseinsvorsorgeauftrags“ der Sparkassen (vgl. Art. 86 Abs. 2 EGV) ihre Gesamtinteressen (Strukturpolitik, Arbeitsmarktpolitik) mitberücksichtigen darf⁴⁸ und inwieweit dies ggf. im Rahmen eines begründeten Daseinsvorsorgeauftrags zulässig ist. Wenn eine Mittelzuführung Beihilfeelemente enthält, und zwar auch im Rahmen eines Unternehmens, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, wird bei Überschreitung der Befreiungstatbestände eine Notifizierung bei der Europäischen Kommission notwendig – zwar nur dann, aber auch immer dann. Somit sind „normale“ Kapitalerhöhungen oder Einlagen im laufenden Geschäft, bei denen

⁴⁶ Drucksache 14/9249 (Fn. 5), S. 1 (Begründung zu § 1 Nr. 2).

⁴⁷ Vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 21. 3. 1991, Rs. C-305/89 – Italien/Kommission (Alfa Romeo) –, Slg. 1991, I-1603/1640, Rn. 20; EuG, Urt. v. 15. 9. 1998, Rs. T-11/95 – BP Chemicals/Kommission –, Slg. 1998, II-3235/3285 ff., Rn. 161 ff. Vgl. dazu z. B. *Bertold Bär-Bouyssière*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 87, Rn. 30 m. w. N.

⁴⁸ Nach EuGH, Urt. v. 10. 7. 1986, Rs. 40/85 – Belgien/Kommission –, Slg. 1986, 2321/2345, Rn. 13; Urt. v. 10. 7. 1986, Rs. 234/84 – Belgien/Kommission/ („Meura“) –, Slg. 1986, 2263/2286, Rn. 14 haben sozial- oder regionalpolitische Erwägungen außer Betracht zu bleiben.

der Beihilfecharakter regelmäßig zu verneinen sein wird, von (auch nur möglichen) Beihilfen abzugrenzen.⁴⁹ Im Zusammenhang mit der Erwägung einer Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EGV stellt sich die Frage, ob und inwieweit man Sparkassen in ihren spezifischen Eigenschaften „braucht“ oder nicht.

V. „Brauchen wir Sparkassen?“

Die von Janbernd Oebbecke in einem im Mai 2001 gehaltenen Vortrag zur Zukunft des kommunalen Sparkassenwesens gestellte Frage, ob wir noch Sparkassen brauchen,⁵⁰ ist rechtlich und politisch aktuell. Politisch, weil hinter den Initiativen der Privatbanken, die die EG-Kommission in ihrem Vorgehen gegenüber den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland zumindest bestärkt haben,⁵¹ zumindest zum Teil ein grundsätzlicher Angriff gegen die Institution Sparkasse steht, den diese letztlich nur bestehen kann, wenn die für die Kommunen wohl feststehende bejahende Antwort⁵² auch nach einer kritischen Prüfung allgemein gegeben werden kann.⁵³ Rechtlich, weil die „Modifizierung“ der Anstaltslast den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechen muss, diese aber auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse besondere Rücksicht nehmen. Gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln (nur), soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Damit sind zugunsten der Daseinsvorsorge punktuelle Ausnahmen von den allgemeinen Wettbewerbsvorschriften des Vertrags gestattet, wobei die Stellung der unmittelbar dem Gemeinwohl verpflichteten Einrichtungen mit dem durch den Amsterdamer Vertrag eingefügten Art. 16 EGV gestärkt wurde.⁵⁴ Danach tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten unbeschadet der Art. 73 (erlaubte Beihilfen im Bereich Verkehr), Art. 86 (öffentliche und monopolartige Unternehmen; Versorgungsunternehmen) und Art. 87 (Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen) in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts 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

⁴⁹ Diese Differenzierung wird prinzipiell erkannt im Änderungsantrag (Fn. 144), Bayerischer Landtag, Drucksache 14/9249, S. 2.

⁵⁰ Janbernd Oebbecke, Brauchen wir noch Sparkassen? Überlegungen zur Zukunft des kommunalen Sparkassenwesens, der gemeindehaushalt 2001, S. 169.

⁵¹ Vgl. zur Chronologie des Streits über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung *Quardt* (Fn. 21), EuZW 2002, S. 425; von *Livonius-Freiherr von Eyb* (Fn. 24), S. 168 f.

⁵² Vgl. Oebbecke (Fn. 50), der gemeindehaushalt 2001, S. 175.

⁵³ Zutreffend *Dieter Brümmerhoff/Erik Lehmann*, Öffentlich-rechtliche Sparkassen oder wie gemeinnützig ist der öffentliche Auftrag?, Zeitschrift für öffentliche und gesamtwirtschaftliche Unternehmen (ZöGU) 2000, S. 131 (147 f.).

⁵⁴ Geiger, EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2000, Art. 16 EGV, Rn. 1.

Aufgaben nachkommen können. Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute finden in der Erklärung Nr. 37 zum Amsterdamer Vertrag eine besondere Erwähnung.⁵⁵ Zwar darf diese Erklärung nicht überschätzt werden.⁵⁶ Auch hat Art. 16 EGV mangels hinreichender Bestimmtheit keine unmittelbare Geltung und begründet weder Leistungsansprüche des Bürgers noch Abwehrrechte der Unternehmen, welche Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse anbieten.⁵⁷ Jedoch wäre ein neuer Art. 16 EGV sicherlich nicht eingefügt worden, wenn er keine Änderung bewirken sollte.⁵⁸ Art. 16 EGV dispensiert zwar nicht von den allgemeinen Vorschriften, was in der Erklärung Nr. 13 der Schlussakte des Amsterdamer Vertrags⁵⁹ deutlich gemacht wird, in der die Vertragsparteien die uneingeschränkte Beachtung der bisherigen Rechtsprechung betonen.⁶⁰ Die „besondere Bedeutung“ ist aber bei der Rechtfertigung von möglichen Ungleichbehandlungen ein erheblicher Gesichtspunkt, dem bei der Anwendung des EG-Beihilfenrechts Rechnung zu tragen ist. Trotz der ambivalenten Formulierung und des rechtsdogmatisch unverfänglichen Wortlauts ist die eindeutige politische Absicht erkennbar, den öffentlichen Sektor gegen Wettbewerb und Deregulierung abzusichern. Dies wurde in den Jahren seit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages (am 1. Mai 1999) durch verschiedene Erklärungen bestärkt und ausgebaut.⁶¹ Genannt sei nur die Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa der Kommission.⁶² Art. 16 EGV sollte in seinem Einfluss auf die Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV nicht unterschätzt werden, was sich bereits in mehreren Schlussanträgen der Generalanwälte des EuGH zeigt.⁶³ Schließlich hat der EuGH selbst im Fall *Ferring* die Kompensation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch staatliche Mittel bereits vom Beihilfegriff ausgenommen.⁶⁴

⁵⁵ ABL. EG 1997 Nr. C 340/1 (138). Vgl. auch die Erklärung Österreichs und Luxemburgs zu Kreditinstituten, ABL. EG 1997 Nr. C 340/1 (143).

⁵⁶ Zur Rechtswirkung von Erklärungen (im Gegensatz zu Protokollen als Bestandteilen des Vertrags, vgl. Art. 311 EGV) vgl. *Geiger* (Fn. 54), Art. 311 EGV, Rn. 3f.

⁵⁷ *Armin Hatje*, in: Schwarze Art. 16 EGV, Rn. 7; *Christian Jung*, in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 16 EGV, Rn. 11.

⁵⁸ Zutreffend *Carl O. Lenz*, in: ders., EG-Vertrag. Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 16, Rn. 9.

⁵⁹ ABL. EG 1997 Nr. C 340/1 (133).

⁶⁰ Vgl. zur unterschiedlichen Interpretation dieser Vorschrift *Rudolf Streinz*, Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 842 m. w. N. in Fn. 52.

⁶¹ *Jung* (Fn. 57), Art. 86 EGV, Rn. 49; Art. 16 EGV, Rn. 13 m. w. N.

⁶² Europäische Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Dok. KOM (2000) 580 endg., ABL. EG 2001 C 17/8, bekräftigt vom Europäischen Rat von Nizza, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Bulleu 12–2000, S. 8 (15) Nr. 45 und Anlage II (Erklärung zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten), Bulleu 12–2000, S. 27f. Vgl. auch Europäische Kommission, 30. Wettbewerbsbericht (2000), Dok. SEK (2001) 694 endg.

⁶³ Vgl. *Jung* (Fn. 57), Art. 16 EGV, Rn. 13 m. w. N.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-53/00 (Fn. 21), Slg. 2001, I-9108 ff., Rn. 17, 22 ff. unter Berufung auf Urt. v. 7. 2. 1985, Rs. 240/83 – *Procureur de la République/Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* (ADBHU) –, Slg. 1985, 531/550, Rn. 18 – „Altöl-Urteil“. Vgl. dazu *Rudolf Streinz*, JuS 2002, S. 492 (493) und *Quardt* (Fn. 21), EuZW 2002, S. 426.

2. Die Sparkassen als Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bzw. mit gemeinwirtschaftlichen Pflichten betraut sind

Die 37. Erklärung zur Schlussakte von Amsterdam bestätigt den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland nicht nur, dass sie grundsätzlich im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse „eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung stellen“, sondern auch, dass die „Fazilitäten“, d. h. Vorteile, die ihnen zum Ausgleich der damit verbundenen Lasten gewährt werden, nach Auffassung der Kommission grundsätzlich mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sein sollen. Allerdings darf dies nicht als Generalexemtion angesehen werden, die eine Prüfung im Einzelfall erübrigt.⁶⁵ Bereits 1998 legte die Kommission einen Bericht an den Rat über „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bankensektor“ vor,⁶⁶ in dem sie es im Grundsatz und vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung als möglich ansieht, auch im Bankensektor Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse festzulegen. Die im Hinblick auf das Ferring-Urteil des EuGH unverständlich erscheinende Nachgiebigkeit gegenüber der Kommission⁶⁷ erklärt sich damit, dass für Landesbanken und Sparkassen, die hinsichtlich der Gemeinwohlpraxis sehr unterschiedlich zu beurteilen sind, insoweit eine einheitliche Regelung gefunden werden sollte. In der Realisierung der „Verständigung“ und der „Plattform“ kann aber durchaus differenziert werden, und dies geschieht auch. Angesichts der großen Unterschiede zwischen den Sparkassen selbst bieten sich Individuallösungen zwar an,⁶⁸ die aber eine „institutsscharfe“ Bewertung erfordern.⁶⁹ Die damit verbundenen konkreten Berechnungen sind allerdings sehr aufwendig, vor allem, wenn man – was zwischen der EG-Kommission einerseits, der Bundesregierung und den Landesregierungen andererseits umstritten ist⁷⁰ – die EG-Transparenzrichtlinie⁷¹ für einschlägig hält.

⁶⁵ Zutreffend *Jung* (Fn. 57), Art. 86 EGV, Rn. 40, Fn. 175.

⁶⁶ Von der Kommission angenommen am 17. 6. 1998, dem Rat vorgelegt am 23. 11. 1998; abgedruckt in ZBB 1998, S. 270 ff.

⁶⁷ Vgl. *Quardt* (Fn. 21), EuZW 2002, S. 426.

⁶⁸ Vgl. *Quardt* (Fn. 21), EuZW 2002, S. 427.

⁶⁹ Vgl. *Oebbecke* (Fn. 50), der gemeindehaushalt 2001, S. 170.

⁷⁰ Vgl. dazu *Oebbecke* (Fn. 50), der gemeindehaushalt 2001, S. 174, Fn. 67 m.w.N. Die Resolution von Hauptausschuss und Gewährträgergemeinden des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen vom 20. 3. 2001 „20 Punkte zur Zukunft der Sparkassen“ fordert in Nr. 19, sicherzustellen, dass die Transparenzrichtlinie auf die Sparkassen keine Anwendung findet. Hauptausschluss und Gewährträgergemeinden wenden sich entschieden gegen eine getrennte Bilanzierung von öffentlichen Aufgaben und reiner Geschäftsbankentätigkeit. Eine solche Aufteilung würde einen Mehraufwand verursachen, der von den Sparkassen nicht zu verkraften ist. Vgl. zur Ausnahme für kleinere Sparkassen (Bilanzsumme unter 800 Millionen Euro) *Kokott/Schick* (Fn. 2).

⁷¹ Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen vom 25. 6. 1980, aktualisierte Fassung in Sartorius II, Internationale Verträge – Europarecht, Loseblatt, Nr. 169. Zuletzt geändert durch Richtlinie 2000/52/EG vom 26. 7. 2000, ABl. EG 2000 Nr. L 193/75. Vgl. dazu *Andreas Bartsch*, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, EuZW 2000, S. 333 (334 ff.); *Gabriele Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirt-

Gemeinden und Kreise nehmen mit Hilfe der Sparkassen nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wahr.⁷² Der öffentliche Auftrag der Sparkassen ist zwar in den Sparkassengesetzen der Länder in allgemeinen Wendungen niedergelegt. Abgesehen von der Verpflichtung zur Annahme von Spareinlagen bzw. zur Führung von Girokonten fehlt es jedoch regelmäßig an einer ausdrücklichen Verpflichtung, etwa ein flächendeckendes Zweigstellennetz mit einem Basisangebot an Finanzdienstleistungen zu einheitlichen Preisen zu gewährleisten.⁷³ Um den Anforderungen des Art. 86 Abs. 2 EGV zu genügen oder gar gänzlich aus dem Beihilfegriff des Art. 87 EGV zu fallen bedarf der öffentliche Auftrag nach einer kritischen Prüfung⁷⁴ einer wesentlich präziseren Konkretisierung.⁷⁵ Dabei ist zwischen den einzelnen Funktionen, die üblicherweise der Sparkasse zugeschrieben werden (Gewährleistungsfunktion, Struktursicherungsfunktion, Hausbankfunktion, Wettbewerbsfunktion, Ankerfunktion, außerökonomische Förderfunktion),⁷⁶ zu unterscheiden. Denn nicht alle der von der Sparkasse erbrachten Funktionen sind solche, die als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können. Die außerökonomische Förderfunktion (z.B. die Unterstützung der Künste, des Sports etc.) ist ebenso wenig wie die Hausbankfunktion oder die Wettbewerbsfunktion eine Dienstleistung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV. Denn dabei handelt es sich um Ziele, die nicht der Allgemeinheit zugute kommen oder die nicht wirtschaftlicher Natur sind (allgemeine Unterstützungsleistungen, auch wenn diese als solche gemeinnützigen Zwecken dienen). Art. 86 Abs. 2 EGV kommt insoweit zur Anwendung, als es um die Gewährleistungsfunktion (umfassende Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft mit Finanzdienstleistungen), Struktursicherungsfunktion (Absicherung einer ausgeglichenen räumlichen Wirtschaftsstruktur) und Ankerfunktion (stabilisierende Verknüpfung von lokaler Wirtschaft und Finanzsektor) geht. Im Umfang des Preises, der auf dem Markt für die Erbringung dieser Aufgaben zu zahlen wäre, kann die öffentliche Gewalt den Landesbanken und Sparkassen eine Beihilfe zukommen lassen, ohne dass damit gegen Art. 87 Abs. 1 EGV verstoßen würde⁷⁷ bzw. ohne dass nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH im Ferring-Urteil⁷⁸ überhaupt eine

schaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641 (1647 ff.).

⁷² BVerfG, NVwZ 1995, S. 370 (371); BVerfGE 75, 192 (199 f.) m. w. N: Ungeachtet dessen, dass sich die Tätigkeiten der privatwirtschaftlichen Banken und der öffentlich-rechtlichen Sparkassen im Laufe der Zeit immer mehr einander angeglichen hätten, ändere dies nach herrschender Rechtsauffassung nichts daran, dass die Sparkassen öffentliche Aufgaben aus dem Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge erfüllen.

⁷³ Vgl. dazu *Thomas von Danwitz*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung – Eine Perspektive für das öffentliche Kreditwesen?, NVwBl. 2002, S. 132 (137) m. w. N. in Fn. 65.

⁷⁴ Vgl. dazu *Brümmerhoff/Lehmann* (Fn. 53), ZögU 2000, S. 133 ff.

⁷⁵ Vgl. auch *Michael Brenner*, Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren öffentlichen Unternehmen (in diesem Band), S. 91.

⁷⁶ *Eberhard Kruse*, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts, NVwZ 2000, S. 721 (723 f.) zu differenzieren.

⁷⁷ So *Martin Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: Rudolf Hrbek/Martin Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 39 (58).

⁷⁸ Siehe oben Fn. 64.

Beihilfe vorliegt. Letztere Unterscheidung ist deshalb bedeutsam, weil zwar alle Beihilfen, auch solche, die über Art. 86 Abs. 2 EGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gerechtfertigt werden können, gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EGV meldepflichtig sind,⁷⁹ aber auch nur diese.⁸⁰ Der Umfang dieses Marktpreises könnte dadurch festgestellt werden, dass die Pflicht zur Errichtung einer flächendeckenden Präsenz ausgeschrieben und somit festgestellt wird, was private Anbieter hierfür (realistisch) verlangten.⁸¹

Dass – unabhängig von der Ferring-Rechtsprechung des EuGH – gerade auch im Bankenbereich der Ausgleich von Kosten eines öffentlichen Auftrags beihilfenrechtlich zulässig ist, zeigt die jüngste Entscheidungspraxis der Kommission, wo die Erstattung der Kosten für Bankdienstleistungen für Sozialhilfeempfänger, die nach einer Ausschreibung der britischen Postbank übertragen wurden, als durch Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt angesehen wurde.⁸² Einen öffentlichen Auftrag hat die Kommission auch im Fall des französischen Sparbuchs („Livret Bleu“) anerkannt, das ausschließlich Crédit Mutuel vertreibt, und das dafür einen Ausgleich vom französischen Staat erhält.⁸³

2. Rechtspolitische Bewertung – Chancen für die Sparkassen

Die durch den europarechtlichen Anstoß ausgelöste Diskussion über die Sparkassen hat, unabhängig davon, ob der geschlossene Kompromiss für die Sparkassen rechtlich wirklich geboten war, sicher einen positiven Effekt: Die Sparkassen, ihre kommunalen Träger und der für die gesetzlichen Grundlagen verantwortliche Gesetzgeber wurden gezwungen, sich der spezifischen Funktion der Sparkassen bewusst zu werden und diese zu überdenken. Und dies in einer Zeit, in der die Veränderungen auf den Finanzmärkten ohnehin dazu zwingt. Dabei zeigt sich, wie gefährlich Prognosen und einseitige Ansätze sind: Wurden noch vor ein bis zwei Jahren E-commerce, Investmentbanking und Brokerage als zukunftsorientierte Geschäftsfelder mit attraktiven Erträgen angesehen, in denen die Sparkassen als „Preis für Gemeindeorientierung und Konsequenz des öffentlichen Auftrags“ eher wenig präsent seien,⁸⁴ haben heute gerade diese Geschäftsfelder, insbesondere wegen des Einbruchs der Aktienkurse, aber auch der Überschätzung des E-commerce, erheblich zum Rückgang der Bankgewinne bis hin zum Auflaufen von Verlusten beigetragen. Die Verunsicherung vieler Privatkunden führte dazu, dass eher konventionelle Anlageformen, die Domäne der Sparkassen, wieder attraktiv wurden. Dies eröffnet den Sparkassen neue Chancen der Kundengewinnung wie der Kundenbindung, wozu auch die Arroganz mancher Groß-

⁷⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 22. 6. 2000, Rs. C-332/98 – Französische Republik/Kommission –, Slg. 2000, I-4833/4858, Rn. 31.

⁸⁰ Vgl. Streinz (Fn. 64), JuS 2002, S. 493 m. w. N. in Fn. 16.

⁸¹ Nettesheim (Fn. 77), S. 58. Vgl. auch Quardt (Fn. 21), EuZW 2002, S. 427.

⁸² Entscheidung N 514/2001 C (2002) 311 zu UK Universal Banking Services. Zitiert nach Quardt (Fn. 21), EuZW 2002, S. 427, Fn. 18.

⁸³ Vgl. dazu Quardt (Fn. 21), EuZW 2002, S. 427.

⁸⁴ Münstermann (Fn. 4), ZKF 2001, S. 204.

bank gegenüber „Kleinverdienern“ unter, sagen wir, einer Million – Mark oder Euro, die Summe soll nur die Tendenz kennzeichnen – beitrug.⁸⁵ Die Gewährleistungsfunktion der Sparkassen erhält dadurch eine ganz neue Dimension, weit über Sozialhilfempfänger und Kontoinhaber mit sehr niedrigem Einkommen hinaus, denen gegenüber die Sparkassen einem Kontrahierungszwang unterliegen. Letzterer darf, wie gezeigt, durch Leistungen des Staates ausgeglichen werden, nach Auffassung der Kommission als durch Art. 86 Abs. 2 EGV gestattete Beihilfe,⁸⁶ nach dem Ferring-Urteil des EuGH als Nachteilsausgleich, der den Beihilfecharakter sogar entfallen lässt.⁸⁷ Die Erhaltung dieser Funktion sollte dazu veranlassen, die Reduzierung des Zweigstellennetzes unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten zu überdenken, wobei freilich auch die Sparkassen wirtschaftlich denken und handeln – und ggf. Zweigstellen auch schließen – müssen.

Dies gilt auch für die Förderung des regionalen Mittelstandes in der Region. Auch Sparkassen können und dürfen nicht auf Dauer unrentable Unternehmen fördern. Hohe sog. „Wertberichtigungen“ bringen sie ebenso in eine Schieflage wie Privatbanken, wengleich (noch) der Steuerzahler dafür gerade stehen muss. Mit dem Wegfall der Gewährträgerhaftung wird dies insoweit verboten, nach der Modifizierung der Anstaltslast ist das Zuschießen öffentlicher Mittel, um Sparkassen am Leben zu erhalten, nicht mehr uneingeschränkt möglich. Wenn dies zu einer kritischeren Prüfung mancher Kreditvergabe beiträgt, kann darin ein positiver Nebeneffekt gesehen werden. Allerdings: Gerade die Mittelstandsförderung als öffentlicher Auftrag mit der Bereitstellung von Wagniskapital für Existenzgründungen oder der dauerhaften Finanzierung von kleineren Wirtschaftsstrukturen am Ort, wobei die Einschätzung von Risiken durch eine fundierte Kenntnis des lokalen und regionalen Wirtschaftsraums eigentlich erleichtert sein sollte,⁸⁸ muss als zweites Element der Gewährleistungs- und Struktursicherungsfunktion neben der flächendeckenden Versorgung von Privatkunden⁸⁹ nicht nur stärker herausgestellt, sondern auch effektiver gestaltet werden.⁹⁰ Der Infrastrukturauftrag⁹¹ muss sehr viel schärfer konturiert werden, als dies bislang geschehen ist.⁹² All dies sollte unter dem oft vernachlässigten Aspekt geschehen, dass die Daseinsvorsorge selbst ein Beitrag zum shareholder-value der auf das Gemeinwohl verpflichteten Sparkasse für ihre Träger ist: shareholder-value bedeutet für die Kommune sowohl Rendite oder Firmenwert als auch Zusatzertrag bei der Erfüllung öf-

⁸⁵ Vgl. dazu die von *Wolfgang Däubler*, Kleine und große Bankkunden, NJW 2000, S. 1535 f. geschilderten Beispiele. Zutreffend aufgegriffen von *Oebbecke* (Fn. 50), der gemeindehaushalt 2001, S. 169.

⁸⁶ Vgl. oben Fn. 82.

⁸⁷ Vgl. oben Fn. 64.

⁸⁸ Vgl. *Ferdinand Kirchhof*, Sparkasse und Kommune – Daseinsvorsorge oder shareholder-value?, in: Janbernd *Oebbecke*/Joachim *Bauer*/Hermann *Pünder* (Hrsg.), Perspektiven der kommunalen Sparkassen. Symposium des Freiherr-vom-Stein-Instituts am 24. Februar 2000, Schriftenreihe des Freiherr-vom-Stein-Instituts, Bd. 32, 2000, S. 1 (7).

⁸⁹ Vgl. *Brümmerhoff/Lehmann* (Fn. 53), S. 137 ff.

⁹⁰ Kritisch zur Praxis *Brümmerhoff/Lehmann* (Fn. 53), S. 142 ff.

⁹¹ Vgl. zu dessen gegenwärtiger Ausgestaltung *Helmut Schlierbach/Günter Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1994, S. 51 ff., 118 ff.

⁹² *Brenner* (Fn. 75), S. 91 ff.

fentlicher Aufgaben.⁹³ D. h. generell: Die Sparkassen und ihre Träger sollen sich auf ihre eigentlichen Aufgaben besinnen, diese klarstellen⁹⁴ und effektiv erfüllen.⁹⁵

Der mittlerweile wohl rechtlich wie tatsächlich offenbar als unproblematisch empfundene Wegfall der Gewährträgerhaftung⁹⁶ zeigt, dass manche für geradezu unmöglich gehaltene Änderung doch möglich ist. Die mehr oder weniger erzwungene Neuregelung gibt Anstöße zu weiteren Überlegungen, z.B. hinsichtlich der Rechtsform und des Tätigkeitskreises.⁹⁷ Dabei müssen freilich Vor- und Nachteile sorgfältig abgewogen werden, z.B. der Wert der durch § 40 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG)⁹⁸ – der ggf. freilich auch geändert werden könnte – geschützten Bezeichnung „Sparkasse“ und die gemeinschaftsrechtlich nach wie vor zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Anstaltslast sowie Kompensationszahlungen für Dienste von allgemeinem Interesse.

VI. Ergebnis

Der von der Bundesregierung im Einvernehmen mit den Ländern und den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten mit der EG-Kommission gefundene Kompromiss mag zwar gemeinschaftsrechtlich so nicht zwingend gewesen sein. Er beseitigt aber (zumindest zunächst) eine gerade für eine auf Berechenbarkeit, Verlässlichkeit und Planungssicherheit angewiesene Branche unerträgliche Unsicherheit und eröffnet den Weg für ein Überdenken und Neugestalten von Landesbanken und Sparkassen. Für die Sparkassen ist entscheidend, ob sie ihre besondere Funktion als notwendig und effektiv darstellen können, was neben der Präsentation – die als solche durchaus wichtig ist – auch die Realisierung beinhaltet.

⁹³ *Kirchhof* (Fn. 88), S. 6 f.

⁹⁴ Dies ist insbesondere nach dem Wegfall der Gewährträgerhaftung und der Modifizierung der Anstaltslast erforderlich, weil danach die spezifisch öffentliche Aufgabenstellung der Sparkassen wirtschaftspolitisch (als solches zu Recht) in Frage gestellt wird, vgl. *von Danwitz* (Fn. 25), S. 73 ff. und generell *Brümmerhoff/Lehmann* (Fn. 53), S. 133 ff.

⁹⁵ Eingehend zu entsprechenden Aufgabenfeldern *Kirchhof* (Fn. 88), S. 7 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu *Oebbecke* (Fn. 27), *VerwArch* 2002, S. 291 f.

⁹⁷ Vgl. zu Gestaltungsmöglichkeiten *Janbernd Oebbecke*, Bürger, Kommune, Sparkasse – Entwicklungsperspektiven, in: *Oebbecke/Bauer/Pünder* (Fn. 88), S. 109 ff. Für eine Beibehaltung der „bewährten Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts“ *Hans-Günter Hennecke*, Weiterentwicklung des kommunalen Wirtschafts- und Sparkassenrechts im Lichte des EG-Vertrags, in: Max-Immanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), *Festschrift für Hartmut Maurer*, 2001, S. 1137 (1145 f.). Vgl. dazu allgemein z.B. *Janbernd Oebbecke*, Kommunen und Sparkassen: Zur Zukunft der kreditwirtschaftlichen Versorgung, *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* 55 (2002), S. 734 ff. Zur Reform aus der Sicht des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) vgl. *Holger Berndt*, Eckpunkte für die Weiterentwicklung der Sparkassen und Landesbanken, *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* 55 (2002), S. 730 ff. Zu einer der vielen Einzelfragen vgl. z.B. *Heinrich Dülp*, Kann es Anstalten ohne Anstaltslast geben?, *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* 55 (2002), S. 207 f. Zu den durch die Plattform eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten vgl. auch *Kluth* (Fn. 1), S. 139 ff. und *Kokott/Schick* (Fn. 2), S. 55 f., 65 ff.

⁹⁸ Aktualisierte Fassung in Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik, Loseblatt, Nr. 856.