

Münchener Juristische Beiträge · Band 35

Arne Pautsch

Privatisierung des öffentlichen Bankensektors

Eine Untersuchung zur Rolle des Staates in der
Kreditwirtschaft unter Berücksichtigung aktueller
Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugleich: Dissertation, Göttingen, Univ., 2002

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem
Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsan-
lagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2003

ISBN 3-8316-0229-8

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

Gliederung

A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Gang der Darstellung	4
B. Begriff und Bedeutung des öffentlichen Bankensektors	6
I. Die Struktur des deutschen Bankenmarktes	6
II. Der öffentliche Bankensektor als Teil der Kreditwirtschaft	7
1. Historische Entwicklung des öffentlichen Bankensektors	8
2. Begriff und Bedeutung der Sparkassenorganisation	14
III. Rechtsgrundlagen und Wesensmerkmale der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute	18
1. Gesetzgebungszuständigkeiten für das Sparkassenwesen	18
2. Die Beschränkungen in der Geschäftstätigkeit von Sparkassen und Landesbanken	20
a) Das Regionalprinzip	20
b) Das Enumerationsprinzip	24
c) Die Bindung an den öffentlichen Auftrag	25
aa) Der öffentliche Auftrag der Sparkassen	26
bb) Der öffentliche Auftrag der Landesbanken	29
3. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Wesensmerkmale der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute	31
a) Die Anstaltslast	31
b) Die Gewährträgerhaftung	38
IV. Zusammenfassung	40
C. Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Beihilferecht	41
I. Der Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV	43

1. Der Begriff der Beihilfe	43
2. Das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung	45
3. Die Beeinträchtigung des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten	47
4. Zusammenfassende Bewertung	48
II. Die Qualifizierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen	49
1. Ausschluß der Anwendbarkeit des Beihilferechts	49
a) Die Amsterdamer Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland	49
b) Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EGV?	52
aa) Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse	53
bb) Das Merkmal der Betrauung	56
cc) Verhinderung der den öffentlichen Banken übertragenen Aufgaben?	59
c) Schutz des öffentlichen Bankensektors über Art. 295 EGV?	60
d) Ergebnis	63
2. Der Beihilfecharakter von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung	64
a) Begünstigung durch unbeschränkte Haftungsübernahme der öffentlichen Hand?	64
aa) Ausschluß des Beihilfecharakters wegen Haftung kraft Organisationsstruktur?	66
bb) Das Merkmal der fehlenden Gegenleistung	68
(1) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben als Gegenleistung?	68
(2) Vergütung für Haftungsübernahme als Gegenleistung?	69
(3) Ergebnis	71
cc) Der Privatinvestortest als Abgrenzungskriterium für die Marktüblichkeit einer Leistung an öffentliche Unternehmen	72
dd) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als marktübliches Verhalten?	74
ee) Ergebnis	80

b) Begünstigung durch Refinanzierungsvorteile?	82
aa) Beeinflussung der Refinanzierungsbedingungen durch Credit-Ratings	84
bb) Bestimmung des Begünstigungselements	86
cc) Ergebnis	89
c) Wettbewerbsverfälschung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung	90
d) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs	92
III. Gesamtergebnis der materiellen Beihilfeprüfung	94
IV. Rechtsfolgen der materiellen Beihilferechtswidrigkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung	96
1. Die Beihilfeaufsicht durch die Kommission	96
a) Bestehende Beihilfen und Neubehilfen	97
b) Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung	99
2. Der Kompromiß mit der EG-Kommission	103
a) Rechtsnatur der Vereinbarung vom 17. Juli 2001	105
b) Erforderliche Umsetzungsmaßnahmen in den Landesgesetzen	106
D. Privatisierung des öffentlichen Bankensektors	110
I. Die Zulässigkeit kreditwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nach geltendem Recht	111
1. Wirtschaftliche Betätigung durch Sparkassen und Landesbanken	111
a) Die Vorgaben des Grundgesetzes	112
b) Die Vorgaben des Landesverfassungsrechts	115
c) Die Vorgaben des kommunalen Wirtschaftsrechts	115
2. Der öffentliche Auftrag der Sparkassen und Landesbanken	118
a) Der öffentliche Auftrag als Legitimationserfordernis	119
b) Die Unterscheidung zwischen sozial- und erwerbswirtschaftlichem Handeln	127
c) Einordnung des öffentlichen Auftrages von Sparkassen und Landesbanken	131

3. Allgemeines Subsidiaritätsprinzip als zusätzliches Legitimationserfordernis?	133
4. Zusammenfassung	138
II. Begriff und Erscheinungsformen der Privatisierung	139
1. Die Organisationsprivatisierung	139
2. Die Aufgabenprivatisierung	140
3. Funktionale Privatisierung	142
4. Die Privatisierungsdiskussion um Sparkassen und Landesbanken	143
III. Organisationsprivatisierung infolge faktischen Fortfalls der Anstaltslast	144
IV. Aufgabenprivatisierung wegen Wandels des öffentlichen Auftrages?	151
1. Wandel des öffentlichen Auftrages der Sparkassen	153
a) Die Förderfunktion	155
b) Die Gewährleistungs- und Versorgungsfunktion	160
c) Die Struktursicherungsfunktion	165
d) Die Wettbewerbssicherungsfunktion	167
e) Die Hausbankfunktion	171
f) Zusammenfassung	173
2. Wandel des öffentlichen Auftrages der Landesbanken	173
a) Die Funktion einer Staats- und Kommunalbank	174
b) Die Funktion einer Zentralbank der Sparkassen	178
c) Zusammenfassung	180
3. Erfüllbarkeit des öffentlichen Auftrages auch nach Fortfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung?	181
a) Die Eigenkapitalanforderungen nach § 10 KWG	183
b) Bedeutung des Eigenkapitals für das Finanzierungsrecht der Sparkassen	184
c) Bedeutung des Eigenkapitals für das Finanzierungsrecht der Landesbanken	188
4. Zusammenfassung	190

V. Grenzen einer Aufgabenprivatisierung	192
1. Das Sozialstaatsprinzip als Grenze?	193
2. Das Demokratieprinzip als Grenze?	197
3. Der Vorbehalt des Gesetzes als Grenze?	198
4. Privatisierungsgrenze aus dem Organisationsrecht juristischer Personen des öffentlichen Rechts?	200
5. Art. 28 Abs. 2 GG als Grenze einer Aufgabenprivatisierung kommunaler Sparkassen?	202
VI. Aufrechterhaltung eines öffentlichen Reserveauftrags für Sparkassen und Landesbanken?	208
E. Ergebnisse der Untersuchung	218

A. Einleitung

I. Problemstellung

Die öffentliche Hand ist in Deutschland in großem Umfang auch in der Kreditwirtschaft tätig. Der sogenannte öffentliche Bankensektor macht insgesamt fast die Hälfte des gesamten Geschäftsvolumens aller am Markt tätigen Institute aus. Angesichts der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der Kreditwirtschaft wird die Diskussion um eine Privatisierung des öffentlichen Bankensektors, insbesondere der als Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten Sparkassen und Landesbanken, deshalb seit geraumer Zeit auf vorwiegend ordnungspolitischer Ebene geführt. So ist bereits die Wettbewerbsenquete der Bundesregierung aus dem Jahre 1968 zu dem Ergebnis gekommen, daß das Betreiben eigener Kreditinstitute durch den Staat nur aufrechterhalten werden könne, solange hieran ein entsprechendes öffentliches Interesse besteht.¹ Auch die Monopolkommission hat ihre Forderung nach einem vollständigen Rückzug des Staates aus dem Bankenmarkt wiederholt vorgetragen.²

In rechtlicher Hinsicht geht es bei alledem erneut um die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen der eigenwirtschaftlichen Betätigung des Staates, die seit Bestehen des Grundgesetzes immer wieder ein Feld juristischer Auseinandersetzung gewesen ist.³ Wenngleich das System der als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts errichteten Sparkassen und Landesbanken bislang überwiegend dem Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge zugeordnet

¹ Bericht der Bundesregierung über Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung, BT-Drs. V/3500 vom 18.11.1968, S. 40 ff.

² So im Hauptgutachten 9, 1990/1991, BT-Drs. 12/3931, S. 24 ff.; 11, 1994/1995, BT-Drs. 13/5309, S. 37 ff. und 13, 1998/1999, BT-Drs. 14/4002, S. 22 f.; wiederholt im 26. Sondergutachten, 1998, S. 21 ff.

³ Vgl. auch *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, mit den Beiträgen des 2. Hamburger Wirtschaftsrechtstages.

wurde⁴, mehren sich nunmehr die Stimmen, die einen vollständigen Rückzug des Staates auch aus der Kreditwirtschaft fordern.⁵ Es wird angeführt, daß solche Wirtschaftsbereiche, die von privaten Anbietern in ausreichendem Umfang versorgt werden können, nicht noch des zusätzlichen Engagements der öffentlichen Hand bedürften.⁶ Gleichwohl ist die Diskussion über ihren ordnungspolitischen Ausgangspunkt bislang nicht weit hinausgegangen.⁷

In rechtlicher Hinsicht könnte der Problematik jedoch insoweit Bedeutung zukommen, als der öffentliche Bankensektor in Konflikt mit dem EG-Wettbewerbsrecht geraten ist. Im Kern geht es dabei um die Haftungsstruktur, die für die Sparkassen und Landesbanken errichtenden Trägerkörperschaften für Verbindlichkeiten und Verluste durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung besteht. Einer Beschwerde des Europäischen Bankenverbandes (EBV) folgend⁸, hatte vor allem die EG-Kommission diese Einstandspflichten als gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfen gewertet⁹ und die Durchführung eines förmlichen Beihilfeprüfverfahren nach Art. 88 EGV angekündigt. Die beihilferechtliche Relevanz von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ist daraufhin auch im Schrifttum Gegen-

⁴ Vgl. BVerfG WM 1994, S. 1971; 1987, 801 (802); *Henneke*, NdsVBl. 2000, S. 129 (131); *Schmahl*, DÖV 1999, S. 852 ff.; *Nierhaus*, DÖV 1984, S. 662 (665); *ders.*, Sparkasse 1985, S. 12 (16); *Schlikerbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 45; *Stern/Burmeister*, Die kommunalen Sparkassen, S. 73.

⁵ Für eine (vollständige) Privatisierung *Möschel*, WM 1993, S. 93 ff.; *ders.*, WM 1999, S. 1455; *Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler*, Privatisierung von Sparkassen und Landesbanken, Heft 78, 1994; dagegen etwa *Löwer*, ZBB 1993, S. 108 ff.; *Rehm*, WM 1993, S. 133 ff.; *Fischer*, Sparkasse 1992, S. 567 ff.

⁶ Vgl. insbesondere *Möschel*, WM 1993, S. 93 ff.

⁷ Vgl. *Claussen*, Bank- und Börsenrecht, S. 31.

⁸ Die Kommission reagiert damit auf eine Beschwerde des Europäischen Bankenverbandes, der gerügt hatte, daß das deutsche System mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung einen Konkurs öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute praktisch ausschließe und damit den Grundsätzen eines freien Wettbewerbs widerspreche, vgl. auch FAZ vom 20. Juli 2000, S. 17 f. und Handelsblatt vom 20. Juli 2000, S. 1.

⁹ So das „Non Paper on the treatment of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung of public legal form credit institutions in Germany in view of Art. 92 (1) of the Treaty“ der Generaldirektion IV-Wettbewerb der EG-Kommission, Dezember 1995, S. 13 ff.

stand kontroverser Diskussionen gewesen.¹⁰ Nach langwierigen Verhandlungen zwischen Kommission und der sogenannten „Koch-Weser-Gruppe“¹¹ als Vertreterin der Bundesrepublik konnte die Einleitung des offiziellen Hauptprüfverfahrens, an dessen Ende wahrscheinlich eine Aufhebungs- oder Umgestaltungsentscheidung bezüglich der Haftungsinstitute gestanden hätte, schließlich durch einen Kompromiß abgewendet werden, der im wesentlichen die Aufhebung der Gewährträgerhaftung und die Modifikation der Anstaltslast vorsieht.¹²

Angesichts dieser neueren Entwicklung sollen im Rahmen dieser Arbeit neben den europarechtlichen Fragen zum Beihilferecht vor allem die Konsequenzen, die sich als mögliche Folgewirkungen aus dem Kompromiß ergeben, untersucht werden. Hierbei soll geprüft werden, ob bzw. inwieweit das Gemeinschaftsrecht einer Privatisierung nach nationalem Recht möglicherweise Vorschub leistet. Allerdings soll die Frage der organisatorischen Umgestaltung des öffentlichen Bankensektors nicht isoliert unter dem Gesichtspunkt der europarechtlichen Folgewirkungen betrachtet werden. Vielmehr muß auch geklärt werden, ob Sparkassen und Landesbanken, gemessen an ihrer tatsächlichen Geschäftstätigkeit sowie ihrer Stellung im Bankenwettbewerb, noch den in den Sparkassengesetzen der Länder festgeschriebenen öffentlichen Auftrag¹³ erfüllen, der es rechtfertigt, sie als Banken in öffentlich-rechtlicher Anstaltsform zu führen. Die Frage lautet, ob es angesichts von

¹⁰ Die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit bejahend etwa *Möschel*, FS Raisch, S. 469 (481); *Koenig*, EuZW 1995, S. 595 (595); *ders./Sander*, EuZW 1997, S. 363; *Schmid/Vollmöller*, NJW 1998, S. 716 (719 f.); *Niemeyer/Hirsbrunner*, EuZW 2000, S. 364 (368); dagegen z.B. *Schneider/Busch*, EuZW 1995, S. 602 (604); *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, S. 165 (178); *Gruson*, EuZW 1997, S. 357 (359); *Thode/Peres*, BB 1997, S. 1749 (1752); *Immenga/Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, 1997, S. 123; *Stern*, Rechtsgutachten, S. 62 f.

¹¹ Am 4. Oktober 1999 eingesetzte Arbeitsgruppe der Bundesregierung zur Erarbeitung einer Verhandlungslösung für die öffentlichen Kreditinstitute unter der Leitung des Staatssekretärs im Bundesfinanzministeriums, *Koch-Weser*.

¹² Vgl. ausführlich zu den Verhandlungen *Koch-Weser*, Städtetag 2001, S. 10 ff.

Privatisierungsmaßnahmen in geradezu klassischen Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge infolge EG-rechtlicher Vorgaben wie z.B. der Energieversorgung¹⁴ und der Telekommunikation¹⁵ zur Versorgung des Kreditmarktes zukünftig noch der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand bedarf.

II. Gang der Darstellung

Der erste inhaltliche Abschnitt der Darstellung (B) setzt sich zunächst mit dem Begriff und der Bedeutung des öffentlichen Bankensektors in Deutschland auseinander. Neben einer allgemeinen Bestimmung dessen, was mit dem Begriff des öffentlichen Bankensektors gemeint ist, werden die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in das deutsche Bankensystem eingeordnet. Auf der Grundlage dieser vorwiegend tatsächlichen Standortbestimmung soll dann dargestellt werden, welche Stellung das Sparkassenrecht innerhalb der deutschen Rechtsordnung einnimmt. Darüber hinaus sollen die rechtlichen Besonderheiten, die sich aus der Ausgestaltung der Sparkassen und Landesbanken als Anstalten des öffentlichen Rechts ergeben, aufgezeigt werden. Auf der Grundlage der Vorschriften der Sparkassen- und Landesbankengesetze der Länder werden dort die Wesensmerkmale erörtert, die die Organisationsstruktur der Sparkassen und Landesbanken betreffen. Neben den geschäftspolitischen Beschränkungen durch das Regional- und das Enumerationsprinzip bei den Sparkassen sowie den öffentlichen Auftrag wird der Schwerpunkt dieses Abschnitts auf einer rechtlichen Einordnung der im Mittelpunkt der weiteren Wettbewerbs- und Privatisierungsproblematik stehenden staatlichen Garantien, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung stehen.

¹³ Vgl. etwa § 6 BaWüSpkG, § 2 HessSpkG, § 4 NdsSpkG; § 3 NWSpkG, § 3 RhPfSpkG.

¹⁴ Die Liberalisierung des Energieversorgungssektors beruht maßgeblich auf der Umsetzung der sogenannten Elektrizitäts-RL 96/92/EG in das nationale Recht durch das neue EnWG. Vgl. zum Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf die Daseinsvorsorge allgemein *Schmahl*, DÖV 1999, S. 852 ff.; *Henneke*, DNV 2001, S. 18 ff.

Unter Zugrundelegung der unter (B) gewonnenen Erkenntnisse wird im darauffolgenden Abschnitt (C) überprüft, wie die staatlichen Haftungsinstitute nach europäischem Recht zu beurteilen sind. Unter Zugrundelegung der bisher vertretenen Auffassungen wird dabei zunächst zu klären sein, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne der Art. 87 ff. EGV anzusehen sind, bevor auf die Bedeutung der Umgestaltungsmaßnahmen, die sich unmittelbar aus dem Kompromiß mit der EG-Kommission vom 17. Juli 2001 ergeben, eingegangen wird. Soweit es Stellungnahmen zu der einvernehmlichen Lösung im Beihilfestreit gegeben hat, waren diese dadurch gekennzeichnet, daß an einer Fortführung der Sparkassen und Landesbanken in öffentlich-rechtlicher Organisationsform nicht gezweifelt wird.¹⁵ Da die Frage der Reichweite des Kompromisses bislang noch nicht behandelt wurde, soll die eingangs skizzierte und auf nationaler Ebene geführte Privatisierungsdiskussion hier um die Prüfung möglicher faktischer Folgewirkungen erweitert werden, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben und wiederum Rückschlüsse auf die Art und den Umfang einer Privatisierung zulassen könnten. Daher sollen im dritten Abschnitt (D) denkbare Privatisierungsformen für den öffentlichen Bankensektor geprüft werden. Angesichts der unterschiedlichen geschäftspolitischen Ausrichtung von Sparkassen einerseits und Landesbanken andererseits werden beide Institutsarten trotz ihrer organisatorischen Verbundenheit zumindest dort einer getrennten Betrachtung unterzogen, wo dies sachgerecht erscheint. Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit werden schließlich in der Schlußbetrachtung noch einmal zusammengefaßt dargestellt (E).

¹⁵ Die Liberalisierung des Telekommunikationssektor hat ihren Ursprung ebenfalls im Gemeinschaftsrecht und wurde im TKG verankert.

¹⁶ So *Hoppenstedt*, Städtetag 2001, S. 16 (17); *Koch-Weser*, Städtetag 2001, S. 10 (13); *Meyer*, DNV 2001, S. 15 (17); *Steinbrück*, Städtetag 2001, S. 25 (26).