

# BEITEN BURKHARDT

BEIJING

BERLIN

BRÜSSEL

DÜSSELDORF

FRANKFURT AM MAIN

HONG KONG

KIEW

WESTHAFEN TOWER · WESTHAFENPLATZ 1  
60327 FRANKFURT AM MAIN

TELEFON +49 69 756095-0  
TELEFAX +49 69 756095-512

BBLAW-FRANKFURT@BBLAW.COM  
WWW.BEITENBURKHARDT.COM

MOSKAU

MÜNCHEN

NÜRNBERG

SHANGHAI

ST. PETERSBURG

WARSCHAU

## Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 17/674

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Innen- und Rechtsausschuss  
Frau Dörte Schönfelder  
Postfach 7121  
24171 Kiel

13. April 2010  
BG / sos

Dr. Günther Bredow  
Telefon: +49 69 756095-125  
Telefax: +49 69 756095-512  
Sonja.Schneider@bblaw.com

### Ihr Zeichen: L 215

### Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes der Fraktionen der CDU und FDP – Drucksache 17/250 des Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 10.02.2010

Sehr geehrte Frau Schönfelder,  
sehr geehrte Damen und Herren,

der Innen- und Rechtsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags hat uns Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem im Betreff genannten Gesetzentwurf gegeben. Hierfür bedanken wir uns und übermitteln Ihnen nachstehend unsere Anmerkungen.

Insgesamt halten wir die Regelungen des Entwurfs für geeignet zur Förderung des im Koalitionsvertrag zwischen CDU und FDP formulierten Ziels, den Sparkassen des Landes Schleswig-Holstein eine bessere Eigenkapitalausstattung zu ermöglichen. Die vorgesehenen Regelungen erlauben eine Stärkung der Eigenkapitalbasis von Sparkassen durch Hereinnahme von Einlagen externer Minderheitsbeteiligter unter Beibehaltung der bewährten öffentlichen Rechtsform und der Befugnis zur Verwendung der Sparkassenbezeichnung nach § 40 des Kreditwesengesetzes (KWG). Beibehalten, wenn nicht gar gestärkt, wird daneben die regionale Bindung der Sparkassen. Zum einen könnten in Notlagen regelmäßig erforderliche Fusionen vermieden werden. Zum anderen würde die „Eigentümerstellung“ der kommunalen Träger durch die Bildung von Stammkapitalanteilen, auf die Ausschüttungen erfolgen können, unterstrichen. Mit der Schaffung von Stammkapitalanteilen, die unter bestimmten Voraussetzungen an Minderheitsbeteiligte außerhalb des kommunalen Trägerkreises übertragen werden können, liegt der Entwurf auf einer Linie mit neueren Sparkas-

sengesetzen anderer Bundesländer wie etwa Rheinland Pfalz'. In Rheinland Pfalz haben bereits einige Sparkassen von der Option zur Bildung von Stammkapital Gebrauch gemacht. Soweit ersichtlich wurden dort inzwischen auch erstmals Stammkapitalanteile übertragen. Der vorliegende Entwurf betritt jedoch sparkassenrechtliches Neuland, indem er eine Übertragung von Stammkapitalanteilen auch „über die Landesgrenzen“ zulässt. Hierin liegt unseres Erachtens eine sinnvolle Reaktion auf eine zunehmende Vernetzung auch regionaler Märkte. Ein weiteres Novum stellt die Zulassung der Träger freier Sparkassen als potentieller Erwerber von Stammkapitalanteilen dar, was möglicherweise europarechtliche Fragen aufwirft.

Unsere Anmerkungen betreffen zunächst die Einführung des begrenzt fungiblen Stammkapitals im Allgemeinen (I.), anschließend die mögliche Alternative der stillen Beteiligung von Investoren (II.), sowie schließlich Detailfragen zu einzelnen Regelungen des Entwurfs (III.).

## I. Bildung übertragbaren Stammkapitals

### 1. Eckpunkte der Regelung

§ 4 Abs. 4 – 7 des vorliegenden Entwurfs (nachstehend „SpkG-E“) sieht als zentrales Element zwei neue Optionen vor:

- Erstens soll bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen Stammkapital gebildet werden können, durch Einlagen und/oder Umwandlung von Rücklagen oder Dotationskapital, und aufgrund eines Beschlusses des Verwaltungsrats nach vorheriger Zustimmung des Trägers.
- Zweitens soll ein Erwerb von maximal 25,1 % des Stammkapitals möglich sein, durch Leistung von Einlagen unter gleichzeitiger Erhöhung des Stammkapitals und/oder Übertragung von Anteilen am bereits vorhandenen Stammkapital.

Dabei sollen folgende Kautelen gelten:

- Der Kreis potentieller Erwerber von Stammkapitalanteilen soll begrenzt werden auf öffentlich-rechtliche Sparkassen, Träger gemäß § 1 Abs. 1 Sparkassengesetz und „vergleichbare Träger“, unabhängig davon, ob sie ihren Sitz in Schleswig-Holstein haben. „Vergleichbare Träger“ im Sinne des Entwurfs sind juristische Personen ohne private Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte, die an einer Sparkasse im Sinne des § 40 Abs. 1 KWG mehrheitlich beteiligt sind, unter staatlicher Aufsicht auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben sowie darauf verpflichtet sind,

etwaige Ausschüttungen und Liquidationserlöse gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuführen.

- Dem Verwaltungsrat der Sparkasse gehört dann mindestens ein Vertreter der Minderheitsbeteiligten an. Insgesamt ist deren Zahl – unabhängig von der Größe des Verwaltungsrats – begrenzt auf maximal drei.

## 2. Stärkung der Eigenkapitalbasis

Anzumerken ist, dass nicht bereits die Umwandlung vorhandener Rücklagen in Stammkapital zu einer Erhöhung des (bankaufsichtsrechtlichen) Eigenkapitals einer Sparkasse führt. Denn hierbei handelt es sich zunächst nur um einen reinen buchhalterischen Vorgang ohne effektive Kapitalzufuhr. Rücklagen gelten bereits nach derzeitiger Rechtslage als bankaufsichtsrechtliches Kernkapital, so dass bei deren Umwandlung in Stammkapital zunächst keine tatsächliche Verbesserung der Eigenkapitalsituation eintreten würde. Diese würde vielmehr entweder effektive Zahlungen in die Rücklage erfordern oder aber – vorbehaltlich der bankaufsichtsrechtlichen Anerkennung als Kernkapital auch bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen (dazu unten 3.) – die Einzahlung von Dotationskapital oder die Leistung von Einlagen.

Gleichwohl ist die „isolierte“ Option zur Umwandlung bestehender Rücklagen in Stammkapitalanteile sinnvoll und notwendig zur Vorbereitung etwaiger künftiger Übertragungen von Anteilen hieran (§ 4 Abs. 5 i.V.m. Abs. 6 Satz 1, 2. Alternative SpkG-E: „Übertragung von Anteilen an *vorhandenem* Stammkapital“). Des Weiteren erlaubt der Entwurf eine „beliebige Kombination“ der verschiedenen Stammkapitalquellen. Eine solche Kombination wird dann notwendig sein, wenn ein (neuer) Minderheitsbeteiligter nach § 4 Abs. 5 i.V.m. Abs. 6 Satz 1, 1. Alternative SpkG-E durch Leistung von Einlagen aufgenommen werden soll. Zur Bestimmung dessen rechnerischen Anteils am Stammkapital von maximal 25,1 % ist zwingend die parallele Schaffung von Stammkapital, namentlich durch Umwandlung von Rücklagen, erforderlich.

## 3. Bankaufsichtsrechtliche Bewertung

Nach § 10 Abs. 2 a Nr. 4 KWG in seiner derzeitigen Fassung gelten als bankaufsichtsrechtliches Kernkapital bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen ausschließlich die Rücklagen. Insofern ist auf den ersten Blick unklar, ob Rücklagen nach Umwandlung in Stammkapital noch zum Kernkapital zählen. Denn Stammkapital wird für öffentlich-rechtliche Sparkassen – anders als für Kreditinstitute in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft – im KWG nicht ausdrücklich als mögliche Kernkapitalkomponente genannt. Dies kann jedoch unseres Erachtens nicht etwa dazu führen, dass die Umwandlung von Rücklagen in Stammkapital sogar zur Minderung des Kernkapitals führt. Denn Hintergrund der bestehenden Regelung

im KWG ist der Umstand, dass Stammkapital bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen bislang gänzlich unüblich war. Entsprechendes galt in der Vergangenheit für Dotationskapital als einem öffentlich-rechtlichen Unternehmen von seinen Trägern zur Durchführung der übertragenen Aufgaben zur Verfügung gestelltes Kapital. Auch Dotationskapital ist im KWG nicht als mögliche Kernkapitalkomponente bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen genannt. Da Dotationskapital jedoch alle Voraussetzungen der europäischen Eigenmittelrichtlinie an Kernkapital erfüllt, ist anerkannt, dass auch öffentlich-rechtliche Sparkassen ihre Kernkapitalausstattung durch Schaffung oder Erhöhung von Dotationskapital verbessern können (vgl. Boos, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Auflage, 2008, § 10, Rn. 55). Es sprechen gute Argumente dafür, dass das gleiche dann – erst recht – für Stammkapital gilt, so dass auch in diesem Zusammenhang eine analoge Anwendung der Regeln über Kreditinstitute in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft naheliegt.

#### 4. Europarechtliche Bewertung (Kapitalverkehrsfreiheit)

Die gesetzliche Schaffung fungibler Stammkapitalanteile an einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse als Voraussetzung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung Dritter hat möglicherweise eine gemeinschaftsrechtliche Dimension. Können Stammkapitalanteile an einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse nur von einem (gesetzlich) begrenzten Investorenkreis erworben werden, so stellt sich die Frage nach einer Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 des Vertrages über die Zusammenarbeit in der Europäischen Union (EUV) (ex 56 EG-Vertrag). Denn mögliche Folge wäre eine Verpflichtung zur vollständigen Freigabe des Anteilerwerbs und damit ein faktischer Privatisierungszwang durch die Europäische Kommission.

Eine Beschränkung auf potentielle Erwerber mit Sitz im Bundesland Schleswig-Holstein sieht der Entwurf nicht vor. Nach § 4 Abs. 5 Satz 1 SpKG-E soll der potentielle Kreis der Erwerber von Anteilen am Stammkapital einer Sparkasse jedoch beschränkt sein auf andere öffentlich-rechtliche Sparkassen oder deren Träger im Sinne von § 1 Abs. 1 des geltenden Sparkasengesetzes. Mit ersteren sind öffentlich-rechtliche Sparkassen gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 1 KWG gemeint, d.h. Sparkassen in öffentlicher Rechtsform und Trägerschaft, mit letzteren Gemeinden, Ämter, Landkreise oder Zweckverbände, d.h. Körperschaften des öffentlichen Rechts. Daneben soll der Erwerb von Stammkapitalanteilen durch „vergleichbare Träger“ zugelassen werden. Die in § 4 Abs. 5 Satz 2 SpKG-E hierfür enthaltene Definition erfasst die Träger sog. „freier Sparkassen“, wie etwa die HASPA-Finanzholding mit Sitz in der Hansestadt Hamburg als alleinige Trägerin der Hamburger Sparkasse AG.

Nach unserer Einschätzung stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

- Nach Art. 63 EUV sind Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten grundsätzlich unzulässig. Der Schutzbereich der Be-

stimmung erfasst auch Direktinvestitionen in Gestalt der Beteiligung an einem Unternehmen. Zwar würde sich eine Beschränkung des Erwerbs von Anteilen an einer Sparkasse in Schleswig-Holstein auch auf Inländer erstrecken, die die entsprechenden Erwerbsvoraussetzungen nach Maßgabe einer neuen Regelung im Sparkassengesetz nicht erfüllten. Es handelte sich also nicht um einen Fall der unmittelbaren oder gezielten Diskriminierung Gebietsfremder. Dennoch würde etwa eine Beschränkung der Erwerber auf andere öffentlich-rechtliche Sparkassen, deren Träger oder die Träger freier Sparkassen auch potentielle Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abhalten, in das Kapital der Sparkasse zu investieren und damit den freien Kapitalverkehr beeinträchtigen.

- Dies betrifft jedoch nur den Fall, dass überhaupt eine (Teil-) Privatisierung der Sparkasse erfolgt, d.h. ein oder ein begrenzter Kreis privater Investoren als Anteilserwerber zugelassen wird. Würde dagegen der mögliche Investorenkreis auf öffentliche Erwerber beschränkt, so würde eine (materielle) Teilprivatisierung nicht stattfinden und ein Zwang zur einschränkungslosen Öffnung für private Investoren würde einen faktischen Privatisierungszwang bedeuten. Dem steht jedoch die Eigentumsgarantie des Art. 345 EUV (ex Art. 295 EG-Vertrag) entgegen. Danach lässt der Vertrag die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten unberührt. Die Entscheidung, öffentlich-rechtliches Eigentum zu privatisieren, obliegt nach Art. 345 EUV allein den innerstaatlichen Stellen. Dies wurde auch aus der Europäischen Kommission verschiedentlich klargelegt. So hat etwa der damalige Binnenmarktkommissar *McCreevy* im August 2006 erklärt, dass aus Sicht des Binnenmarktes keine Bedenken gegen eine – seinerzeit in Hessen vorgesehene – Beschränkung des Erwerbs von Stammkapitalanteilen auf Mitglieder der Sparkassen-Finanzgruppe bestehen. Der EG-Vertrag erzwingt keine Privatisierung öffentlich-rechtlicher Bankengruppen.
- Von vornherein unproblematisch sind in diesem Zusammenhang also Übertragungen von Stammkapitalanteilen an andere öffentlich-rechtliche Sparkassen und Gebietskörperschaften, ohne dass es auf das jeweilige Herkunfts-Bundesland ankommt. Denn in jedem Fall handelt es sich hierbei um öffentliche Rechtsträger.
- Weniger eindeutig ist dies hinsichtlich der Träger freier Sparkassen als „vergleichbarer Träger“ im Sinne von § 4 Abs. 5 SpkG-E. Die Übertragung vorstehender Erwägungen auf eine Beteiligung des Trägers einer freien Sparkasse – etwa die HASPA-Finanzholding – setzt voraus, dass auch diese als öffentlicher und nicht als privater Investor betrachtet wird. Denn im letzteren Fall wäre die Übertragung von Stammkapitalanteilen materiell als Teilprivatisierung anzusehen. Folge wäre möglicherweise – und vorbehaltlich einer etwaigen Rechtfertigung der Beschränkung durch sachliche

Gründe – eine Verpflichtung zur Öffnung des potentiellen Erwerberkreises auf alle Privatinvestoren.

- Bei freien Sparkassen selbst handelt es sich nicht um klassische öffentlich-rechtliche Sparkassen, sondern um Sparkassen in privater Rechtsform. Die Europäische Kommission neigte deshalb in der Vergangenheit dazu, die freien Sparkassen als private Geschäftsbanken anzusehen. Diese Rechtsansicht ist jedoch eher formal und unseres Erachtens keineswegs zwingend. Dass derzeit noch insgesamt sechs selbständige freie Sparkassen als juristische Personen des Privatrechts bestehen, hat ausschließlich historische Gründe. Die freien Sparkassen verstehen sich nach ihrer historischen Entwicklung, ihrem Gründungsauftrag und ihrer Geschäftstätigkeit als Teil der (öffentlich-rechtlichen) Sparkassen-Finanzgruppe und beachten weitgehend gleiche Geschäftsgrundsätze. Sie unterliegen – wie ausdrücklich etwa in Schleswig-Holstein – ähnlichen gesetzlichen Regelungen wie öffentlich-rechtliche Sparkassen und werden dort im Übrigen im Sparkassengesetz als "öffentliche Sparkassen" bezeichnet. Wie öffentlich-rechtliche Sparkassen, aber anders als Privatbanken, unterliegen sie einer gemeinwohlorientierten Aufgabenstellung, einer regionalen Beschränkung ihrer Geschäftstätigkeit und einer gesonderten staatlichen Aufsicht. Der Eigentümerkreis ist regelmäßig beschränkt auf gemeinnützige Stiftungen oder – wie etwa bei den vier in Schleswig-Holstein ansässigen freien Sparkassen – andere Einrichtungen der Sparkassen-Finanzgruppe.
- Ähnliche Erwägungen gelten für die Träger oder „Eigentümer“ der freien Sparkassen, um die es vorliegend geht. Dies sei exemplarisch an der HASPA-Finanzholding als möglicher „vergleichbarer Träger“ i.S.d. § 4 Abs. 5 SpkG-E dargestellt. Die HASPA-Finanzholding besteht in der Rechtsform der historischen „juristischen Person alten Hamburgischen Rechts“. Hierbei handelst es sich um eine stiftungsähnliche Konstruktion auf landesrechtlicher Grundlage. Als solche hat sie keine Anteilseigner oder Mitglieder, so dass die HASPA-Finanzholding nach ihrem Selbstverständnis weder einen privaten noch einen öffentlichen „Eigentümer“ hat. Sie unterliegt ausweislich ihrer Satzung dem sparkassenspezifischen öffentlichen Auftrag zur kreditwirtschaftlichen Versorgung breiter Bevölkerungskreise und der örtlichen Wirtschaft unter besonderer Berücksichtigung des Mittelstands wie jede öffentlich-rechtliche Sparkasse auch. Gewinnmaximierung im Interesse privater Anteilseigner steht, mangels solcher, nicht im Vordergrund. Das Geschäftsgebiet ihrer operativ tätigen Sparkassentochter ist beschränkt auf die „Metropolregion Hamburg“. In den Gremien der HASPA-Finanzholding (Verwaltungsrat und Kuratorium) sind ausschließlich Bürger der Hansestadt Hamburg repräsentiert. Diese Struktur gleicht sehr viel mehr der Verfassung einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse (demokratische Legitimation durch die örtliche

Bevölkerung in den Sparkassenorganen) als derjenigen einer Privatbank, etwa in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit offenem Aktionärskreis.

- Damit lässt sich unseres Erachtens im Ergebnis vertreten, dass die Öffnung des Kreises potentieller Anteilseigner an öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein auch für die Träger freier Sparkassen, etwa die HASPA-Finanzholding, nicht als (materielle) Teilprivatisierung anzusehen wäre. Eine Übertragung von Stammkapitalanteilen auf die HASPA-Finanzholding würde innerhalb der „öffentlichen“ Sparkassen-Finanzgruppe erfolgen. Art. 345 EUV wäre einschlägig und stünde einem Zwang zur vollständigen Freigabe des Anteilerwerbs durch Privatinvestoren entgegen.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass gute Argumente für eine Vereinbarkeit der vorgesehenen Regelung mit europäischem Recht bestehen. Gleichwohl verbleibt mangels allgemeinverbindlicher Regelung oder Aussage der Europäischen Kommission hierzu naturgemäß ein Restrisiko, das sich letztendlich nur durch eine verbindliche Aussage der Europäischen Kommission ausschließen lässt.

#### 5. Beihilferechtliche Bewertung

Ein beihilferechtliches Risiko im Zusammenhang mit der Leistung von Einlagen (staatlicher) Träger im Sinne von § 1 Abs. 1 Sparkassengesetz oder der Zuführung von Dotationskapital durch diese besteht nach unserer Einschätzung grundsätzlich nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Kapital entsprechend der „Brüsseler Verständigung“ über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vom Juli 2001 im Rahmen einer „normalen Eigentümerbeziehung“ zur Verfügung gestellt wird, d.h. in gleichem Maße Ausschüttungen erfolgen, wie sie ein (hypothetischer) Privatinvestor erwarten würde bzw. wie sie an einen (tatsächlichen) Minderheitsbeteiligten erfolgen. Relevant wird das Beihilfeverbot aber möglicherweise bei Zahlung eines zusätzlichen „Wertausgleichs“ (dazu auch unten III.3).

#### 6. Verfassungs- und sparkassenrechtliche Bewertung

##### a) Demokratische Legitimation des Verwaltungsrats (Demokratieprinzip)

Nach § 7 Abs. 1 des geltenden Sparkassengesetzes hat der Verwaltungsrat einer Sparkasse mindestens sechs Mitglieder. Davon sind ein Drittel Beschäftigte der Sparkasse. Nach § 7 Abs. 3 SpkG-E können maximal drei Vertreter der Minderheitsbeteiligten im Verwaltungsrat vertreten sein. Dies geht zu Lasten der sonstigen „sachkundigen Mitglieder“. Im Extremfall, bei einem nur sechsköpfigen Verwaltungsrat, könnte dies dazu führen, dass nur noch der Vorsitzende ein demokratisch legitimierter Vertreter des Trägers ist (§ 8 Sparkassengesetz). Zwar mag der Fall, dass Minderheitsbeteiligte mit einem Anteil am Stammkapital von 25,1 % drei Mitglieder eines sechsköpfigen Verwaltungsrats stellen, eher theoretischer Natur sein. Aber bereits bei einem Mitglied besteht jedenfalls in einem sechsköpfigen Verwaltungsrat

keine Mehrheit der demokratisch legitimierten Vertreter des Trägers mehr, wenn nicht die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder insgesamt (etwa im Wege der Satzungsänderung) gleichzeitig erhöht wird. Vor diesem Hintergrund regen wir die Aufnahme einer Regelung an, wonach die Vertreter des Trägers im Verwaltungsrat stets die einfache Mehrheit haben müssen, ggf. die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder entsprechend zu erhöhen ist.

#### b) Gemeinwohlauftrag und Gewinnmaximierung

Die Gefahr einer Relativierung der sparkassentypischen Gemeinwohlorientierung durch die Bildung von Stammkapital durch Renditeerwartungen des Trägers und insbesondere der Minderheitsbeteiligten ist nach unserer Einschätzung eher gering. Zum einen wird der öffentliche Auftrag der Institute durch die Regelungen des Entwurfs nicht berührt. Gleiches gilt für die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit der Institute selbst am sparkassenrechtlichen Regionalprinzip. Zum anderen sieht der Entwurf in diesem Zusammenhang verschiedene Sicherungsmechanismen vor:

- Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 SpkG-E bedürfen die – grundsätzlich vom Verwaltungsrat zu bestimmenden – Richtlinien der Geschäftspolitik bei Sparkassen mit Minderheitsbeteiligten der Genehmigung des (kommunalen) Trägers.
- Nach § 38 Abs. 2 SpkG-E soll auch ein Minderheitsbeteiligter in Ansehung seiner Beteiligung an einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse der Rechtsaufsicht des Landes Schleswig-Holstein unterliegen, d.h. der Sparkassenaufsicht durch das Innenministerium (siehe dazu aber unten III.9.).
- § 27 Abs. 4 SpkG-E verhindert überdies, dass Ausschüttungen aus dem in der Vergangenheit von der Sparkasse erwirtschafteten Eigenkapital finanziert werden. Denn Ausschüttungen auf das Stammkapital können nur aus dem im Jahresabschluss ausgewiesenen Jahresüberschuss erfolgen, sofern – ausweislich der Entwurfsbegründung – im Hinblick auf die weiteren geschäftlichen Perspektiven der Sparkasse vertretbar.

#### II. Stille Beteiligung als Alternative zur Stammkapitaloption?

Als alternativer – oder auch zusätzlicher – Weg der Kapitalzufuhr durch außenstehende Investoren wäre eine stille Beteiligung zu erwägen, wie sie unter bestimmten Voraussetzungen bereits nach dem geltenden Sparkassengesetz möglich ist.

##### 1. Typisch stille Beteiligung

Das geltende Sparkassengesetz überlässt die Hereinnahme stiller Haftenlagen der näheren Bestimmung durch die Satzung der Sparkassen. § 11 Abs. 1 der geltenden Mustersatzung



für öffentlich-rechtliche Sparkassen lässt Vermögenseinlagen stiller Gesellschafter "zur Stärkung der Eigenmittel" ohne Begrenzung des Investorenkreises zu. Folge wäre die Entstehung einer stillen Gesellschaft zwischen der jeweiligen Sparkasse und dem Investor. Die Hafteinlagen müssen so ausgestaltet sein, dass sie den bankaufsichtsrechtlichen Eigenmitteln der Sparkasse zugerechnet werden können. Dem stillen Gesellschafter dürfen jedoch keine unternehmerischen Mitwirkungsrechte im Sinne einer atypisch stillen Beteiligung eingeräumt werden. Bei einer typisch stillen Beteiligung nimmt der Investor keine Leitungs- und nur beschränkte Kontrollrechte wahr. Ein derartiges Beteiligungsmodell dürfte aber nur ausnahmsweise für solche Investoren attraktiv sein, die sich mit den begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten eines (typisch) stillen Gesellschafters zufrieden geben.

## 2. Atypisch stille Beteiligung

Abweichungen von den Vorgaben der Mustersatzung in individuellen Sparkassensatzungen sind zwar mit Genehmigung der Sparkassenaufsicht (§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 Sparkassengesetz) grundsätzlich möglich. Ob auf diesem Wege auch unternehmerische Mitwirkungsrechte der stillen Gesellschafter im Sinne einer atypisch stillen Beteiligung und insbesondere ihre Vertretung im Verwaltungsrat ermöglicht werden können, ist gleichwohl fraglich. Da eine Beteiligung von atypisch stillen Gesellschaftern die gesetzlichen Regelungen über die Zusammensetzung und Zuständigkeiten des Verwaltungsrates berührt, wäre auch hierfür eine Gesetzesänderung erforderlich. Entsprechende gesetzliche Vorbilder bestehen etwa bereits in den Sparkassengesetzen von Rheinland Pfalz und Hessen. Danach sind jeweils stille Beteiligungen auch privater Investoren bis zur Höhe von 49 % des Eigenkapitals der Sparkasse möglich. Die stillen Gesellschafter haben ein (teilweise eingeschränktes) Stimmrecht im Verwaltungsrat.

Soll allerdings der potentielle Kreis von Erwerbern stiller Beteiligungen in ähnlicher Weise beschränkt werden, wie im vorliegenden Entwurf für Anteile am Stammkapital vorgesehen, stößt dies möglicherweise wiederum auf ähnliche europarechtliche Bedenken im Zusammenhang mit der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 EUV (faktischer Privatisierungszwang).

## III. Einzelanmerkungen

### 1. Zu § 4 Abs. 4 SpkG-E

Satz 2 sieht vor, dass über die Bildung von Stammkapital der Verwaltungsrat der jeweiligen Sparkasse entscheidet. Erforderlich ist daneben die Zustimmung des Trägers. Dies halten wir für sachgerecht. Keineswegs zwingend ist hingegen, dass – wie es dem Wortlaut der Entwurfsregelung entspricht – die Zustimmung des Trägers im Voraus erteilt werden muss. Sachgerechter mag im Einzelfall die nachträgliche oder gleichzeitige Zustimmung der Trägervertretung sein, d.h. in einem Zeitpunkt, in dem die politische Entscheidung regelmä-

ßig auf eine breitere oder detailliertere Entscheidungsgrundlage gestellt werden kann. Im Sinne einer Verfahrenserleichterung könnten hierdurch im Einzelfall aufwändige Vorab-Abstimmungen oder die Aufnahme von Bedingungen o.ä. in den Zustimmungsbeschluss der Trägervertretung vermieden werden.

2. Zu § 4 Abs. 5 SpkG-E

Nach Satz 3 der Regelung soll die Berechtigung zum Erwerb oder Halten von Stammkapital erlöschen, sobald in der Person des Minderheitsbeteiligten die Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 entfallen. Dies ist unseres Erachtens sachgerecht, wenn nicht gar zwingend. Unklar ist allerdings, wie die Rückgängigmachung oder Aufhebung der Beteiligung technisch und erfolgen soll? Denkbar wäre etwa die aufsichtsbehördliche Anordnung eines Zwangsverkaufs mit anschließender Enteignungsoption, für den Fall, dass sich nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein geeigneter Erwerber findet. In diesem Zusammenhang halten wir eine klarstellende Regelung für sinnvoll.

3. Zu § 4 Abs. 6 SpkG-E

Bei Aufnahme von Minderheitsbeteiligten sollen in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag Einzelheiten wie Höhe und Zeitpunkt der Einlage oder zu übertragender Anteil und Zeitpunkt der Übertragung zu regeln sein. Nach Satz 3 sollen darüber hinaus „Art und Höhe eines Wertausgleichs“ vereinbart werden können. Nach unserem Verständnis ist hiermit ein etwaiges Agio oder Aufgeld gemeint, das bei Erwerb von Stammkapitalanteilen zusätzlich in die Rücklagen des Instituts fließt. Hier halten wir einen klarstellenden Hinweis in der Gesetzesbegründung für erwägenswert. Hinsichtlich der Bemessung entsprechender Zuzahlungen sei angemerkt, dass bei Zahlungen des (staatlichen) Trägers möglicherweise das europäische Beihilferecht berührt wird.

4. Zu § 4 Abs. 7 SpkG-E

Nach Satz 1 sollen weitere Erhöhungen des geschaffenen Stammkapitals auch unter Teilnahme der bisherigen Minderheitsbeteiligten grundsätzlich zulässig sein. Zu erwägen ist unseres Erachtens die Aufnahme einer Regelung, die diesen zum Schutz ihrer Beteiligung gegen Verwässerung ein Bezugsrecht einräumt.

5. Zu § 5 Abs. 2 SpkG-E

Im Hinblick auf die Beschlusskompetenzen der Trägerversammlung nach Nr. 1 - 10 hat der Minderheitsbeteiligte kein Stimmrecht, da er auf eine Vertretung im Verwaltungsrat beschränkt ist. Dass ein Mitglied mit einem nennenswerten Anteil am Haftkapital (von vorliegend immerhin bis zu 25,1 %) von der Mitwirkung an Grundlagenentscheidungen (namentlich der Gewinnverwendung) ausgeschlossen ist, ist verbandsrechtlich unüblich und mag die

Attraktivität eines entsprechenden Investments aus der Sicht potentieller Minderheitsbeteiligter schmälern.

6. Zu § 7 Abs. 3 SpkG-E

Zur Sicherstellung der demokratischen Legitimation von Entscheidungen des Verwaltungsrats durch die Bevölkerung des Geschäftsgebiets auch nach Übertragung von Stammkapitalanteilen regen wir die Aufnahme einer Regelung an, wonach die Vertreter des Trägers im Verwaltungsrat stets die (einfache) Mehrheit haben müssen (siehe oben I.6.a).

7. Zu § 9 Abs. 3 SpkG-E

Die Versammlung der Minderheitsbeteiligten als gesondertes Gremium dient offensichtlich zunächst nur der Wahl eines oder mehrerer gemeinsamer Vertreter im Verwaltungsrat, wobei das Besetzungsverfahren bzw. der Schlüssel für die Sitzverteilung in § 9 Abs. 3 SpkG-E detailliert geregelt ist. Uns stellt sich die Frage, ob die Institutionalisierung einer gesonderten „Beteiligungsversammlung“ im Organisationsgefüge der Sparkasse vor dem Hintergrund ihrer begrenzten Funktion überhaupt notwendig ist. Denkbar wäre es, im Sinne einer weniger bürokratischen Regelung die Abstimmung der Minderheitsbeteiligten untereinander der autonomen Regelung durch diese zu überlassen. Denn ungeachtet der gesetzlichen Regelung können sich mehrere Minderheitsbeteiligte auch sonst im Hinblick auf ihre gemeinsamen Interessen in der Sparkasse abstimmen und poolen (Poolvertrag zur Vorabstimmung des Abstimmungsverhaltens im Verwaltungsrat). Denkbar wäre daneben die Verlagerung entsprechender Regelungen in die „Mustersatzung für öffentlich-rechtliche Sparkassen“.

8. Zu § 27 Abs. 4 SpkG-E

Die Regelungen zur Dividendenberechtigung halten wir grundsätzlich für sachgerecht. Allerdings sollen Minderheitsbeteiligte bei der Entscheidung über Ob und Höhe der Ausschüttung kein Mitentscheidungsrecht haben. Eine Mindestausschüttung ist nicht vorgesehen. Die Minderheitsbeteiligten laufen deshalb Gefahr, dauerhaft auf Ausschüttungen verzichten zu müssen. Dies dürfte gegen die Attraktivität eines entsprechenden Investments sprechen. Insofern gilt das oben (unter 5.) zu § 5 Abs. 2 SpkG-E Ausgeführte.

9. Zu § 38 SpkG-E

Auch Minderheitsbeteiligte sollen in Ansehung ihrer Beteiligung an einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse der Rechtsaufsicht des Landes Schleswig-Holstein, d.h. der Sparkassenaufsicht durch das Innenministerium unterliegen. Dies erscheint uns zumindest bei länderübergreifenden Sachverhalten wenig praktikabel und vor dem Hintergrund der Gesetzgebungs- und Behördenkompetenz im Einzelfall fraglich. In der Gesetzesbegründung

sollte klargestellt werden, dass die Sparkassenaufsicht des Landes Schleswig-Holstein sich im hier relevanten Zusammenhang beschränkt auf die „Eignungsprüfung“ als Minderheitsbeteiligter nach § 4 Abs. 5 SpkG-E.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'G. Bredow', written over a horizontal line.

Dr. Günther M. Bredow  
Rechtsanwalt