



Finanzgruppe
Deutscher Sparkassen- und Giroverband

Deutscher Sparkassen- und Giroverband
Postfach 11 01 80 · 10831 Berlin

Herrn
Thomas Rother, MdL
Vorsitzender des
Innen- und Rechtsausschusses
des Landtages Schleswig-Holstein
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Dr. Raphael Lohmiller
Recht
Telefon +49 30 20225-5363
Telefax +49 30 20225-5345
raphael.lohmiller@dsgv.de

7. Juni 2010

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes

Sehr geehrter Herr Rother,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

wir danken Ihnen dafür, dass wir die Gelegenheit hatten, in der öffentlichen Anhörung vom 12. Mai 2010 unsere Position zu der geplanten Änderung des Sparkassengesetzes darzustellen.

Obwohl der Innen- und Rechtsausschuss die Sachverständigen darum gebeten hatte, ihr Stellungnahmen bis zum 19. April 2010 einzureichen, hat die Kanzlei Freshfields noch sehr kurzfristig vor der Anhörung eine fünfundachtzigseitige Ausarbeitung vorgelegt. Der Schluss liegt nahe, dass die Abgabe bewusst hinausgezögert wurde, um die Stellungnahmen der anderen Gutachter darin zu verarbeiten.

Eine realistische Möglichkeit, sich noch vor der Anhörung mit dieser Stellungnahme dezidiert inhaltlich auseinanderzusetzen, war daher nicht gegeben. Ungeachtet dessen können die Ausführungen von Freshfields nicht unwidersprochen bleiben, da wesentliche Risiken des Gesetzentwurfes verdrängt werden.

Deutscher Sparkassen-
und Giroverband

Berlin:
Charlottenstraße 47
10117 Berlin
Telefon +49 30 20225-0
Telefax +49 30 20225-250

Büro Bonn:
Simrockstraße 4
53113 Bonn
Telefon +49 228 204-0
Telefax +49 228 204-250

Büro Brüssel:
Avenue des Nerviens 9-31, Box 3
B-1040 Bruxelles
Telefon +32 274016-10
Telefax +32 274016-17

Seite 2

Als **Anlage** übersenden wir Ihnen eine Ausarbeitung der Kanzlei Redeker, die auf diese Punkte eingeht. Wir bitten Sie, diese Argumente im weiteren Verfahren zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

Deutscher Sparkassen- und Giroverband

i. V.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Schürmann', written in a cursive style.

Dr. Thomas Schürmann

Schleswig-Holsteinischer Landtag:

Sparkassengesetz

Memorandum zur Stellungnahme der Rechtsanwältin Freshfields (RA Dr. Benedikt Wolfers)

- Umdruck 17/823 -

Hintergrund

Zwei Tage vor der öffentlichen Anhörung im Landtag ist eine 85-seitige Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 10.02.2010 (Umdruck 17/823) vorgelegt worden. Diese Stellungnahme, erstellt von Rechtsanwalt Dr. *Benedikt Wolfers*, sieht zwar den Gesetzentwurf „in Einklang mit EU-Recht“ und nicht als „Einfallstor für eine Privatisierung“, empfiehlt indes einige Ergänzungen, um bestehende „Restrisiken“ zu „minimieren“.

In entscheidenden Fragen kann den in dieser Stellungnahme unterbreiteten Thesen nicht gefolgt werden (unter A.); auch die Vorschläge für eine Ergänzung des Gesetzentwurfs führen in die Irre (unter B.).

A.

Stellungnahme zu den Kernthesen

1. **„Blose Beschränkung, keine Diskriminierung“:** Die Stellungnahme *Wolfers* geht davon aus, dass der geplante Entwurf keine Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft enthält. Die erwogene Beschränkung des Kreises möglicher Beteiligter an Stammkapitalanteilen öffentlich-rechtlicher Sparkassen in Schleswig-Holstein treffe „in- und ausländische Personen, die die vorgesehenen Voraussetzungen für den Erwerb nicht erfüllen, gleichermaßen“ (Stellungnahme *Wolfers*, S. 59).

Unterschlagen wird dabei, dass die Grundfreiheiten des EU-Rechts nicht nur offene (direkte) Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch versteckte (indirekte) Diskriminierungen verbieten, d.h. Unterscheidungsmerkmale, die zwar nicht unmittelbar an der Staatsbürgerschaft anknüpfen, tatsächlich aber bewirken, dass praktisch nur inländische Wirtschaftsteilnehmer in den Genuss einer Regelung kommen.¹ Die **vorgeschlagene Gesetzesregelung bezweckt und bewirkt eine Begünstigung der HASPA Finanzholding**, während Investoren aus anderen Mitgliedstaaten von einem Beteiligungserwerb abgehalten werden (sollen). Sie hat also, obgleich sie nicht unmittelbar an die „Staatsangehörigkeit“ der HASPA Finanzholding anknüpft, dieselbe Wirkung wie eine offene Diskriminierung. Daraus folgen erhöhte Rechtfertigungsanforderungen. Insbesondere hat der EuGH entschieden, dass selbst zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls eine versteckte Diskriminierung nicht rechtfertigen können: *„Innerstaatliche Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Empfängers anwendbar und somit diskriminierend sind, lassen sich mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung ... fallen“*.² Speziell zu Art. 345 AEUV (bisher: Art. 295 EGV) hat der Gerichtshof entschieden, dass diese Bestimmung die Mitgliedstaaten nicht dazu berechtigte, die Grundprinzipien des Vertrages und namentlich den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu verletzen.³

2. **„Rechtsform oder öffentliches Eigentum für die Anwendung von Art. 345 AEUV nicht entscheidend“:** Ob eine (Teil-)Privatisierung vorliegt, die zur Unanwendbarkeit von Art. 345 AEUV führt, soll sich nach *Wolfers* nicht etwa nach der Rechtsform des Erwerbers (öffentlich-rechtlich/privatrechtlich) oder nach den Beherrschungs- und Eigentumsverhältnissen (öffentliche Sachen/Privateigentum)

¹ St. Rspr., vgl. EuGH Rs. C-464/05, Geurts, Slg. 2007, I-9325 Rdnr. 20 m.w.N.

² EuGH Rs. C-224/97, Ciola, Slg. 1999, I-2517 Rdnr. 16.

³ EuGH Rs. C-302/97, Konle, Slg. 1999, I-3099 Rdnr. 38; EuGH Rs. 182/83, Fearon, Slg. 1984, 3677 Rdnr. 7.

richten, sondern nach „positiven Abgrenzungskriterien“, wie der „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ und der „Gemeinnützigkeit“ (a.a.O., S. 26-31).

Schon diese Prämisse geht in jeder Hinsicht fehl. Art 345 AEUV „lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“, rechtfertigt aber keine Maßnahmen, die bestimmte Unternehmen allein aufgrund ihrer „Aufgabenstellung“ oder „Gemeinnützigkeit“ privilegieren. Es geht in Art. 345 AEUV um die **formelle Frage nach der Eigentums(zu-)ordnung**, nicht aber um die wirtschaftliche Frage, welche Aufgaben ein Unternehmen zu erfüllen hat, wer von etwaigen Gewinnen und Ausschüttungen profitiert und in welchen Vereinigungen das Unternehmen Mitglied ist.

Selbst wenn man – wie *Wolfers* – ganz allgemein nach der Zugehörigkeit zum „öffentlichen Sektor“ fragt, bedürfte es im Übrigen einer besonderen Zuweisungsnorm, welche dem Staat eine besondere organisationsrechtliche und/oder materielle Entscheidungsgewalt über das Unternehmen zuweist. Speziell für freie Sparkassen hat die EU-Kommission eine derartige Zurechnungsnorm nicht finden können.⁴ Nach den von *Wolfers* vorgeschlagenen Kriterien könnte sonst jede Privatperson, jede Stiftung und jede Personengesellschaft, wenn und weil sie z.B. „ohne Eigentümer“ ist und sich „gemeinnützig“ bzw. „öffentlichen“ Aufgaben verschreibt, zum „öffentlichen Sektor“ gezählt werden, sofern sie sich dabei freiwillig einer „spezifischen“ behördlichen Aufsicht unterwirft.

3. „**Auch die EU-Kommission stellt nicht auf die Rechtsform ab**“: Besonders eigenwillig ist die Auslegung des Schreibens der EU-Kommission vom 16. April 2010 (*Wolfers*, S. 55). „Entscheidend“, so *Wolfers*, seien nach diesem Schreiben „die materiellen Merkmale des öffentlichen Sektors, nicht jedoch die bloß formelle Rechtsform.“

Die Lektüre dieses Schreibens bezeugt das Gegenteil. Die Kommission sucht nach Normen, die eine abschließende Aussage darüber erlauben, ob es sich „um eine öffentliche oder private **Rechtspersönlichkeit** handelt“.⁵ So hat die Kommission festgestellt, dass es in Hamburg kein Sparkassengesetz gibt, „welches die **Rechtsnatur** der *HASPA-Finanzholding* als öffentlich definieren würde“. Zwar fehlten ihr die möglicherweise maßgeblichen Gründungsvorschriften, „durch die diese Rechtspersönlichkeiten geschaffen wurden“, die Kommission weist aber darauf hin, dass die maßgebliche Überleitungsvorschrift privatrechtlicher Natur sei. Auf

⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 11.1.2008, K(2007)6911 endg., Rdnr. 110.

⁵ Schreiben der Europäischen Kommission vom 16.4.2010 (Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 17/692), S. 2.

die von der Landesregierung ins Spiel gebrachten „Abgrenzungskriterien“ („Eigentümerlosigkeit“, „öffentliche Aufgabe“, „Mildtätigkeit“ etc.) kommt es nach Auffassung der Kommission gerade nicht an. Nur aus einer Rechtsnorm, nicht aber aus irgendwelchen Zielen, Praktiken oder Bindungen könne sich die Zugehörigkeit eines Unternehmens zum „öffentlichen Sektor“ ergeben.⁶ Allein diese Maßgabe entspricht, wie dargelegt, auch dem Wortlaut des Art. 345 AEUV.

Die von *Wolfers* (a.a.O., S. 8-9, S. 55) hervorgehobene Zurückhaltung der Kommission zum schleswig-holsteinischen Gesetzesentwurf steht denn auch **in deutlichem Kontrast** zu ihren Schreiben vom 6.9.2007 und vom 7.8.2009 betreffend die Einführung von Träger- und Stammkapital in **Nordrhein-Westfalen und Hessen**.⁷ Auf die Bitte der zuständigen Landesminister, die betreffenden SpkG-Novellen europarechtlich zu prüfen, stellte das zuständige Kommissionsmitglied für den Binnenmarkt unmissverständlich fest, dass die übermittelten Entwürfe von Artikel 295 EG gedeckt seien, da sie ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Bereich betreffen. So hieß es im Schreiben zur Einführung von Trägerkapital in NRW wörtlich: *„Vor diesem Hintergrund ... bewegt sich die in § 7 Abs. 1 des Entwurfs ... vorgesehene Schaffung einer Trägerkapitaloption ausschließlich im öffentlich-rechtlichen Bereich. Die in § 7 Abs. 1 Satz 4 des Entwurfs ... enthaltene Entscheidung ..., die Übertragbarkeit von Trägerkapital auszuschließen, würde dementsprechend eine politische und wirtschaftliche Entscheidung darstellen, die von Artikel 295 des EG-Vertrages gedeckt ist.“*⁸ Nicht weniger klar äußerte sich die Kommission zum hessischen Entwurf: *„Als ein wesentliches Element dieser Novellierung haben Sie die Möglichkeit hervorgehoben, Stammkapital zu schaffen und Kapitalanteile innerhalb der öffentlich-rechtlichen Bankengruppe zu übertragen. Ich gehe davon aus, dass der Gesetzesentwurf seither sich nicht geändert hat. Aus Sicht des Binnenmarktes bestehen gegen die oben genannten Kernelemente keine Bedenken. ... Sollte hingegen eine Entscheidung zu einer teilweisen oder vollständigen Privatisierung einzelner Institute getroffen (werden), würden die Grundfreiheiten des EG-Vertrages Anwendung finden.“*⁹

4. **„Tatsächliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Gemeinnützigkeit entscheidend“:** Zum „öffentlichen Sektor“ – ein denkbar vager Begriff – sollen nach *Wolfers* (a.a.O., S. 29-32) alle Rechtsträger bereits dann gehören, wenn sie (a) „öffentliche Aufgaben“ erfüllen, (b) „gemeinnützig“ sind und (c) „spezifischer staatlicher

⁶ Schreiben der Europäischen Kommission, a.a.O.

⁷ Schreiben des EU-Kommissars McCreevy an den Finanzminister des Landes NRW, Dr. Helmut Linssen, vom 6.9.2007; Schreiben des EU-Kommissars McCreevy an den Wirtschaftsminister des Landes Hessen, Dr. Alois Rhiel, vom 7.8.2006.

⁸ Schreiben des EU-Kommissars vom 6.9.2007

⁹ Schreiben des EU-Kommissars vom 7.8.2006.

Aufsicht“ unterliegen. Gewinnstreben stehe der Gemeinnützigkeit nicht entgegen (a.a.O., S. 32). Als (einzige) Begründung für die Auswahl dieser „drei relevanten Kriterien“ wird auf die Begründung zum Zustimmungsgesetz zu den Römischen Verträgen vom 25. März 1957 rekurriert, die „für die Zwecke des Art. 345 AEUV“ ebenfalls auf den Begriff der „Gemeinwirtschaft“ abgestellt habe (*Wolfers*, a.a.O., S. 30).

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass diese Auswahl keineswegs aus Rechtsnormen, Gerichtsurteilen, einer Staatspraxis oder der Literatur abgeleitet werden kann, sondern allein dem Ziel des Gesetzentwurfs geschuldet ist, die HASPA Finanzholding – die diese drei Kriterien „rein zufällig“ erfüllen soll (*Wolfers*, a.a.O., S. 39-42) – gegenüber anderen Kreditinstituten zu privilegieren. Umso unverständlicher erscheint der Hinweis auf das Ratifizierungsverfahren zum EWGV: Die Bundesregierung hatte zu Art. 345 AEUV (früher: Art. 222 EWGV) ausgeführt, dass die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft nicht zum Ziel haben dürfe, „ein Unternehmen in Gemeinwirtschaft zu überführen oder umgekehrt ein im Gemeineigentum stehendes Unternehmen zu privatisieren“. ¹⁰ Art. 345 AEUV sollte also auch nach dem Willen der Vertragsväter an die klassische Unterscheidung zwischen Sozialisierung und Privatisierung, d.h. an einen rechtlichen oder faktischen Wechsel der Eigentumsverhältnisse anknüpfen. ¹¹ Es ging zu keinem Zeitpunkt darum, Unternehmen zu begünstigen, weil sie sich der „Gemeinnützigkeit“ und/oder „öffentlichen Aufgaben“ verschrieben haben.

5. **„HASPA Finanzholding erfüllt alle drei Zugehörigkeitskriterien für den öffentlichen Sektor“:** Nach *Wolfers* kann die HASPA Finanzholding dem öffentlichen Sektor „zugeordnet“ werden (a.a.O., S. 38-46). Erstens erfülle die HASPA Finanzholding ausweislich ihrer Satzung „öffentliche Aufgaben“, konkreter: öffentliche sparkassentypische Aufgaben (a.a.O., S. 39). Zweitens gehöre sie „sich selbst“ und unterliege somit „einer strengen Gemeinnützigkeitsverpflichtung“, da Gewinne nicht an – öffentliche oder private – Eigentümer ausgeschüttet werden könnten (a.a.O., S. 39-40). Drittens unterliege sie hinsichtlich dieser Kriterien einer „spezifischen staatlichen Aufsicht“ durch den Senat der Freien und Hansestadt Hamburg (a.a.O., S. 41-42).

Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Haspa-Urteil explizit entschieden, dass „freien Sparkassen“ gerade keine öffentlichen Aufgaben übertragen oder überlassen worden sind: *„Den freien Sparkassen ist - auch soweit sie als öffentliche mündelsichere Sparkassen im Sinne von § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB*

¹⁰ BT-Drs. 2/3440, S. 154.

¹¹ Vgl. schon Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zum Vertrag, 1960, Art. 222 Anm. 1.

anerkannt sind - der Betrieb von Bankgeschäften in der Art von Sparkassengeschäften **nicht als "öffentliche Aufgabe" - d.h. nicht zur Wahrnehmung einer staatlichen oder kommunalen Aufgabe - übertragen oder überlassen worden. Gerade dadurch unterscheiden sie sich von den öffentlich-rechtlichen Sparkassen, den sogenannten kommunalen Sparkassen, die als Einrichtungen ihrer Gewährträger von diesen errichtet und mit dem Betrieb von Sparkassengeschäften als der von ihnen wahrzunehmenden "öffentlichen Aufgabe" betraut werden.** Für das Bundesverwaltungsgericht steht ferner fest, dass die HASPA **„keine Einrichtung der Freien und Hansestadt Hamburg“** ist. Denn sie betreibe ihre Geschäfte **„aufgrund ihrer Satzung in Ausübung der bundesrechtlich gewährleisteten Berufs- und Gewerbefreiheit, nicht dagegen in Wahrnehmung einer ihr durch Staat oder Kommune übertragenen oder überlassenen "öffentlichen Aufgabe". Daß sie als "öffentliche" - d.h. als einem nicht beschränkten Kundenkreis eröffnete und hierfür auch geeignete - mündelsichere Sparkasse im Sinne von § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB anerkannt ist und als solche der Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg hinsichtlich der Gewährleistung ihrer Mündelsicherheit unterliegt, ändert hieran ebenso wenig wie der Umstand, daß sie der allgemeinen Bankaufsicht des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen unterstellt ist.“**¹² Dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu Art. 345 AEUV erging, sondern das seinerzeitige Zweigstellenverbot des Landes Schleswig-Holstein betraf, ist – entgegen Wolfers (S. 44) – völlig unerheblich. Maßgeblich ist alleine, dass höchststrichterlich längst klargestellt worden ist, dass der HASPA keine öffentlichen Aufgaben überlassen oder übertragen worden sind und dieses Kreditinstitut sich maßgeblich von öffentlich-rechtlichen Sparkassen unterscheidet.

Auch am zweiten Kriterium, aus dem sich eine Zugehörigkeit zum „öffentlichen Sektor“ ergeben soll, fehlt es. Der Begriff der „**Gemeinnützigkeit**“ ist in § 52 der Abgabenordnung definiert. Danach kommt es nicht darauf an, ob eine Körperschaft „sich selbst“ oder einem Dritten gehört. Für die Gemeinnützigkeit ist alleine entscheidend, ob **„ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern“** (§ 52 Abs. 1 AO). Ausweislich ihrer Satzung ist Gegenstand der HASPA Finanzholding hingegen **„der Erwerb, das Halten und Verwalten von Beteiligungen der Hamburger Sparkasse AG und anderen Unternehmen“** (§ 2 Abs. 1). Die HASPA ist zu allen Geschäften berechtigt, **„die geeignet sind, dem Gegenstand des Unternehmens unmittelbar oder mittelbar zu dienen“** (§ 2 Abs. 2 der Satzung). Die Hamburger Sparkasse AG mag dabei eine vergleichbare Geschäftspolitik wie öffentlich-rechtliche Sparkassen betreiben. Ihre Tätigkeit ist aber nicht darauf gerichtet, „die

¹² BVerwGE 69, 11 (22).

Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern“ und entspricht somit nicht den vom Gesetz geforderten Gemeinnützigkeitsanforderungen.

Zum dritten Kriterium, der „spezifischen staatlichen Aufsicht“, genügt der Hinweis, dass **keine Rechtsnorm die Freie und Hansestadt Hamburg zu einer sparkassentypischen Staatsaufsicht** ermächtigt. Während die Sparkassengesetze der (übrigen) deutschen Bundesländer die öffentlichen-rechtlichen Sparkassen einer umfassenden Staatsaufsicht unterstellen und den zuständigen Ministerien zu diesem Zwecke weitgehende Prüfungs-, Eingriffs- und Richtlinienbefugnisse zuweisen,¹³ fehlt es in Hamburg an einer annähernd vergleichbaren Staatsaufsicht. Anstelle eines Gesetzes, welches derartige Befugnisse alleine festlegen könnte, beschränkt sich die Satzung der HASPA Finanzholding auf die lapidare Feststellung, dass die Haspa der „Rechtsaufsicht des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg“ unterliege (§ 23 Abs. 1). Wie die meisten Satzungsbestimmungen kann auch diese Vorschrift ohne Beteiligung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg geändert oder gestrichen werden (§ 23 Abs. 2).

Auch aus anderen Gründen spricht der Umstand, dass die HASPA Finanzholding sich der Rechtsaufsicht des Senats unterwirft, mitnichten für ihre Einbeziehung in den „öffentlichen Sektor“. Unzählige Unternehmen, von den Energieversorgern über die Deutsche Telekom bis hin zu Kantinenbetrieben und Rüstungsunternehmen unterliegen einer spezifischen staatlichen Aufsicht. Eine Zugehörigkeit zum „öffentlichen Sektor“ ist damit nicht verbunden. Ferner sind auch Stiftungen des Bürgerlichen Rechts der staatlichen Rechtsaufsicht unterworfen. Eine Zugehörigkeit zum „öffentlichen Sektor“ hat hieraus ebenfalls noch niemand gefolgert. Ziel und Gegenstand der Aufsicht über eine Stiftung ist es, „dass Rechtsvorschriften, das Stiftungsgeschäft und die Satzung beachtet werden“,¹⁴ nicht aber wird dadurch eine irgend geartete Sonderstellung zum Staat begründet. Nicht anders verhält es sich für die HASPA Finanzholding.

6. **„Kein Privatisierungsautomatismus“:** Besonders gravierend ist die Fehleinschätzung zu den Rechtsfolgen und Auswirkungen des Gesetzes (*Wolfers*, S. 49-52). Unter der Prämisse, dass der EuGH die Europarechtswidrigkeit des § 4 Abs. 5 SpkG SH feststellt, kommt zwar auch *Wolfers* zu dem Schluss, dass es dann dem Gesetzgeber obliege, den Kreis der begünstigten Anteilseigner entweder auf alle Unternehmen auszudehnen oder aber etwaige Beteiligungen der HASPA Finanzholding rückgängig zu machen (a.a.O., S. 50-51).

¹³ Vgl. etwa §§ 38-40 SpkG Schleswig-Holstein; § 20 HessSpkG; §§ 39, 40 SpkG NRW.

¹⁴ § 8 Abs. 1 StiftG Schleswig-Holstein v. 2. März 2000.

Ausgeblendet wird dabei aber das eigentliche Risiko: Jedes Gericht und jede Anstalt und Körperschaft des öffentlichen Rechts ist unmittelbar an die EU-Kapitalverkehrsfreiheit gebunden.¹⁵ Die Kapitalverkehrsfreiheit geht – wie das gesamte EU-Recht – den innerstaatlichen Gesetzen und folglich auch dem in § 4 Abs. 5 SpkG vorgesehenen *numerus clausus* vor. *Schon hieraus* und nicht erst aus einer abschließenden EuGH-Entscheidung folgen die eigentlichen Privatisierungsrisiken:

Schon **unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes** könnten zum Beispiel Kreditinstitute oder andere Investoren aus dem EU-Ausland eine Gleichstellung mit der HASPA Finanzholding einfordern. Nach der EuGH-Rechtsprechung ist jede öffentliche Einrichtung, einschließlich der nationalen Gerichtsbarkeit, verpflichtet, für die volle Wirksamkeit der EU-Grundfreiheiten Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls *„jede – auch spätere - entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste.“*¹⁶ Einer vorherigen EuGH-Entscheidung bedarf es, dies übersieht *Wolfers* (a.a.O., S. 49), nicht. Dies bedeutet, dass sich interessierte Investoren ohne Rücksicht auf den entgegenstehenden Wortlaut des § 4 Abs. 5 SpkG unmittelbar an die betreffenden öffentlichen Einrichtungen und Gerichte wenden könnten, um eine Gleichbehandlung mit der HASPA Finanzholding zu erzwingen.

Ein zweites (von *Wolfers* ebenfalls ausgeblendetes) Privatisierungsszenario folgt aus den Erfahrungen im Falle Stralsund: Zur Sanierung seines Haushaltes möchte ein Träger seine Sparkasse an interessierte Privatinvestoren ganz oder teilweise veräußern. Anders als im deutschen Recht – hier besteht keine Befugnis zur Außerachtlassung verfassungswidrigen Gesetzesrechts – sind nach der EuGH-Rechtsprechung sämtliche staatlichen Einrichtungen gehalten, die EU-widrigen Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen.¹⁷ Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass sich ein Träger als berechtigt und verpflichtet ansieht, nicht alleine der HASPA Finanzholding, sondern auch einem (anderen) privaten Investor ein Angebot zum Erwerb von Stammkapitalanteilen zu unterbreiten.

Hinzu kommt, dass private Investoren sich auf den Standpunkt stellen könnten, die gesetzliche **Begrenzung des Anteilserwerbs auf 25,1%** sehe eine nicht ge-

¹⁵ St. Rspr., vgl. nur EuGH Rs. C-224/97, Ciola, Slg. 1999, I-2517 Rdnr. 30.

¹⁶ EuGH Rs. 106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629 Ls. 1.

¹⁷ EuGH Rs. C-224/97, Ciola, Slg. 1999, I-2517 Rdnr. 30; EuGH Rs. 103/88, Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839 Rdnr. 31; BVerwG NVwZ 1992, 783 (784) - Fleischbeschauung; BVerwG NVwZ-RR 2009, 608 (609) - Wechselschichtzulage für Beamte.

rechtfertigte Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vor. So hat der EuGH in seinem VW-Urteil eine gesetzliche Regelung, die Investoren vom Erwerb sämtlicher Anteile des Zielunternehmens abhielt, als ungerechtfertigte Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit angesehen. Investoren würde es erschwert, sich effektiv an der Verwaltung und der Kontrolle des Zielunternehmens zu beteiligen, obwohl sie dank der Kapitalisierung des Unternehmens berechtigt seien, sich auf den Grundsatz des freien Kapitalverkehrs zu berufen.¹⁸ Sparkassen in Schleswig-Holstein wären damit, was *Wolfers* übersieht, im *worst case* einer vollständigen Privatisierung preisgegeben.

B.

Stellungnahme zu den Ergänzungsvorschlägen

7. „**Beschränkung auf Mitglieder eines regionalen Sparkassen- und Giroverbandes**“: *Wolfers* schlägt vor, den Kreis der privilegierten Erwerbsberechtigten auf solche Träger zu beschränken, die „Mitglied eines regionalen Sparkassen- und Giroverbandes sind“ (a.a.O., S. 37, S. 81-82). Dies soll einerseits eine Zugehörigkeit zum „öffentlichen Sektor“ indizieren, andererseits die mit der HASPA Finanzholding konkurrierenden Unternehmen vom Kapitalerwerb fernhalten (a.a.O., S. 37, S. 42).

Zu der Prämisse, die HASPA Finanzholding sei aufgrund ihrer Mitgliedschaft im regionalen Sparkassen- und Giroverband „ein integraler Bestandteil der Sparkassenfamilie und Mitglied des Sparkassensektors“ (*Wolfers*, S. 42) genügt der Hinweis, dass es sich beim Hamburgischen Sparkassen- und Giroverband um einen „eingetragenen Verein“ (e.V.) handelt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Mitgliedschaft in einer privaten Vereinigung „rechtlich“ oder „aus Sicht der Kommission“ (a.a.O., S. 42) eine Zugehörigkeit zum „öffentlichen Sektor“ indizieren sollte.

Davon abgesehen würden die **diskriminierenden Wirkungen** aufgrund dieser weiteren Einschränkung der berechtigten Anteilserwerber **noch vertieft**. Freie Sparkassen, die keinem regionalen Verband angehören, oder Stiftungen, die unter Anwendung der *Wolfers*'schen Kriterien ebenfalls zum „öffentlichen Sektor“ gehören könnten, würden vom regionalen Wettbewerb mit der HASPA Finanzhol-

¹⁸ EuGH Rs. C-112/05, Kommission/Deutschland, Slg. 2007, I-8995 Rdnr 55.

ding von vornherein ausgeschlossen und damit ohne nachvollziehbaren Grund beeinträchtigt.

8. „*Beschränkung auf Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg*“: Um „insbesondere aus EU-rechtlicher Sicht die Rechtssicherheit des Gesetzesentwurfs weiter zu erhöhen“ (!), schlägt *Wolfers* des weiteren vor, den Kreis der „vergleichbaren Träger auf solche mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg zu konzentrieren“ (a.a.O., S. 81). Damit soll offenbar verhindert werden, dass auch andere Träger von freien Sparkassen, die Mitglieder im Hanseatischen Sparkassen- und Giroverband e.V. sind, etwa die Finanzholding der Sparkasse in Bremen, Anteilseigner von Sparkassen in Schleswig-Holstein werden können.

Indes würde dieser Vorschlag die europa- und verfassungsrechtlichen Probleme noch **weiter verschärfen**. Nach der EuGH-Rechtsprechung liegt eine versteckte Diskriminierung auch dann vor, wenn die inkriminierte Maßnahme sich auf bestimmte nationale Regionen beschränkt und dadurch die Unternehmen in anderen Landesteilen eines Mitgliedstaates in derselben Weise schlechter stellt, wie die Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten.¹⁹ Eine staatliche Maßnahme könne nämlich selbst dann „als diskriminierend oder protektionistisch“ qualifiziert werden, wenn sie nicht sämtliche inländischen Unternehmen begünstige, sondern lediglich die Wirtschaftsteilnehmer einer bestimmten Region, etwa eines Grenzgebietes.²⁰

9. „*Folgen des Erlöschens der Berechtigung vertraglich fixieren*“: Für den als „unwahrscheinlich“ hingestellten Fall eines die EU-Widrigkeit feststellenden EuGH-Urteils empfiehlt *Wolfers*, in § 4 Abs. 6 Satz 2 SpkG die Verpflichtung aufzunehmen, im öffentlich-rechtlichen Vertrag auch die Folgen eines Erlöschens der Berechtigung als „vergleichbarer Träger“ zu fixieren. Denn in einem solchen Falle, so *Wolfers*, bedürfte es ggf. einer „Umwandlung der bisherigen Rechtsposition in eine andere Beteiligungsform“, beispielsweise „ein Transfer der Beteiligung in eine stille Gesellschaft“ (*Wolfers*, S. 51).

Dieser Vorschlag hilft nicht weiter: Er kann und will vor den ausgeblendeteten Privatisierungsrisiken, die sich unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes ergeben, nicht schützen. Denn diese Risiken treten allein dadurch ein, dass das geplante Gesetz den Anteilswerb an öffentlich-rechtlichen Sparkassen erlaubt, ohne diesen Anteilswerb auf öffentlich-rechtliche Sparkassen, deren Träger oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften zu begrenzen. Die vertragliche Rege-

¹⁹ EuGH Rs. C-254/98, TK-Heimdienst Saß, Slg. 2000, I-151 Rdnr. 27.

²⁰ EuGH verb. C-1/90 und C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia, Slg. 1991, I-4151, Rdnr. 24.

lung der Folgen eines Erlöschens der Erwerbsbefugnis lässt diese Risiken vollkommen unberührt.

Hinzu kommt: Die von *Wolfers* vorgeschlagene Präzisierung ändert nichts an den **Schadensersatzforderungen**, denen sich Sparkassen und deren Träger ausgesetzt sehen, wenn sie von der gesetzlichen Option Gebrauch machen wollen. Missachtet eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder Körperschaft die EU-Grundfreiheiten, so ist sie nach ständiger Rechtsprechung zum Ersatz des daraus resultierenden Schadens verpflichtet.²¹ Auf ihr Verschulden und die innerstaatliche Rechtslage kommt es dabei nicht an.²² Öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger sind also unmittelbar einem Schadensersatz- und Amtshaftungsrisiko ausgesetzt, wenn sie die HASPA Finanzholding gegenüber anderen Interessenten privilegieren und damit die EU-Kapitalverkehrsfreiheit in offenkundiger Weise verletzen würden. Derartige Risiken lassen sich mit Hilfe einer vertraglich antizipierten Rückabwicklung von Beteiligungen naturgemäß nicht ausschließen. Würde z.B. eine öffentlich-rechtliche Sparkasse wegen europarechtswidriger Bevorzugung der HASPA Finanzholding in Anspruch genommen, wäre ihr mit einer Umwandlung oder mit einem „sonstigen Transfer der bisherigen Stammkapitalbeteiligung in eine andere Form der Beteiligung“ (*Wolfers*, S. 83) nicht geholfen.

(Dr. Ulrich Karpenstein)

i. V. 

²¹ EuGH Rs. C-445/06, *Danske Slagterier*, Slg. 2009, I-2119 Rdnr. 22 ff.; EuGH verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, Slg. 1996, I-1029 Rdnr. 55 ff.

²² EuGH verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, Slg. 1996, I-1029 Rdnr. 56.