

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**  
**Umdruck 16/4264**

**Der Präsident des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

**Wissenschaftlicher Dienst**

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An die  
Parlamentarische Geschäftsführerin  
der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
Frau Monika Heinold

– im Hause –

**Ihre Nachricht vom: 28.01.2009**

**Mein Zeichen: L 203 – 258/16**

**Bearbeiter/in:  
Dr. Anika D. Luch**

**Telefon (0431) 988-1133  
Telefax (0431) 988-1250  
anika.luch@landtag.ltsh.de**

**06.04.2009**

## **Änderung des Sparkassengesetzes**

Sehr geehrte Frau Heinold,

Ihrer Bitte um Stellungnahme zum o. g. Thema und im Einzelnen zu den aufgeführten Fragen kommen wir im Folgenden gerne nach.

**Frage 1: Wer sind die Mitglieder der Sparkassenorganisation und sind sie identisch mit den Mitgliedern der Sparkassen-Finanzgruppe?**

### **I. Ausgangslage**

Der Begriff der **Sparkassenorganisation** wird in der Literatur und von den betroffenen Unternehmen nicht einheitlich gebraucht. Insbesondere in gesetzlichen Regelungen wird **keine Legaldefinition** vorgenommen. Dennoch findet der Terminus in unterschiedlichen Bestimmungen Verwendung. In § 10 Abs. 2 Nr. 12 SpkG SH heißt es beispielsweise ohne nähere Konkretisierung: „Der Verwaltungsrat ist ferner zuständig für die Eingehung und Aufgabe von Beteiligungen an Einrichtungen der Sparkassenorganisation sowie an organisationsfremden Einrichtungen“.

## II. Verwandte Begrifflichkeiten

Für eine inhaltliche Ausdifferenzierung des Terminus erscheint es zielführend, auf die häufig parallel genutzten Begrifflichkeiten „Sparkassenverbund“ und „Sparkassen-Finanzgruppe“ einzugehen.

Früher wurde mit dem Begriff des **Sparkassenverbundes** die Kooperation zwischen Sparkassen und Landesbanken/Girozentralen bezeichnet<sup>1</sup>. Heute arbeiten die Sparkassen mit einer Vielzahl rechtlich und wirtschaftlich selbständiger Unternehmen zusammen, um die Nachfrage ihrer Kunden nach kreditwirtschaftlichen Leistungen zu befriedigen. Die Kooperation umfasst unter anderem eine auf gemeinsame Ziele ausgerichtete, koordinierte Geschäftspolitik, die Arbeitsteilung im Einlagen-, Kredit- und Emissionsgeschäft sowie auf dem Gebiet der Liquiditätshaltung und sonstiger Bankdienstleistungen<sup>2</sup>. Zu den Kooperationspartnern gehören:

- neben den (446<sup>3</sup>) Sparkassen
- die (11<sup>4</sup>) Landesbanken/Girozentralen
- die (10) Landesbausparkassen<sup>5</sup>
- (12) öffentlich-rechtliche Versicherer (z.B. Provinzial, Sparkassen-Versicherung<sup>6</sup>, Versicherungskammer Bayern<sup>7</sup> etc.)
- die DekaBank
- (7) Kapitalanlagegesellschaften der Landesbanken
- (6) Leasing-/ (3<sup>8</sup>) Factoring- und (80) Kapitalbeteiligungsgesellschaften<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. *Wittmann*, Der Sparkassenverbund, 2004, S. 3 unter Bezugnahme auf *Geise*, Sparkasse, 1993, S. 56.

<sup>2</sup> Vgl. *Wittmann*, Der Sparkassenverbund, 2004, S. 3 unter Bezugnahme auf *Geiger*, in: Deutscher Sparkassen Verlag, Handwörterbuch, Stichwort „Verbund in der Sparkassenorganisation“, S. 258.

<sup>3</sup> DSGV, Geschäftszahlen 2007, S. 2, abrufbar unter <http://www.dsgv.de/download/Publikationen/Geschaeftszahlen2007.pdf>. Die Anzahl lag im Jahr 1991 noch bei 748 (DSGV, Jahresbericht 1991, S. 89); die signifikante Verringerung ist auf eine rege Fusionstätigkeit zurückzuführen.

<sup>4</sup> Seit 1. 1. 2008: 7 Landesbank-Konzerne, DSGV, Geschäftszahlen 2007, S. 2, abrufbar unter <http://www.dsgv.de/download/Publikationen/Geschaeftszahlen2007.pdf> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.lbs.de/saar/die-lbs/wir-ueber-uns> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>6</sup> Zum 1. 1. 2004 fusionierten die SV-Versicherer in Baden-Württemberg und Hessen-Thüringen. An der neu entstandenen SV Sparkassen Versicherung ist der Sparkassenverband Baden-Württemberg mit 63,1 % und der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen sowie der Sparkassen- und Giroverband Rheinland-Pfalz mit 36,9 % beteiligt. Vgl. [http://www.sparkassenversicherung.de/web/html/privat/ueber\\_uns/ueber\\_uns/historie/](http://www.sparkassenversicherung.de/web/html/privat/ueber_uns/ueber_uns/historie/). (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>7</sup> Versicherungsanstalt des öffentlichen Rechts, Holding und Kommunalversicherer. Anteilseigner sind der Sparkassenverband Bayern, der Sparkassen- und Giroverband Rheinland-Pfalz sowie einige Sparkassen der entsprechenden Verbände als atypische stille Gesellschafter. Vgl. [http://cms.vkb.de/export/sites/vkb/\\_resources/downloads\\_vkb/Kennzahlen\\_Druckversion.pdf](http://cms.vkb.de/export/sites/vkb/_resources/downloads_vkb/Kennzahlen_Druckversion.pdf) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>8</sup> Entgegen der zugrunde liegenden Zahlenangaben des DSGV e.V. (siehe Fn. 10) konnten bei der Recherche vier Factoring-Gesellschaften der Sparkassen-Finanzgruppe gefunden werden.

<sup>9</sup> Siehe auch Wirtschaftslexikon unter dem Stichwort „Sparkassenorganisation“: <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deutsche-sparkassenorganisation/deutsche-sparkassenorganisation.htm> (Stand: 23.02.2009).

- (7) Unternehmens-/Kommunalberatungsgesellschaften
- (671<sup>10</sup>) Stiftungen<sup>11</sup>
- die (12) regionalen Sparkassen- und Giroverbände
- der Deutsche Sparkassen- und Giroverband (DSGV e.V.)<sup>12</sup>.

Hinzukommen weitere spezielle Unternehmen für die Erhaltung eines umfassenden Service-Angebots, z.B. der Deutsche Sparkassenverlag (DSV), ein Rechenzentrum (Informatikzentrum der Sparkassenorganisation – SIZ) sowie weitere IT-Dienstleister/ Datenverarbeitungsgesellschaften und Fortbildungseinrichtungen (Deutsche Sparkassenakademie, Hochschule der Sparkassen-Finanzgruppe etc.).

Unklar bleibt allerdings letztlich, ob die zuletzt Genannten, die verbundinterne betriebswirtschaftliche Serviceleistungen erbringen, Mitglieder im Sinne des beigefügten Entwurfs eines § 30a E-SpkG SH<sup>13</sup> oder nur mittelbar Teil des Ganzen sind, da die anderen Mitglieder der Sparkassenorganisation die Gesellschafter der betroffenen Unternehmen bilden<sup>14</sup>.

Da die Größe der Sparkassenorganisation unterschiedlich auf 630<sup>15</sup> bis zu über 700<sup>16</sup> Unternehmen geschätzt<sup>17</sup> wird, scheinen sämtliche Betriebe zu den Mitgliedern des Verbundes gezählt zu werden. Eine vollständige detaillierte Auflistung gibt es leider nicht.

---

<sup>10</sup> Zu sämtlichen Zahlenangaben vgl. DSGV, Geschäftszahlen 2007, S. 2, abrufbar unter <http://www.dsgv.de/download/Publikationen/Geschaeftszahlen2007.pdf> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>11</sup> Die Stiftungen wurden von den Sparkassen (zum Teil gemeinsam mit den regionalen Sparkassen- und Giroverbänden sowie den Landesbanken und Landesbausparkassen) für gemeinnützige Zwecke in allen Bereichen des öffentlichen Lebens (Denkmalschutz, Wissenschaft und Forschung, Kunst und Kultur, Jugend, Sozialwesen, Sport, Umweltschutz etc.) eingerichtet.

<sup>12</sup> Die auf internationaler Ebene bestehenden Vereinigungen Weltinstitut der Sparkassen, Europäische Sparkassenvereinigung und Sparkassenstiftung für internationale Kooperation scheinen mitunter auch als Mitglied der Sparkassen-Finanzgruppe aufgefasst zu werden. Vgl. *Schorner*, Privatisierung kommunaler Sparkassen, 2008, S. 32.

<sup>13</sup> Siehe unten Einleitung zu Frage 3.

<sup>14</sup> Im Falle des DSV sind bspw. die Landesbanken sowie die Sparkassen- und Giroverbände Gesellschafter des Unternehmens. Dies ist jedoch auch bei den übrigen genannten Mitgliedern der Organisation weitgehend der Fall.

<sup>15</sup> Vgl. u.a. <http://www.sparkassen-finanzgruppe.de> (Stand: 23. 2. 2009) sowie DSGV, Jahresbericht 2007, S. 2, abrufbar unter: [http://www.dsgv.de/download/Publikationen/Maerkte\\_2007\\_dt.pdf](http://www.dsgv.de/download/Publikationen/Maerkte_2007_dt.pdf) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>16</sup> Vgl. u.a. <http://www.s-beteiligung.de/html/profil/hm> (Stand: 23. 2. 2009). Bei *Schorner*, Privatisierung kommunaler Sparkassen, 2008, S. 28, findet sich die Angabe 660 Unternehmen für den Stand Ende 2004.

<sup>17</sup> Zur Gesamtsumme werden in keinem Fall die hohe Anzahl von Stiftungen innerhalb der Sparkassen-Finanzgruppe gezählt, da diese auch kein wirtschaftliches Unternehmen darstellen.

Seit 1990 tritt der Sparkassenverbund, um einen einheitlichen und aussagekräftigeren Marktauftritt zu erzielen, im Geschäftsverkehr unter der Bezeichnung „**Sparkassen-Finanzgruppe**“ (oder auch „S-Finanzgruppe“) auf. Die Bezeichnungen Sparkassenorganisation, Sparkassen-Finanzgruppe und Sparkassenverbund können daher synonym verwendet werden<sup>18</sup>. Dies entspricht auch dem Begriffsverständnis der nunmehr außer Kraft getretenen nordrhein-westfälischen Sparkassenverordnung<sup>19</sup>, die in § 4 Abs. 1 vorsah, dass „die Sparkassen als Teil der S-Finanzgruppe Produkte (...) der (...) Einrichtungen der Sparkassenorganisation (...), die im Verbund der S-Finanzgruppe arbeitsteilige Aufgaben erfüllen“, anbieten.

### III. Abgrenzung zum Begriff des Sparkassenverbandes

Abzugrenzen ist der Verbundbegriff von dem des „Sparkassenverbandes“. Die **regionalen Sparkassen- und Giroverbände** sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert (vgl. bspw. § 36 Abs. 3 SpkG SH)<sup>20</sup>. In ihnen sind die Sparkassen und ihre Träger (insbesondere Städte, Gemeinden, Kreise und Zweckverbände) als Pflichtmitglieder sowie die freien Sparkassen durch freiwillige Mitgliedschaft zusammengeschlossen. Der Deutsche Sparkassen- und Giroverband bildet den Dachverband der unterschiedlichen Regionalverbände, die ebenso wie der DSGVO e.V. **selbst wiederum Mitglieder des Sparkassenverbundes** sind<sup>21</sup>. Während die Regionalverbände gesetzlich geregelt und öffentlich-rechtlicher Natur sind, ist der DSGVO e.V. als eingetragener rechtsfähiger Verein zivilrechtlich organisiert und wird von seinen freiwilligen Mitgliedern getragen<sup>22</sup>. Auch er verwendet aber in seiner Vereinssatzung (§ 2 Zweck) den fraglichen Begriff der Sparkassenorganisation ohne nähere Umgrenzung:

- (1) Der Verband bezweckt nach Maßgabe dieser Satzung die Förderung der gemeinsamen Interessen seiner Mitglieder und der angeschlossenen Sparkassen durch Beratung, Erfahrungsaustausch und Unterstützung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Anordnungen. Insbesondere obliegt ihm a) (...) b) die Festlegung der strategischen Ausrichtung der Sparkassenorganisation, (...).

---

<sup>18</sup> Wittmann, Der Sparkassenverbund, 2004, S. 4. Siehe auch Niggemeyer, Zulässigkeit und Grenzen von Sparkassenfusionen, S. 399.

<sup>19</sup> Die Verordnung zur Regelung des Geschäftsrechts und des Betriebes der Sparkassen in Nordrhein-Westfalen (Sparkassenverordnung – SpkVO) vom 15.12.1995 (GV. NRW. S. 92) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 21.06.1999 (GV. NRW. S. 411) ist durch § 45 SpkG NW vom 18.11.2008 (GV. NRW. 2008, 696) außer Kraft getreten.

<sup>20</sup> Der Hanseatische Sparkassen- und Giroverband besitzt die Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB (Wirtschaftlicher Verein).

<sup>21</sup> Wittmann, Der Sparkassenverbund, 2004, S. 4.

<sup>22</sup> Wittmann, Der Sparkassenverbund, 2004, S. 49 f.

Ähnliche Formulierungen finden sich auch in den Satzungen der Regionalverbände. In § 2 Abs. 1 lit. a der Satzung des Westfälisch-Lippischen Sparkassen- und Giroverbandes vom 19. Juli 2005 findet sich folgende Formulierung:

§ 2 Aufgaben des Verbands

- (1) Der Verband unterstützt die Mitgliedssparkassen bei der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags und dient der Förderung des Sparkassenwesens und der Wettbewerbsfähigkeit der Mitgliedssparkassen. Ihm obliegen insbesondere
  - a) die Beobachtung der Entwicklungen im Finanzdienstleistungsbereich und die Entwicklung geeigneter Geschäftsstrategien in Zusammenarbeit mit den Mitgliedssparkassen, den Verbundpartnern und anderen Einrichtungen der Sparkassenorganisation;

Auch hier wird deutlich, dass zu den Mitgliedern der Sparkassenorganisation weit mehr als nur die Sparkassen, Landesbanken und Landesbausparkassen im engeren Sinn gezählt werden.

#### **IV. Ergebnis**

Die Mitglieder der Sparkassenorganisation (Aufzählung siehe oben Punkt II) können mit den Mitgliedern der Sparkassen-Finanzgruppe sowie des Sparkassenverbandes gleichgesetzt werden. Sie sind aber von den Mitgliedern des Sparkassenverbandes insofern zu differenzieren, als diese nur eine bestimmte Teilmenge des Sparkassenverbandes abbilden. Die regionalen Sparkassen- und Giroverbände sowie der DSGVO e.V. sind zwar selbst Mitglieder der Sparkassenorganisation; diese besteht darüber hinaus aber aus weiteren unterschiedlichen Einheiten.

#### **Frage 2: Gehören auch nicht öffentlich-rechtliche Institute zu der Sparkassenorganisation bzw. der Sparkassen-Finanzgruppe?**

Das unter Frage 1 beschriebene Netz von selbständigen (Finanz-)Dienstleistern und Verbänden, in dessen Mittelpunkt die Sparkassen stehen, ist grundsätzlich durch die Anbindung an die öffentliche Hand charakterisiert<sup>23</sup>.

Im Hinblick auf die unterschiedlichen oben genannten Mitglieder der Sparkassenorganisation gilt es aber zu bedenken, dass diese in verschiedenen Rechtsformen errichtet

---

<sup>23</sup> Wittmann, Der Sparkassenverband, 2004, S. 3.

und durch eine variierende Anteilseigner-/Gesellschafterstruktur geprägt sind. Um dies zu veranschaulichen sei zunächst im Einzelnen auf die Mitglieder der Sparkassenorganisation Schleswig-Holstein und im Anschluss auf besondere Mitglieder der gesamtdeutschen Sparkassenorganisation eingegangen.

## **I. Sparkassenorganisation Schleswig-Holstein**

Beispielhaft sei zunächst auf die Mitglieder der Sparkassenorganisation Schleswig-Holstein zurückgegriffen, die insbesondere hinsichtlich der freien Sparkassen und der Landesbank Besonderheiten von Interesse aufweist. Die schleswig-holsteinische Sparkassen-Finanzgruppe besteht neben den 15 Sparkassen des Landes aus den fünf Partnern LBS Bausparkasse Schleswig-Holstein-Hamburg AG, HSH Nordbank AG, DekaBank, Provinzial-Versicherungen und Deutsche Leasing AG.

### **1. Sparkassen und freie Sparkassen**

Die **Sparkassen** sind zum größten Teil als Anstalten des öffentlichen Rechts ausgestaltet (vgl. bspw. § 1 Abs. 1 SpkG SH). Dementsprechend bedienen sich auch in Schleswig-Holstein insgesamt 11 Sparkassen dieser Rechtsform, während die übrigen vier als **freie Sparkassen** organisiert sind. Die Bordesholmer Sparkasse AG, die Sparkasse Mittelholstein AG, die Sparkasse zu Lübeck AG sowie die Spar- und Leihkasse zu Bredstedt AG sind aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte Sparkassen des Privatrechts<sup>24</sup>. Sie sind sowohl Mitglied des Sparkassen- und Giroverbandes für Schleswig-Holstein (SGV SH) und damit auch dem DSGV e.V. angeschlossen, als auch Mitglied des bundesweiten Haftungsverbands der Sparkassen-Finanzgruppe. Aufgrund ihres privaten Status gelten für die freien Sparkassen bestimmte, in den Sparkassengesetzen der Bundesländer enthaltene geschäftspolitische Restriktionen, etwa das Regionalprinzip, grundsätzlich nicht. Gleichwohl haben sich einige freie Sparkassen freiwillig gewissen Regelungen unterworfen und Vereinbarungen mit den zuständigen Sparkassen- und Giroverbänden getroffen, zudem erlegen §§ 32 ff. SpkG SH<sup>25</sup> den freien Sparkassen gewisse Geschäftsbeschränkungen auf. Trotz dieser Unterschiede sind die freien Sparkassen Teil der deutschen Sparkassenorganisation, da sie – wenn auch auf anderer organisatorischer Basis und durch autonome Satzungs-

---

<sup>24</sup> Daneben ist bundesweit lediglich die Sparkasse Bremen AG eine Freie Sparkasse. Hinzuzuzählen ist darüber hinaus auch die HASPA; zu deren Besonderheiten siehe unten Punkt II.

<sup>25</sup> Hierbei gilt es allerdings zu bedenken, dass eine entsprechende Regelungskompetenz des Landes zum Teil äußerst fraglich erscheint, da dem Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft, zu dem das Bankwesen hinzuzählt, zusteht und er hiervon Gebrauch gemacht hat. Vgl. hierzu insbesondere BVerwGE 69, 11 ff.

gestaltung – die gleichen gemeinnützigen Ziele verfolgen. Außerdem sind sie wie die Kommunalsparkassen „öffentliche“, d.h. „der Öffentlichkeit dienende“ mündelsichere (§ 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB) Sparkassen. Dabei ist unter Gemeinwohlorientierung bei allen Sparkassen gleichermaßen die breite Förderung der Lebensqualität der Menschen in ihrem Geschäftsgebiet zu verstehen<sup>26</sup>. Im Sparkassengesetz SH findet sich auch eine entsprechende Definition der Sparkassen des Privatrechts in § 32 Abs. 1:

„Sparkassen, die von einer Stiftung, einem rechtsfähigen Verein oder einer Aktiengesellschaft betrieben werden, sind öffentliche Sparkassen. Sie sind selbständige Unternehmen mit der Aufgabe, auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse für ihr Geschäftsgebiet den Wettbewerb zu stärken und die angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise und insbesondere der mittelständischen Wirtschaft mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen auch in der Fläche sicherzustellen.“

Die **Aktionärsstruktur** der freien Sparkassen ist unterschiedlich ausgestaltet. Im Falle der Sparkasse Mittelholstein AG sind die folgenden Personen und Gruppen Aktionäre:

- Stiftung Spar- und Leihkasse in Rendsburg
- HASPA Finanzholding
- Stadt Büdelsdorf
- Privataktionäre
- Zweckverband Sparkasse Mittelholstein
- Stadt Rendsburg
- Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Sparkasse Mittelholstein.

Soweit ersichtlich, sind im Allgemeinen traditionell Stiftungen die Mehrheitsaktionäre der freien Sparkassen. Im Falle der Bordesholmer Sparkasse AG ist der wirtschaftliche Verein Bordesholmer Sparkasse im Besitz der Mehrheit des Aktionärskapitals.

## 2. Landesbanken

Die **Landesbanken** (Girozentralen) sind überwiegend Anstalten des öffentlichen Rechts. Ausnahmen hiervon bilden die HSH Nordbank, die WestLB<sup>27</sup> und die Landes-

---

<sup>26</sup> Vgl. [http://www.verband-freier-sparkassen.de/ct\\_vfs\\_verbandsaufgaben.html](http://www.verband-freier-sparkassen.de/ct_vfs_verbandsaufgaben.html) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>27</sup> Aktionärsstruktur der WestLB AG: Die beiden nordrhein-westfälischen Sparkassenverbände, Rheinischer Sparkassen- und Giroverband (RSGV) sowie Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (WLSGV) halten je über 25% der Anteile, das Land Nordrhein-Westfalen hält 17,47%, die NRW.BANK 31,116%. Eigentümer der NRW.BANK (selbst Anstalt des öffentlichen Rechts) sind das Land Nordrhein-Westfalen mit 64,744% sowie die beiden Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe mit jeweils 17,628%, die wiederum beide Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind. Vgl. [http://www.westlb.de/cms/sitecontent/westlb/ueber\\_uns/de/wir\\_ueber\\_uns.standard.gid-N2FkNDZmMzU4OWFmYTlyMWM3N2Q2N2Q0YmU1NmI0OGU\\_.html](http://www.westlb.de/cms/sitecontent/westlb/ueber_uns/de/wir_ueber_uns.standard.gid-N2FkNDZmMzU4OWFmYTlyMWM3N2Q2N2Q0YmU1NmI0OGU_.html) (Stand: 23. 2. 2009). Siehe auch *Ewerl/Behnsen*, BB 2008, 2582 (2583).

bank Berlin<sup>28</sup>, die jeweils als AG firmieren. Eigentümer der HSH Nordbank sind die Freie und Hansestadt Hamburg (30,41%), das Land Schleswig-Holstein (29,1%), der SGV SH (13,2%), die Schleswig-Holsteinische Sparkassen-Vermögensverwaltungs- und Beteiligungs GmbH & Co. KG/Kiel (1,62%) sowie zu 25,67% neun Trusts, die die Interessen institutioneller und privater Investoren vertreten und von J.C. Flowers & Co. LLC beraten werden.

### 3. DekaBank

Das Spitzeninstitut der Landesbanken/Girozentralen in Deutschland ist die **DekaBank** mit Sitz in Frankfurt a.M. Diese wurde 1956 als Kapitalanlagegesellschaft gegründet und fusionierte 1999 mit der deutschen Girozentrale zum größten Vermögensverwalter der Sparkassen-Finanzgruppe. Sie trägt ihren jetzigen Namen seit dem Jahr 2002. Anteilseigner der Deka-Bank sind die GLB GmbH & Co. OHG (bestehend aus den unterschiedlichen Landesbanken<sup>29</sup>) und die DSGV ö.K., d.h. der Deutsche Sparkassen- und Giroverband, der als Körperschaft des öffentlichen Rechts gegründet wurde, staatliche Aufgaben übernimmt und somit der mittelbaren Bundesverwaltung zuzurechnen ist. Ordentliche Mitglieder sind die regionalen Sparkassen- und Giroverbände. Getragen wird die DekaBank damit letztlich gemeinschaftlich von den Sparkassen und Landesbanken.

### 4. Landesbausparkasse

Die **Landesbausparkasse** Schleswig-Holstein-Hamburg tritt wie die Ostdeutsche Landesbausparkasse und die Landesbausparkasse Bremen als AG im Rechtsverkehr auf. Der SGV SH hält 57,5 %, die HASPA Finanzholding über die Haspa Erste Beteiligungsgesellschaft mbH 42,5 % der Anteile an der fusionierten LBS<sup>30</sup>.

### 5. Versicherungen

Die **Provinzial NordWest Holding AG** steht im Eigentum des Westfälisch-Lippischen Sparkassen- und Giroverbandes, der Westfälisch-Lippischen Vermögensverwaltungs-

---

<sup>28</sup> Hinter der LBB steht zu 100% die Landesbank Berlin Holding AG, die wiederum von der Erwerbsgesellschaft der S-Finanzgruppe mbH & Co. KG und der Beteiligungsgesellschaft der S-Finanzgruppe mbH & Co. KG sowie zu einem geringen Anteil durch Streubesitz gehalten wird. Vgl. [http://www.lbb.de/landesbank/de/10\\_lbbAG/001\\_Informationen\\_zur\\_LBB/20\\_Unternehmensprofil\\_LBB/index.html](http://www.lbb.de/landesbank/de/10_lbbAG/001_Informationen_zur_LBB/20_Unternehmensprofil_LBB/index.html) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>29</sup> Im Falle der Norddeutschen Landesbank (Nord/LB) ist eine 100-prozentige Tochter GmbH (NIEBA) Anteilseignerin. Die Sparkassen in Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern sind über ihre Verbände Eigentümer der Nord/LB. <https://www.nordlb.de/Sparkassen.sparkassen.0.html> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>30</sup> <http://www.lbs.de/shh/die-lbs/ihre-lbs> (Stand: 23.02.2009).



gesellschaft mbH, des SGV SH sowie des ostdeutschen Sparkassenverbandes. Die Westfälisch-Lippische Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH ist wiederum ein 100-prozentiges Tochterunternehmen des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe<sup>31</sup>, der einen Kommunalverband bestehend aus Kreisen und kreisfreien Städten darstellt. Mithin ist die Provinzial NordWest Holding AG gänzlich in öffentlicher Hand.

## **6. Deutsche Leasing**

Die **Deutsche Leasing** Gruppe (DL) gehört ebenfalls zur Sparkassen-Finanzgruppe. Alle Gesellschaftsanteile sind im Besitz von rund 410 Sparkassen, die die Anteile direkt oder über Beteiligungsgesellschaften halten<sup>32</sup>.

## **7. Zwischenergebnis**

Die Sparkassenorganisation Schleswig-Holstein besteht demzufolge keinesfalls nur aus öffentlich-rechtlichen Instituten. Dennoch sind die Mitglieder trotz der vielfach gewählten privaten Rechtsform durch die (mehrheitliche) Trägerschaft der öffentlichen Hand gekennzeichnet. Private Anteilseigner finden sich anhand der beispielhaft aufgeführten Unternehmen insbesondere im Bereich der freien Sparkassen sowie der HSH Nordbank AG. Zwar sind mittelbar über die Beteiligung der HSH Nordbank AG und der freien Sparkassen über den SGV SH an der DekaBank private Anteilseigner involviert. Dies macht aber nur einen verschwindend geringen Anteil an der gesamten Anteilseignerstruktur aus; zudem ist der SGV SH selbst natürlich ebenfalls als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert, so dass sich die DekaBank insgesamt in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft befindet. Im Falle der Landesbausparkasse Schleswig-Holstein-Hamburg beträgt der Anteil der HASPA hingegen 42,5%, so dass hier ein hoher Privatanteil gegeben ist (siehe Punkt II).

## **II. Hamburger Sparkasse**

Eine weitere Besonderheit innerhalb der gesamtdeutschen Sparkassenorganisation gilt es hinsichtlich der Hamburger Sparkasse (HASPA) zu beachten. Aus den Gründungsvorgängen lässt sich hinsichtlich der Rechtsnatur der „Sparcasse“ von 1827 mit den heutigen juristischen Begriffen kaum eine Qualifizierung treffen. Ersichtlich ist allein so viel, dass die Kasse von Anbeginn Rechtsfähigkeit besaß, die ihr gemäß Art. 163 EGBGB auch nach 1900 verblieb, ohne dass es eines besonderen staatli-

---

<sup>31</sup> [http://www.provinzial.de/web/html/privat/ueber\\_uns/ihre\\_provinzial/unternehmensstruktur/](http://www.provinzial.de/web/html/privat/ueber_uns/ihre_provinzial/unternehmensstruktur/) (Stand: 23.02.2009).

<sup>32</sup> Siehe Unternehmensportrait unter <http://www.deutsche-leasing.com/downloadcenter.html> (Stand: 23. 2. 2009).

chen Aktes bedurfte. Da zur Zeit ihrer Gründung in Hamburg Kooperationsfreiheit herrschte, ist sie später einfach als „juristische Person alten Hamburgischen Rechts“ bezeichnet worden; als solche ist sie auch in das Handelsregister eingetragen und in ihrer Satzung bezeichnet<sup>33</sup>. Dies bringt die Besonderheit mit sich, dass die Sparkasse weder einem öffentlichen Träger noch einem privaten Eigentümer zugeordnet werden kann<sup>34</sup>. Selbstverständlich bedurfte es staatlich-hoheitlich einer Entscheidung, dass die Sparkasse als „öffentliche Sparkasse“ fungiert: Eine solche ist in Gestalt der Errichtungs- und Satzungs genehmigungen durch den Senat in Verbindung mit ihrer Eignungserklärung zur Anlegung von Mündelgeld gemäß § 1807 BGB ergangen. Die Aufgaben der Hamburger Sparkasse haben „durch die staatliche Entscheidung Anerkennung, Förderung und Aufwertung (erfahren), ohne dadurch in die Qualität von Staatsfunktionen umzuschlagen“ und die Kassen<sup>35</sup> damit als öffentlich-rechtliche Aufgabenträger in den Bereich der sog. mittelbaren Staatsverwaltung einzugliedern<sup>36</sup>. Insofern ist die HASPA zwar als öffentliche Sparkasse anzusehen, aber als privatwirtschaftliches Unternehmen einzuordnen<sup>37</sup> (freie Sparkasse)<sup>38</sup>.

Im Juni 2003 wurde der Bankbetrieb auf die **Hamburger Sparkassen AG** übertragen. Mit dieser Ausgliederung firmiert die „alte“ HASPA nun als **HASPA-Finanzholding**. Als geschäftsleitende Holding in der Rechtsform der juristischen Person alten Hamburgischen Rechts steht sie an der Spitze der HASPA-Gruppe. Die Hamburger Sparkasse AG ist eine 100-prozentige Tochter der HASPA-Finanzholding. Diese ist Muttergesellschaft weiterer Tochter- und Beteiligungsunternehmen der HASPA-Gruppe wie der LBS Schleswig-Holstein-Hamburg AG, der neue leben Holding AG oder Grossmann & Berger GmbH. Die HASPA-Finanzholding unterhält auch eine kapitalunterlegte Kooperation (Minderheitsbeteiligung) mit den vier freien Sparkassen Schleswig-Holsteins.

---

<sup>33</sup> *Stolzenburg*, Die rechtliche Sonderstellung der Freien Sparkassen im deutschen Sparkassenwesen, 1956, S. 11, 12, zit. bei *Ipsen*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1985, S. 369. Siehe auch RGZ 117, 257 ff.

<sup>34</sup> Ein Kuratorium bestehend aus 68 Personen aus Wirtschaft, Wissenschaft, Kultur und Politik bestimmte die Geschicke der juristischen Person alten Hamburgischen Rechts. Hinzu kommen noch acht Regionalbeiräte, die aus sechs bis 16 Mitglieder aus dem Regionalbereich bestehen, sowie ein Verwaltungsrat, dessen Mitglieder zu zwei Dritteln vom Kuratorium und zu einem Drittel von der Belegschaft gewählt werden. Auch diese Struktur macht deutlich, dass keinesfalls eine öffentlich-rechtliche Sparkasse vorliegt.

<sup>35</sup> Im Jahre 1972 verschmolzen die beiden in der Rechtsform privatrechtlicher juristischer Personen betriebenen Sparkassen „Hamburger Sparcasse von 1827“ (Haspa) und „Neue Sparcasse von 1864“ (Neuspar) zur Hamburger Sparkasse. Vgl. u.a. BVerwGE 69, 11 (11).

<sup>36</sup> *Ipsen*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1985, S. 370 unter Bezugnahme auf *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 118.

<sup>37</sup> Ausf. Begr. bei *Ipsen*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1985, S. 370 ff.

<sup>38</sup> *Botschatzke*, Stv. Mitglied des Vorstandes, Gesamtbanksteuerung und Kostenmanagement in der Haspa-Finanzgruppe, [http://www.macros-consult.eu/macros/fachtage/vortraege/Fachtage\\_04/Fachtage2004-Botschatzke.pdf](http://www.macros-consult.eu/macros/fachtage/vortraege/Fachtage_04/Fachtage2004-Botschatzke.pdf) (Stand: 23. 2. 2009), S. 5.

Nach ihrer Präambel ist die HASPA Finanzholding verpflichtet, durch eine Tochtergesellschaft, die Hamburger Sparkasse AG, dauerhaft und am Gemeinwohl orientiert, das Sparkassengeschäft in Hamburg zu betreiben. Sowohl die HASPA AG als auch die HASPA Finanzholding sind als Mitglieder der Sparkassenorganisation zu begreifen; beide sind ordentliches Mitglied des Hanseatischen Sparkassen- und Giroverbandes, über den sie auch an den DSGVO e.V. angeschlossen und somit in vollem Umfang in das umfassende Sicherungssystem aller deutschen Sparkassen (Haftungsverbund) einbezogen sind. Gleichzeitig ist die HASPA ordentliches Mitglied im Verband der freien Sparkassen.

Auch durch die Ausgliederung des Bankgeschäfts auf die HASPA AG hat sich an der Einordnung des Rechtscharakters der Hamburger Sparkasse als privatwirtschaftliches Unternehmen nichts für die vorliegende Fragestellung Maßgebliches geändert, da die HASPA Finanzholding als juristische Person alten Hamburgischen Rechts Alleingesellschafterin der AG ist.

### III. Kapitalanlage- und Beteiligungsgesellschaften

Der deutschen Sparkassenorganisation gehören sieben Kapitalanlagegesellschaften und mindestens 80 Beteiligungsgesellschaften an<sup>39</sup>.

Exemplarisch seien die folgenden herausgegriffen, die eine typische Struktur für die vorhandenen Kapitalanlagegesellschaften aufweisen. Die **BayernInvest** Kapitalanlagegesellschaft mbH wurde 1989 als hundertprozentige Tochter der Bayerischen Landesbank (BayernLB) gegründet<sup>40</sup>. Die **Helaba Invest** Kapitalanlagegesellschaft mbH ist wiederum eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba).

Während die Kapitalanlagegesellschaften typischerweise in der Hand der Landesbanken sind, werden die Beteiligungsgesellschaften von den Sparkassen gehalten.

So wird beispielsweise das Kapital der **S-UBG Bayern AG** (Gesellschaft für Unternehmensbeteiligungen) vom Sparkassenverband Bayern und 16 Sparkassen gehalten.

---

<sup>39</sup> Siehe auch Wirtschaftslexikon unter dem Stichwort „Sparkassenorganisation“: <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deutsche-sparkassenorganisation/deutsche-sparkassenorganisation.htm>: Deutsche Sparkassenorganisation (Stand: 23.02.2009). Unter <http://www.s-beteiligung.de/html/profil/htm> (Stand: 23. 2. 2009) findet sich eine Schätzung von über 90 Beteiligungsgesellschaften.

<sup>40</sup> Vgl. [http://www.sparkassen-finanzgruppe.de/owx\\_1\\_151\\_1\\_5\\_0\\_000000000000.html](http://www.sparkassen-finanzgruppe.de/owx_1_151_1_5_0_000000000000.html) (Stand: 23. 2. 2009)

ten<sup>41</sup>. Die **Sparkassenbeteiligungsgesellschaft Freiburg-Nördlicher Breisgau** ist demgegenüber eine 100-prozentige Tochter der Sparkasse Freiburg-Nördlicher Breisgau<sup>42</sup>. Entsprechendes gilt für die Beteiligungsgesellschaft der Sparkasse Ulm – die **Sparkassenkapital Ulm GmbH**<sup>43</sup>. Die **Sparkassenbeteiligungsgesellschaft Sachsen-Anhalt** mbH stellt wiederum die Risikobeteiligungsgesellschaft von neun Sparkassen in Sachsen-Anhalt dar. Dass darüber hinaus auch Beteiligungsgesellschaften mit privaten Anteilseignern bestehen, ist nicht ersichtlich.

#### **IV. Leasing-, Factoring-Gesellschaften, Rechenzentren und Deutscher Sparkassenverlag**

Zur Sparkassenorganisation gehören weiterhin sechs Leasing-, vier Factoring-Gesellschaften sowie andere Unternehmen wie Rechenzentren.

Neben der Deutschen Leasing AG gehört beispielsweise die **Hannover Leasing** zur Sparkassenorganisation. Hauptgesellschafter der Hannover Leasing ist mit 75 % die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, die restlichen 25 % werden vom Management gehalten<sup>44</sup>.

Die **S-Factoring GmbH** wird von der Ostsächsischen Sparkasse Dresden und der S-Beteiligungsmanagement GmbH der Leipziger Sparkasse zu je 50 Prozent gehalten<sup>45</sup>. Die **SüdFactoring** ist eine 100 prozentige Tochtergesellschaft der Landesbank Baden-Württemberg<sup>46</sup>. An der **Deutschen Factoring Bank** mit Sitz in Bremen ist demgegenüber neben fünf Landesbanken (Bayerische Landesbank, Bremer Landesbank, Landesbank Berlin, Landesbank Saar, Norddeutsche Landesbank) die freie Sparkassen Beteiligungsgesellschaft<sup>47</sup> beteiligt<sup>48</sup>. Die **GfM Gesellschaft für Mittelstandsfactoring mbH** stellt ein Gemeinschaftsunternehmen der Beteiligungsgesellschaft der

---

<sup>41</sup> Vgl. <http://www.sparkassenverband-bayern.de/contentserv/spk-verband.de/index.php?StoryID=210> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>42</sup> Vgl. <http://www.sparkasse-freiburg.de/b34844ea26bd22ee/index.htm> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>43</sup> Vgl. <http://www.sparkasse-ulm.de/c30a437ba4745162/index.htm> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>44</sup> Vgl. [http://www.hannover-leasing.de/hl\\_199.htm](http://www.hannover-leasing.de/hl_199.htm) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>45</sup> Vgl. [https://secure.sparkasse-freiburg.de/upload/if-module/elbtal-westlausitz/presse/pdf/pressemitteilung\\_000621.pdf](https://secure.sparkasse-freiburg.de/upload/if-module/elbtal-westlausitz/presse/pdf/pressemitteilung_000621.pdf) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>46</sup> [http://www.sparkassen-finanzgruppe.de/owx\\_1\\_117\\_1\\_5\\_0\\_0000000000000000.html](http://www.sparkassen-finanzgruppe.de/owx_1_117_1_5_0_0000000000000000.html).

<sup>47</sup> Heptagon Capital Beteiligungsgesellschaft der Freien Sparkassen mbH & Co. KG. Gesellschafter: Frankfurter Sparkasse, Hamburger Sparkasse, Sparkasse Bremen, Sparkasse zu Lübeck, Bordscholmer Sparkasse, Spar- und Leihkasse zu Bredstedt, Sparkasse Mittelholstein AG.

[http://www.bvkap.de/privateequity.php/cat/81/mgdl/101/Name/Heptagon\\_Capital\\_Beteiligungsgesellschaft\\_der\\_Freien\\_Sparkassen\\_mbH\\_&\\_Co.\\_KG](http://www.bvkap.de/privateequity.php/cat/81/mgdl/101/Name/Heptagon_Capital_Beteiligungsgesellschaft_der_Freien_Sparkassen_mbH_&_Co._KG)

<sup>48</sup> Vgl. [http://www.sparkassen-finanzgruppe.de/owx\\_1\\_116\\_1\\_5\\_0\\_7b74987a8a8fa5.html](http://www.sparkassen-finanzgruppe.de/owx_1_116_1_5_0_7b74987a8a8fa5.html) (Stand: 23. 2. 2009).

Sparkasse Freiburg-Nördlicher Breisgau mbH und der privatwirtschaftlichen FBW Factoring Baden-Württemberg<sup>49</sup> dar. Die beiden letztgenannten Gesellschaften und Mitglieder der Sparkassenorganisation sind damit zum Teil in privater Hand.

Hinsichtlich der der Sparkassenorganisation angeschlossenen Rechenzentren gilt folgendes: Die Gesellschafter des Sparkasseninformationszentrums (**SIZ**) sind neben unterschiedlichen Landesbanken, darunter auch die HSH Nordbank, die DekaBank, der Deutsche Sparkassenverlag, der Hanseatische Sparkassen- und Giroverband sowie der SGV SH<sup>50</sup>, über die zumindest mittelbar private Anteile vertreten sind.

Gesellschafter der **IZB Soft** sind 76 bayerische Sparkassen (Kommanditisten) und die Informatik-Zentrum-Bayern-Software Gesellschaft der bayerischen Sparkassen-Beteiligungs-GmbH (Komplementär)<sup>51</sup>.

Eine ähnliche Gesellschafterstruktur weist die **Finanz Informatik GmbH & Co. KG** auf, an der wiederum die IZB Soft selbst ebenfalls beteiligt ist.

Landesbanken sowie regionale Sparkassen- und Giroverbände sind die Gesellschafter des **Deutschen Sparkassenverlags**<sup>52</sup>. Zumindest über die Beteiligung des Hanseatischen Sparkassen- und Giroverbandes, des SGV SH sowie die NBV Beteiligungs-GmbH Hamburg<sup>53</sup> sind mittelbar private Kapitalanteile vorhanden.

## V. Ergebnis

Die gesamtdeutsche Sparkassenorganisation besteht nicht nur aus rein öffentlich-rechtlichen Instituten. Es sind unmittelbare oder mittelbare private Beteiligungen unter anderem bei den freien Sparkassen, der HSH Nordbank AG, der DekaBank, der LBS Schleswig-Holstein-Hamburg sowie zum Teil bei den Leasing- und Factoring-Gesellschaften, dem Rechenzentrum SIZ und dem Deutschen Sparkassenverlag aus-

---

<sup>49</sup> Vgl. <http://www.sparkasse-freiburg.de/13549d626f2847a8/index1.htm> (Stand: 23. 2. 2009). Die 2001 gegründete und als eines der insgesamt 18 regional tätigen Unternehmen unter der Marke 'Crefo Factoring' agierende Crefo Factoring Pforzheim GmbH & Co. KG hat sich zum 1. 7. 2008 aus der Crefo-Riege ausgegründet. Es handelt sich um ein privatwirtschaftliches Unternehmen. Vgl. <http://www.lifep.r.de/pressemitteilungen/fbw-factoring-baden-wuerttemberg-services-gmbh-co-kg/boxid-52945.html> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>50</sup> Vgl. <http://www.siz.de/topnavigation/unternehmen/gesellschaften.html> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>51</sup> Vgl. <http://www.izb-soft.de/unternehmen/eckdaten/fuehrungsgremien.php> (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>52</sup> Vgl. <http://www.dsv-gruppe.de/dsverlag/index.htm> (Stand: 23. 2. 2009). Zur genauen Gesellschafterauflistung siehe unter Jahresbericht 2007, S. 62, abrufbar unter: [http://www.dsv-gruppe.de/profil/zahlen\\_fakten/jahresbericht/2007\\_jahresbericht\\_dsv\\_gruppe.pdf](http://www.dsv-gruppe.de/profil/zahlen_fakten/jahresbericht/2007_jahresbericht_dsv_gruppe.pdf) (Stand: 23. 2. 2009).

<sup>53</sup> An ihr ist zu 28,6% die Nord/LB beteiligt, vgl. [https://www.nordlb.de/fileadmin/Die\\_NORDLB/Anteilsbesitzliste.pdf](https://www.nordlb.de/fileadmin/Die_NORDLB/Anteilsbesitzliste.pdf) (Stand: 23. 2. 2009), im Übrigen dürfte auch die HASPA Anteile an der NBV halten.

zumachen. Die HASPA nimmt eine besondere Rolle ein, da sie als rein privatwirtschaftliches Unternehmen einzuordnen ist.

**Frage 3: Ist es europarechtlich konform, wenn durch eine Änderung des Sparkassengesetzes die Möglichkeit eröffnet wird, Anteile des Stammkapitals von Sparkassen in Schleswig-Holstein auf freie Sparkassen, die HASPA oder die Deutsche Leasing AG zu übertragen, andere private Banken und Investoren aber ausgeschlossen werden?**

Der Fragestellung liegt ein Entwurf eines möglichen **Änderungsantrags** zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein (Drs. 16/1732) zugrunde (im Folgenden: E-SpkG SH). Hier wird die Einfügung eines neuen **§ 30a** vorgeschlagen, der die **Übertragung des Stammkapitals bis zu 49,9 v.H.** auf Errichtungsträger und auf **Mitglieder der Sparkassenorganisation** unter Berücksichtigung der geschäftspolitischen Interessen des betroffenen Kreditinstituts vorsieht.

Problematisch könnte die hier enthaltene Beschränkung des Personenkreises möglicher Erwerber von Stammkapital an Sparkassen auf „Mitglieder der Sparkassenorganisation“ insbesondere in Bezug auf die in Art. 56 EG garantierte Grundfreiheit der **Kapitalverkehrsfreiheit** erscheinen.

### **I. Eigentumsordnung und Beschränkung des Freien Kapitalverkehrs**

Nach Art. 295 EG besteht die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Gestaltung der nationalen Eigentumsordnung fort. Daher ist die eigentumsrechtliche Zuordnung des öffentlichen Sparkassenwesens zum staatlichen Eigentum grundsätzlich europarechtskonform. Gleichwohl besteht ein **Spannungsverhältnis zwischen Art. 295 EG und den durch den EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten**, denn nach der Rechtsprechung des EuGH begründet Art. 295 EG keinen Dispens von den übrigen Vorschriften des EG-Vertrages. Insbesondere lässt sich aus Art. 295 EG nicht die mitgliedstaatliche Befugnis herleiten, private Kapitalbeteiligungsmöglichkeiten an vormals öffentlichen und nunmehr (teil-)privatisierten Unternehmen zu beschränken (sog. **Gol-**

**den Shares<sup>54</sup>/Sonderaktien<sup>55</sup>**). Zu beachten ist hier insbesondere der Grundsatz der **Nichtdiskriminierung**.

Daraus folgt für eine mögliche Änderung des Sparkassenrechts, dass die Einführung von Stammkapital an sich nicht dazu führt, dass der Bereich der Sparkassen seine eigentumsrechtliche Privilegierung nach Art. 295 EG verliert, solange das **Stammkapital ausschließlich in der Hand des Staates** verbleibt. Insoweit drohen auch **keine Verstöße gegen Art. 43** (Niederlassungsfreiheit) und **Art. 56 EG** (Kapitalverkehrsfreiheit).

**Etwas anderes** gilt erst dann, wenn im Rahmen einer (Teil-)Privatisierung **private Kapitalbeteiligungen** am Stammkapital grundsätzlich **ermöglicht, aber auf bestimmte Personen beschränkt** werden. Es stellt sich in diesem Fall die **Frage, ob** eine unzulässige, weil **diskriminierende Beschränkung von Direktinvestitionen<sup>56</sup>** in Form der Beteiligung an einem (teil-)privatisierten Unternehmen und damit des freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bzw. zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern vorliegt (Art. 56 EG). Eine diskriminierende Beschränkung kann nach den Judikaten des EuGH auch dann vorliegen, wenn die fraglichen Investitionsbeschränkungen unterschiedslos sowohl auf Gebietsansässige als auch auf Gebietsfremde anwendbar sind, denn sie berühren „die Situation des Erwerbers einer Beteiligung als solche und sind daher geeignet, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von solchen Investitionen abzuhalten und damit den Marktzugang zu beeinflussen“<sup>57</sup>.

Den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass zumindest durch die **HASPA AG** ein rein **privatwirtschaftliches Unternehmen** als Teil der Sparkassenorganisation vertreten ist, dem durch eine entsprechende Formulierung in § 30a E-SpkG SH die Option zur Beteiligung am Stammkapital der Sparkassen eingeräumt würde. Hierin ist

---

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2003, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 Rn. 47 f.; EuGH Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Rn. 43 f.; EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003-4581, Rn. 67.

<sup>55</sup> Sonderaktien räumen dem Staat durch Gesetz, Durchführungsverordnung oder auch durch von staatlicher Genehmigung abhängige gesellschaftsrechtliche Satzung Sonderrechte ein, um einen gewissen staatlichen Einfluss auf die betroffenen Unternehmen zu garantieren. Siehe auch Fn. 57.

<sup>56</sup> In der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24.6.1988 findet sich eine Nomenklatur für den Kapitalverkehr. Hier werden unter anderem in Art. 1 Direktinvestitionen auch als „Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ definiert.

<sup>57</sup> EuGH, Urt. v. 13.05.2003, Rs. C-98/01, Slg. 2003 I-4641 Rn. 47; EuGH, Urt. v. 13.05.2003, Rs. C-463/00, Slg. 2003 I-4581 Rn. 61. In beiden Vertragsverletzungsverfahren ging es um die Vereinbarkeit verschiedener Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht, die bestimmte Handlungen und Auswirkungen auf das Bestehen, den Geschäftszweck und die Struktur des Aktienbesitzes von privatisierten öffentlichen Unternehmen – welche strategisch wichtigen Wirtschaftszweigen angehörten – betrafen und von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig gemacht wurden. Diese Rechte der öffentlichen Verwaltung werden als „golden shares“ bezeichnet. Der EuGH hat in beiden Verfahren Verstöße gegen Art. 56 und 43 EG unter dem Aspekt der Diskriminierung bejaht.

zunächst eine beschränkende Maßnahme und damit ein **Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit** des Art. 56 EG zu sehen, da lediglich den mit Hilfe des Begriffs Sparkassenorganisation umschriebenen inländischen Unternehmen eine Beteiligung ermöglicht würde, während andere, insbesondere – im gemeinschaftsrechtlichen Kontext ausschlaggebend<sup>58</sup> – Unternehmen mit Sitz im Ausland, von einer Übertragung des Stammkapitals ausgeschlossen wären.

**Ebenfalls** als beschränkender **Eingriff** in die Kapitalverkehrsfreiheit ist der Umstand zu werten, dass eine **Höhenbegrenzung** des übertragungsfähigen Stammkapitals auf **49,9 v.H.** in Rede steht.

**Fraglich** ist daher, **ob** die einerseits hinsichtlich des Adressatenkreises und andererseits hinsichtlich der Höhe begrenzte Stammkapitalübertragungsmöglichkeit gemeinschaftsrechtlich **zu rechtfertigen** ist.

## **II. Zur Frage der Rechtfertigung nach Art. 58 EG**

Grundsätzlich bietet Art. 58 EG die Möglichkeit, Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit zu rechtfertigen. Gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b EG berührt Art. 56 EG nämlich nicht das Recht der Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind, wobei diese Maßnahmen wiederum nach Absatz 3 weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen dürfen. Im Ergebnis handelt es sich um eine spezielle Ausformung dessen, was im Bereich der anderen Grundfreiheiten unter dem Stichwort der **Cassis-Formel**<sup>59</sup> zusammengefasst wird. Diese wurde zunächst im Bereich der Warenverkehrsfreiheit entwickelt, im Laufe der Zeit aber auf sämtliche Grundfreiheiten erstreckt. Es handelt sich bei der Cassis-Formel um eine neben die ausdrücklichen Rechtfertigungsmöglichkeiten des EG-Vertrages tretende Kategorie eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes: „Hemmnisse für den Binnenmarkt der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen (...) ergeben“ müssen nämlich hingenommen werden, „soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um **zwingenden Erfordernissen** gerecht zu werden“<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Gegenstand der Kapitalverkehrsfreiheit ist ausschließlich der *grenzüberschreitende* Kapitalverkehr und nicht etwa der rein innerstaatliche. Statt vieler *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, 3. Aufl. 2007, Art. 56 EGV Rn. 38.

<sup>59</sup> Der EuGH hat anerkannt, dass Eingriffe in das Beschränkungsverbot des Art. 56 EG analog der allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik entweder auf der Grundlage ausdrücklicher Ausnahmen oder auf der Grundlage der ungeschriebenen „allgemeinen“ (zwingenden) Erfordernisse möglich sind (sog. Cassis-Formel). *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 56 EGV Rn. 56 unter Berufung auf EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, 487, Rn. 9, 13, 15 (Veronica); Rs. C-35/98, Slg. 2000, I-4071, Rn. 46 ff. (Verkoojen).

<sup>60</sup> EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 8 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).



Das in Art. 58 EG explizit genannte Schutzgut der mitgliedstaatlichen **öffentlichen Sicherheit und Ordnung**, das ebenfalls zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Kapitalverkehrsfreiheit angeführt werden kann, findet sich auch bei den anderen Grundfreiheiten und ist entsprechend **(eng) auszulegen**<sup>61</sup>. Da es sich um einen autonomen gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, sind Parallelen zum innerstaatlichen polizeirechtlichen Begriff nur bedingt hilfreich. Den Mitgliedstaaten wird zwar grundsätzlich ein gewisser Spielraum zugestanden, „im wesentlichen frei nach ihren nationalen Bedürfnissen (zu) bestimmen, was die öffentliche Ordnung verlangt“. Die Grenzen dieses Spielraums bestimmt jedoch der EuGH unter Beachtung des fundamentalen Grundsatzes der Grundfreiheiten in der Gemeinschaft<sup>62</sup>. Der EuGH hat darüber hinaus neuerdings mehrfach betont, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung nur geltend gemacht werden kann, „wenn eine **tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung** vorliegt, **die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt**“<sup>63</sup>. Gleiches gilt für den Begriff der öffentlichen Sicherheit<sup>64</sup>.

Fraglich ist demnach, ob die Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit durch eine mögliche Beschränkung des Erwerberkreises von Stammkapital auf die „Mitglieder der Sparkassenorganisation“ und die Höhenbegrenzung auf 49,9 v.H. mit Hilfe der genannten Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden können.

### **1. Ableitungen aus der Rechtsprechung des EuGH zu Sonderaktien**

Aus der Rechtssache Kommission/Spanien<sup>65</sup> (im Hinblick auf Sonderaktien) lässt sich ableiten, dass nach Ansicht des EuGH grundsätzlich die Möglichkeit besteht, die Funktion als Erbringer öffentlicher Dienstleistungen im Sektor des Bankwesens zur Rechtfertigung von Beschränkungsmaßnahmen im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit anzuführen:

Im konkret entschiedenen Fall machte die spanische Regierung geltend, das im Streit stehende System von Sonderaktien sei aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, die mit strategischen Interessen sowie mit dem Erfordernis zusammenhängen, die Beständigkeit öffentlicher Dienstleistungen zu gewährleisten.

---

<sup>61</sup> Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 58 EGV Rn. 18.

<sup>62</sup> Vgl. Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 46 EGV Rn. 4 m.w.N.

<sup>63</sup> Siehe u.a. EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335, Rn. 17 (Scientology); Rs. 355/98, Slg. 2000, I-1221, Rn. 28 (Kommission/Belgien); Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-11, Rn. 21 (Calfa).

<sup>64</sup> Vgl. u.a. EuGH, Slg. 2000, I-1335 Rn. 17 (Église de scientologie); Slg. 2002, I-4781 Rn. 48 (Kommission/Frankreich); Slg. 2002, I-4809 Rn. 47 (Kommission/Belgien).

<sup>65</sup> EuGH, EuZW 2003, 529 ff.

Hierzu stellte der EuGH jedoch fest, dass der betroffene Verband *Corporación Bancaria de España SA (Argentaria)*, der ein Zusammenschluss von Geschäftsbanken ist, die im herkömmlichen Bankensektor tätig sind und von denen nicht behauptet worden sei, dass sie Aufgaben einer Zentralbank oder einer ähnlichen Einrichtung wahrnehmen, kein mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen betrautes Unternehmen darstelle. Mit dem bloßen Hinweis auf „bestimmte Tätigkeitsfelder“, für die zuvor die öffentlichen Sparkassen zuständig gewesen seien, belege die spanische Regierung nicht, dass spezielle Umstände vorlägen, aus denen sich ergeben würde, dass dieser Bankenverband eine Funktion als Erbringer öffentlicher Dienstleistungen wahrnehme. Folglich könnten die fraglichen Systeme (u.a.) in Bezug auf die *Corporación Bancaria de España SA (Argentaria)* nicht gerechtfertigt sein<sup>66</sup>.

Aus der Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit von Sonderaktien<sup>67</sup> kann gefolgert werden, dass eine **Rechtfertigung** einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit auf der Grundlage der öffentlichen Sicherheit, insbesondere **zur Gewährleistung der Versorgung im Krisenfall, grundsätzlich anerkannt** ist. Dies gilt jedoch nur für einen engen Kreis von Wirtschaftssektoren, nämlich den Bereich der **Daseinsvorsorge**, wozu nach den vorliegenden Urteilen des EuGH jedenfalls die Erdöl-, Telefon- und Stromversorgung gehören. Für den Bankensektor ist einer solchen Rechtfertigungsmöglichkeit durch die Rechtsprechung des EuGH in Sachen *Kommission/Spanien* jedenfalls keine Absage erteilt worden, da – wie dargestellt – der Misserfolg in der konkreten Rechtssache auf Seiten Spaniens nur auf dem Mangel an hinreichendem Tatsachenvortrag beruhte, der die Notwendigkeit der streitigen Regelung plausibel gemacht hätte<sup>68</sup>.

## 2. Übertragung auf die vorliegende Fragestellung

Die Aufgabe der Sparkassen wird in den Sparkassengesetzen der Länder näher umschrieben. So heißt es beispielsweise in § 2 SpkG SH:

„Sparkassen sind selbständige Unternehmen in kommunaler Trägerschaft mit der Aufgabe, auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse für ihr Geschäftsgebiet den Wettbewerb zu stärken und die angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise und insbesondere der mittelständischen Wirtschaft mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen auch in der Fläche sicherzustellen. Sie unterstützen dadurch die Aufgabenerfüllung der Kommunen im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich.“

---

<sup>66</sup> EuGH, EuZW 2003, 529 (535).

<sup>67</sup> Siehe Fn. 54.

<sup>68</sup> So *Ruge*, EuZW 2003, 540 (541).

So wird dem **Sparkassenwesen** gemeinhin ein **öffentlicher Auftrag** im Bereich der Daseinsvorsorge zugeschrieben.

Es stellt sich somit die **Frage, ob** die Eröffnung der Möglichkeit zur Stammkapitalübertragung mit begrenzter Anteilshöhe und mit begrenztem Adressatenkreis, aber dennoch der Teilhabeoption eines privaten Unternehmens in Form der HASPA durch **§ 30a E-SpkG SH** der Gewährleistung dieser **Aufgabe der Daseinsvorsorge** im Sinne der Rechtsprechung des EuGH **dienen würde** und zudem verhältnismäßig ausgestaltet wäre.

Über die **Hintergründe** der Intention, Stammkapitalübertragungen im Bereich der Sparkassen auf sämtliche Mitglieder der Sparkassenorganisation (siehe oben Fragen 1 und 2) zu ermöglichen und gleichzeitig auf 49,9 v.H. zu begrenzen, kann an dieser Stelle mangels ausdrücklicher Begründung weitgehend nur „spekuliert“ werden.

#### **a) Besonderheiten der Hamburger Sparkasse als Rechtfertigungsgründe**

Sinn und Zweck der Begrenzung auf die Mitglieder der Sparkassenorganisation ist die **Erhaltung des öffentlichen Charakters** der Sparkassen. Eine Privatisierung des Sparkassenwesens soll vermieden werden<sup>69</sup>. Fraglich ist, ob dieses Ziel erreicht wird, wenn für die Hamburger Sparkasse Beteiligungsoptionen eröffnet werden.

Die **HASPA** nimmt zwar insoweit eine besondere Stellung ein, als auch sie eine „**öffentliche Sparkasse**“ i.S.d. § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB darstellt, dennoch weist sie eine **private Rechtsstellung** auf. Diese resultiert allerdings wiederum lediglich aus einer **historisch** weit zurückreichenden Entwicklung.

#### **aa) Vergleich mit anderen freien Sparkassen und deren Verpflichtungen**

Als Mitglieder der Sparkassen-Finanzgruppe sind die HASPA und die übrigen freien Sparkassen dem **Haftungsverbund der Sparkassen angeschlossen**, so dass bei ihnen die gleichen Sicherheitsmechanismen greifen wie bei den anderen Verbundangehörigen. Aufgrund ihrer traditionellen Verwurzelung fügen sich die freien Sparkas-

---

<sup>69</sup> Vgl. Protokoll der Plenardebatte zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein, Schleswig-Holsteinischer Landtag (16. WP), 103. Sitzung vom 29. Januar 2009, S. 7670 ff.

sen zudem weitgehend in den Sparkassensektor ein. **Satzungsgemäß** haben sie sich gemeinhin dem **öffentlichen Auftrag** der Sparkassen verschrieben<sup>70</sup>.

Im Falle der vier **freien Sparkassen** in Schleswig-Holstein findet sich in **§ 32 SpkG SH**<sup>71</sup> neben der Begriffsdefinition und der damit einhergehenden Anordnung, dass auch die Sparkassen des Privatrechts als „öffentliche Sparkassen“ anzusehen sind, eine Aufgabenbeschreibung, die der **Formulierung des öffentlichen Auftrags** der öffentlich-rechtlichen Sparkassen in § 2 S. 1 SpkG SH (siehe oben) vollumfänglich entspricht. Hieraus ergibt sich, dass die freien Sparkassen hinsichtlich ihrer Aufgabenzuweisung den öffentlich-rechtlichen Sparkassen gesetzlich gleichgestellt und damit ebenfalls zur Gewährleistung der Daseinsvorsorge im Finanzsektor verpflichtet sind.

Während demnach für die freien Sparkassen in Schleswig-Holstein eine gesetzliche Verpflichtung zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags zu finden ist, hat sich die **HASPA Finanzholding** (als Alleingesellschafterin der HASPA AG, die das Bankgeschäft betreibt) lediglich in der Präambel ihrer **Satzung**<sup>72</sup> dem öffentlichen Auftrag verschrieben, so dass sich dies zunächst als **freiwillige Selbstverpflichtung** darstellt. Einer solchen kommt grundsätzlich nicht die Qualität gleichsam einer gesetzlichen Verpflichtung zu, vielmehr kann sich die betroffene Rechtseinheit von der Selbstverpflichtung im Allgemeinen wieder durch interne Abstimmungsprozesse lösen. Laut Abschnitt II Nr. 3 der Hamburgischen Anordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Geld- und Kreditwesens<sup>73</sup> obliegt die **Genehmigung von Satzungsänderungen** der HASPA Finanzholding jedoch dem **Senat**. Ferner ist die **Finanzbehörde** nach Abschnitt III Abs. 2 Nr. 3 der Anordnung „**Aufsichtsbehörde im Sinne der Satzung** der HASPA Finanzholding (...), soweit nicht nach Abschnitt II Nummer 3 der Senat zuständig ist“. Die HASPA Finanzholding hat sich gemäß § 23 Abs. 1 der – selbst erlassenen – Satzung der Rechtsaufsicht des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg unterstellt. In § 23 Abs. 2 wird zudem festgehalten, dass „Änderungen der Präambel dieser Satzung sowie Änderungen von § 1 Abs. (1) und (2) (Name, Sitz), § 2 (Gegenstand des Unternehmens), § 4 (Organe) oder § 21 Abs. 4 (Verwendung des Vermö-

---

<sup>70</sup> *Thiemann*, Rechtsprobleme der Marke Sparkasse, 2008, S. 35. Insbesondere zeigen sich Unterschiede beim Regionalprinzip, das in den Satzungen der Freien Sparkassen deutlich großzügiger formuliert ist als die entsprechenden Bestimmungen für die kommunalen Sparkassen in den Sparkassengesetzen der Länder.

<sup>71</sup> Die Ausführungen des BVerwG (E 69, 11 [21]) sprechen für die grundsätzliche (insbesondere kompetenzrechtliche) Zulässigkeit einer solchen Regelung durch die Länder. Siehe auch Fn. 25.

<sup>72</sup> Satzung der Hamburger Sparkasse, Amtlicher Anzeiger, Teil II des Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblattes, Nr. 62 vom 30. Mai 2003, S. 2218 ff.

<sup>73</sup> Vom 23. Februar 1995, Amtl. Anz. 1995, S. 505, zuletzt geändert am 27. Mai 2003, Amtl. Anz. S. 2305.

gens bei Auflösung) [...] der Zustimmung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg“ bedürfen. Insofern **nähert sich die HASPA Finanzholding den Sparkassen** in Schleswig-Holstein, insbesondere den freien Sparkassen und deren gesetzlichen Verpflichtungen **an**, ohne allerdings selbst das Bankgeschäft zu betreiben.

Der **Auftrag** der HASPA Finanzholding ist im zweiten Absatz der **Präambel** der Satzung wie folgt **formuliert**:

„Die Hamburger Sparkasse, eine juristische Person alten hamburgischen Rechts, hat die Aufgabe, unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit in ihrem Wirkungsbereich geld- und kreditwirtschaftliche Leistungen zu erbringen, insbesondere Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlage von Ersparnissen und anderen Geldern zu geben, den Sparsinn und die Vermögensbildung breiter Bevölkerungskreise zu fördern und der Befriedigung des Kreditbedarfs der örtlichen Wirtschaft unter besonderer Berücksichtigung des Mittelstands zu dienen.“

Zwar wird die Präambel ausdrücklich zum Bestandteil der sich anschließenden Satzung erklärt und so ihre **Verbindlichkeit unterstrichen**, es bleibt jedoch fraglich, ob die Formulierung dieses Auftrags in Zusammenschau mit dem Genehmigungserfordernis einer etwaigen Änderung desselben eine Gleichbehandlung der HASPA mit öffentlich-rechtlichen und anderen freien Sparkassen bzw. eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen privatwirtschaftlichen Kreditinstituten rechtfertigt.

Die Bestimmungen der **§§ 32 ff. SpkG SH** bringen zum Ausdruck, welche verbindlichen Vorgaben des Sparkassengesetzes vom (Landes-)Gesetzgeber für so erheblich gehalten werden, dass deren Geltung auch für die **freien Sparkassen** im Einzelnen angeordnet wird. Neben der ausdrücklichen Formulierung des öffentlichen Auftrags gleichsam des § 2 S. 1 SpkG SH wird die entsprechende Anwendung von § 28 Abs. 1, 2 und 5 sowie § 1 Abs. 3, §§ 18, 19, 24, 26 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 angeordnet (vgl. § 32 Abs. 2 sowie § 33 SpkG SH). Inhaltlich sind damit die gesetzlichen Festlegungen zur Vereinigung von Sparkassen, die Anordnung der Mündelsicherheit, die Gründe zur Ausschließung von Entscheidungen, die Verschwiegenheitsverpflichtung, die Bestimmung des Geschäftsjahres sowie die Vorgaben zum Jahresabschluss, Konzernabschluss und der Überprüfung der Einhaltung der Vorgaben des Wertpapierhandelsgesetzes erfasst. Nach **§ 34 SpkG SH** erlässt das oberste Organ der freien Sparkasse (verpflichtend) eine **Satzung**, die **im Falle der Abweichung von** der seitens der Aufsichtsbehörde erlassenen **Mustersatzung** der **Genehmigung** derselben **bedarf**.

Über die Bindung der freien Sparkassen an die **Mustersatzung** bzw. die **Satzungsgenehmigung** durch die Aufsichtsbehörde wird eine starke **staatliche Kontrolle der**

**inhaltlichen Arbeit und Aufgabenerfüllung** durch die freien Sparkassen erreicht. Mangels gesetzlicher Verpflichtung im Hamburger Landesrecht gelten **keine entsprechenden gesetzlichen Bindungen für die HASPA**. Dennoch fand sich bereits in der **Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827**<sup>74</sup> in § 43 die Festlegung, dass jede Satzungsänderung der Genehmigung des Hamburger Senats bedürfe. Zudem fand sich in § 1 Abs.1 S. 3 die Unterstellung unter die Aufsicht des Hamburger Senats, wobei sich die Sparkasse selbst als „gemeinnützig, wirtschaftlich unabhängig“ bezeichnete (§ 1 Abs.1 S. 3). In § 2 wurde der Aufgabenkreis der Sparkasse entsprechend dem öffentlichen Auftrag der öffentlich-rechtlichen Sparkassen formuliert, wobei auch durch den Bezug auf den Wirkungsbereich der Sparkasse eine Begrenzung ähnlich dem Regionalprinzip<sup>75</sup> vorgenommen wurde. Insgesamt entsprach die Satzung weitgehend den aus der (aktuellen) Mustersatzung für freie Sparkassen in Schleswig-Holstein üblichen Verpflichtungen wie z.B. die Pflicht von jedermann Spareinlagen anzunehmen, Sparkassenbücher anzulegen und die Vorgaben zu dem weiteren Umgang (Zinsen, Auszahlung, Sperrung etc.), eine Verschwiegenheitsverpflichtung und Bestimmungen zu zulässigen Aktiv- und Passivgeschäfte der Bank sowie deren Auflösung. Auch die Mündelsicherheit der Sparkasse wurde vom Senat der Freien und Hansestadt Hamburg festgestellt und dies in der Satzung zum Ausdruck gebracht. Hinsichtlich der Erstellung, Prüfung und Verwendung des Jahresüberschusses traf § 42 eine ausführliche Regelung, die weitgehend den Anforderungen des schleswig-holsteinischen Sparkassenrechts bzw. den Vorgaben der Mustersatzungen entsprach. Insbesondere waren die Überschüsse bis zu einer gewissen Höhe zwangsläufig der Sicherheitsrücklage zuzuführen, verbleibende Beträge konnten mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde durch Beschluss des Verwaltungsrates gemeinnützigen Zwecken zugeführt werden.

Durch die **in den darauf folgenden Jahren** erfolgten, durch den Senat jeweils genehmigten Satzungsänderungen fand eine **sukzessive Verlagerung der Entscheidungsverantwortung weg von der Aufsichtsbehörde hin zum Verwaltungsrat**,

---

<sup>74</sup> Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, gültig ab 1. Juli 1956, Amtlicher Anzeiger, Teil II des Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblattes, Nr. 133 v. 16. Juni 1956, S. 585 ff. Auch die Satzung der Neuen Sparcasse von 1864 (Amtlicher Anzeiger Nr. 284 v. 15.12.1954, S. 1043 ff.) ist in ähnlicher Weise ausgestaltet; sie spielt aber insofern eine untergeordnete Rolle, als bei der 1974 erfolgten Vereinigung der beiden Sparkassen die Neue Sparcasse in der Hamburger Sparcasse von 1827 aufging und damit deren Satzung zugrunde gelegt wurde. Vgl. Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 210 vom 30. Oktober 1970, S. 2404 f., § 44a sowie Änderung der Satzung der Neuen Sparcasse von 1864, Amtlicher Anzeiger Nr. 217 vom 10. November 1970, S. 2493, § 41a.

<sup>75</sup> Wobei bereits zu Beginn stets vom großhamburgischen Wirtschaftsgebiet (§ 13 Abs. 1 Nr. 1) gesprochen wird, später erfolgt sogar eine weitere Formulierung durch Bezugnahme auf den norddeutschen Wirtschaftsraum; siehe bspw. Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 87 vom 5. Mai 1966, S. 566.

aber auch Vorstand statt<sup>76</sup>. Neben den notwendigen Anpassungen an das sich fortentwickelnde Bankwesen (bspw. die Möglichkeit, Anteilscheine an Immobilienfonds und Investmentzertifikate zu erwerben<sup>77</sup>), finden sich auch **andere Lockerungen** unter den angepassten Regelungen der Satzung wie z.B. die Erhöhung des zulässigen Gesamtbetrages ungedeckter Personalkredite von 5 auf 15% der Einlagen, Sparkassenbriefe und der nicht bei Kreditinstituten aufgenommenen Gelder und Darlehen<sup>78</sup>. Mithin zeigen sich bereits in der Entwicklungsgeschichte der Satzung der Hamburger Sparkasse Tendenzen einer Abkehr von einer intensiven staatlichen Kontrolle hin zu liberaleren Vorgaben.

### **bb) Auslagerung des Bankgeschäfts auf die HASPA AG**

Laut der **aktuellen Fassung** der Präambel der Satzung der Hamburger Sparkasse, mit der diese in die **Hamburger Finanzholding umbenannt** wurde, kann diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe, die weiterhin dem öffentlichen Auftrag der anderen Sparkassen entspricht (siehe oben),

„ihren Bankbetrieb (...) auf eine Tochtergesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in der Freien und Hansestadt Hamburg übertragen, an der sie unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt ist. Die Tochtergesellschaft ist aufgrund ihrer Satzung den in Absatz 2 dieser Präambel beschriebenen Aufgaben verpflichtet und weist die besonderen in § 40 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes über das Kreditwesen genannten Merkmale einer Sparkasse auf, insbesondere eine am Gemeinwohl orientierte Aufgabenstellung und eine Beschränkung der wesentlichen Geschäftstätigkeit auf den Wirtschaftsraum, in dem sie ihren Sitz hat“<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Siehe bspw. § 13 Abs. 3 (Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 87 vom 5. Mai 1966, S. 566): Erweiterung der Möglichkeiten, Mittel der Sparkasse anzulegen durch Beschluss des Verwaltungsrates anstelle der früheren Regelung entsprechend der Aufsichtsbehörde; § 14 Abs. 3 (Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 87 vom 5. Mai 1966, S. 566): ausreichen einer Ausfallbürgschaft durch sichere Personen bei einstimmigen Beschluss des Verwaltungsrates und des Vorstandes anstelle wie der früheren Regelung entsprechend der Aufsichtsbehörde; § 12 Abs. 1 (Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 91 vom 13. Mai 1969, S. 582): Zustimmung des Verwaltungsrates (frh. Aufsichtsbehörde) für die Aufnahme eines Darlehens zur Verstärkung der Betriebsmittel; § 12 Abs. 2 (Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 91 vom 13. Mai 1969, S. 583): Entscheidung des Vorstands über Aufnahme kurzfristiger Kredite (frh. Sache des Verwaltungsrates); § 30 Abs. 3 (Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 91 vom 13. Mai 1969, S. 584): Möglichkeit des Verwaltungsrates „unter Wahrung seiner Überwachungs- und Mitwirkungsbefugnisse“ bestimmte Befugnisse auf den Vorstand zu übertragen; § 4 Abs. 3 (Änderung der Satzung der Hamburger Sparkasse, Amtlicher Anzeiger Nr. 201 vom 15. Oktober 1992, S. 1920): Bestimmung des Beginns und des Endes der Verzinsung durch den Verwaltungsrat anstelle des ursprünglichen Bezugs auf eine gesetzliche Bestimmung.

<sup>77</sup> Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 91 vom 13. Mai 1969, S. 583, § 13 Abs. 1 Nr. 5. Siehe auch ebenda, S. 584: § 17 Nr. 7 (Möglichkeit, Dienstleistungen für Bausparkassen, Immobilienfonds und Einrichtungen, an denen die Sparkasse beteiligt ist, zu erbringen), § 17 Nr. 11 (Datenverarbeitung für Dritte) sowie § 32 Abs. 2: Möglichkeit, Beschlüsse in dringenden Fällen durch telegrafische oder fernmündliche Abstimmung zu fassen.

<sup>78</sup> Änderung der Satzung der Hamburger Sparcasse von 1827, Amtlicher Anzeiger Nr. 91 vom 13. Mai 1969, S. 583, § 15 Abs. 1. Siehe auch Änderung der Satzung der Hamburger Sparkasse, Amtlicher Anzeiger Nr. 201 vom 15. Oktober 1992, S. 1921, § 15 Abs. 2.

<sup>79</sup> Änderung der Satzung der Hamburger Sparkasse, Amtlicher Anzeiger Nr. 62 vom 30. Mai 2003, S. 2218, Präambel Abs. 3.

Insofern gilt es, bei der Frage nach einer möglichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der HASPA mit anderen privatwirtschaftlichen Kreditinstituten in jedem Fall zwischen der **HASPA Finanzholding** und der **HASPA AG** zu **differenzieren**. Während sich die Finanzholding weiterhin der Rechtsaufsicht des Hamburger Senats unterstellt und zumindest maßgebliche Teile der Satzung einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt, gilt dies – soweit ersichtlich<sup>80</sup> – für die HASPA AG nicht. Allerdings werden Änderungen der Satzung der HASPA AG gemäß § 18 Abs. 6 der Satzung der Finanzholding wiederum einer Genehmigung mit qualifizierter Mehrheit von zwei Dritteln des Holding-Kuratoriums unterstellt. Es ergeben sich insofern bereits deutliche qualitative Unterschiede der satzungsgemäßen verbindlichen Verpflichtungen der HASPA AG gegenüber denen der HASPA Finanzholding.

Im Hinblick auf die **Finanzholding** ist jedoch darüber hinaus zu beachten, dass deren **Satzung** nach Auslagerung des eigentlichen Bankgeschäfts auf die HASPA AG **nicht mehr** wie ursprünglich **inhaltliche Anforderungen** in Bezug auf die verpflichtende Annahme von Spareinlagen, zulässige Geschäfte, Regelungen zur Verschwiegenheit oder ähnliches **enthält**. Lediglich die Erforderlichkeit der Beschlussfassung oder der Zustimmung des Kuratoriums bzw. des Verwaltungsrates zu bestimmten Vorgängen innerhalb der HASPA AG wird statuiert. Möglicherweise sind die entsprechenden Bestimmungen zu Spareinlagen und zulässigen Geschäften nunmehr in der Satzung der HASPA AG enthalten. Dies kann jedoch nicht überprüft werden.

#### **b) Grad der Verbindlichkeit der Inpflichtnahme der HASPA Finanzholding**

Insgesamt zeigt sich, dass **die HASPA Finanzholding weniger der staatlichen Kontrolle unterliegt als die freien Sparkassen Schleswig-Holsteins**, bei denen sämtliche Satzungsänderungen im Falle der Abweichung von der Mustersatzung einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen. Zu Zeiten der Hamburger Sparcasse von 1827 war in der entsprechenden Satzung ebenfalls ein Genehmigungsvorbehalt für sämtliche Satzungsänderungen vorgesehen, hiervon hat man bei (Um-)Gründung der HASPA Finanzholding verzichtet und eine Einschränkung auf die wesentlichen Verpflichtungen vorgenommen. Ausgenommen ist damit insbesondere die Verwendung des nach Rücklagenzuführung verbleibenden Bilanzgewinns, der nach der geltenden Satzung (§ 20) ganz oder teilweise – ohne Mitwirkung der Aufsichtsbehörde – ge-

---

<sup>80</sup> Die Satzung der HASPA AG ist leider mit den dem Wissenschaftlichen Dienst zur Verfügung stehenden Mitteln nicht ausfindig zu machen.



meinnützigen Zwecken zugeführt werden kann. Ausschüttungen oder Gewinnabführungen sind allerdings im Bereich der Holding von vornherein nicht vorgesehen.

Die Vorschrift des § 23 der Satzung der HASPA Finanzholding und damit die Anordnung der Aufsicht und das Genehmigungserfordernis für Satzungsänderungen ist selbst nicht hinsichtlich etwaiger Änderungen einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt. Fraglich ist, ob die Vorschrift dennoch aus teleologischen Gründen unter erschwerten Änderungsbedingungen steht, da sie ansonsten nicht ihren intendierten Zweck einer unabänderbaren Verpflichtung verwirklichen könnte. Es **kann** allerdings **nicht abschließend beurteilt werden**, unter welchen Voraussetzungen sich die HASPA Finanzholding der selbst auferlegten Bindung an den öffentlichen Auftrag und der Aufsicht durch die Finanzbehörde entledigen kann. So führt auch das **BVerwG** in seiner Entscheidung zur Unzulässigkeit eines Genehmigungsvorbehalts für die Errichtung von Zweigstellen freier Sparkassen in Schleswig-Holstein im Jahre 1984 **hinsichtlich der HASPA** aus:

„Die Klägerin betreibt ihre Geschäfte somit (...) 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 (...) 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“<sup>81</sup>.

### c) Fazit und Folgerungen

Letztlich kann aufgrund der besonderen Konstellation der HASPA und ihrer Entstehungsgeschichte und ohne den konkreten Text der Satzung der HASPA AG **keine abschließende Einschätzung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten** erfolgen. Zu bedenken ist schließlich, dass insbesondere die **HASPA AG** mangels eines Hamburgischen Sparkassengesetzes grundsätzlich **nicht den gleichen Anforderungen wie andere Sparkassen unterliegt**, so dass sich auch wesentliche Unterschiede zu öffentlich-rechtlichen Sparkassen und deren gesetzlichen Bindungen<sup>82</sup> ergeben<sup>83</sup>. **Zwar** unterliegen **Satzungsänderungen** im Bereich der HASPA AG einem **Genehmigungsvorbehalt durch das Kuratorium** der Finanzhol-

---

<sup>81</sup> BVerwGE 69, 11 (22).

<sup>82</sup> Ein Sparkassengesetz existiert in Hamburg aufgrund der historischen Entwicklung nicht.

<sup>83</sup> Vgl. auch *Thiemann*, Rechtsprobleme der Marke Sparkasse, 2008, S. 35: Insbesondere zeigen sich Unterschiede beim Regionalprinzip, das in den Satzungen der Freien Sparkassen deutlich großzügiger formuliert ist als die entsprechenden Bestimmungen für die kommunalen Sparkassen in den Sparkassengesetzen der Länder.

ding, jedoch stellt sich dies nicht als staatliche Kontrolle der Aufgabenwahrnehmung dar. Durch **§ 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG** wird zwar die Führung der Bezeichnung Sparkasse an die Verfolgung des öffentlichen Auftrags und eine Beschränkung im Sinne des Regionalprinzips geknüpft, es ist aber **fraglich, ob** diese konditionale Verknüpfung als **ausreichend** anzusehen ist. Insbesondere ist nicht ersichtlich, ob ein Verstoß gegen § 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG zum sofortigen Ausschluss aus der Sparkassenorganisation führt. Die Bestimmung des **§ 30a E-SpkG SH** enthält auch **keine Regelung für den Fall, dass ein Stammkapitaleigner seine Mitgliedschaft in der Sparkassenorganisation verliert** und welche Folgen sich hieraus für die Beteiligung ergeben. Die Argumentation mit der historischen Gewachsenheit der Struktur ist zudem nur in Bezug auf die HASPA Finanzholding als Nachfolgerin der Hamburger Sparcasse von 1827 (und der Neuen Sparcasse von 1864) und juristische Person alten Hamburgischen Rechts stichhaltig anwendbar. Demzufolge sollte zumindest die HASPA AG von einer Beteiligungsmöglichkeit am Stammkapital der schleswig-holsteinischen Sparkassen ausgeschlossen sein, so dass sich insofern bereits die vollumfängliche Formulierung „Mitglieder der Sparkassenorganisation“ in § 30a E-SpkG SH verbieten würde, da sowohl HASPA AG als auch Finanzholding Mitglieder derselben sind (siehe oben).

Abschließend ist zu vergegenwärtigen, dass – selbst wenn zu unterstellen wäre, dass die mehr oder minder schwer zu beseitigende Selbstverpflichtung zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags zur Rechtfertigung der Begrenzung der Stammkapitalübertragungsmöglichkeit gemeinschaftsrechtlich ausreichen sollte – hieraus der Schluss gezogen werden könnte, dass auch **anderen privaten Banken** die Möglichkeit zur Stammkapitalbeteiligung einzuräumen wäre, soweit diese sich ebenfalls zur Wahrnehmung des öffentlichen Auftrags der Sparkassen (bspw. im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages) verpflichten und dem Haftungsverbund der S-Finanzgruppe beitreten würden. Insofern könnten sich die betroffenen anderen privaten Kreditinstitute auf den **Grundsatz der Nichtdiskriminierung** berufen. Eine solche Beteiligungsoption wäre in den entsprechenden Satzungen der Sicherungsfonds allerdings – zumindest zum Teil – erst zu schaffen. Durch den Schutz der Bezeichnung Sparkasse in § 40 Abs. 1 KWG wird ebenfalls deutlich, dass es nicht möglich ist, neue private Sparkassen zu gründen<sup>84</sup>. Zwar könnte auch in diesem Zusammenhang die historische Entstehungsgeschichte der hamburgischen Besonderheiten im Sparkassenwesen

---

<sup>84</sup> Der mit § 40 KWG verbundene Namensschutz wurde jüngst vom EU-Binnenmarktskommissar Mc Creevy als Behinderung der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs kritisiert. Das entsprechende Vertragsverletzungsverfahren wurde nach einer Einigung zwischen der Bundesregierung mit der Kommission eingestellt. Hierzu *Wohltmann*, ZG 2007, 259 ff.

wiederum zur Rechtfertigung herangeführt werden, es käme insofern jedoch wiederum auf die konkrete Einschätzung der Kommission und des EuGH in einem möglichen Verfahren an.

Es bleibt somit fraglich, ob vom Landesgesetzgeber **trotz** der stets zu berücksichtigenden **Einschätzungsprärogative** ausreichend begründet werden könnte, dass die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Sparkassen in Schleswig-Holstein nur durch eine Beteiligungsmöglichkeit sämtlicher Mitglieder der Sparkassenorganisation (§ 30a E-SpkG SH) einschließlich der HASPA gewährleistet werden kann. Darüber hinaus müsste plausibel dargelegt werden, dass bei einer Beteiligungsmöglichkeit sämtlicher natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechts die Aufgabenerfüllung konkret gefährdet wäre.

### 3. Zwischenergebnis

Eine **Rechtfertigung** der in § 30a E-SpkG SH enthaltenen Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit **über Art. 58 EG bzw.** die hier ebenfalls anwendbare **Cassis-Formel** erscheint nach alledem zwar unter Umständen **möglich**, wäre **aber** auch **erheblichen Bedenken** ausgesetzt.

Hinsichtlich der **HSH Nordbank** beispielsweise sowie den **anderen freien Sparkassen** neben der HASPA, an denen zu gewissen Teilen auch private Anteilseigner beteiligt sind, dürften sich **keine gesonderten gemeinschaftsrechtlichen Probleme** ergeben<sup>85</sup>.

### III. Keine Rechtfertigungsmöglichkeit über Art. 86 Abs. 2 und Art. 16 EG

Fraglich ist, ob sich aus dem Umstand, dass die öffentlichen Kreditinstitute in Deutschland (ebenso wie in Österreich und Luxemburg) seit dem Vertrag von Amsterdam zu den Unternehmen nach Art. 86 Abs. 2 EG zählen, die mit **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse** betraut sind<sup>86</sup>, eine weiter reichende Rechtfertigungsmöglichkeit ergibt.

---

<sup>85</sup> Dies gilt im Falle der HSH Nordbank sowie der LBS Schleswig-Holstein-Hamburg umso mehr, als den an den öffentlichen Instituten beteiligten natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts die Möglichkeit zur Beteiligung an anderen Sparkassen nicht unmittelbar, sondern nur vermittelt über die letztlich mehrheitlich in öffentlich-rechtlicher Hand befindlichen Wirtschaftsunternehmen eingeräumt wird.

<sup>86</sup> Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 2.10.1997, Erklärung zur Schlussakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABl. 1997 Nr. C 340/1, 338; vgl. auch *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EGV Rn. 40.

In Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG heißt es nämlich:

„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. (...)“.

Durch Art. 86 Abs. 2 EG wird damit im Umkehrschluss grundsätzlich eine Option eröffnet, die wettbewerbsrechtlichen und sonstigen binnenmarktspezifischen Vorschriften im Bereich der Daseinsvorsorge nicht anzuwenden, wenn dies die Gewährleistung der Aufgabenerfüllung unbedingt erfordert.

Neben Art. 86 EG tritt zudem der ebenfalls durch den Amsterdam-Vertrag neu geschaffene Art. 16 EG, über den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erstmals auf der Ebene primären EG-Rechts Anerkennung als eigenständiges Wirtschaftsmodell erfahren haben, so dass der Stellenwert solcher Dienstleistungen für die Europäische Gemeinschaft ausdrücklich gestärkt wurde<sup>87</sup>. Jedoch spricht Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG von „verhindern“. Es genügt daher nicht, wenn Vorschriften des EG-Vertrags die Erfüllung der übertragenen Aufgabe lediglich erschweren oder behindern<sup>88</sup>. Insofern müsste zur Rechtfertigung der Beschränkung der Stammkapitalübertragungsmöglichkeiten in § 30a E-SpkG SH dargelegt und konkret bewiesen<sup>89</sup> werden, dass bei einer Beteiligung anderer privater Anteilseigner die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Sparkassen unmöglich wäre. Es ist äußerst zweifelhaft, ob dies in hinreichendem Maße gelingen kann. Dies gilt umso mehr, als ein Zurückdrängen des EG-Vertrags über Art. 86 Abs. 2 EG nur als ultima ratio<sup>90</sup> in Betracht kommt<sup>91</sup>.

#### **IV. Mögliche Rechtfertigung der Höhenbegrenzung der Stammkapitalübertragung auf 49,9 v.H.**

Fraglich ist, ob demgegenüber jedenfalls die Höhenbegrenzung der Stammkapitalübertragung auf „49,9 v.H.“ in § 30a E-SpkG SH gerechtfertigt werden könnte. Hierbei

---

<sup>87</sup> Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EGV Rn. 41.

<sup>88</sup> EuGH, Slg. 1997, I-5699 Rdnr. 58 (Kommission/Niederlande); EuGH (Kommission/Spanien), EuZW 2003, 529 (536); Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EGV Rn. 45 m.w.N.

<sup>89</sup> Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EGV Rn. 46 m.w.N.

<sup>90</sup> Vgl. Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EGV Rn. 47 m.w.N.

<sup>91</sup> Ein interessanter Aspekt im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 86 Abs. 2 EG ist allerdings, dass die Eröffnung desselben einen **Betrauungsakt** voraussetzt. Dem betroffenen Unternehmen muss von einem Mitgliedstaat eine Aufgabe „von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ kraft eines Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt (Rechtssetzungs- oder Verwaltungsakt) übertragen worden sein. Hierin könnte ein Rettungsanker für eine Rechtfertigung der ausschließlichen Beteiligungsmöglichkeit der Mitglieder der Sparkassenorganisation liegen, soweit diese mit der Erfüllung der „Finanzdaseinsvorsorge“ im Sinne des öffentlichen Auftrags der Sparkassen hoheitlich betraut würden (Beleihung). Da der Gesetzgeber jedoch keinen unmittelbaren Einfluss auf die Mitgliederstruktur der Sparkassenorganisation ausübt, wäre die staatliche Betrauung durch Hoheitsakt nur eine Option, im konkreten Einzelfall eines (teil-)privatwirtschaftlichen Unternehmens eine Rechtfertigung zu erzielen.

ist allerdings zu unterstellen, dass neben die Höhenbegrenzung nicht zusätzlich auch eine Beschränkung des Erwerberkreises auf sämtliche „Mitglieder der Sparkassenorganisation“ tritt, da diese – wie zuvor erläutert – unter Umständen gemeinschaftsrechtlich nicht zu rechtfertigen wäre. Insoweit ist für die folgenden Ausführungen davon auszugehen, dass die Übertragung auf sämtliche natürliche und juristische Personen des Privatrechts zunächst gestattet wäre, in der Gesamtheit aber auf maximal 49,9% begrenzt würde.

Eine solche Regelung könnte möglicherweise unter sorgfältiger Bezugnahme auf die essentiellen Aufgaben der Sparkassen im Bereich der Daseinsvorsorge zu rechtfertigen sein, da so die **Mehrheit der öffentlich-rechtlichen Anteilseigner** und damit der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft **garantiert** bliebe. Insofern sind auch die Ausführungen des EuGH im Rahmen der oben näher ausgeführten Entscheidung Kommission/Spanien (siehe oben Punkt II. 1., S. 17 f.) zu beachten.

Dieser Umstand einer wohl grundsätzlich zulässigen Höhenbegrenzung spricht aber auch gerade dafür, dass eine entsprechende gesetzliche Festlegung für die Gewährleistung der Aufgabenerfüllung der Sparkassen in den Augen des EuGH ausreichen könnte. Damit läge ein im Zuge der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit des § 30a E-SpkG SH zu berücksichtigendes **milderes Mittel** vor. Eine darüber hinausgehende Anteilseignerkreisbeschränkung auf die „Mitglieder der Sparkassenorganisation“ könnte möglicherweise insofern vor dem EuGH erst recht keinen Bestand haben.

Hinsichtlich der Höhenbegrenzung der Stammkapitalbeteiligung ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass in der Literatur das durch die Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit von Sonderaktien bislang vermittelte Bild so verstanden wird, dass eine Teilprivatisierung aller Voraussicht nach dazu zwingen könnte, Privaten auch den vollständigen Erwerb des Stammkapitals zu ermöglichen – und damit letztlich auch eine Vollprivatisierung des öffentlichen Sparkassenwesens zu forcieren. Die Bedeutung des Art. 295 EG werde auf ein striktes „entweder privat, oder öffentlich“ beschränkt, wobei die verschiedenen Stufen des Übergangs von öffentlichem Betrieb und Eigentum zu privatem Betrieb und Eigentum unberücksichtigt blieben und eine wirtschaftspolitische Inflexibilität begründet werde<sup>92</sup>. Nach Durchsicht der einschlägigen Entscheidungen fällt jedoch auf, dass durch den EuGH lediglich festgestellt wird, dass die jeweils angeführten Begründungen der Beklagten den Anforderungen des

---

<sup>92</sup> So u.a. *Ruge*, EuZW 2003, 539 (542).

Art. 58 EG an eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit nicht gerecht werden. Ein genereller Ausschluss von Höhenbegrenzungen bezogen auf Unternehmensbeteiligungen ist hieraus unserer Einschätzung nach nicht zu folgern. Diese Einschätzung wird beispielsweise auch durch folgenden ausdrücklichen Hinweis in der Rechtssache Kommission/Portugal gestützt:

„Wie sich ebenfalls aus der Mitteilung von 1997 ergibt, sind die Bedenken nicht von der Hand zu weisen, die es je nach den Umständen rechtfertigen können, dass die Mitgliedstaaten einen gewissen Einfluss auf ursprünglich öffentliche und später privatisierte Unternehmen behalten, wenn diese Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder von strategischer Bedeutung erbringen“<sup>93</sup>.

Es bleibt festzuhalten, dass eine Höhenbegrenzung der Stammkapitalübertragung auf 49,9 v.H. möglicherweise gerechtfertigt werden könnte; vor dem Hintergrund der Einschätzung der Einstellung des EuGH zu Teilprivatisierungen in der Literatur erscheint aber auch diese Rechtfertigungsmöglichkeit als risikobehaftet.

## V. Niederlassungsfreiheit

Inwiefern durch die zu prüfende Regelung des § 30a E-SpkG SH zudem eine (unzulässige) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG in Betracht kommt, hängt von der Gestaltung der zu beurteilenden Sachverhalte ab<sup>94</sup>. Falls jedoch im konkreten Einzelfall ebenfalls ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vorliegen sollte, gelten die obigen Ausführungen entsprechend<sup>95</sup>.

## VII. Ergebnis

Die Begrenzung des möglichen Erwerberkreises von Stammkapital der schleswig-holsteinischen Sparkassen auf sämtliche Mitglieder der Sparkassenorganisation erweist sich unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts als zumindest bedenklich. Die Höhenbegrenzung der Stammkapitalübertragung auf 49,9 v.H. könnte möglicherweise den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen stand halten, ist aber ebenfalls risikobehaftet.

---

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-397/98, Slg. 2002, I-4731 Rn 47 unter Bezugnahme auf Rs. C-483/99, Rn. 43 (Kommission/Frankreich), C-503/99, Rn. 43 (Kommission/Belgien).

<sup>94</sup> Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 13.05.2003, Rs. C-98/01, Slg. 2003 I-4641 Rn. 51 f.; EuGH, Urt. v. 13.5.2003, Rs. C-463/00, Slg. 2003 I-4581 Rn. 85 f.

<sup>95</sup> Der EuGH weist in ähnlichen Konstellationen darauf hin, dass der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit in solchen Fällen stets unmittelbare Folge der Hindernisse für den freien Kapitalverkehr wäre, mit denen er untrennbar verbunden sei. Vgl. EuGH, EuZW 2003, 529 (536) sowie Rs. C- 367/98, Slg. 2002, I-4731 Rn. 56.

Auch mit Blick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot, das der Gesetzgeber auch nach gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachten hat, sollte ein Verweis auf den (zunächst außerrechtlichen) Begriff der Sparkassenorganisation vermieden werden. Dies gilt umso mehr, als es sich hierbei um eine dynamische Verweisung auf eine Organisation handelt, auf deren Ausgestaltung hinsichtlich des Mitgliederbestands der Gesetzgeber keinen unmittelbaren Einfluss nimmt. Durch die bislang in Rede stehende Formulierung wird auch nicht hinreichend klar, ob mit den „Mitgliedern der Sparkassenorganisation“ letztlich die bundesweite Sparkassenorganisation oder die Schleswig-Holsteins gemeint ist. In diesem Zusammenhang könnten möglicherweise auch Kollisionen mit dem im Sparkassenwesen verankerten Regionalprinzip drohen.

**Frage 4 a): Ist der vorgesehene neue Abs. 5 des § 28 so zu verstehen, dass bei einem nicht vorhandenen Verlustvortrag bis zu 66,6% des jeweiligen Jahresüberschusses einer Sparkasse an die Stammkapitalhalter ausgeschüttet werden können?**

### **I. Vorbemerkungen**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der beigefügte Entwurf eines Änderungsantrags höchst wahrscheinlich nicht auf die Einfügung des Absatzes 5 in § 28, sondern in **§ 27 SpkG SH** abzielt. In der aktuellen Fassung<sup>96</sup> des Sparkassengesetzes sind die Regelungen hinsichtlich der Verwendung von Überschüssen in § 27 enthalten, während diese in der vorherigen Fassung<sup>97</sup> in § 28 angesiedelt waren.

### **II. Auslegung der Vorschrift**

Die sich aus der Fragestellung ergebende Auslegung der Norm ist der Formulierung des § 27 Abs. 5 E-SpkG SH nicht ausdrücklich zu entnehmen. Die Vorschrift ist daher nach den bekannten Auslegungsmethoden hinsichtlich Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte oder Sinn und Zweck zu interpretieren.

---

<sup>96</sup> Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein in der Fassung vom 11. September 2008 (GVOBl. Schl.-H. S. 372).

<sup>97</sup> Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein in der Fassung vom 9. Februar 2005 (GVOBl. Schl.-H. S. 111), mit der Berichtigung vom 28. Februar 2005 (GVOBl. Schl.-H. S. 186).

## 1. Bedeutung der „Gewinnabführung auf das Stammkapital“ (Satz 2)

Satz 2 des § 27 Abs. 5 E-SpkG SH eröffnet die Möglichkeit, dass, „soweit der verbliebene Betrag nicht zur weiteren Stärkung der Rücklagen benötigt wird, (...) aus ihm in angemessenem Umfang Gewinnabführungen auf das Stammkapital erfolgen“ können. Erst in Satz 4 wird ein Bezug zu den Stammkapitalgebern hergestellt, indem es dort heißt, „an den Ausschüttungen sind die Stammkapitalgeber entsprechend ihren Anteilen am Stammkapital beteiligt“.

Aus dem Wortlaut wird damit nicht ohne weiteres deutlich, ob die Stammkapitalgeber in voller Höhe an den Gewinnabführungen zu beteiligen sind oder ob nicht eine Stammkapitalerhöhung durch die Gewinnabführungen ermöglicht werden soll.

Insofern mag aber eine Anleihe im Gesellschaftsrecht weitere Klarheit schaffen. Der in Satz 4 verwendete Begriff der Ausschüttung (Dividende) bezeichnet grundsätzlich nämlich die Gewinnausschüttung, die eine Aktiengesellschaft an ihre Aktionäre oder eine Genossenschaft an ihre Genossenschaftler nach der erforderlichen Rücklagenbildung und orientiert am Gewinn vornimmt. Mithin kann der Begriff der Gewinnabführung hinsichtlich der Anteilseigner mit dem Terminus der Ausschüttung gleichgesetzt werden, so dass eine Ausschüttung an die Stammkapitalgeber in voller Höhe der Gewinnabführung durch die Bestimmung des § 27 Abs. 5 E-SpkG SH gemeint ist.

Diese Auslegung stützt auch die Systematik des § 27, der in Absatz 1 den Grundsatz postuliert, dass der Jahresüberschuss den Sicherheitsrücklagen zuzuführen ist, „soweit er nicht an den Träger abgeführt wird“. Die Möglichkeit zur Stammkapitalerhöhung wird an keiner Stelle als Ausnahme zum Grundsatz der Rücklagenbildung genannt.

Eine weitere Stütze für diese Interpretation der Norm bietet ein Vergleich mit ähnlichen landesgesetzlichen Regelungen in Hessen. Eine inhaltlich dem entworfenen Absatz 5 **entsprechende Bestimmung** fand sich in jüngster Vergangenheit in **§ 16 Abs. 5 SpkG Hessen**<sup>98</sup>; diese wurde jedoch im Zuge der Abschaffung der Möglichkeit zur Stammkapitalbildung (siehe Anlage) wieder herausgenommen. Die Vorschrift des

---

<sup>98</sup> Hessisches Sparkassengesetz vom 10. November 1954 in der Fassung vom 24. Februar 1991, gültig vom 11. April 2007 bis 6. Oktober 2008.



**§ 13 Fraspa-Gesetz**<sup>99</sup> enthält demgegenüber auch in der aktuellen Fassung eine inhaltlich entsprechende Regelung. Aus den zugrundeliegenden amtlichen Begründungen ist zu schließen, dass die Vorschriften im Sinne der Fragestellung zu verstehen sind; d.h. hierdurch wird keine Stammkapitalerhöhung durch Gewinnabführungen ermöglicht, sondern die Ausschüttung soll in vollem Umfang den Trägern zugute kommen.

## 2. Zulässige Höhe der Ausschüttung an die Stammkapitalgeber

Fraglich ist darüber hinaus, in welcher Höhe Ausschüttungen an die Stammkapitalgeber in zulässiger Weise vorgenommen werden können.

In der Zusammenschau von Satz 1 und Satz 2 des § 27 Abs. 5 E-SpkG SH ist dieser so zu verstehen, dass im Falle der Stammkapitalbildung, die nach § 4 Abs. 4 E-SpkG SH nicht bei jeder Sparkasse vorzunehmen ist, sondern unter dem Vorbehalt bestimmter Voraussetzungen<sup>100</sup> steht, **mindestens** ein Drittel (entsprechend **33,33%**) des Jahresüberschusses zwingend den **Sicherheitsrücklagen zuzuführen** ist. Je nach wirtschaftlicher Lage der Sparkasse kann dieser Anteil am Überschuss auch höher sein. Hierzu hat der Vorstand dem Verwaltungsrat unter Berücksichtigung der Geschäftsplanung und des Eigenkapitalbedarfs der Sparkasse Vorschläge zu machen, woraufhin der Verwaltungsrat über die Rücklagenbildung beschließt<sup>101</sup> (§ 10 Abs. 2 Nr. 9 SpkG SH).

Über die Höhe der Gewinnabführung trifft ebenfalls der Verwaltungsrat auf Vorschlag des Vorstandes einen Beschluss, wobei die Stammkapitalgeber an der Gewinnabführung grundsätzlich in dem Verhältnis ihrer Anteile am Stammkapital beteiligt werden. Im Interesse einer größeren Flexibilität, insbesondere für den Fall mehrerer Kapitalge-

---

<sup>99</sup> Gesetz zur Errichtung der Frankfurter Sparkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts (Fraspa-Gesetz) vom 14. Mai 2007, GVBl. I S. 283. § 13 Überschüsse: „Der im Jahresabschluss ausgewiesene, um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderte Jahresüberschuss wird mindestens zu einem Drittel den Rücklagen zugeführt. Soweit der verbliebene Betrag nicht zur weiteren Stärkung der Rücklagen benötigt wird, können aus ihm in angemessenem Umfang Gewinnabführungen auf das Stammkapital erfolgen. Über die Höhe der Gewinnabführung beschließt die Trägerversammlung nach Anhörung des Verwaltungsrates. Mehrere Träger sind entsprechend ihren Anteilen am Stammkapital an der Gewinnabführung beteiligt“.

<sup>100</sup> Die Voraussetzungen sind zum einen eine entsprechend in der Satzung vorgesehene Möglichkeit sowie ein Beschluss des Verwaltungsrates mit Zustimmung des Trägers bzw. der Träger.

<sup>101</sup> Eine vergleichbare Begründung findet sich auch in der amtlichen Begründung zu der inhaltlich entsprechenden Norm im hessischen Sparkassengesetz. Vgl. Hessischer Landtag, Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Siebentes Gesetz zur Änderung des Hessischen Sparkassengesetzes (HSpG) vom 26. September 2006, Drs. 16/6067, S. 12.

ber, können in der konkreten Satzung von diesem Grundsatz abweichende Regelungen getroffen werden<sup>102</sup>.

Sollte der Fall eintreten, dass kein Verlustvortrag aus dem Vorjahr vorliegt, folgt aus der vorgeschlagenen Neufassung des § 27 Abs. 5, dass im **Höchstfall** zwei Drittel (entsprechend **66,66%**) des gesamten Jahresüberschusses an die Stammkapitalgeber ausgeschüttet werden können. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Gewinnabführung auf das Stammkapital einem **angemessenen Umfang** entsprechen muss. Ob diese Voraussetzung bei einer maximalen Ausschüttungshöhe von 66,66% gewahrt werden kann, ist im Einzelfall sorgfältig von den Sparkassenorganen zu prüfen. Der Verwaltungsrat muss insbesondere prüfen, ob der Jahresüberschuss nicht zunächst zur weiteren Stärkung der Rücklagen aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtsituation der Sparkasse benötigt wird.

#### **Frage 4 b): Was bedeutet diese Änderung gegenüber der jetzigen gesetzlichen Regelung?**

In der dem jetzigen § 27 vorausgegangen Regelung des **§ 28 SpkG SH a.F.** waren noch relativ **ausdifferenzierte Regelungen** zur Verwendung von Überschüssen enthalten (Abs. 3). In der **aktuell gültigen Fassung** des entsprechenden **§ 27 SpkG** wurden die Restriktionen des Absatzes 3 vereinfacht und pauschaliert. Zur Zeit kann jede Sparkasse **vom Jahresüberschuss bis zu 35% an den Träger abführen**. In der amtlichen Begründung findet sich der Hinweis, die Vergangenheit habe gezeigt, dass die Sparkassenorgane verantwortlich mit der Frage der Gewinnausschüttungen umgegangen seien. Insgesamt diene die Stärkung der Eigenverantwortung der Sparkassen bei der Gewinnausschüttung der Intensivierung der Bindungen von Sparkasse und kommunalem Träger. Die Regelung trage einerseits den Erwartungen nach einer Ausweitung der Möglichkeiten für eine Gewinnausschüttung Rechnung und sichere andererseits, dass der überwiegende Teil des Jahresüberschusses zur Stärkung der Eigenkapitalausstattung der Sparkassen Verwendung finde, damit die dauerhafte Aufgabenerfüllung der Sparkassen bei steigenden Anforderungen gewährleistet bleibe<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Siehe Fn. 101.

<sup>103</sup> Schleswig-Holsteinischer Landtag, Gesetzentwurf der Landesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes für das Land Schleswig-Holstein vom 7. April 2008, Drs. 16/1936, S. 24 f.

Der nunmehr im Entwurf eines Änderungsantrags enthaltene Vorschlag ermöglicht, wie bereits erläutert, im Höchstfall eine Ausschüttung i.H.v. zwei Dritteln des Jahresüberschusses an die Stammkapitalgeber. Insofern würde eine Umkehrung des Verhältnisses erreicht – während bislang die Höchstgrenze für eine Gewinnabführung unter 50% lag, stünde zukünftig möglicherweise grundsätzlich ein mehr als hälftiger Anteil zur Ausschüttung zur Verfügung. Lediglich ein Drittel des Jahresüberschusses wäre zwingend den Sicherheitsrücklagen zuzuführen. Eine den Risiken angemessene Rücklagenbildung würde damit noch weitergehend in den Verantwortungsbereich der Sparkassenorgane verlagert.

Ein weiterer erheblicher Unterschied zur bisherigen gesetzlichen Regelung neben der deutlichen Erhöhung des abführungsfähigen Betrages auf 66,66% ist der Umstand, dass bislang in § 27 Abs. 4 eine Zweckbindung enthalten ist, die für Ausschüttungen i.S. des vorgeschlagenen Absatzes 5 an die Stammkapitalgeber nicht gelten würde. Derzeit müssen die an den Träger abgeführten Beträge aus dem Jahresüberschuss für öffentliche, mit dem gemeinnützigen Charakter der Sparkasse im Einklang stehende Zwecke verwendet werden. Diese Vorgabe entfällt für die Stammkapitalgeber<sup>104</sup>.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Dr. Anika Luch

---

<sup>104</sup> Dabei kann dahinstehen, ob die meisten Stammkapitalgeber aufgrund anderer gesetzlicher Verpflichtungen oder des eigenen Selbstverständnisses die Überschüsse grundsätzlich ohnehin gemeinwohlorientiert einsetzen.

## **Anlage: Regelungen in anderen Bundesländern**

Die Diskussion um eine mögliche (Teil-) Privatisierung des Sparkassenwesens wird auch in den anderen Bundesländern geführt. Zum Vergleich sei daher auf folgende landesspezifische Entwicklungen und Regelungen anderer Bundesländer hingewiesen.

Zum Teil werden in den anderen Ländern aus der Befürchtung heraus, einer Privatisierung der Sparkassen Vorschub zu leisten, restriktivere Bestimmungen des Kreises möglicher Adressaten einer Stammkapitalübertragung getroffen. Augenfällig sind die jüngsten Entwicklungen beispielsweise in **Hessen** im Bereich der Sparkassengesetzgebung.

Ursprünglich hatte man dort im März 2007 folgende Regelung verkündet<sup>105</sup>:

### **§ 20 a Übertragung von Anteilen**

- (1) Anteile am Stammkapital können vollständig oder teilweise durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auf Errichtungsträger im Sinne des § 1 Abs. 1 und auf Sparkassen mit Sitz in Hessen sowie auf die Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale – übertragen werden, wenn dies den geschäftspolitischen Interessen der Sparkasse dient, deren Anteile übertragen werden.

Lediglich einige Monate später (Oktober 2008) wurde zur Vermeidung von Missverständnissen, dass hiermit auch nur die geringste Möglichkeit zur Privatisierung von Sparkassen eröffnet sei<sup>106</sup>, obwohl dies bereits in der Begründung des Gesetzentwurfs ausdrücklich verneint worden war<sup>107</sup>, der entsprechende Gesetzesabschnitt II gestrichen und anstelle der zuvor eingeführten Möglichkeit zur Stammkapitalbildung die Möglichkeit zur Bildung von Trägeranteilen geschaffen (§ 17a Abs. 1)<sup>108</sup>.

**Rheinland-Pfalz** hat ebenfalls die Übertragung von Stammkapital explizit auf Errichtungsträger und Sparkassen mit Sitz in Rheinland-Pfalz in der entsprechenden Regelung des § 3 Abs. 4 SpkG beschränkt:

---

<sup>105</sup> Hessisches Sparkassengesetz i. d. F. v. 24.2.1991, GVBl. 1991 I S. 78, zul. geänd. d. G. v. 29.3.2007, GVBl. 2007 I S. 252.

<sup>106</sup> Vgl. Hessischer Landtag, Drs. 17/326, S. 1.

<sup>107</sup> Vgl. Hessischer Landtag, Drs. 16/6067, S. 9.

<sup>108</sup> Hessisches Sparkassengesetzes i. d. F. v. 24.2.1991, GVBl. 1991 I S. 78, zul. geänd. d. G. v. 29.9.2008, GVBl. 2008 I S. 875.

„Eine Übertragung von Anteilen am Stammkapital ist unter Berücksichtigung der geschäftspolitischen Interessenlage der beteiligten Sparkassen nur an Sparkassen und an Errichtungsträger im Sinne des § 1 Abs. 1 mit Sitz in Rheinland-Pfalz zulässig.“

In den genannten landesgesetzlichen Regelungen findet sich demzufolge eine strikte **Begrenzung** der Übertragungsmöglichkeit von Stammkapital auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts** bzw. auf Kreditinstitute in ausschließlich öffentlich-rechtlicher Trägerschaft.

Bei den entsprechenden Änderungen der Sparkassengesetze wird in keinem Bundesland auf die gemeinschaftsrechtlichen Implikationen hingewiesen. Lediglich die Intention der Vermeidung einer (Teil-)Privatisierung des Sparkassenwesens wird deutlich.

In **Sachsen** findet sich demgegenüber die begrenzte **Möglichkeit der Stammkapitalbeteiligung** auch **durch Personen des Privatrechts**. So heißt es in § 53 Abs. 1 GöKr<sup>109</sup>.

„Die Finanzgruppe hat ein Stammkapital. Am Stammkapital können nach Maßgabe dieses Gesetzes Landkreise und Kreisfreie Städte im Freistaat Sachsen, von ihnen gebildete Zweckverbände bei Zweckverbandssparkassen sowie der Freistaat Sachsen beteiligt werden. Am Stammkapital können sich auch andere Personen des öffentlichen und des privaten Rechts (Dritte) bis zu insgesamt 49 Prozent des Stammkapitals beteiligen“.

Nach § 56 Abs. 2 Nr. 17 GöKr bedarf die Entscheidung der Anteilseignerversammlung, dass auch Dritte am Stammkapital beteiligt werden können, im Hinblick auf die Besonderheit dieser Maßnahme der Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen sowie der Mehrheit der von den kommunalen Anteilseignern abgegebenen Stimmen (Abs. 3 S. 2). Die Begrenzung auf höchstens 49% wurde laut amtlicher Begründung „aus Rechtsgründen und aus Gründen des Einflusses der in § 53 Abs. 1 Satz 2 genannten Anteilseigner – Landkreise und Kreisfreie Städte im Freistaat Sachsen und deren Sparkassenzweckverbände sowie des Freistaats Sachsen – gewählt“<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Gesetz über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Freistaat Sachsen und die Sachsen-Finanzgruppe v. 13.12.2002. Bis zum 13.7.2007 war in § 53 Abs. 1 noch folgender Satz 3 angefügt: „Im Falle der Beteiligung von Personen des privaten Rechts ist zu gewährleisten, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Freistaat Sachsen über hinreichende Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten über Entscheidungen der Finanzgruppe verfügen“.

<sup>110</sup> Sächsischer Landtag, Drs. 3/6573, S. 8.

Auch in **Bremen** findet sich eine interessante Regelung mit Blick auf begrenzte **Beteiligungsmöglichkeiten Privater**:

### **§ 3a Stammkapital**

(...) Stammkapital kann auf eine Stiftung des öffentlichen Rechts übertragen werden. Wenn Träger der Sparkasse eine Stiftung des öffentlichen Rechts ist, können bis zu 49,9 v.H. des Stammkapitals auf Mitglieder der Sparkassenorganisation übertragen werden.

### **§ 3b Umwandlung in eine Aktiengesellschaft**

(1-2) (...)

(3) (...) Kapitalbeteiligungen anderer Anteilseigner als einer Stiftung des öffentlichen Rechts sind auf 49,9 v.H. des Grundkapitals zu begrenzen. Aktien dürfen nur auf Mitglieder der Sparkassenorganisation oder auf Bürger der Stadtgemeinde, in der die Sparkasse ihren Sitz hat, oder auf Kunden der Sparkasse übertragen werden. (...)

In der entsprechenden Entwurfsbegründung wird ebenfalls nur die Sicherstellung der Mehrheitsbeteiligung und damit des Einflusses der öffentlichen Hand betont<sup>111</sup>. Daneben soll durch die Beteiligungsmöglichkeit der Bürger und Kunden eine erhöhte Kundenbindung im Sinne des Regionalitätsprinzips treten. Auch hier finden sich keinerlei Hinweise auf gemeinschaftsrechtliche Hintergründe, die es zu berücksichtigen gilt.

Bei einem Vergleich mit den sparkassenrechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer wird deutlich, dass in keinem anderen Bundesland uneingeschränkt die Möglichkeit zur Stammkapitalbeteiligung sämtlicher Mitglieder der Sparkassenorganisation bis zu 49,9% eröffnet wird. Vielmehr wird der Kreis entweder auf öffentlich-rechtliche Institute beschränkt oder – unter bestimmten Bedingungen – auch die Beteiligung anderer Personen des Privatrechts ermöglicht.

---

<sup>111</sup> Bremische Bürgerschaft, Drs. 15/1405, S. 7, 9.