

# WEISSLEDER & EWER

Notar • Rechtsanwälte

Weißleder & Ewer • Notar • Rechtsanwälte • Walkerdamm 4 - 6 • 24103 Kiel

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

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**  
**Umdruck 17/703**

Per E-Mail: [Innenausschuss@landtag.ltsh.de](mailto:Innenausschuss@landtag.ltsh.de)

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder  
Notar • Rechtsanwalt • Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Prof. Dr. Wolfgang Ewer  
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Prof. Dr. Angelika Leppin  
Rechtsanwältin • Fachwältin für Verwaltungsrecht  
Dr. Marcus Arndt  
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dr. Marius Raabe  
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dr. Gyde Otto  
Rechtsanwältin  
Dr. Gunnar Postel  
Rechtsanwalt  
Dr. Alexander Behnsen  
Rechtsanwalt  
Dr. Bernd Hoefler  
Rechtsanwalt

24103 Kiel • Walkerdamm 4 - 6  
Telefon (0431) 9 74 36-0  
Telefax (0431) 9 74 36-36  
Internet: [www.weissleder-ewer.de](http://www.weissleder-ewer.de)  
E-Mail: [kanzlei@weissleder-ewer.de](mailto:kanzlei@weissleder-ewer.de)

Ihr Zeichen:	Unser Zeichen:	Kiel, den	Bearbeiter/-in:
	317/10 Ew/Hoe	19.04.2010	RA Prof. Dr. Ewer

## **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes** Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und FDP – Drucksache 17/250

Sehr geehrte Frau Schönfelder,

der Innen- und Rechtsausschuss hat uns Gelegenheit gegeben, zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes eine schriftliche Stellungnahme abzugeben. Uns hierfür bedankend dürfen wir Ihnen hiermit unsere Stellungnahme vorlegen.

### **A. Zum Inhalt des Gesetzentwurfs**

Der vorgelegte Gesetzentwurf zielt darauf, das Sparkassenwesen zu stärken. Den Sparkassen soll die Möglichkeit eröffnet werden, Stammkapital zu bilden. Mit bis zu 25,1 % können Dritte – also Personen, die nicht Träger dieser Sparkasse sind – am Stammkapital beteiligt werden, wobei der Kreis der potentiellen Erwerber von Stammkapitalanteilen nach § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf beschränkt ist. Der sich beteiligende Dritte wird nicht zum Träger oder Mitträger der Sparkasse. Die Beteiligung Dritter kann im Wege einer Kapitalerhöhung oder durch Übertragung von Stammkapital erfolgen.

Die vorgeschlagenen Änderungen des Sparkassengesetzes behandeln, soweit ersichtlich, ausschließlich die Voraussetzungen und die Folgen einer Beteiligung Dritter am Stammkapital einer Sparkasse, wobei der Entwurf sowohl die erstmalige Bildung von Stammkapital als auch etwaige Erhöhungen erfasst. Andere Themen sind in diesem Gesetzentwurf nicht „versteckt“.

**B. Zum Gesetzentwurf im Allgemeinen: Stammkapital zu bilden, wird ermöglicht, nicht erzwungen**

Entgegen mancher Äußerung, die im Zusammenhang mit dem vorgelegten Gesetzentwurf gefallen ist und bis auf den heutigen Tag fällt, entfaltet der Gesetzentwurf weder für die Sparkassen noch für ihre Träger einen Zwang, Stammkapital im Sinne von § 4 Abs. 4 Sparkassengesetz-Entwurf überhaupt zu bilden, geschweige denn, Anteile am Stammkapital an einen Dritten zu übertragen. Der Gesetzentwurf ermöglicht und erlaubt es den Sparkassen und ihren Trägern lediglich, wenn sie es für nützlich halten, einen solchen Schritt zu gehen oder Dritte im Wege einer Kapitalerhöhung an ihrer Sparkasse zu beteiligen. Sofern eine Sparkasse und ihre Träger die Sparkasse ohne Beteiligung Dritter betreiben wollen, so haben sie jede Freiheit, das auch weiterhin zu tun.

Der Gesetzentwurf kommt damit den aus dem Kreis der „kommunalen Familie“ an den Gesetzgeber herangetragenen Wünschen,

vgl. beispielsweise die Resolutionen der Städte Neumünster und Uetersen, LT-Umdrucke 16/4041 und 16/4201, und die Stellungnahme der Sparkasse Südholstein, LT-Umdruck 17/684.

eine Beteiligung Dritter an den Sparkassen zu ermöglichen, entgegen, berücksichtigt jedoch zugleich den Wunsch anderer Sparkassen und ihrer Träger, auch die Option zu wählen, alles beim Alten zu belassen.

Erst recht zwingt der Gesetzentwurf nicht zu einer Privatisierung des Sparkassenwesens. Wie noch auszuführen sein wird, ist § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf gerade so gefasst, dass eine Beteiligung am Stammkapital durch einen im Sinne von Art. 345 AEUV (ehemals Art. 295 EGV) privaten Träger ausgeschlossen ist. Die er-

mögliche Beteiligung am Stammkapital spielt sich allein im öffentlichen Sektor ab, so dass dem privaten Sektor zugehörige Kreditinstitute nicht rügen können, von einer Beteiligung am Sparkassen-Stammkapital in einer die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) einschränkenden Weise ausgeschlossen zu sein. Das gilt nach hiesiger Einschätzung auch und insbesondere für den Fall, dass sich die HASPA Finanzholding am Stammkapital einer schleswig-holsteinischen Sparkasse beteiligt.

Selbst wenn entgegen der hiesigen Einschätzung ein mit der Angelegenheit befasstes Gericht, insbesondere der Europäische Gerichtshof, zu der Auffassung gelangen sollte, die in § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf in Aussicht genommene Regelung sei mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar, könnten sich private Finanzdienstleistungsinstitute keineswegs „in die Sparkassen hineinklagen“. Denn zunächst einmal wären die Sparkassen nach wie vor nicht gezwungen, überhaupt Stammkapital zu bilden und Anteile am Stammkapital für Dritte zugänglich zu machen. Lediglich müsste der Gesetzgeber im Sparkassengesetz den Zugang zum Stammkapital einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse kapitalverkehrsfreiheitskonform ausgestalten. Das zwingt ihn nicht, den Kreis möglicher Stammkapitaleigner auf private Finanzdienstleistungsinstitute zu erweitern, sondern der Gesetzgeber könnte ebenso gut die Bildung von Stammkapital gänzlich ausschließen oder die Beteiligung daran auf öffentlich-rechtliche Träger beschränken. Die bisweilen zu lesende Befürchtung, der Gesetzesentwurf stoße das Tor zur Privatisierung des Sparkassenwesens unumkehrbar auf, trifft mithin nicht zu.

## **C. Zum Gesetzentwurf im Einzelnen**

Im Einzelnen gibt der Gesetzentwurf Anlass zu den folgenden Anmerkungen, die jeweils den entsprechenden Paragraphen oder Absätzen zugeordnet werden sollen.

### **I. Die Bildung von Stammkapital (§ 4 Abs. 4 Sparkassengesetz-Entwurf)**

§ 4 Abs. 4 Sparkassengesetz-Entwurf erlaubt, in der Sparkassensatzung die Bildung von Stammkapital vorzusehen. Das Stammkapital der Sparkasse wird durch Einlagen und/oder die Umwandlung von Rücklagen gebildet. Die Bildung von Stammkapital ist notwendige Voraussetzung, um Dritte gleichsam an der Sparkasse zu beteiligen. Iso-

liert betrachtet stellt die Bildung von Stammkapital allein keine Drittbeteiligung dar, sondern es handelt sich bei der bloßen Umwandlung von Rücklagen in Stammkapital um eine Umorganisation innerhalb des Eigenkapitals.

Die Bildung von Stammkapital verstößt auch nicht gegen das Kreditwesengesetz; vielmehr dürfte das von öffentlich-rechtlichen Sparkassen gebildete Stammkapital zum Kernkapital der Sparkasse gehören. Zwar erwähnt § 10 Abs. 2a Satz 1 Nr. 4 KWG als Kernkapital öffentlich-rechtlicher Sparkassen nur ihre Rücklagen. § 10 Abs. 2a Satz 1 KWG dürfte jedoch bei sachgerechter Auslegung nicht entgegenstehen, auch bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen Stammkapital zu bilden und dies zum Kernkapital zu zählen. § 10 Abs. 2a Satz 1 KWG nennt nämlich bei näherer Betrachtung für die einzelnen Organisationsformen der Institute nur die hergebrachten typischen Formen des Eigenkapitals als Kernkapital. Folglich wird etwa in der Nummer 2 das eingezahlte Stammkapital zum Kernkapital einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH gerechnet. Eröffnet nun das Sparkassengesetz die Möglichkeit, dass öffentlich-rechtliche Sparkassen aus ihren Rücklagen heraus Stammkapital bilden, so spricht nichts dagegen, auch das so gebildete Stammkapital zum Kernkapital zu zählen. Das gilt umso mehr, als die in § 10 Abs. 2a Satz 1 KWG genannten Bilanzpositionen als Kernkapital „gelten“. § 10 Abs. 2a Satz 1 KWG enthält mithin eine Fiktion, keine Definition. Der Begriff des Kernkapitals wird folglich für die einzelnen Organisationsformen nicht abschließend beschrieben, sondern der Katalog ist durchaus Erweiterungen zugänglich, zumal um solche Kapitalformen, die für andere Gesellschaftsformen als Kernkapital anerkannt sind.

## **II. Beteiligung Dritter am Stammkapital (§ 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf)**

Das Kernstück der beabsichtigten Änderung des Sparkassengesetzes ist die in § 4 Abs. 5 des Entwurfes vorgesehene Möglichkeit, Dritte am gebildeten Stammkapital zu beteiligen. Diese Beteiligung darf maximal 25,1 % des Stammkapitals umfassen. Die Beteiligung am Stammkapital ist dabei von der Trägerschaft zu unterscheiden. Wer sich nur am Stammkapital beteiligt, wird nicht zum Träger der Sparkasse.

## **1. Zu den Merkmalen des § 4 Abs. 5 Satz 1 und 2 Sparkassengesetz-Entwurf**

Am Stammkapital einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse darf sich nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Sparkassengesetz-Entwurf nur ein beschränkter Kreis von Personen beteiligen: erstens öffentlich-rechtliche Sparkassen selbst, zweitens Gemeinden, Ämter, Kreise oder Zweckverbände – das sind die Sparkassenträger im Sinne des § 1 Abs. 1 Sparkassengesetz – und drittens die in § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf näher beschriebenen vergleichbaren Träger.

### **a) Vergleichbare Träger im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf**

Die vergleichbaren Träger müssen bestimmte Merkmale aufweisen, unter anderem müssen sie an einer Sparkasse im Sinne des § 40 Abs. 1 KWG mehrheitlich beteiligt und unter staatlicher Aufsicht auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben verpflichtet sein.

Besonderes Augenmerk ist auf die organisatorischen Anforderungen an die vergleichbaren Träger zu legen. Es muss sich um juristische Personen handeln, die keine privaten Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbaren Berechtigten haben. Die Begriffe des Eigentümers, des Mitglieds und des Berechtigten dürften weit zu verstehen sein. Darunter fallen zivilrechtliche Eigentümer, Mitglieder im engeren Sinne (wie bei Vereinen oder Genossenschaften) und Gesellschafter (persönlich haftende, beschränkt haftende oder Kapitalanteilseigner). Nicht zu den vergleichbaren Trägern gehören folglich Vereine, Genossenschaften, Personen- und Kapitalgesellschaften.

Als vergleichbare Träger kommen daher zum einen Sparkassenträger in Betracht, hinter denen nicht ein privater, sondern ein öffentlicher Berechtigter steht. Ein solcher Fall läge etwa vor, wenn ein Kommunalunternehmen – eine Anstalt des öffentlichen Rechts – Träger einer Sparkasse wäre.

### **b) Insbesondere: Die HASPA Finanzholding**

Der wichtigste in Betracht kommende vergleichbare Träger, der die Anforderungen des § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf erfüllt, ist die HASPA Finanzholding. Die HASPA Finanzholding wurde 1827 als „Hamburger Sparcasse“ gegründet. Seit

2003 ist sie Alleingesellschafterin der Hamburger Sparkasse AG, einer Sparkasse im Sinne des § 40 KWG. Sie ist nach ihrer Satzung auf die Erfüllung sparkassentypischer Aufgaben verpflichtet, und sie untersteht der Rechtsaufsicht des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg. Der Senat muss überdies Änderungen ihrer Satzung zustimmen, die den Gegenstand des Unternehmens sowie die Verpflichtung auf die Sparkassenspezifika betreffen. Damit kann sich die HASPA Finanzholding ohne die Zustimmung des Senats insbesondere nicht von ihrer Aufgabe lösen, Sparkassentätigkeit auszuüben. Der Zustimmungsvorbehalt des Senats erstreckt sich darüber hinaus auf Änderungen des Namens, des Sitzes, die Einrichtung oder Auflösung von Organen und die Verwendung des Unternehmensvermögens im Falle der Auflösung.

Die Rechtsnatur der HASPA Finanzholding lässt sich mit dem heutigen Numerus Clausus gesellschaftsrechtlicher und körperschaftlicher Organisationsformen nicht fassen. Hintergrund ist, dass zum Zeitpunkt ihrer Gründung eben dieser Numerus Clausus noch nicht herausgebildet war und namentlich in der Freien und Hansestadt Hamburg die so genannte Korporationsfreiheit galt. Das bedeutete, dass juristische Personen nicht an bestimmte Typen gebunden waren, sondern praktisch frei geschöpft werden konnten. Für die Hamburger Sparcasse wurde eine Konstruktion geschaffen, die die Sparkasse ohne Gesellschafter, Mitglieder, Eigentümer oder sonstige Träger schuf. Eine solche Rechtsform könnte heute angesichts ihrer Unvereinbarkeit mit den gesetzlich vorgeschriebenen Organisationsformen nicht mehr geschaffen werden, ist aber nach Art. 163 EGBGB weiterhin wirksam. Das Reichsgericht, das 1927 in einer Entscheidung unter anderem auch zur Rechtsnatur der Hamburger Sparcasse Stellung nehmen musste, bezeichnete die Hamburger Sparcasse folglich zutreffend als eine „juristische Person des alten Hamburger Rechts“, woraus sich die mittlerweile etablierte und auch vom Handelsregister der Freien und Hansestadt Hamburg für das seit 2003 als HASPA Finanzholding firmierende Unternehmen verwendete Bezeichnung „juristische Person alten hamburgischen Rechts“ entwickelte.

Wollte man die HASPA Finanzholding mit den Begriffen des Gesellschaftsrechts beschreiben, müsste man Vergleiche wie „Verein ohne Mitglieder“ oder „Stiftung ohne Stifter und Kapitalstock“ bemühen, die aber allenfalls deskriptiv Aufschluss geben und keineswegs normativ die Rechtsnatur der HASPA Finanzholding zu fassen vermögen. Die HASPA Finanzholding ist vielmehr ein juristischer Solitär, der nicht in der Träger-

schaft eines Dritten steht. Folglich hat sie auch keine privaten Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbaren Berechtigten. Zudem wacht die Freie und Hansestadt Hamburg über die Einhaltung der Satzung und damit über die Wahrung des Sparkassenauftrags, so dass sie die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf erfüllt.

## **2. § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz Entwurf vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit**

Es stellt sich insbesondere die Frage, wie die in § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf vorgesehene Regelung vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV zu bewerten ist. Art. 63 AEUV garantiert den freien Kapitalverkehr innerhalb der Europäischen Union und steht grundsätzlich nationalen Regelungen entgegen, die grenzüberschreitende Beteiligungen an Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten unterbinden. Betrachtet man § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf oberflächlich, könnte man annehmen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit eingeschränkt sei. Denn die Regelung gestattet nur einem beschränkten Personenkreis eine Beteiligung am Stammkapital öffentlich-rechtlicher Sparkassen. Insbesondere Privatbanken aus dem In- und Ausland erfüllen nämlich die Voraussetzungen eines vergleichbaren Trägers nicht und sind daher von einer Beteiligung am Sparkassen-Stammkapital ausgeschlossen.

§ 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf fällt allerdings gar nicht in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit und ist daher auch nicht an ihr zu messen, wenn die Beteiligung des genannten Personenkreises am Stammkapital einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse lediglich eine Umstrukturierung im öffentlichen Sektor darstellte. Nach Art. 345 AEUV lassen die Verträge über die Europäische Union nämlich „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“. Art. 345 AEUV normiert damit die Neutralität des Unionsrechts gegenüber der politisch motivierten Entscheidung der Mitgliedstaaten, Unternehmen zu privatisieren oder zu verstaatlichen oder im privaten oder im öffentlichen Sektor zu belassen,

Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 295 EGV Rn. 3.

Es kommt also darauf an, ob die in § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf genannten Personen dem öffentlichen oder dem privaten Sektor zuzurechnen sind. Gehören sie dem öffentlichen Sektor an, liegt eine Maßnahme vor, die den privaten Sektor nicht berührt. Sie ist dann auch nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen. Ein privates Bankinstitut kann dann nicht geltend machen, in seiner Kapitalverkehrsfreiheit verletzt zu sein.

Vorwegschicken lässt sich, dass die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsform für die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Sektor nicht entscheidend ist. Schon weil in den Rechtsordnungen einiger der EU-Mitgliedstaaten eine öffentlich-rechtliche Organisationsform nicht in einem hierzulande vergleichbaren Maße ausgeprägt ist, lässt sich insbesondere nicht aus der privatrechtlichen Rechtsform ein Privatrechtssubjekt automatisch dem privaten Sektor zuordnen. Entscheidend sind vielmehr materielle Kriterien.

**a) Öffentlich-rechtliche Sparkassen und ihre Träger als Elemente des öffentlichen Sektors**

Gleichwohl gehören öffentlich-rechtlich verfasste Rechtsträger in aller Regel dem öffentlichen Sektor an. Das gilt folglich auch für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen selbst und ihre in § 1 Abs. 1 Sparkassengesetz genannten Träger. Es handelt sich bei ihnen um öffentlich-rechtliche Körperschaften. Inzwischen hat auch die Europäische Kommission mitgeteilt, dass eine Beteiligung von öffentlich-rechtlichen Sparkassen und Sparkassenträgern an anderen öffentlich-rechtlichen Sparkassen lediglich eine Umstrukturierung im öffentlichen Sektor darstellt,

u.a. Schreiben des Kommissars McCreevy vom 07.08.2006 an den Hessischen Staatsminister für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung; eine vergleichbare Äußerung gibt es auch zum rheinland-pfälzischen Sparkassengesetz; beide Gesetze sehen vor, dass sich öffentlich-rechtliche Sparkassen und ihre (öffentlich-rechtlichen) Träger an anderen öffentlich-rechtlichen Sparkassen beteiligen können; „vergleichbare Träger“, wie § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf sie nennt, sind in Hessen und Rheinland-Pfalz nicht als sich am Stammkapital beteiligende Dritte vorge-

sehen (vgl. § 1 Abs. 4 Hessisches Sparkassengesetz, § 3 Abs. 4 Satz 1 Sparkassengesetz Rheinland-Pfalz).

**b) Zugehörigkeit der vergleichbaren Träger zum öffentlichen Sektor**

Kristallisationspunkt der europarechtlichen Problematik ist folglich die Beteiligung eines vergleichbaren Trägers am Stammkapital. Es stellt sich daher die Frage, ob ein in § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf beschriebener vergleichbarer Träger dem öffentlichen oder dem privaten Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV zuzurechnen ist. Auch insoweit dürfte ein vergleichbarer Träger in der Rechtsform einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts dem öffentlichen Sektor zuzuordnen sein. Näher zu untersuchen ist hingegen die Zuordnung eines privatrechtlich verfassten Sparkassenträgers zum öffentlichen Sektor, wengleich auch sie im Ergebnis zu bejahen sein wird.

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Europäische Kommission in einer Entscheidung auf dem Gebiet des Beihilfenrechts zwei Freie Sparkassen aus Schleswig-Holstein als privat einstufte (dazu unter aa)). Denn die Maßstäbe, nach denen öffentlich und privat voneinander abzugrenzen sind, sind im Beihilfenrecht andere als für die Frage, ob die Kapitalverkehrsfreiheit anzuwenden ist (dazu unter bb)). Jedenfalls die HASPA Finanzholding dürfte dem öffentlichen Sektor zuzurechnen sein (dazu cc)).

**aa) Die beihilfenrechtliche Entscheidung der Europäischen Kommission zu Freien Sparkassen**

Sparkassen in privater Trägerschaft und damit in der Trägerschaft „vergleichbarer Träger“ im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf werden gemeinhin als Freie Sparkassen bezeichnet. Derzeit gibt es in Deutschland noch sechs Freie Sparkassen, davon vier in Schleswig-Holstein (die Sparkasse zu Lübeck AG, die Sparkasse Mittelholstein AG, die Bordesholmer Sparkasse AG und die Spar- und Leihkasse zu Bredstedt AG); die anderen beiden sind Die Sparkasse Bremen AG und die im Alleineigentum der HASPA Finanzholding stehende Hamburger Sparkasse AG. Die Freien Sparkassen sind aus historischen Gründen – namentlich in den ehemaligen Freien Reichsstädten; in Schleswig-Holstein ist das Sparkassenwesen traditionell

jedenfalls auch von freien Trägern bestimmt – nicht als öffentlich-rechtliche Kreditinstitute organisiert, sondern in privatrechtlicher Rechtsform. Sie nehmen aber, wie § 40 Abs. 1 Nr. 2 und 3 KWG zeigen, die typischen Aufgaben einer Sparkasse wahr. Sie sind insbesondere am Gemeinwohl orientiert und beschränken ihre wesentliche Geschäftstätigkeit auf den Wirtschaftsraum, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat.

Trotz dieser Ausrichtung auf das Gemeinwohl hat die Europäische Kommission vor gut zwei Jahren in einer beihilfenrechtlichen Entscheidung zwei der vier schleswig-holsteinischen Freien Sparkassen, nämlich die Sparkasse zu Lübeck AG und die Sparkasse Mittelholstein AG, als dem privaten Sektor zugehörig eingestuft,

Europäische Kommission, Entscheidung über staatliche Beihilfen  
Nr. N 836/2006 vom 11.01.2008, K(2007)6911 endg.

In ihrer Entscheidung hatte die Kommission darüber zu befinden, ob die vom so genannten Mittelstandsfonds Schleswig-Holstein gewährten Bürgschaften staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 AEUV darstellten. Hinter dem Mittelstandsfonds stehen unter anderem die Sparkasse zu Lübeck AG und die Sparkasse Mittelholstein AG. Die Kommission qualifizierte die Sparkasse zu Lübeck AG und die Sparkasse Mittelholstein AG in diesem Zusammenhang als privat, da sie von ihrer Struktur her ohne staatlichen Einfluss operierten und von ihrem Verhalten her aus rein kommerziellen Gründen handelten,

Europäische Kommission, Entscheidung über staatliche Beihilfen  
Nr. N 836/2006 vom 11.01.2008, K(2007)6911 endg. Rn. 110 bis 113.

**bb) Unmaßgeblichkeit dieser Entscheidung für die Frage, ob die Kapitalverkehrsfreiheit anzuwenden ist**

Es wäre höchst voreilig, aus dieser Entscheidung zu folgern, Freie Sparkassen und ihre Träger und insbesondere die HASPA Finanzholding gehörten im Sinne des Art. 345 AEUV dem privaten Sektor an. Denn bei der Entscheidung der Europäischen Kommission handelte es sich, wie gesagt, um eine Entscheidung auf dem Gebiet des Beihilfenrechts (Art. 107 AEUV), aber nicht auf dem Gebiet der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten, wofür Art. 345 AEUV maßgeblich ist. Die Maßstäbe, nach denen sich

öffentlich und privat voneinander abgrenzen, sind für die beiden Regelungsbereiche unterschiedlich.

**(1) Abgrenzung öffentlich/privat nach Beihilfenrecht und Wettbewerbsrecht**

Für das Beihilfenrecht – das gleiche gilt im Wesentlichen für den Begriff des öffentlichen Unternehmens im Sinne des wettbewerbsrechtlichen Art. 106 AEUV – ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass eine Beihilfe dann staatlich ist, wenn die öffentliche Hand auf den die Beihilfe gewährenden Rechtsträger einen beherrschenden Einfluss ausübt und die Mittel dem Staat zuzurechnen sind,

EuGH, Urteil vom 21.03.1991 – Rs. C-305/89 –, Slg. 1991, I-1603 Rn. 13 f.; Urteil vom 16.05.2002 – Rs. C-482/99 –, Slg. 2002, I-4397 Rn. 51; von Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Art. 87 EGV Rn. 37 f.; Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 20.

Das führt so weit, dass auch dann ein staatlicher Einfluss angenommen wird, wenn der Staat allein oder mehrheitlich oder auch – in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – als Minderheitsgesellschafter faktisch einen bestimmenden Einfluss ausübt,

Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Art. 86 EGV Rn. 23; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EGV Rn. 18.

**(2) Abgrenzung öffentlich/privat nach Art. 345 AEUV**

Gerade hieran zeigt sich, dass sich die Abgrenzung nach dem Wettbewerbsrecht und nach dem Beihilfenrecht nicht auf Art. 345 AEUV und damit auf die Frage übertragen lässt, ob die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar ist: Während nämlich das Beihilfenrecht gemischtwirtschaftliche Unternehmen als öffentlich qualifiziert, sobald der Staat einen beherrschenden Einfluss auf sie ausübt, sind im Sinne des Art. 345 AEUV gemischtwirtschaftliche Unternehmen stets dem privaten Sektor zuzuordnen. So muss

es sich an der Kapitalverkehrsfreiheit messen lassen, wenn der Staat sich Sonderrechte und Einflussmöglichkeiten in einem Unternehmen vorbehält. Ebenfalls an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen ist der Fall, dass der Staat ein bisher in seinem Alleinbesitz befindliches und dem öffentlichen Sektor zuzuordnendes Unternehmen teilweise privatisiert, aber zu einem festgelegten Anteil in seinen Händen behalten möchte. Eine solche rein qualitative Aufteilung in einen öffentlichen und einen privaten Sektor ist nicht von der Bereichsausnahme nach Art. 345 AEUV umfasst, sondern verstößt nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs gegen die Kapitalverkehrsfreiheit,

EuGH, Urteil vom 04.06.2002 – Rs. C-367/98 –, Slg. 1002, I-4731 Rn. 48.

Die Begriffe des Öffentlichen und des Privaten sind also für beide Regelungsbereiche nicht deckungsgleich: Selbstverständlich gibt es Unternehmen, die nach beiden Rechtsregimen als öffentlich oder als privat einzustufen sind. Es gibt aber auch beihilfenrechtlich öffentliche Unternehmen, die nach Art. 345 AEUV dem privaten Sektor angehören, und umgekehrt beihilfenrechtlich private Unternehmen, die nach Art. 345 AEUV dem öffentlichen Sektor zuzuordnen sind.

Mithin kann es für die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor für die Frage der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit nicht darauf ankommen, ob der Staat auf das Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausübt. Dass die staatliche Beherrschung des Unternehmens auch nicht Mindestvoraussetzung ist, um ein Unternehmen als öffentlich einzustufen, zeigt eine Entscheidung in einem anderen Zusammenhang, wo der Gerichtshof den öffentlichen Sektor der Formel beschrieb, er umfasse

„Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder seiner Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die sich aus den für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften ergeben, wozu Gebietskörperschaften oder Einrichtungen gehören, denen unabhängig von ihrer Rechtsform durch Hoheitsakt die Erbringung einer Dienstleistung im öffentlichen Interesse unter der Aufsicht des Staates übertragen worden ist“,

EuGH, Urteil vom 07.09.2006 – Rs. C-180/04 –, Slg. 2006, I-7251 Rn. 26.

Der Europäische Gerichtshof deutet mithin an, dass vor allem das Erbringen einer Dienstleistung im öffentlichen Interesse und nicht aus eigennützig-wirtschaftlichen Motiven im Vordergrund stehen muss. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer zu Art. 345 EGV, der betonte, der Begriff der Eigentumsordnung im Sinne dieser Vorschrift sei vor allem wirtschaftlich zu verstehen: Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen könne nicht auf die Zusammensetzung des Aktienbesitzes gegründet werden, sondern sei von der Möglichkeit des Staates abhängig, bestimmte wirtschaftspolitische Ziele zu setzen, die sich von dem eine private Tätigkeit kennzeichnenden Streben nach maximalem Gewinn unterscheiden,

Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 03.06.2001  
– Rs. C-367/98 u.a. –, EuGH Slg. 2002, I-4731 Rn. 55.

Entscheidend ist also die wirtschaftliche Ausrichtung. Dem öffentlichen Sektor zuzuordnen ist mithin ein Unternehmen, das nicht nach der Maximierung eigenen Gewinns strebt, sondern auf das Gemeinwohl ausgerichtete Tätigkeiten durchführt, und dabei von der öffentlichen Hand gleichsam für die Erledigung dieser Aufgabe eingesetzt wird.

**cc) Anwendung dieser Maßstäbe auf die privatrechtlich verfassten vergleichbaren Träger im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf**

Wendet man diese Maßstäbe an, so gehören auch die privatrechtlich verfassten vergleichbaren Träger im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 2 Sparkassengesetz-Entwurf, insbesondere die HASPA Finanzholding, dem öffentlichen Sektor an.

Ihre Aufgabe, die Wahrnehmung sparkassentypischer Aufgaben, ist auf das Gemeinwohl ausgerichtet, nicht auf die Maximierung eigener Gewinne. Namentlich für die HASPA Finanzholding kommt hinzu, dass sie ihre Aufgaben unter der Rechtsaufsicht des Staates wahrnimmt und sich von ihrem Auftrag, Sparkassenaufgaben wahrzunehmen, ohne die Mitwirkung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg nicht lösen kann. Seine Entscheidung, einer Änderung des Unternehmensgegenstands der

HASPA Finanzholding zuzustimmen, fällt der Senat nach Zweckmäßigkeitserwägungen; er ist insoweit nicht auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle zurückgeworfen. Nimmt man zudem die Gründungsgeschichte der Hamburger Sparcasse in den Blick, zeigt sich auch, dass die HASPA Finanzholding anstelle der Freien und Hansestadt Hamburg im Sparkassenwesen tätig wird: Denn es war das heutzutage als „halböffentlich“,

Lindemann, Patriots and Paupers. Hamburg 1712 bis 1830, 1990, S. 122,

zu qualifizierende große Armenkollegium, eine Einrichtung im damaligen Übergang von ausschließlich privater Fürsorge zu wachsender staatlicher Sozialtätigkeit, die auf Anregung gemeinwohlorientierter Bürger 1827 die Gründungssatzung der Hamburger Sparcasse beschloss.

### **3. Ergebnis**

Nach alledem enthält § 4 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf eine Regelung, die allein eine Umstrukturierung innerhalb des öffentlichen Sektors betrifft, den privaten Sektor jedoch nicht berührt, so dass die Kapitalverkehrsfreiheit nicht betroffen ist. Insbesondere könnte sich demnach die HASPA Finanzholding am Stammkapital einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse in Schleswig-Holstein beteiligen, ohne dass die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt wäre.

Sollten gleichwohl die Europäische Kommission oder insbesondere der Europäische Gerichtshof zu einer anderen Einschätzung gelangen, sei nochmals darauf hingewiesen, dass private Kreditinstitute dennoch keinen Anspruch auf eine Beteiligung an einer Sparkasse hätten, sondern dass zunächst einmal der Gesetzgeber gehalten wäre, eine mit den Grundfreiheiten vereinbare Regelung zu treffen, zum Beispiel indem er zum derzeitigen Rechtszustand zurückkehrt und eine Beteiligung Dritter am Stammkapital einer Sparkasse ausschließt.

### **III. Folgen bei Fortfall der Eigenschaft als vergleichbarer Träger (§ 4 Abs. 5 Satz 3 Sparkassengesetz-Entwurf)**

Sachgerechterweise lässt § 4 Abs. 5 Satz 3 Sparkassengesetz-Entwurf die Berechtigung zum Erwerb oder auch zum Halten von Stammkapitalanteilen entfallen, wenn der Dritte nicht mehr die Voraussetzungen nach den Sätzen 1 und 2 erfüllt. Damit wird vermieden, dass gleichsam durch die Hintertür die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt wird, indem ein Nun-nicht-mehr-Berechtigter, der womöglich dem privaten Sektor zuzurechnen ist, Stammkapitalanteile hält.

Der Gesetzentwurf lässt indes offen, wie die Auseinandersetzung vonstattengehen soll. Hier sind ergänzende Regelungen erforderlich. Es erscheint sinnvoll, der Sparkassenaufsicht gegebenenfalls die nötigen Befugnisse einzuräumen, um den gesetzlich gewollten Zustand herzustellen. Nicht ausreichend sein dürfte hierfür § 38 Abs. 2 Sparkassengesetz-Entwurf, welcher den am Stammkapital Beteiligten der Rechtsaufsicht des Landes unterstellen möchte. Da eine etwaige Einziehung des Stammkapitalanteils oder auch eine Umwandlung in eine stille Beteiligung möglicherweise – insbesondere bei privatrechtlich verfassten Trägern – Grundrechtsrelevanz haben, dürfte hierfür eine spezielle Rechtsgrundlage erforderlich sein.

### **IV. Verwaltungsrat (§§ 7 und 9 Sparkassengesetz-Entwurf)**

Bei Sparkassen, an deren Stammkapital neben dem Träger weitere Beteiligte bestehen, gehört dem Verwaltungsrat nach § 7 Abs. 3 Sparkassengesetz-Entwurf mindestens ein Vertreter des weiteren Beteiligten an. Im Grundsatz ist hingegen nichts einzuwenden. Die Mitverwaltung im Verwaltungsrat ist ein Spiegel der Beteiligung am Stammkapital.

Der bisherige Gesetzentwurf gewährleistet jedoch nicht, dass die personell mittelbar demokratisch legitimierten Vertreter des Trägers auch künftig die Mehrheit im Verwaltungsrat stellen. Es wäre möglich, dass etwa in einem neunköpfigen Verwaltungsrat der Träger, der weitere Beteiligte und die Mitarbeiter jeweils drei Mitglieder stellen. Selbst in einem zwölfköpfigen Verwaltungsrat hätte der Träger zwar grundsätzlich die meisten Mitglieder, jedoch könnten die Mitarbeiter (vier) und die weiteren Beteiligten (drei) ihn überstimmen.

Aus Gründen der demokratischen Legitimation erscheint eine solche Mehrheit der vom Träger bestellten Verwaltungsratsmitglieder jedoch nicht zwingend erforderlich. Denn zum einen steht der fehlenden personellen Legitimation – die ja auch bei den von den Mitarbeitern gewählten Mitgliedern zu beobachten ist – eine sachlich-inhaltliche Legitimation gegenüber. Das Sparkassengesetz legt den Aufgabenkreis des Verwaltungsrats fest und bestimmt zugleich den Zweck der Verwaltungsratsstätigkeit, nämlich die Mitwirkung an der Erfüllung der ebenfalls gesetzlich geregelten Sparkassenaufgaben. Damit ist die Tätigkeit des Verwaltungsrats gesetzlich bestimmt und damit sachlich-inhaltlich durch den Landesgesetzgeber definiert und legitimiert. Zum anderen erweitert der vorliegende Sparkassengesetz-Entwurf den Katalog derjenigen Verwaltungsrats-Entscheidungen, denen die Vertretung des Trägers zustimmen muss. Dazu gehören die wesentlichen Entscheidungen, die einer besonderen personellen Legitimation bedürfen, da sie sachlich-inhaltlich vom Gesetz nicht vorgegeben werden können, insbesondere die Wahl des Vorstands und die Genehmigung der Richtlinien der Geschäftspolitik sowie die Genehmigung der Verwendung von Überschüssen.

§ 9 Abs. 3 Sparkassengesetz-Entwurf regelt die Entsendung von Verwaltungsratsmitgliedern durch neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten, insbesondere für den Fall, dass es bei einer Sparkasse mehrere solcher Beteiligter gibt. Grundsätzlich erscheint diese Regelung sachgerecht, jedenfalls als gesetzliche Auffangregelung. Da möglicherweise mehrere Beteiligte Anteile am Stammkapital der Sparkasse erwerben, ist es nicht gewährleistet, dass die Beteiligten in der Frage einig sind, wie sie die ihnen zustehenden Sitze im Verwaltungsrat besetzen sollen. Allerdings sollte die „Beteiligtenversammlung“ nur dann greifen, wenn die Satzung der Sparkasse keine andere Regelung trifft. Denkbar wäre es, in § 9 Abs. 3 Satz 2 wie folgt zu formulieren:

„Im Fall mehrerer neben dem Träger am Stammkapital Beteiligter werden deren Vertreter, soweit die Satzung der Sparkasse nichts anderes bestimmt, in einer Beteiligtenversammlung gewählt.“

Während der Sparkassenträger nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Sparkassengesetz in Verbindung mit § 7 Abs. 2 Satz 1 Sparkassengesetz ausdrücklich „sachkundige“ Mitglieder entsenden muss, ist eine solche Einschränkung für den weiteren am Stammkapital Beteiligten nicht vorgesehen. Denn § 7 Abs. 3 Sparkassengesetz-Entwurf besagt,

dass die Zahl der vom weiteren Beteiligten entsendeten Vertreter die Zahl der weiteren sachkundigen Mitgliedern nach § 9 Abs. 1 Sparkassengesetz verringert. Allerdings müssen die Verwaltungsratsmitglieder einer Sparkasse seit einer Änderung des Kreditwesengesetzes im Jahr 2009 nach § 36 Abs. 3 Satz 1 KWG ohnehin die erforderliche Sachkunde besitzen, was durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht überwacht wird. Eine besondere sparkassengesetzliche Regelung ist daher nicht erforderlich.

#### **V. Rechtsaufsicht über den am Stammkapital Beteiligten (§ 38 Abs. 2 Sparkassengesetz-Entwurf)**

§ 38 Abs. 2 Sparkassengesetz-Entwurf möchte die am Stammkapital Beteiligten „insoweit der Rechtsaufsicht des Landes [unterstellen], als deren Beteiligung an einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse betroffen ist“. Diese Regelung erscheint sachlich nicht erforderlich. Der am Stammkapital Beteiligte fällt im Grunde keine eigenen Entscheidungen, die das Wirken der Sparkasse betreffen. Zwar bereitet auch der am Stammkapital Beteiligte Entscheidungen vor, die Entscheidungen werden aber, damit sie für die Sparkasse wirksam sind, stets im Verwaltungsrat und damit unmittelbar in einem Sparkassenorgan getroffen. Die Sparkasse untersteht hingegen selbst der Rechtsaufsicht.

Der einzige Fall, bei dem eine unmittelbare Entscheidung des Beteiligten nicht durch eine Entscheidung von Sparkassenorganen mediatisiert wird, ist die Entsendung der Verwaltungsratsmitglieder. Hier muss gewährleistet sein, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates nicht entgegen den Bestimmungen des § 9 Abs. 3 Sparkassengesetz (zukünftig § 9 Abs. 4 Sparkassengesetz-Entwurf) bestellt werden. Das ist allerdings durch § 9 Abs. 4 Sparkassengesetz (künftig § 9 Abs. 5 Sparkassengesetz-Entwurf) sichergestellt, da diese Regelung sowohl für Verwaltungsratsmitglieder gilt, die vom Sparkassenträger gewählt worden sind, als auch für die vom anderen am Stammkapital Beteiligten Entsandten.

Sofern sich andere öffentlich-rechtliche Sparkassen oder öffentlich-rechtliche Sparkassenträger aus anderen Bundesländern am Stammkapital einer Sparkasse beteiligen, unterliegt § 38 Abs. 2 Sparkassengesetz-Entwurf zudem Zweifeln an der Ge-

setzungszuständigkeit des Landes, da es öffentlich-rechtliche Rechtsträger einseitig seiner Rechtsaufsicht unterstellte. Hinsichtlich privatrechtlich verfasster Träger wie zum Beispiel der HASPA Finanzholding dürften sich insoweit allerdings keine Probleme ergeben.

Für eine ergänzende Erörterung in der mündlichen Anhörung stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwälte Weißleder & Ewer  
durch:



Prof. Dr. Wolfgang Ewer  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht