



Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Frau
Dörte Schönfelder
Ausschussgeschäftsführerin
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Telefon: 0431 880-5378
Telefax: 0431 880-5374
Durchwahl: 0431-880-1504
E-Mail: f.becker@law.uni-kiel.de
Homepage: www.becker.jura.uni-kiel.de

Kiel, 21.04.2010

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/731**

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes (Drucksache 17/250)

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

haben Sie verbindlichen Dank für Ihr Schreiben vom 17. März 2010, in dem Sie mir die Möglichkeit eröffnen, im Rahmen der von Ihnen beschlossenen schriftlichen Anhörung eine Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes abzugeben. Ich mache von dieser Möglichkeit gerne Gebrauch.

Überblick

I. Einleitung und Sachverhalt	2
II. Die Einschränkungen des § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf und Europarecht	3
1 . Die Kapitalverkehrsfreiheit.....	4
a) Schutzbereich und Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit.....	4
b) Rechtfertigung einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit	5
c) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung	6
aa) Orientierung am Einzelfall - Vorhersehbarkeit	6
bb) Die HASPA als „vergleichbarer Träger“	8

(1.) Rechtliche Einordnung der HASPA	8
(2.) Zur Differenzierung zwischen dem „Staatlichen“ und dem „Öffentlichen“	10
2. Zwischenergebnis	11
3. Die Niederlassungsfreiheit.....	11
III. Der Einfluß von Art. 345 AEUV.....	12
1. Regelungsgegenstand und Bedeutungsgehalt von Art. 345 AEUV	14
2. Der Begriff der Eigentumsordnung	15
3. Die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Mitgliedsstaaten und Union.....	15
4. § 4 Abs. 5 Schl.-H. SpkG-Entwurf als eine Teilprivatisierung im Sinne von Art. 345 AUEV	16
IV. Zusammenfassung und Ausblick auf mögliche Konsequenzen	18

I. Einleitung und Sachverhalt

Nach § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf können bis zu 25,1 % des Stammkapitals von „anderen öffentlich-rechtlichen Sparkassen, deren Träger i.S.d. § 1 Abs. 1 oder von vergleichbaren Trägern i.S.d. Satzes 2 gehalten werden. Vergleichbare Träger sind juristische Personen ohne private Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte, die an einer Sparkasse i.S.d. § 40 Abs. 1 KWG ... mehrheitlich beteiligt sind, unter staatlicher Aufsicht auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben sowie darauf verpflichtet sind, etwaige Ausschüttungen und Liquidationserlöse gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuführen“. Auf der einen Seite ermächtigt diese Vorschrift zu Übertragung von Stammkapitalanteilen an Dritte. Auf der anderen Seite wird diese Ermächtigung in gleich zweifacher Weise wieder eingeschränkt. Dies geschieht zum einen hinsichtlich des Umfangs des zu übertragenden Anteils; zum andern hinsichtlich des Kreises möglicher Übernehmer dieses Anteils.

Ich werde mich der Anfrage entsprechend auf eine Stellungnahme hinsichtlich der unionsrechtlichen Fragestellungen beschränken. Ich möchte aber doch auch darauf hinweisen, daß meines Erachtens erhebliche *verfassungsrechtliche* Bedenken gegen die geplante Etablierung einer landesrechtlichen Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts bestehen. Der schleswig-holsteinische Gesetzgeber würde mit diesem Gesetz in unzulässiger Weise in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Gesellschaftsrecht übergreifen, indem er eine nur noch dem Namen nach öffentlich-rechtliche juristische Person schafft, in der aufgabenfremde Rechtsträger als Kapitalinhaber an einer Aufgabenerfüllung der Anstalt

teilhaben können.¹ Auch aus der Sicht des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der eigenständigen Aufgabenwahrnehmung sind insoweit erhebliche Bedenken vorzubringen, zumindest soweit sich landesfremde öffentlich-rechtliche Sparkassen an schleswig-holsteinischen Instituten beteiligen können sollen.² Daß parallele Regelungen in den Sparkassengesetzen anderer Bundesländer (Hessen, Rheinland-Pfalz) bislang nicht verfassungsgerichtlich beanstandet wurden, ist allein politischen und prozessualen Umständen geschuldet.

Neben diesen verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten erscheint es mehr als ungewiß, ob es dem schleswig-holsteinischen Gesetzgeber mit dieser Regelung vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Vorgaben tatsächlich gelingt, die gewünschte Beschränkung des Käuferkreises auf die Hamburger Sparkasse AG (Haspa) zu erreichen. Da diese Frage den Kern der politischen Auseinandersetzung bildet, soll allein ihr im Folgenden nachgegangen werden.

II. Die Einschränkungen des § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf und Europarecht

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, daß die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union prinzipiell nicht durch oder aufgrund von Vorschriften des Unionsrechts gezwungen werden können, staatliche oder kommunale Unternehmen zu privatisieren bzw. marktfähig zu machen (vgl. Art. 345 AEUV).³ Nach dieser Vorschrift lassen die „Verträge ... die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“

Allerdings ist die in den Mitgliedsstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrages nicht entzogen,⁴ so daß eigentumsrechtliche Regelungen nicht nur dem (hier nicht relevanten) Grundsatz der Nichtdiskriminierung, sondern auch allen anderen Grundprinzipien des AEUV genügen müssen.⁵ Wenn sich der Gesetzgeber also für eine grundsätzliche Übertragbarkeit von Anteilen eines bestimmten Unternehmens entscheidet, dann hat sich die Entscheidung auch prinzipiell an den unionsrechtlichen Grundfreiheiten messen zu lassen.

¹ Hierzu für die ähnlich organisierten Landesbanken: *Becker*, Die Vernetzung der Landesbanken, 1998, S. 254 ff.

² S.a. hierzu erneut im Kontext der länderübergreifenden Beteiligungen von Landesbanken *Becker* (o. Fn. 1), S. 309 ff. Die dort entwickelte strikte Interpretation der Kompetenzordnung und des ihr innewohnenden Grundsatzes eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung finden Bestätigung in der Entscheidung BVerfG, 2 BvR 2433/04 vom 20. Dezember 2007 (NVwZ 2008, 183).

³ *Callies*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 16.4, S. 598 f.

⁴ Anders noch GA Ruíz-Jarabo Colomer, Schlußanträge zu EuGH, Verb. Rs. C-367/98, C-483/99 u. C. 503/99, Slg. 2002, I-4731, Rn. 40 ff. und zu EuGH, RS. C-463/00 und C-98/01, Slg. 2003, I-4581, Rn. 37, 54 ff.

⁵ Vgl. EuGH, Rs. [C-302/97](#), Slg. 1999 I-3099, Rn. 38 (Konle); zu einer Beschränkung im Bereich des Unternehmenskaufs: EuGH, Rs. [C-483/99](#), Slg. 2002 I-4781, Rn. 41.

Um indes die Relevanz dieser Fragestellung deutlich zu machen, soll zunächst dargelegt werden, welche Folge die Anwendung unionsrechtlicher Grundfreiheiten auf den vorliegenden Sachverhalt hätte. Es ist mithin zunächst unabhängig von der Anwendbarkeit von Art. 345 AEUV zu überprüfen, ob die in § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf enthaltenen Begrenzungen vor der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit Bestand haben könnten bzw. welche Auswirkung deren Anwendung auf die geplanten Regelungen des Gesetzgebers hätten.

1 . Die Kapitalverkehrsfreiheit

a) Schutzbereich und Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit

Nach Art. 63 Abs. 1 AEUV sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedsstaaten sowie zwischen den Mitgliedsstaaten und dritten Ländern verboten. Die Kapitalverkehrsfreiheit gewährt damit die einseitige Wertübertragung zwischen den Mitgliedsstaaten. Typischerweise handelt es sich bei dem hier geschützten Kapitalverkehr um den Erwerb bzw. die Übertragung von Gesellschaftsanteilen. Das Verbot erfasst nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nicht nur diskriminierende Regelungen, die den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr offen oder versteckt stärker einengen als den innerstaatlichen. Es erstreckt sich auch auf Maßnahmen, die unterschiedslos für grenzüberschreitende wie innerstaatliche Kapitalbewegungen gelten und diese in dem gleichen Maß einschränken.⁶

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind daher solche nationale Regelungen als Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit anzusehen, die geeignet sind, den Erwerb von Aktien der betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren anderer Mitgliedsstaaten davon abzuschrecken, in das entsprechende Unternehmen zu investieren, weil eine vollständige oder auch nur mehrheitliche Übernahme aufgrund der gesetzlichen Beschränkung nicht möglich ist.⁷

Der Gesetzentwurf nimmt eine zweifache Beschränkung des Kapitalverkehrs vor. Zum einen wird der Kreis möglicher Erwerber von Stammkapitalanteilen schleswig-holsteinischer Sparkassen abstrakt-generell auf kommunale Sparkassen und vergleichbare Institute beschränkt. Ein weiterer Eingriff in den freien Kapitalverkehr liegt in der Begrenzung der Übernahmemöglichkeit auf 25,1 % des Stammkapitals.

⁶ Zur Geltung dieser sogenannten Dassonville-Formel (EuGH, [Rs. 8-74](#), Slg. 1974, 837, Rn. 5) im Recht der Kapitalverkehrsfreiheit: *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 130 f.

⁷ Siehe z.B. die Volkswagen-Entscheidung, EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007 I-8995, Rn. 19, 55.

Soweit die Bezugnahme von § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf auf § 40 KWG allerdings dazu führt, daß nur deutsche Unternehmen als Übernehmer entsprechender Anteile an dem Stammkapital in Frage kommen, liegt hier bereits ein Fall jedenfalls indirekter Diskriminierung vor, der unionsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Solche Diskriminierungen können nämlich nicht durch zwingende Interessen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, sondern auf der Grundlage der in Art. 65 AEUV niedergelegten ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe. Hier ist allerdings keiner der dort aufgeführten Rechtfertigungsgründe anwendbar.

b) Rechtfertigung einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit

Beschränkungen von Grundfreiheiten sind prinzipiell einer Rechtfertigung zugänglich. Von den in Art. 65 AEUV angeführten ausdrücklichen Rechtfertigungsgründen kommt indessen für die vorliegenden Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit keiner in Betracht. Allerdings ist eine Rechtfertigung durch ungeschriebene sogenannte „zwingende Erfordernisse“ möglich, soweit die Beschränkung – wie hier – weder direkt noch indirekt diskriminierende Wirkung aufweist.⁸

Dies setzt allerdings voraus, daß der die Kapitalverkehrsfreiheit beschränkende Gesetzgeber einen rechtfertigenden Grund für die Beschränkung vorbringen kann. Es ist insoweit als Ausgangspunkt unionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Staat sich besondere Kontrollrechte in privatisierten Schlüsselindustrien vorbehält. Dementsprechend hat der EuGH etwa im Hinblick auf privatisierte ehemalige Staatsunternehmen anerkannt, daß Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit im Hinblick auf den Erwerb solcher Unternehmen (bzw. Anteile an ihnen) zumindest grundsätzlich gerechtfertigt werden können.⁹ Typischerweise handelt es sich hier um Unternehmen der Energieversorgungs- oder der Telekommunikationswirtschaft bzw. anderer Netzwerkindustrien. Auch die Kreditwirtschaft ist hiervon zumindest bislang nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden.¹⁰

Eine Berufung auf wirtschaftliche bzw. finanzielle Gründe zur Rechtfertigung der Beschränkung ist indes hierbei grundsätzlich ebensowenig hinreichend wie der Versuch, heimische Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu stärken.¹¹

⁸ So für die Kapitalverkehrsfreiheit ausdrücklich z.B. EuGH, Rs. C-98/01, Slg. 2003 I-4641, Rn. 44 ff. (BAA).

⁹ [EuGH, Rs. C-503/99](#), Slg. 2002, I-04809; Rs. [C-483/99](#), Slg. I 2002, 4781; Rs. [C-367/98](#), Slg. I 2002, 4731.

¹⁰ EuGH, Rs. C-367/98, Slg. I 2002, 4731.

¹¹ EuGH, Rs. 7/61, Slg. 1961, 635, 720; C-398/95, Slg. 1997 I-3091, Rn. 23; C-367/98, Slg. 2002 I-4731, Rn. 52.

Es müssen vielmehr darüber hinausgehende Aspekte etwa der Versorgungssicherheit oder der Struktursicherung in dem fraglichen Wirtschaftszweig geltend gemacht werden.¹² Unter diesen Vorzeichen „sind die Bedenken nicht von der Hand zu weisen, die es je nach den Umständen rechtfertigen können, dass die Mitgliedsstaaten einen gewissen Einfluss auf ursprünglich öffentliche und später privatisierte Unternehmen behalten, wenn diese Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder von strategischer Bedeutung erbringen“.¹³

Die Sparkassenorganisation ist angesichts des von ihr wahrgenommenen öffentlichen Auftrags dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen, an dem der Mitgliedsstaat ein besonderes Erfüllungsinteresse hat. Die Bedeutung der Daseinsvorsorge und die besondere Verantwortung, die Mitgliedsstaaten und Union für ihre Gewährleistung obliegt, ist primärrechtlich in Art. 14 AEUV unterstrichen. Soweit der Staat also nicht allein ein finanzielles oder wirtschaftliches Interesse an der Erbringung von Bankdienstleistungen, sondern mit ihnen auch ein darüber hinausgehendes Versorgungs- bzw. Strukturinteresse nachweisen kann, kommen Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit wie etwa die Beschränkung des Verkaufs von Kreditinstituten durchaus in Betracht.

c) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung

Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit müssen in verhältnismäßiger Art und Weise erfolgen. Die Skepsis der europäischen Institutionen gegenüber der deutschen Sparkassenorganisation wird insoweit in jedem Fall dazu führen, daß die bisherigen hohen Anforderungen, die Kommission und Rechtsprechung an die Verhältnismäßigkeit einer solchen Beschränkungsregelung stellen und die bislang zu einer sehr strengen Beurteilung ähnlicher Vorschriften geführt haben, wohl kaum gelockert werden.

aa) Orientierung am Einzelfall - Vorhersehbarkeit

Ein wichtiger Aspekt der Verhältnismäßigkeit ist, daß die Beschränkungen auf das für die Erfüllung des öffentlichen Zwecks erforderliche Mindestmaß begrenzt sind und die Eingriffe für potentielle Investoren vorhersehbar sind.¹⁴ Dies setzt voraus, daß die Beschränkungen bzw. die Rechtsgrundlagen, die zu einer solchen Beschränkung ermächtigen (etwa durch die Verweigerung einer für den Verkauf von Kapitalanteilen erforderlichen Genehmigung) objektiv, klar und transparent sind. Aus dem die Beschränkung anordnenden Gesetz muß

¹² EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731, Rn. 52.

¹³ EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003 I-4581, Rn. 66.

¹⁴ Siehe nur EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002 I-4781, Rn. 46 m.w.N.

hervorgehen, zu welchem Zweck die Beschränkung erfolgt und wie dieser Zweck durch die Beschränkung realisiert wird.

Das Anliegen, eine strikte institutionelle Trennung zwischen den verschiedenen Säulen des deutschen Bankensystems (Privatbanken, genossenschaftliche Institute, Institute der Sparkassenorganisation) aufrecht zu erhalten, könnte insoweit wegen der besonderen Struktur und Aufgabenorientierung der Sparkassen, die sich mit den Geschäftsmodellen der anderen Institute, insbesondere der der Privatwirtschaft, nicht verträgt, durchaus zulässig sein.

Allerdings bedarf es in dieser Hinsicht insbesondere in der Gesetzesbegründung einer ausführlicheren Darlegung, inwieweit die Beschränkung des Erwerberkreises dem fraglichen öffentlichen Zweck, der auch klarer identifiziert werden sollte, dient.

Angesichts der bisherigen EuGH-Rechtsprechung in dieser Frage ist zudem problematisch, ob die Festlegung einer starren prozentualen Grenze des für Dritte verfügbaren Stammkapitals eine verhältnismäßige Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellt. Der EuGH legt besonderen Wert auf die Beurteilung eines jeden Einzelfalls der Kapitalbeschränkung.¹⁵ Dies macht es erforderlich, daß jeweils geprüft werden muß, ob ein Unternehmen, das an der Übernahme von Stammkapital einer Sparkasse interessiert ist, im Sinne des der Sparkasse obliegenden öffentlichen Auftrags handelt und damit den abstrakt-generellen Umschreibungen des Gesetzes genügt. Daher muß es im Umkehrschluß auch möglich sein, daß Unternehmen, die nicht den in § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf formulierten formalen Kriterien entsprechen, im Einzelfall darlegen, daß ihre Geschäftspolitik (gegebenenfalls auch die einer Tochtergesellschaft) den Zweck des Sparkassenwesens zu fördern imstande ist. Eine strikte Beschränkung auf einer rein institutionellen Grundlage („nur kommunale Institute“ oder „nur Mitglieder der Sparkassenfinanzgruppe“) verstieße dementsprechend gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Analoges gilt für die Beschränkung des zu übernehmenden Stammkapitalanteils. Auch hier sind starre Regelungen unionsrechtlich fragwürdig, wenn es einem Unternehmer gelingen sollte darzulegen, daß auch die Übernahme eines größeren Kapitalanteils die Aufgabenorientierung der übernommenen Sparkasse nicht unterminiert. Ein schwächerer Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit läge vor, wenn das Gesetz keine Beschränkung des Übertragungsumfangs vorsähe und lediglich dem zuständigen Vertreter staatlicher Interessen (hier also dem Innenminister) die Möglichkeit einräumte, gegen bestimmte Übernehmer bzw. eine bestimmte Höhe der Übernahme unter der Angabe von im Gesetz vorgesehenen Gründen zu intervenieren. Diese Entscheidung des Innenministers müßte des weiteren justitiabel sein.

¹⁵ Siehe nur EuGII, Rs. C-483/99, Slg. 2002 I-4781, Rn. 46 ff.

Wenn diese Vorgaben in der Gesetzesregelung umgesetzt werden, kommt unter diesem Gesichtspunkt ein Verstoß gegen Art. 65 AEUV nicht in Betracht. Allerdings beschwört der Gesetzgeber damit zugleich die Gefahr, daß die in dem Gesetz vorgesehenen personellen und sachlichen Grenzen der Übertragung von Stammkapitalanteilen nicht gehalten werden können, da es im Einzelfall schwierig sein könnte zu begründen, warum ein bestimmter potentieller Käufer die Auftragsorientierung der Sparkasse gefährdet oder warum diese Auftragsorientierung gefährdet ist, wenn eine andere kommunale Sparkasse mehr als die bislang vorgesehenen 25,1% Stammkapital zu übernehmen sucht. Hier gilt es zu bedenken, daß der Grundversorgungsauftrag der Sparkassen nach Auffassung der EU-Kommission weder zwingend an eine bestimmte Rechtsform noch an eine bestimmte Eigentümerschaft gebunden ist.¹⁶

bb) Die HASPA als „vergleichbarer Träger“

(1.) Rechtliche Einordnung der HASPA

Die zentrale Schwierigkeit im Hinblick auf die Rechtfertigung der in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit liegt in der über die kommunalen Sparkassen hinaus erweiterten Kreises möglicher Übernehmer von Stammkapitalanteilen.

Wie hinlänglich bekannt ist, soll die Legaldefinition des „vergleichbaren Trägers“ (vgl. § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf) nach der Intention des schleswig-holsteinischen Gesetzgebers insbesondere die Hamburger Sparkassen AG (Haspa) bzw. die HASPA Finanzholding erfassen. Dementsprechend ermöglicht der Gesetzgeber eine den Kreis kommunaler, durch staatliches Gesetz auf einen öffentlichen Versorgungsauftrag verpflichteter, öffentlich-rechtlich strukturierter Institute sprengende Übernahme.

Bei der Haspa AG handelte es sich zu keinem Zeitpunkt um eine kommunale Sparkasse in Anstaltsform, sondern um eine „juristische Person des alten Hamburger Rechts“.¹⁷ Diese Klassifizierung geht auf die zur Zeit der Sparkassengründung in Hamburg herrschende Korporationsfreiheit zurück.¹⁸ Es handelt sich um eine rechtsfähige Stiftung eigener Art, auf die gemäß Art. 163 EGBGB wesentliche Vorschriften des BGB über Stiftungen Anwendung finden. Ihr wurde durch den Hamburgischen Senat die Eignung zur Anlegung von Mündelgeld zugesprochen, was nach § 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB nur bei öffentlichen

¹⁶ So etwa die Stellungnahme der Kommission hinsichtlich der nach § 40 KWG beschränkten Verwendbarkeit der Firma „Sparkasse“; referiert nach Henneke, *Der Landkreis* 2006, S. 790 ff. (797).

¹⁷ Präambel [Satzung der Hamburger Sparkasse](http://www.haspa.de/contentblob/Haspa/_mctanav/Impressum/Satzung.pdf) AG (http://www.haspa.de/contentblob/Haspa/_mctanav/Impressum/Satzung.pdf).

¹⁸ *Stolzenburg*, zitiert nach Ipsen, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1985, S. 369.

Sparkassen geschehen kann. Im Jahre 2003 wurde der Bankbetrieb der Haspa in eine Aktiengesellschaft überführt und die Gesellschaft alten hamburgischen Rechts in „HASPA Finanzholding“ umfirmiert, ohne daß damit ein Wechsel der Rechtsform einhergegangen wäre. Die Haspa Finanzholding hält 100 % der Anteile an der Hamburger Sparkasse AG. Ihr gehören eine ganze Reihe weiterer Tochter- und Beteiligungsunternehmen.

Damit gehört die Haspa zu der Gruppe der freien Sparkassen, von denen es auch vier in Schleswig-Holstein gibt. Das Sparkassengesetz Schl.-H. ordnet die privaten Sparkassen, wenn sie von einer Stiftung, einem rechtsfähigen Verein oder einer Aktiengesellschaft betrieben werden, neben den kommunalen Instituten in die Kategorie der „öffentlichen Sparkasse“ ein (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 1 SpkG Schl.-H.). Auch sie unterliegen dem gesetzlich normierten „öffentlichen Auftrag“ (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 SpkG Schl.-H.). Demgegenüber existieren für die Geschäftstätigkeit der Haspa AG bzw. der HASPA Finanzholding keine sparkassenspezifischen *gesetzlichen* Vorgaben. Soweit diese sich einem sparkassentypischen Auftrag verpflichtet fühlt, handelt es sich lediglich um Selbstverpflichtungen. Auch wenn sich die HASPA Finanzholding freiwillig der staatlichen Aufsicht unterworfen hat und auch Satzungsänderungen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen, ist doch nicht daran zu zweifeln, daß zwischen kommunalen und privaten Sparkassen ein fundamentaler Unterschied besteht. Dieser kann auch nicht durch die bloß freiwillige Unterwerfung unter die staatliche Aufsicht eingeebnet werden, da die dem Inhaber obliegende Gestaltungsverantwortung nicht mit ex-post erfolgenden korrigierenden Eingriffen, die für die Ausübung staatlicher Aufsicht prägend sind, gleichgesetzt werden kann.

Auf den prinzipiellen Unterschied zwischen kommunalen und privaten Sparkassen hat das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen um Zweigstellenerrichtungen freier Sparkassen in dem Geschäftsgebiet kommunaler Institute hingewiesen: „Den freien Sparkassen ist ... der Betrieb von Bankgeschäften in der Art von Sparkassengeschäften nicht als ‚öffentliche Aufgabe‘ – d. h. nicht zur Wahrnehmung einer staatlichen oder kommunalen Aufgabe – übertragen oder überlassen worden. Gerade dadurch unterscheiden sie sich von den öffentlich-rechtlichen Sparkassen, den sogenannten kommunalen Sparkassen, die als Einrichtungen ihrer Gewährträger von diesen errichtet und mit dem Betrieb von Sparkassengeschäften als der von ihnen wahrzunehmenden ‚öffentlichen Aufgabe‘ betraut werden.“¹⁹ Eine noch deutlichere Aussage trifft das Gericht bereits einige Zeilen zuvor, indem es auf die berufs- und gewerbefreiheitliche Fundierung der Tätigkeit freier Sparkassen (im Gegensatz zur gesetzlich gebundenen Kompetenzwahrnehmung kommunaler Institute) hinweist.

¹⁹ BVerwGE 69, 11 (22).

(2.) Zur Differenzierung zwischen dem „Staatlichen“ und dem „Öffentlichen“

Die Ineinsetzung der (nur) öffentlichen Sparkasse mit den öffentlich-rechtlichen, kommunalen Instituten verkennt den fundamentalen Unterschied der Kategorien „staatlich“, „öffentlich“ und „privat“. Insbesondere die Begriffe „öffentlich“ und „staatlich“ sind streng voneinander zu differenzieren.²⁰

In den einzelnen Belangen des Gemeinwohls, also des Bereichs, dessen sich die Gesellschaft und u.U. auch der Staat kraft seiner Verantwortung für die Freiheitsentfaltung der Bürger schützend oder fördernd annehmen darf (u.U. muß), bilden sich *öffentliche* Interessen ab. Der gegen Ende der sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts entdeckten Kategorie des Öffentlichen kommt als Zwischen- oder Mischform zwischen dem Staatlichen und dem Privaten eine entscheidende Rolle bei der Identifizierung und Beschreibung von Kooperationsfeldern zwischen Staat und Privaten zu.²¹ Die Tätigkeitsbereiche, die öffentlichen Interessen entsprechen, sind öffentliche Aufgaben. An ihrer Erfüllung ist die Öffentlichkeit, ist das Gemeinwesen im weitesten Sinne, sind Staat und Gesellschaft interessiert.²² Abgesehen von einem schmalen Bereich zwingend *staatlicher* Aufgaben²³ sind öffentliche Aufgaben indes von einer nur virtuellen staatlichen Allzuständigkeit geprägt: Der Staat hat kein Monopol bei der Förderung des Gemeinwohls²⁴ und könnte es auch gar nicht realisieren.²⁵ Auch der Private kann durch die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben das Gemeinwohl uneigennützig fördern. Nur wenn und soweit der Staat auf eine solche öffentliche Aufgabe in seiner Eigenschaft als Staat und unter Zuhilfenahme der spezifisch ihm zugestandenen Macht- oder Finanz-, mithin: Steuermittel zugreift, wird die wahrgenommene Aufgabe zur staatlichen Aufgabe.²⁶ Es ist daher streng zwischen staatlicher und öffentlicher Aufgabenwahrnehmung zu differenzieren. Staatliche Aufgabenwahrnehmung stellt stets auch öffentliche Aufgabenwahrnehmung dar,²⁷ während öffentliche Aufgabenwahrnehmung nicht

²⁰ Zu deren Differenzierung in dem hier vorgetragenen Sinne grundlegend: *Peters*, FS Nipperdey II, 1965, S. 877 ff. Sie ist in der Verfassungsrechtswissenschaft wohl nicht mehr ernsthaft umstritten: *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 41 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 32 ff.; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 22 ff.

²¹ *Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969, S. 131 ff., 184 ff.; *Rinken*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971, S. 98 ff., 111 ff. Die verfassungsrechtliche Gegenposition errichtet: *Lerche*, Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, 1963, S. 12 ff..

²² *Peters*, FS Nipperdey II, 1965, S. 877 ff. (878); *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 117.

²³ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 175 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 152 ff.; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 206 ff.

²⁴ *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 213 f.; *Schmitt Glaeser*, VVDStRL Bd. 31 (1973), S. 179 ff. (191 f.); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 1980, S. 746.

²⁵ *Isensee*, in: ders. / Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, 1996 (2. Aufl.), § 57 Rn. 78.

²⁶ Siehe v.a. *Klein*, DÖV 1965, S. 755 ff. (758); *Peters*, FS Nipperdey II, 1965, S. 877 ff. (880); *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 119.

²⁷ *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 155 ff.; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1977 (2. Aufl.), S. 47 ff.; *Isensee*, in: ders. / Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, 1996 (2. Aufl.), § 57 Rn. 132 ff.; *ders.*, Subsidiariätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 158 ff.; *Klein*, DÖV 1965, S.

stets auch staatlich sein muß. So ist zwar regelmäßig angesichts der Tätigkeit kommunaler Sparkassen von „öffentlicher Aufgabenwahrnehmung“ die Rede. Indes ist hier tatsächlich die „staatliche Aufgabenwahrnehmung“ gemeint, da die freiwillig gemeinwohlorientierte Tätigkeit privater Grundrechtsträger nach keinem Verständnis staatliche Aufgabenerfüllung ist. Hierin liegt die fundamentale Unvergleichbarkeit von kommunalen und übrigen öffentlichen Sparkassen begründet.²⁸

2. Zwischenergebnis

Der Landesgesetzgeber würde mithin durch die Öffnung des Kreises möglicher Übernehmer von Stammkapitalanteilen auf „vergleichbare Träger“ das ohnehin schon unionsrechtlich schwer zu realisierende Konzept einer Beschränkung auf die Institute der Sparkassenorganisation weiter destabilisieren. Bei der insoweit angesprochenen HASPA Finanzholding handelt es sich gerade nicht um eine den sonstigen kommunalen Instituten, aber auch mangels gesetzlicher Festlegung des öffentlichen Auftrags um ein den freien Sparkassen in Schleswig-Holstein hinreichend ähnliches Unternehmen.²⁹ Dies würde weiteren, außerhalb der Sparkassengruppe stehenden Interessenten die Möglichkeit eröffnen, darauf hinzuweisen, daß hier ohnehin bereits einer materiellen Teilprivatisierung der Weg geebnet wurde, so daß zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Eingriffs nunmehr auch andere, sparkassenfremde Interessenten als Übernehmer in Frage kommen könnten (soweit sie sich zu einem sparkassentypischen Auftrag bekennen, der allerdings etwa die Abführung von Gewinnen an Träger nicht ausschließt).

Es ist daher davon auszugehen, daß die in der Gesetzesnovelle enthaltenen Beschränkungen hinsichtlich Größe des Kapitalanteils und Käuferkreises in dieser Form unionsrechtlich nicht haltbar sind. Dies hätte zur Folge, daß ein Sparkassenträger nicht daran gehindert werden könnte, einen über 25,1 % hinausgehenden Anteil an dem Stammkapital der Sparkasse auch an ein Unternehmen zu übertragen, das nicht der in § 4 Abs. 5 Satz 2 SpkG Schl.-H.-Entwurf enthaltenen Beschreibung des „vergleichbaren Trägers“ entspricht.

3. Die Niederlassungsfreiheit

Die gesetzlich vorgesehene Beschränkung des Käuferkreises auf bestimmte Personen oder Unternehmen gerät in einen Konflikt mit der unionsvertraglich gewährleisteten

755 ff.; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1966 (2. Aufl.), S. 759 ff.; *Peters*, FS Nipperdey II, 1965, S. 877 ff. (878); *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, S. 61 ff.

²⁸ So maßgeblich *Ossenbühl*, Grundfragen zum Rechtsstatus der Freien Sparkassen, 1979, S. 33 ff.

²⁹ Siehe oben C.

Kapitalverkehrsfreiheit, gegebenenfalls auch mit der ebenfalls im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (VAEU) garantierten Niederlassungsfreiheit.

Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) schützt ebenfalls die partielle oder vollständige Übernahme von juristischen Personen in einem anderen Mitgliedstaat, so daß Kapitalverkehrsbeschränkungen auch an dieser Vorschrift zu messen sind. Dies gilt zumindest dann, wenn eine Übernahme in dem Umfang erfolgt, daß der Übernehmende sich in dem Zielunternehmen operativ engagieren kann. Da die Niederlassungsfreiheit nicht nur die Gründung, sondern auch die Leitung von Unternehmen in einem Mitgliedsstaat durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates umfasst, ist sie berührt, wenn die angestrebte (aber durch staatliche Vorschriften erschwerte) Beteiligung dem Betroffenen einen solchen Einfluß verleihen soll, daß er die Geschäftstätigkeit des Unternehmens mitbestimmen kann.³⁰ Es ist insoweit umstritten, ab welcher Anteilsgröße dies möglich ist. Der EuGH hat sich in dieser Frage nicht festgelegt, sondern überlässt sie dem einschlägigen Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände.³¹ Während im Zusammenhang mit dem deutschen Gesellschaftsrecht schon eine Kontrollminorität von 25 % ausreichen soll,³² wird in anderen Zusammenhängen erst die absolute Mehrheit als eine solche Kontrollbeteiligung angesehen.³³

Dieser Frage ist hier nicht weiter nachzugehen, da die Niederlassungsfreiheit bei Anwendbarkeit stets neben die Kapitalverkehrsfreiheit tritt, diese also nicht verdrängt. Im übrigen hat eine weitgehende Konvergenz der Grundfreiheiten dazu geführt, daß auf der Ebene der Rechtfertigung der Niederlassungsfreiheit ähnliche Argumente zu verwenden sind wie dies hier mit Blick auf die Kapitalverkehrsfreiheit vorgeführt worden ist. Das bedeutet, daß all jene Bedenken, die gegen den Gesetzentwurf aus dem Blickwinkel der Kapitalverkehrsfreiheit vorzubringen sind, auch im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit Geltung beanspruchen.

III. Der Einfluß von Art. 345 AEUV

Die vorangegangenen Ausführungen haben deutlich gemacht, daß die hier zur Diskussion stehenden Neuregelungen eine nur noch schwer zu kontrollierende Erosionsdynamik für die schleswig-holsteinische Sparkassenorganisation zur Folge hätte. Dies macht es erforderlich, den eingangs aufgeworfenen und bislang zurückgestellten Aspekt einer genaueren Untersuchung zu unterziehen. Es ist mithin zu erwägen, ob die Anwendung der

³⁰ EuGH, Rs. C-251/98, Slg. I-2000, 2787, Rn. 22; Rs. C-436/00, Slg. I-2002, 10829, Rn. 32, 37, 65, 75.

³¹ EuGH, Rs. C-298/05, EuZW 2008, 157.

³² *Bayer/Ohler*, ZG 2008, S. 12 ff. (13); *Geurts*, IStR 2000, S. 572 ff. (573).

³³ *Martini*, DÖV 2008, S. 314 ff. (318); *Weller*, ZIP 2008, S. 875 ff. (862).

Kapitalverkehrsfreiheit auf § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf sich nicht vor dem Hintergrund von Art. 345 AEUV verbietet. Nach dieser Vorschrift läßt „(d)ieser Vertrag ... die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten unberührt.“

Vorliegend geht es allerdings nicht um die Frage, inwieweit die Europäische Union durch einen Akt positiver Integration direkten Einfluß auf die Eigentumsordnung innerhalb eines Mitgliedsstaates nimmt. Vielmehr ist zu erörtern, ob die von dem schleswig-holsteinischen Gesetzgeber geplante Neuregelung des Sparkassengesetzes sich an den Grundfreiheiten des Europäischen Rechts, insbesondere der Kapital- und Niederlassungsfreiheit messen lassen muß (negative Integration). Wenn man Art. 345 AEUV dergestalt verstehen könnte, daß die Ermöglichung von Veränderung der Eigentümerstruktur staatlicher bzw. kommunaler Unternehmen insgesamt dem Zugriff unionsrechtlicher Regelungen entzogen wäre, so bedeutete Art. 345 AEUV, daß die in § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf enthaltenen Beschränkungen der Übertragbarkeit von Stammkapitalanteilen schleswig-holsteinischer Sparkassen aus dem Blickwinkel der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht zu überprüfen und die angesprochenen Erosionsgefahren damit gegenstandslos wären.

Diese Überlegungen erübrigen sich nicht schon deswegen, weil die EU-Kommission im Zusammenhang mit ähnlichen Änderungen der Sparkassengesetze von Hessen und Rheinland-Pfalz in rechtlich unverbindlicher (und in der Rechtsprechung des EuGH nicht abgesicherter) Weise signalisiert hatte, daß Art. 345 AEUV auf die grundsätzliche Organisationsentscheidung der Landesgesetzgeber Anwendung finden soll.³⁴ Hier wurde betont, daß diese Immunität der landesgesetzgeberischen Entscheidung deswegen gegeben sei, weil es sich um Organisationsveränderungen ausschließlich im öffentlich-rechtlichen Bereich handele. Über diese Beschränkung greift § 4 Abs. 5 SpkG Schl.-H.-Entwurf gerade aber hinaus. Außerdem ist die Ansicht der Kommission allein in einem Vertragsverletzungsverfahren von (vorläufigem) Belang, während die hier zur Debatte stehenden Rechtsfragen durchaus auch ohne Beteiligung der Kommission verbindlich und entgegen der Absicht des schleswig-holsteinischen Gesetzgebers durch Gerichte entschieden werden können.³⁵

Als zentrale Frage erweist sich insoweit, ob die Anwendung insbesondere der Kapitalverkehrsfreiheit auf die Neuregelung des Schleswig-Holsteinischen Sparkassengesetzes „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten“, insbesondere in der Bundesrepublik Deutschland bzw. Schleswig-Holstein berührt. Das

³⁴ Siehe etwa das Schreiben des Kommissars McCreevey aus dem Jahre 2006 an das Land Hessen (unveröffentlicht).

³⁵ S.u. unter IV.

Tatbestandsmerkmal der „Eigentumsordnung“ ist damit der zentrale Rechtsbegriff, dessen Auslegung erforderlich wird.

1. Regelungsgegenstand und Bedeutungsgehalt von Art. 345 AEUV

Regelungsgegenstand und Bedeutungsgehalt von Art. 345 AEUV sind insbesondere vor dem Hintergrund des Prinzips der beschränkten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV) unklar. Nach verbreiteter Ansicht handelt es sich bei Art. 345 AEUV um eine negative Kompetenzvorschrift, die der Unionskompetenz bestimmte Regelungsthemen ausdrücklich entzieht.³⁶ Geht man von dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus, aufgrund dessen die Union für jede ihrer Maßnahmen eine ausdrückliche Vertragskompetenz nachweisen muß, scheinen negative Aussagen über die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedsstaaten überflüssig. Indes ist ebenfalls zu berücksichtigen, daß die nunmehr in Art. 345 AEUV enthaltene Regelung wesentlich älter ist als das ausdrückliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Gerade vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Residualkompetenz ist in der Literatur - ohne erkennbare Konsequenz für die hier vorliegende Frage – auch von einer Kompetenzausübungsnorm die Rede, die „die der Gemeinschaft die Verpflichtung auferlegt, im Bereich der ihr zugeteilten Kompetenzen nicht in die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten einzugreifen“.³⁷ Eine ähnliche Einordnung ist die eines Kompetenzausübungsvorbehalts.³⁸

Der ausdrückliche Schutz der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen bereits in der ursprünglichen Fassung der römischen Verträge ist auf die Existenz von unterschiedlichen Ansichten der ursprünglichen Vertragsstaaten im Hinblick auf staatliches Engagement in der Wirtschaft zurückzuführen.³⁹ Dem entsprach der Wunsch der Gründungsstaaten, daß sich die im Werden begriffenen Europäischen Gemeinschaften auch künftig aus diesen fundamentalen industriepolitischen Entscheidungen der Mitgliedsstaaten heraushalten sollen.⁴⁰ Art. 345 AEUV hat bislang seine größte Bedeutung im Zusammenhang mit der Diskussion um Liberalisierungs- bzw. Privatisierungsmaßnahmen einerseits, Verstaatlichungsmaßnahmen

³⁶ Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 2007 (3. Aufl.), Art. 295 EG, Rn. 4; EuGH, Verb. Rs. C-92/92 u. C-326/92, Slg. 1993, I-5145, Rn. 18 f., 23; Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-7493, Rn. 17, 23.

³⁷ Bär-Bouyssière, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 2003 (6. Aufl.), Art. 295 EG Rn. 3; Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union (3. Auflage 2007), Art. 295 EG, Rn. 5.

³⁸ Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 295 Rn. 1.

³⁹ Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 2007 (3. Aufl.), Art. 295 EG, Rn. 2.

⁴⁰ Zur Entstehung der Vorschrift Bär-Bouyssière, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 2003 (6. Aufl.), Art. 295 EG Rn. 1.

andererseits entfaltet.⁴¹ Allerdings macht die bislang nur sporadisch und sektoral geklärte Funktion von Art. 345 AEUV und die kaum entwickelte, bislang bestenfalls als kasuistisch zu bezeichnende Rechtsprechung zu dem Verhältnis dieser Vorschrift und den Grundfreiheiten jeden Versuch, sich maßgeblich auf die Anwendbarkeit von Art. 345 AEUV zu verlassen, zu einem riskanten Unterfangen.

2. Der Begriff der Eigentumsordnung

Unter „Eigentumsordnung“ i.S.d. Art. 345 AEUV soll „die Gesamtheit der Vorschriften zu verstehen [sein], die in jedem Mitgliedsstaat die mit dem Eigentum verbundenen Rechte und Pflichten, die Möglichkeiten zur Beschränkung oder Einziehung von Eigentumsrechten sowie insbesondere auch die Rechte und Pflichten bei der Überführung von privatem Eigentum in Gemeineigentum oder andere Formen der Gemeinwirtschaft regeln.“⁴² Hiernach regelt die Eigentumsordnung in diesem Sinne nicht vornehmlich die Begriffsbestimmungen des „Eigentums“ oder seine Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Bereich und auch nicht die grundrechtlichen Aspekte des Eigentums. Vielmehr sind die Regeln der Eigentumsordnung dadurch charakterisiert, daß sie sich der Ausübung oder der Nutzung des Eigentums sowie der Rechte des Eigentümers beim Entzug des Eigentums, insbesondere hinsichtlich Art und Höhe der Entschädigung widmen. Nach einer anderen Lesart umfaßt der Begriff der Eigentumsordnung „alle verfassungsrechtlichen Vorschriften über das Privateigentum, die Enteignung bzw. Sozialisierung und die Schranken der Eigentumsnutzung ..., also die wesentlichen Elemente der verfassungsrechtlichen Eigentumsvorschriften der Mitgliedsstaaten.“⁴³

3. Die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Mitgliedsstaaten und Union

Die Gestaltung der Eigentumsordnung steht indes in einem untrennbaren Zusammenhang mit und in einem Spannungsverhältnis zu der wirtschaftlichen Integration als zentraler Aufgabe der Union. Daher kann Art. 345 AEUV nicht so verstanden werden, daß er sich gegen jedwede eigentumsrelevante Maßnahme der Union sperrt, da Errichtung, Entwicklung und

⁴¹ Deutlich z.B. in der bereits erwähnten Rechtsprechung zu den „Goldenen Aktien“: EuGH Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731, 4774, Rn. 48; Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809, 4832, Rn. 44; Rs. C-483/99, Slg. 2002, I- 4781, 4803, Rn. 44, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581, 4633, Rn. 6; zur Verstaatlichung etwa die Antworten der Kommission auf die dahingehenden schriftlichen Anfragen z. B. Nr. 82/88 des Abg. Elio, ABl. 1989 C 157/3; Antwort des Rates v. 12. Februar 1982 auf die schriftlichen Anfragen Nr. 1230/81, 1232/81, 1234/81 des Abg. Galland, ABl. 1982 C 65/6; s.a. EuGH, Rs. 182/83, Slg. 1984, 3677, Rn. 7; Rs. C-163/99, s. o. Rn. 58 f., EuG Rs. T-613/97, Slg. 2000, II-4055, 4081, Rn. 77.

⁴² *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 2003 (6. Aufl.), Art. 295 EG Rn. 7.

⁴³ *Schweitzer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt, Stand 2005), Art. 295 Rn. 3 unter Bezugnahme auf die Schlußanträge des GA Roemer in der Rs. 24/67, Slg. 1968, 86, 120.

Bestand des Binnenmarktes ohne Maßnahmen, die die Eigentumsrechte der Marktbürger berühren, nicht denkbar sind.⁴⁴ Dementsprechend begründet auch Art. 345 AEUV für mitgliedstaatliche Maßnahmen in der Rechtsprechung des EuGH keinen Dispens von den übrigen Vorschriften des Vertrages, insbesondere von den Grundfreiheiten.⁴⁵

Der Umstand, daß Art. 345 AEUV ein prinzipielles Verbot unionsrechtlichen Privatisierungszwangs enthält⁴⁶ sowie eine unionsrechtlichen Indifferenz gegenüber Verstaatlichungsmaßnahmen dokumentiert, verdeutlicht, daß in dem vorliegenden Zusammenhang den Mitgliedsstaaten lediglich die Entscheidung überlassen ist, ob bestimmte Eigentumsobjekte (wie eben auch Unternehmen) prinzipiell dem öffentlichen oder dem privaten Funktionsbereich zuzuordnen sind. Sobald indes eine Weichenstellung zugunsten einer Relativierung oder gar Auflösung dieser Zuordnung getroffen ist, unterliegen alle nachfolgenden Entscheidungen wiederum den Anforderungen der Grundfreiheiten. Die Sperrwirkung des Art. 345 AEUV immunisiert somit nur die grundsätzliche Zuordnungsentscheidung gegen die Maßstäbe des Unionsrechts.

4. § 4 Abs. 5 Schl.-H. SpkG-Entwurf als eine Teilprivatisierung im Sinne von Art. 345 AEUV

Als entscheidend erweist sich daher im vorliegenden Zusammenhang die Antwort auf die Frage, ob § 4 Abs. 5 Schl.-H. SpkG-Entwurf eine partielle Privatisierung von kommunalen Sparkassen vorsieht.

Aus Sicht der bundesdeutschen Rechtsordnung ist dies eindeutig zu bejahen, was bereits anlässlich der Untersuchung einer Vergleichbarkeit der HASPA Finanzholding mit kommunalen Instituten und ihren Trägern ausgeführt wurde.⁴⁷ Allerdings stellt sich die Frage, ob das bundesdeutsche Verständnis von Privatisierung im Sinne einer Überführung aus dem staatlichen in den privaten Funktionsbereich insoweit maßgeblich ist.

Nimmt man die Regelungswirkung des Art. 345 AEUV ernst, so liegt gerade in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten, öffentliches von privatem Eigentum zu unterscheiden und diese Unterscheidung auch im Einzelfall aufrechtzuerhalten, ebenfalls die Kompetenz zu regeln, was öffentliches und was privates Eigentum ist. Daher spricht einiges dafür, daß sich das europäische Unionsrecht bei der Beurteilung der Frage, ob in einem konkreten Fall eine Privatisierung vorliegt oder nicht, sich zumindest Rahmen des Art. 345 AEUV der

⁴⁴ So schon früh EuGH, verb. Rs. 56/64, Slg. 1966, 322, 394; Rs. C-491/01.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-235/89, Slg. 1992, I-777, Rn. 14; Rs. C-30/90, Slg. 1992, I-829, Rn. 17 f.; Verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145, Rn. 22.

⁴⁶ Hierzu *Becker*, YEL Bd. 26 (2007), S. 255 (290 ff.)

⁴⁷ Vgl. oben II. 1. (c) (bb).

Beurteilung des Mitgliedsstaates bzw. seiner Rechtsordnung wird unterworfen müssen. Dies spricht dafür, daß die bundesdeutsche Dichotomie zwischen staatlich und privat, in der die Gemeinwirtschaft ausschließlich letzterer Kategorie zuzuordnen ist, so von der Europäischen Kommission nachvollzogen könnte.

Selbst wenn man indes die Differenzierungen zwischen staatlichen bzw. kommunalen Instituten einerseits und sonstigen öffentlichen (gemeinwirtschaftlichen) Instituten andererseits als eine bundesdeutsche verfassungsrechtliche Spitzfindigkeit abtut und dabei vielmehr auf die Gemeinwirtschaftlichkeit als Differenzierungskriterium abstellt, die von der privatwirtschaftlichen Gewinnorientierung zu unterscheiden ist, so kann auch dies nicht zu einer anders gelagerten Beurteilung führen.

Jede *unionsrechtliche* Auslegung von Art. 345 AEUV dahingehend, daß die Union die Eigentumszuordnung in den Mitgliedsstaaten respektiert, führt dazu, daß allein die strukturelle Komponente bei der Frage nach der Differenzierung von öffentlichem und privatem Eigentum zu berücksichtigen ist. Keine Rolle spielt dabei die gemeinwirtschaftliche oder privat-gewinnorientierte geschäftliche Ausrichtung eines Unternehmens. Diese Sichtweise wird durch die Auslegung von Art. 106 Abs. 1 AEUV gestützt. Auch hier kommt es für die Einordnung eines „öffentlichen Unternehmens“ nicht darauf an, ob das betreffende Unternehmen öffentliche Aufgaben erfüllt.⁴⁸ Das öffentliche Unternehmen i.S.d. Unionsrechts (vgl. Art. 106 Abs. 1 AEUV) wird für gewöhnlich in Anlehnung an Art. 2 der Transparenzrichtlinie⁴⁹ definiert. Hiernach kommt es v.a. auf den „beherrschenden Einfluß“ des Staates auf das fragliche Unternehmen an. Entscheidend ist somit, ob der Staat und seine Gebietskörperschaften als öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des Kapitals besitzen, ob sie über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der entsprechenden Organe des betreffenden Unternehmens bestellen können. Eine freiwillige Unterwerfung unter staatliche Aufsicht genügt insoweit nicht, da Aufsicht nur punktuell korrigierenden Einfluß eröffnet.

Insoweit sei anekdotisch darauf hingewiesen, daß die Kommission bereits für zwei freie Sparkassen des Landes Schleswig-Holstein trotz deren gesetzlich niedergelegten Sparkassenauftrags entschieden hat, daß es sich bei ihnen um „gewinnorientierte private

⁴⁸ *Pernice/Wernicke*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2003), Art. 86 EG, Rn. 24.

⁴⁹ [Richtlinie 80/723/EWG](#) der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 195/35 vom 29.7.1980.

Kreditinstitute“ handelt.⁵⁰ Diese Sichtweise ist auch der Stellungnahme der Kommission im Streit um die Nutzung des § 40 Abs. 1 KWG durch Erwerber von Sparkassen zu entnehmen.⁵¹

Damit bleibt festzuhalten, daß die geplanten Regelungen als Eröffnung einer Möglichkeit partieller Privatisierung schleswig-holsteinischer Sparkassen den Schutz des Art. 345 AUEV aufgibt und sich der Überprüfung anhand der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit zu unterwerfen hat.

IV. Zusammenfassung und Ausblick auf mögliche Konsequenzen

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes in Schleswig-Holstein droht aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben ungewollte Wirkungen auszulösen. In der aktuellen Ausgestaltung des Gesetzes ist nicht anzunehmen, daß es dem schleswig-holsteinischen Gesetzgeber gelingen wird, sicherzustellen, daß tatsächlich nur andere kommunale Sparkassen und die HASPA Finanzholding (bzw. vergleichbare deutsche Unternehmen des Finanzsektors) in die Lage versetzt werden, bis zu 25,1 % von dem Stammkapital einer schleswig-holsteinischen Sparkasse zu übernehmen. Es besteht die durchaus realistische Gefahr, daß die beiden genannten Eingrenzungen als ungerechtfertigte Beschränkungen der unmittelbar anwendbaren und dem deutschen Recht gegenüber vorrangigen Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) angesehen werden und damit ihrerseits nicht anwendbar sind.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß aufgrund politischer Vorabklärung zwischen schleswig-holsteinischer Landesregierung und EU-Kommission mit einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Änderung des Sparkassengesetzes Schleswig-Holstein nicht zu rechnen ist, so bestehen doch durchaus weitere Möglichkeiten, die dazu führen könnten, daß sich die hier skizzierten Gefahren realisieren. Da die Kapitalverkehrsfreiheit ebenso wie alle anderen Grundfreiheiten des AEUV unmittelbar anwendbar sind und den innerstaatlichen Gesetzen vorgehen, könnte sich jeder Beteiligte, mithin also auch ein nach dem Gesetzeswortlaut nicht von § 4 Abs. 5 Schl.-H.-SpkG-Entwurf erfaßtes Unternehmen unmittelbar vor deutschen und europäischen Gerichten darauf berufen, daß die in dieser Vorschrift enthaltene Beschränkung des Erwerberkreises sowie die Beschränkung auf lediglich ein Viertel des Stammkapitals des Instituts gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen und daher nicht anwendbar sind. Dies bedeutet, daß mit der Hilfe deutscher Gerichte ein weitergehender Verkauf von Stammkapitalanteilen schleswig-holsteinischer Sparkassen trotz Vorliegen eines politischen Kompromisses zwischen der

⁵⁰ Entscheidung der Kommission vom 11. Januar 2008, Beihilfennummer N 836/2006, K (2007) 6911 endg., Rn. 110.

⁵¹ Kommission, Stellungnahme vom 4. Juli 2006 im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2002/4930, S. 9.

Bundesrepublik Deutschland und der EU-Kommission durchaus möglich und denkbar ist. In gleicher Weise könnten die Träger kommunaler Sparkassen sich der Anfechtung ausgesetzt sehen, mehr als 25,1 % des Stammkapitals ihrer Institute, gegebenenfalls auch an außerhalb des von § 4 Abs. 5 Schl.-H. SpkG-Entwurf stehende Erwerber zu verkaufen. Auch dieses, gegen den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut verstoßende Vorgehen wäre denkbar, weil das Recht der Europäischen Union für alle Stellen der öffentlichen Verwaltung, mithin auch für die Gemeinden und Gemeindeverbände unmittelbar anwendbar ist und Vorrang vor deutschen Gesetzesvorschriften genießt. Sollte eine Aufsichtsbehörde unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut gegen einen solchen Verkauf einschreiten, verlagert sich die Streitigkeit um die Anwendung und Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit wiederum auf ein deutsches Gericht, das ebensowenig wie der EuGH an politische Kompromisse zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der EU-Kommission gebunden ist.

Sollten Sie oder andere Angehörige des Ausschusses Nachfragen zu meinen Ausführungen haben oder eine weitere Klärung wünschen, stehe ich Ihnen hierfür jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Professor Dr. Florian Becker