



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/823

Schleswig-Holsteinischer Landtag: Sparkassengesetz

Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 10.02.2010, Drucksache 17/250

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Dr. Benedikt Wolfers, M.A.

Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

T +49 30 20 28 38 76
F +49 30 20 28 37 66
E benedikt.wolfers@freshfields.com

Inhaltsübersicht

A.	FRAGESTELLUNG.....	4
B.	ZUSAMMENFASSUNG.....	5
	I. GESAMTERGEBNISSE.....	5
	II. EUROPARECHTLICHE BEWERTUNG.....	5
	III. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG.....	11
C.	RECHTLICHE STELLUNGNAHME ZU KERNTHEMEN.....	13
	I. EUROPARECHTLICHE BEWERTUNG.....	13
	1. Kapitalverkehrsfreiheit.....	15
	1.1. Begriff des Kapitalverkehrs.....	15
	1.2. Begründung oder Übertragung von Stammkapitalanteilen als Kapitalverkehr im Sinne des Art. 63 Abs. 1 AEUV.....	17
	1.3. Öffnung für den privaten Sektor?.....	18
	a) Neutralitätsgebot des Art. 345 AEUV.....	19
	b) Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV.....	25
	c) Anwendung auf den Gesetzentwurf.....	33
	1.4. Schreiben der EU-Kommission vom 16. April 2010 zum Gesetzentwurf.....	46
	1.5. (Arbeits-)Entwurf des SGVSH zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 10. Februar 2010.....	47
	1.6. Mögliche Folgen eines unterstellten EuGH-Urteils zur Unvereinbarkeit des Gesetzentwurfes mit der Kapitalverkehrsfreiheit.....	49
	a) Gestaltungsspielraum für den Landesgesetzgeber, wie er (unterstellten) EU-Verstoß beseitigt.....	49
	b) Folgen für zwischenzeitliche Stammkapitalbeteiligungen.....	50
	1.7. Zwischenergebnis.....	52
	2. Niederlassungsfreiheit.....	57
	3. Allgemeines Diskriminierungsverbot.....	58
	4. Beihilferecht.....	60
	II. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG.....	60
	1. Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	60
	2. Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	61
	2.1. Stammkapitaloptionen.....	62

a) Bildung von Stammkapital.....	62
b) Übertragung von Stammkapital.....	64
c) Zwischenergebnis.....	67
2.2. Vertretung im Verwaltungsrat.....	68
a) Vereinbarkeit mit Demokratieprinzip.....	68
b) Vereinbarkeit mit kommunaler Selbstverwaltungsgarantie.....	76
2.3. Ausschüttungen auf das Stammkapital.....	78
2.4. Zwischenergebnis.....	79
D. KONKRETE ANMERKUNGEN ZUM GESETZENTWURF.....	81
1. § 4 Abs. 5 EntwSpkG: der Kreis der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten.....	81
2. § 4 Abs. 6 EntwSpkG: Einbeziehung von neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten durch Einlagen oder Anteilsübertragungen.....	82
3. § 7 Abs. 3 EntwSpkG: Vertretung des neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten im Verwaltungsrat.....	83
4. § 10 Abs. 1 EntwSpkG: Genehmigungserfordernis für Richtlinien der Geschäftspolitik durch Vertretung des Trägers.....	84
5. § 27 Abs. 4 EntwSpkG: Ausschüttungen bei Stammkapitalbildung.....	84
6. § 38 Abs. 2 EntwSpkG: Rechtsaufsicht über die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten.....	85

A. FRAGESTELLUNG

Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme ist die rechtliche Bewertung des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 10.02.2010, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drucksache 17/250 („Gesetzentwurf“, „EntwSpkG“). Wir gliedern unsere Stellungnahme wie folgt:

- In Abschnitt B fassen wir die wesentlichen Ergebnisse zusammen, insbesondere zur Bewertung des Gesetzentwurfes aus Sicht des EU-Rechts und des Verfassungsrechts.
- In Abschnitt C behandeln wir ausführlich die rechtlichen Kernthemen des Gesetzentwurfes aus Sicht des EU- und des Verfassungsrechts. Dabei gehen wir auch auf das Schreiben der Europäischen Kommission vom 16.04.2010 (Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 17/692), den von dem Sparkassen- und Giroverband Schleswig-Holstein („SGVSH“) vorgelegten alternativen (Arbeits-)Entwurf vom 10.02.2010 (Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 17/760) sowie auf die Frage ein, welche Konsequenzen eine unterstellte EuGH-Entscheidung zur Unvereinbarkeit des Gesetzentwurfes mit EU-Recht aus Sicht des Landesgesetzgebers in Schleswig-Holstein hätte.
- Abschnitt D enthält, vor dem Hintergrund der Ergebnisse der rechtlichen Bewertung, konkrete Anmerkungen, Ergänzungs- und Änderungsvorschläge zu dem Gesetzentwurf.

B. ZUSAMMENFASSUNG

I. GESAMTERGEBNISSE

1. Der Gesetzentwurf steht in Einklang mit EU-Recht. Er verstößt nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Gleichwohl empfehlen wir zur Erhöhung der Rechtssicherheit Ergänzungen in § 4 Abs. 5 EntwSpkG, durch die der Kreis derjenigen, die sich am Stammkapital öffentlich-rechtlicher Sparkassen beteiligen können, weiter begrenzt wird.
2. Der Gesetzentwurf ist kein „Einfallstor zur Privatisierung“. Auch im Falle einer unterstellten EuGH-Entscheidung gegen die Beteiligungsmöglichkeit der in § 4 Abs. 5 EntwSpkG umschriebenen juristischen Personen könnte der Landesgesetzgeber diese Option aufheben und für die Zukunft die Stammkapitalbeteiligung auf öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger begrenzen.
3. Der Gesetzentwurf steht in Einklang mit nationalem Verfassungsrecht. Hierfür ist es allerdings erforderlich, dass im Verwaltungsrat eine strukturelle Mehrheit demokratisch legitimierter Vertreter vorgeschrieben wird.

Im Einzelnen:

II. EUROPARECHTLICHE BEWERTUNG

Der Gesetzentwurf steht in Einklang mit EU-Recht. Er verstößt insbesondere nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.

1. Kapitalverkehrsfreiheit

- 1.1 Die im Gesetzentwurf vorgesehene Beschränkung des Kreises der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten verstößt nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn der Kreis der Beteiligten auf den öffentlichen Sektor begrenzt ist. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Neutralität des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) gegenüber der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten (Art. 345 AEUV).
- 1.2 Art. 345 AEUV behält die wirtschaftspolitisch motivierte Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft der ausschließlichen Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten vor. Das bedeutet: Allein die Mitgliedsstaaten entscheiden über das „Ob“ einer Privatisierung. Nur dann, wenn ein Übergang vom öffentlichen in den

privaten Sektor erfolgt, findet – beschränkt auf das „Wie“ der Privatisierung – eine Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten des AEUV statt.

- 1.3 Damit lautet die für die Prüfung der EU-Konformität des Gesetzesentwurfes primäre Frage: Welche Kriterien sind für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV maßgeblich? Erst wenn diese Kriterien feststehen, kann überprüft werden, ob der Gesetzesentwurf sie einhält. Die Frage, ob ein bestimmter Einzelfall (zB die HASPA Finanzholding) von dem Gesetzesentwurf erfasst ist, stellt sich erst anschließend und ist eine Frage der *Anwendung* des Gesetzes im Einzelfall. Sie hat strenggenommen mit der EU-Konformität des Gesetzesentwurfes nichts zu tun.
- 1.4. Für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV kommt es auf materielle Kriterien an, nicht auf formale Maßstäbe, insbesondere nicht auf die formelle Rechtsform, die in den Mitgliedsstaaten ohnehin sehr unterschiedlich ausgeprägt ist. Zwar kann aus der öffentlich-rechtlichen Rechtsform regelmäßig auf die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor geschlossen werden. Jedoch ist die öffentlich-rechtliche Rechtsform keineswegs erforderlich, um Teil des öffentlichen Sektors im Sinne des Art. 345 AEUV zu sein. Ebensowenig ist die Eigentümerstellung der öffentlichen Hand ein für den öffentlichen Sektor konstitutives Merkmal im Sinne des Art. 345 AEUV. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Rechtsträger
- zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verpflichtet ist;
 - der Gemeinnützigkeit verpflichtet ist; und zwar in negativer Hinsicht, durch das Fehlen jeglicher privaten Eigentümer, die in Verfolgung eigener Renditeinteressen eine Ausschüttung, eine Beteiligung am Liquidationserlös oder in sonstiger Weise eine wirtschaftliche Beteiligung an den Ergebnissen des Unternehmens verlangen könnten; wie auch in positiver Hinsicht, indem der Rechtsträger verpflichtet ist, etwaige Ausschüttungen sowie den Liquidationserlös ausschließlich für öffentliche, dem gemeinen Nutzen dienende Zwecke einzusetzen;
 - einer spezifischen staatlichen Aufsicht, die über eine allgemeine Wirtschaftsaufsicht hinausgeht und die die Dauerhaftigkeit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sowie der Gemeinnützigkeit unabhängig vom Willen des jeweiligen Rechtsträgers gewährleistet.
- 1.5 Öffentlich-rechtliche Sparkassen sowie deren Träger i.S.v. § 1 Abs. 1 SpkG gehören zum öffentlichen Sektor. Denn Träger gemäß § 1 Abs. 1 SpkG können nur Gemein-

den, Ämter, Kreise und Zweckverbände sein – und damit ausschließlich Rechtssubjekte, die als Verwaltungsträger dem öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV zuzuordnen sind. Gleichmaßen sind auch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts Teil der (mittelbaren) Staatsverwaltung und daher für die Zwecke des Art. 345 AEUV als öffentliche Akteure anzusehen.

- 1.6 Auch die vergleichbaren Träger in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG erfüllen die für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor gem. Art. 345 AEUV erforderlichen Kriterien. Wir empfehlen allerdings zur Verbesserung der Rechtssicherheit des Gesetzesentwurfes die Aufnahme von drei weiteren Anforderungen, nämlich (i) das Erfordernis der Zugehörigkeit des vergleichbaren Trägers zum regionalen Sparkassen- und Giroverband, (ii) die Konzentration auf vergleichbare Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg sowie (iii) die Beschränkung auf vergleichbare Träger, die die Anforderungen des § 4 Abs. 5 bei Inkrafttreten des Gesetzes erfüllen (und sich nicht erst nachträglich schaffen).
- 1.7 Die Hamburger Sparkasse AG („Haspa“) ist nicht, die HASPA Finanzholding hingegen ist Teil des öffentlichen Sektors gemäß Art. 345 AEUV:
- Nach ihrer Satzung unterliegt die HASPA Finanzholding derselben sparkassentypischen, gemeinwohlorientierten Aufgabe, die seit ihrer Gründung bis zur Ausgliederung des Bankbetriebs auf die heutige Haspa im Jahr 2003 bereits die frühere Hamburger Sparkasse erfüllte und die sie auch heute noch mit der Haspa teilt.
 - An der HASPA Finanzholding sind weder private noch öffentliche Eigentümer beteiligt. Es gibt insbesondere keine Eigentümer mit Renditeinteressen. An die Stelle einer privatnützigen und renditeorientierten Eigentümerstellung tritt die ausschließliche Gemeinnützigkeitsverpflichtung, der die HASPA Finanzholding unterliegt. So kann der verbleibende Bilanzgewinn der HASPA Finanzholding nach § 20 Abs. 3 ihrer (gegenwärtigen) Satzung nur (unmittelbar) gemeinnützigen Zwecken zugeführt oder in die Sicherheitsrücklage eingestellt, nicht aber ausgeschüttet werden. Gleichmaßen kommt auch bei Auflösung das verbleibende Vermögen der HASPA Finanzholding nicht etwa Privaten zu, sondern ist unter besonderer Berücksichtigung der von der Haspa geförderten Einrichtungen gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuwenden (§ 21 Abs. 4 der Satzung der HASPA Finanzholding).
 - Die HASPA Finanzholding untersteht nach § 23 ihrer Satzung einer spezifischen, gerade auf die Sparkassenaufgaben und Gemeinnützigkeit bezogenen Aufsicht

der Freien und Hansestadt Hamburg. Änderungen der für die Gemeinwohlaufgabe und Gemeinnützigkeit der HASPA Finanzholding wesentlichen Struktur- und Aufgabenbestimmungen bedürfen der Zustimmung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg.

- Gerade im Hinblick auf diesen staatlichen Einfluß auf Organisation und Betrieb hat bereits das Reichsgericht die damalige Hamburger Sparcasse als „öffentliche Sparkasse“ bewertet.
- Die Zugehörigkeit der HASPA Finanzholding zum öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV wird ferner dadurch belegt, dass die HASPA Finanzholding ungeachtet der Ausgliederung des Bankbetriebs auf die Haspa im Jahr 2003 – nicht anders als die frühere Hamburger Sparkasse – Teil der Sparkassenorganisation ist. Sie ist (ebenso wie die Haspa) Mitglied des Hanseatischen Sparkassen- und Giroverbandes („IISGV“), der seinerseits Mitglied des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes („DSGV“) ist.
- Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Februar 1984 steht einer Einordnung der HASPA Finanzholding als öffentlicher Akteur gemäß Art. 345 AEUV nicht entgegen. Im Gegenteil, hat das BVerwG den Status der früheren Hamburger Sparkasse (aus der die HASPA Finanzholding hervorgegangen ist) als *öffentliche* Sparkasse darin gerade anerkannt. Im Übrigen ging es dem BVerwG in seinem Urteil allein um die Reichweite der Gesetzgebungsbefugnis der Länder im Verhältnis zum Bund. Das Urteil betraf somit einen Sachverhalt und eine Fragestellung, die mit der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV in keinem Zusammenhang stehen und hiervon streng zu unterscheiden sind.

1.8 Das Schreiben der EU-Kommission vom 16. April 2010 bestätigt die vorstehenden Ausführungen. Drei Punkte sind wesentlich:

- *Die Kommission hat in ihrem Schreiben unmissverständlich klargestellt, dass sie zur Vereinbarkeit von Gesetzesvorhaben mit EU-Recht keine Stellung nimmt.* Sie bestätigt damit ihre Verhaltensweise in den bisherigen Verfahren und vergangenen Jahren: Es kann schon aus Verfahrensgründen keine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ der Kommission zu einem nationalen Gesetzesvorhaben geben. Die Kommission hat damit gerade keine Aussage zur EU-Konformität des Gesetzentwurfes getroffen.

- *Die Kommission hat ausdrücklich bestätigt, dass es einem Mitgliedstaat freisteht, ob er eine Rechtseinheit zum öffentlichen oder privaten Sektor zuordnet und wie er die Rechtsbeziehungen innerhalb des öffentlichen Sektors gestaltet. Auch das ist nicht neu. Die Kommission hat diese Entscheidungsfreiheit der Mitgliedsstaaten bereits mehrfach bestätigt, auch in den Verfahren zur Stammkapitalbildung in den Ländern Nordrhein-Westfalen und Hessen.*
- *Die Kommission hat ausdrücklich offen gelassen, ob die HASPA Finanzholding aus ihrer Sicht dem öffentlichen oder dem privaten Sektor zuzuordnen ist. Zum einen fehlten ihr die hierfür erforderlichen Rechtsgrundlagen. Zum anderen ist für die Beurteilung der EU-Konformität, jedenfalls aus dem Blickwinkel der Kapitalverkehrsfreiheit, etwas anderes maßgeblich: nämlich zunächst die Frage danach, welche allgemeinen Kriterien für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor maßgeblich sind. Entscheidend sind dabei die *materiellen Merkmale* des öffentlichen Sektors, nicht jedoch die bloß formelle Rechtsform.*

Die in dem Schreiben der Kommission enthaltenen Hinweise zu einer möglichen privatrechtlichen Rechtsform der HASPA Finanzholding können deshalb ohne Weiteres als richtig unterstellt werden. Sie würden damit aber an der Einordnung der HASPA Finanzholding in den öffentlichen Sektor überhaupt nichts ändern. Denn von der bloß formellen Rechtsform hängt diese Frage nicht ab.

- 1.9 Der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein („SGVSH“) schlägt in seinem alternativen Gesetzentwurf eine atypisch stille Gesellschaftsstruktur vor, mit bis zu drei Vertretern im Verwaltungsrat und einer Begrenzung der Beteiligten auf im Wesentlichen denselben Kreis wie in dem Gesetzentwurf. Das führt zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass der SGVSH die von ihm im Gesetzentwurf für EU-rechtswidrig gehaltene Bestimmung des Beteiligtenkreises, unter Einbezug der HASPA Finanzholding, in seinem eigenen Entwurf selbst und sogar wortgleich vorschlägt und offenbar für unbedenklich hält.

Bleibe der SGVSH konsequent, müsste er entweder in seinem Alternativentwurf die Beteiligungsoption für „vergleichbare Träger“ aufheben, womit eine Beteiligungsoption der HASPA Finanzholding entfiel. Oder er müsste seine Kritik an der EU-Rechtswidrigkeit des Gesetzesentwurfes aufgeben. Indes die EU-rechtliche Kritik einerseits aufrechtzuerhalten, sie aber andererseits nicht auf den eigenen Entwurf anzuwenden, ist widersprüchlich und inkonsequent.

- 1.10 *Der Gesetzentwurf ist kein „Einfallstor zur Privatisierung“.* Auch im Falle einer unterstellten EuGH-Entscheidung gegen die Beteiligungsmöglichkeit „vergleichbarer

Träger“ könnte der Landesgesetzgeber diese Option aufheben und für die Zukunft die Stammkapitalbeteiligung auf öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger begrenzen. Nach einer unterstellten EuGH-Entscheidung hätte das Land Schleswig Holstein im Wesentlichen zwei Möglichkeiten zur Neuregelung von § 4 Abs. 5 SpkG:

- Der Gesetzgeber könnte den *Kreis der vergleichbaren Träger auf jegliche juristische Personen ausdehnen*, ohne die Begrenzungen in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG.
- Der Landesgesetzgeber könnte aber auch umgekehrt reagieren: nämlich die *Beteiligungsmöglichkeit für „vergleichbare Träger“ komplett aufheben*, also die Worte „vergleichbare Träger“ in Satz 1 sowie die Sätze 2 und 3 in § 4 Abs. 5 streichen. Es blieben dann nur noch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen als potentiell neben dem Träger am Stammkapital Beteiligte übrig.

Es gibt somit *keinen rechtlichen Automatismus* zwischen einer unterstellten Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit und einer Erweiterung der Stammkapitaloption auf sämtliche juristische Personen des Privatrechts. *Das vielfach bemühte Bild, der Gesetzentwurf stoße unumkehrbar das Einfallstor zu einer Privatisierung auf, sofern der EuGH ihn für EU-rechtswidrig hielte, ist zwar griffig, aber rechtlich (eindeutig) falsch.*

- 1.11 Wir empfehlen, in § 4 Abs. 6 Satz 2 EntwSpkG die Verpflichtung aufzunehmen, in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auch die Folgen eines Erlöschens der Berechtigung als vergleichbarer Träger gem. Abs. 5 zu regeln.

Auf diese Weise würde § 4 Abs. 5 S. 3 EntwSpkG abgesichert und zugleich vermieden, dass für den unterstellten, unwahrscheinlichen Fall eines EuGH-Urteils gegen die Gesetzesnovelle ein Ausschluss der vergleichbaren Träger durch den Gesetzgeber und eine Beschränkung der Beteiligungsoption auf öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger aufgrund einer bereits erfolgten und nicht mehr umwandelbaren Stammkapitalbeteiligung rein faktisch scheitern würde.

2. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV ist nicht verletzt, weil der Vorbehalt des Art. 345 AEUV auch für sie gilt. Es kann daher offen bleiben, ob die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV und die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV nebeneinander Anwendung finden können oder es einen Vorrang der einen vor der anderen Grundfreiheit gibt.



3. Diskriminierungsverbot

Ob sich eine Grenze der Anwendung des Art. 345 AEUV aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ergibt, kann offen bleiben. Denn Art. 18 AEUV verbietet schon ausweislich seines Wortlauts nur Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Eine solche wäre vorliegend *nicht* gegeben, wenn, wie hier zur Erhöhung der Rechtssicherheit vorgeschlagen, der Kreis der möglichen Beteiligten am Stammkapital öffentlich-rechtlicher Sparkassen auf vergleichbare Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg konzentriert würde. Denn in diesem Fall würde weder direkt noch indirekt an die Staatsangehörigkeit angeknüpft. Die Einbeziehung von vergleichbaren Trägern mit Sitz in Hamburg beruhte vielmehr ausschließlich auf der langjährigen, historisch bedingten, besonderen wirtschaftlichen und politischen Verflechtung der Wirtschaftsräume und des Sparkassenwesens zwischen Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg.

III. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG

Der Gesetzentwurf ist formell und materiell verfassungsgemäß, wenn im Verwaltungsrat eine strukturelle Mehrheit demokratisch legitimierter Vertreter vorgeschrieben wird.

1. Die Einführung einer Stammkapitaloption ist dem Anstalts- und Sparkassenrecht nicht wesensfremd, sondern bekannt. Die Stammkapitalbildung ist bei Anstalten des öffentlichen Rechts die Regel, nicht die Ausnahme. Die meisten öffentlich-rechtlichen Anstalten haben Stammkapital oder Grundkapital, z.B. Landesbausparkassen, Förderbanken, Landesbanken sowie Anstalten im Versorgungs- und Infrastruktursektor. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bildung von Stammkapital steht außer Frage. Davon zu unterscheiden ist die öffentlich-rechtliche Aufgabe und Zweckbindung. Diese besteht fort und bleibt von einer Stammkapitalbildung völlig unberührt. Auch das ist Standard des Anstaltsrechts.
2. Es verstieße nicht gegen das verfassungsrechtliche Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, eine Übertragung von Stammkapital außerhalb Schleswig-Holsteins allein „vergleichbaren Trägern“ mit Sitz in Hamburg zu ermöglichen. Denn es besteht seit vielen Jahren eine besondere, enge wirtschaftliche und politische Verflechtung sowohl zwischen den beiden Bundesländern, die zugleich Ausdruck eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes von Hamburg und Schleswig-Holstein ist, als auch zwischen den Sparkassen der beiden Bundesländer, insbesondere durch die Überlappung von Geschäftsgebieten sowie durch wechselseitige Beteiligungen (z.B. der HASPA Finanzholding und freien Sparkassen, der gemeinsamen

Beteiligung an dem Dienstleister NRS Norddeutsche Retail-Service AG etc.). Diese besondere, wechselseitige Verflechtung zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg ist ein hinreichender sachlicher Grund dafür, die Beteiligungsoption an Sparkassen auf vergleichbare Träger in Schleswig-Holstein und Hamburg zu konzentrieren.

3. Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation ist durch die Bindung aller Organe der öffentlich-rechtlichen Sparkasse und damit auch der Vertreter in diesen Organen an die öffentliche, gemeinwohlorientierte Aufgabe der Sparkasse in § 2 SpkG sowie durch die Aufsicht des Innenministeriums gemäß § 40 SpkG sichergestellt. Hieran ändert sich durch eine Stammkapitalbeteiligung gemäß § 4 Abs. 5 EntwSpkG nichts. Insbesondere unterliegen auch die Vertreter im Verwaltungsrat, die von dem neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten entsandt werden, den gesetzlichen Bindungen (insbesondere § 9 Abs. 5, § 10 Abs. 4 SpkG).
4. Die personell-demokratische Legitimation wird in dem Gesetzentwurf mehrfach abgesichert: Zum einen liegt das Letztentscheidungsrecht für wesentliche Entscheidungen wie die Bestellung und Rücknahme der Bestellung von Vorstandsmitgliedern sowie die Genehmigung von Richtlinien der Geschäftspolitik von vornherein bei der Vertretung des Trägers, nicht jedoch beim Verwaltungsrat. Zum anderen empfehlen wir eine Ergänzung von § 7 Abs. 3 SpkG, die verlangt, dass für alle Entscheidungen des Verwaltungsrates stets eine strukturelle Mehrheit der demokratisch-legitimierten Mitglieder vorliegt. Die bisherige Fassung des Gesetzentwurfes bleibt hinter dieser Anforderung leicht zurück, da sie Konstellationen ermöglicht, in denen diese Mehrheit nicht gewährleistet wäre. Allerdings ist insoweit unproblematisch eine Ergänzung von § 7 Abs. 3 EntwSpkG möglich, wonach bei der Festlegung der Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und seiner Zusammensetzung die weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 9 SpkG) und die oder der Vorsitzende die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates bilden müssen.

C. RECHTLICHE STELLUNGNAHME ZU KERNTHEMEN

In einem ersten Schritt prüfen wir den Gesetzentwurf aus europarechtlicher Sicht (I.). Sodann untersuchen wir, ob die erwogenen Änderungen des SpkG SH verfassungsgemäß wären (II.).

I. EUROPARECHTLICHE BEWERTUNG

Der Gesetzentwurf ermöglicht gem. § 4 Abs. 5, 6 EntwSpkG die Bildung von Stammkapitalanteilen an öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein durch und Übertragung an

- andere öffentlich-rechtliche Sparkassen,
- deren Träger im Sinne des § 1 Abs. 1 Sparkassengesetz i.d.F: vom 11.09.2008 (GVBl 2008, 372; „SpkG“); also an die Gemeinden, Ämter, Kreise oder Zweckverbände, die bereits Träger öffentlich-rechtlicher Sparkassen sind (andere Kommunen, die nicht bereits Träger einer Sparkasse sind, gehören damit nicht zu dem Kreis der Berechtigten), sowie an
- vergleichbare Träger. Diese werden näher in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG definiert als
 - juristische Personen ohne private Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbar Berechtigte, die
 - an einer Sparkasse im Sinne des § 40 Abs. 1 Kreditwesengesetz mehrheitlich beteiligt sind,
 - unter staatlicher Aufsicht
 - auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben sowie darauf verpflichtet sind,
 - etwaige Ausschüttungen und Liquidationserlöse gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuführen.

Die nach dem Gesetzentwurf zulässigen Beteiligten können maximal zu 25,1 % am Stammkapital einer Sparkasse beteiligt sein, unabhängig davon, auf welcher Grundlage die Beteiligung erfolgt (durch Einlage oder Übertragung).

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die **Bildung und Übertragung von Stammkapital die öffentlich-rechtliche Trägerstellung der bisherigen kommunalen Träger unberührt läßt**. Wer gemäß § 4 Abs. 5, 6 EntwSpkG Stammkapitalanteile erwirbt, wird nicht etwa Träger der Sparkasse. Seine Rechtsstellung bleibt nach dem Gesetzentwurf hinter der fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Trägerstellung der Kommune zurück. Folgerichtig bezeichnet das Gesetz diesen Beteiligten als den „neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten“.

Der öffentlich-rechtliche Träger bleibt auch nach Bildung oder Übertragung von Stammkapital an einen der in § 4 Abs. 5 S. 1 EntwSpkG genannten Beteiligten zu 100 % öffentlich-rechtlicher Träger der Sparkasse. Allein seine von der Trägerstellung zu trennende wirtschaftliche Beteiligung am Stammkapital reduziert sich in Höhe der Quote des neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten. Er bleibt indes neben seiner öffentlich-rechtlichen Trägerstellung - mindestens zu 74,9% am Stammkapital beteiligt.

Aus Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts ist eine solche Regelung, die die Bildung und Übertragung von Stammkapitalanteilen an öffentlich-rechtlichen Sparkassen auf einen *begrenzten* Kreis von Beteiligten ermöglicht, zu prüfen im Hinblick auf

- die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) (dazu unter 1.),
- die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV (dazu unter 2.) und
- das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 AEUV (dazu unter 3.).

Die genannten Bestimmungen des AEUV könnten verlangen, dass der Kreis der möglichen Beteiligten an Stammkapitalanteilen ausgedehnt wird auf andere Personen, insbesondere (weitere) juristische Personen des Privatrechts (z.B. private Banken aus dem In- und Ausland): wenn nämlich deren Rechte aus Art. 63 Abs. 1, 49 und/oder 18 AEUV durch die Beschränkung des Beteiligtenkreises verletzt wären.

Zu beachten ist zudem das EU-Beihilferecht (dazu unter 4.).

1. Kapitalverkehrsfreiheit

Art. 63 Abs. 1 AEUV bestimmt:

„Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedsstaaten sowie zwischen den Mitgliedsstaaten und dritten Ländern verboten.“

1.1. Begriff des Kapitalverkehrs

- a) Der Begriff des Kapitalverkehrs wird im AEUV nicht definiert. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs („EuGH“) ist jedoch anerkannt, dass insoweit auf die Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des EU-Vertrages, die sog. Kapitalverkehrsrichtlinie (ABl. AEUV 1988 L 178, S. 5 ff), zurückgegriffen werden kann:

„Der EG-Vertrag enthält zwar keine Definition der Begriffe des Kapital- und des Zahlungsverkehrs, doch hat die Richtlinie 88/361/EWG zusammen mit der Nomenklatur in ihrem Anhang unstreitig Hinweischarakter für die Definition des Begriffes des Kapitalverkehrs (...).“

(EuGH, Urt. v. 4.6.2002, Rs. C-367/98, Kommission/Portugal („Goldene Aktien I“), Rn. 37; vgl. zuletzt auch EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-112/05, Kommission/Deutschland („VW-Gesetz“), Rn. 18; Urt. v. 6.12.2007, verb. Rs. C-463/04 u. C-464/04, Federconsumatori u.a./Comune di Milano, Rn. 20)

Diese Ansicht wird von der Europäischen Kommission und der europarechtlichen Literatur geteilt.

Vgl. Mitteilung der Kommission über bestimmte rechtliche Aspekte von Investitionen innerhalb der EU, ABl. AEUV 1997 C 220, S. 15 ff., Ziff. 3: „nützliches Interpretationsinstrument“; Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union. Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 63 EGV Rn. 12; Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 63 AEUV Rn. 3: „Auslegungshilfe“, „Hilfsinstrument zur Erfassung und Klassifizierung des Kapitalverkehrs“; Sedlaczek, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur

Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2003, Art. 63 EGV
Rn. 5.

- b) Nach der Rubrik I der Nomenklatur für den Kapitalverkehr in Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie umfasst der Kapitalverkehr auch **Direktinvestitionen**. Dazu rechnet die Nomenklatur u.a.:

- „1. Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen oder neuen Unternehmen, die ausschließlich dem Geldgeber gehören, und vollständige Übernahme bestehender Unternehmen,
2. **Beteiligung an** neuen oder bereits bestehenden **Unternehmen** zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen.“

Der Begriff der Beteiligung wird in der Begriffsbestimmung zu Nr. I.2 der Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie definiert:

„Bei den unter I.2 der Nomenklatur genannten Unternehmen, die als Aktiengesellschaft betrieben werden, ist eine Beteiligung im Sinne einer Direktinvestition dann vorhanden, wenn das im Besitz einer natürlichen Person oder eines anderen Unternehmens oder sonstigen Inhabers befindliche Aktienpaket entweder nach den bestehenden nationalen Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften oder aus anderen Gründen den Aktieninhabern die **Möglichkeit gibt, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen.**“

Hieraus wird vom EuGH der Schluss gezogen, dass es sich bei Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen allgemein dann um Kapitalverkehr im Sinne des Art. 63 Abs. 1 AEUV handelt, wenn aufgrund der Beteiligung die Möglichkeit besteht, an der Verwaltung des betreffenden Unternehmens oder an dessen Kontrolle teilzuhaben.

Vgl. nur EuGH, Urt. v. 4.6.2002, Rs. -367/98, Kommission/Portugal („Goldene Aktien I“), Rn. 38, sowie zuletzt z.B. EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. -112/05, Kommission/Deutschland („VW-Gesetz“), Rn. 18; Urt. v. 6.12.2007, verb. Rs. C-463/04 u. C-464/04, Federconsumatori u.a./Comune di Milano, Rn. 20.

- c) Darüber hinaus erfasst die Kapitalverkehrsfreiheit im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit anerkanntermaßen aber auch reine **Finanzinvestitionen** (Portfolioinvestitionen), bei denen es – anders als bei Direktinvestitionen – in erster Linie um eine An-

lage- oder Investitionsentscheidung geht (z.B. Vergabe von Darlehen, Gewährung von Genusskapital, stille Vermögenseinlagen).

Vgl. nur Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 63 EGV Rn. 25; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Stand: 37. Lfg. Nov. 2008, Bd. 1, Art. 63 EGV Rn. 30.

1.2. Begründung oder Übertragung von Stammkapitalanteilen als Kapitalverkehr im Sinne des Art. 63 Abs. 1 AEUV

Bei der Begründung oder Übertragung von Stammkapitalanteilen an öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein, wie sie die erwogene Änderung des SpkG für einen begrenzten Kreis von Beteiligten ermöglichen will, handelt es sich um Kapitalverkehr in dem vorstehend dargelegten Sinne.

- a) Die durch § 4 Abs 5, 6 EntwSpkG ermöglichte Beteiligung von bis zu 25 % am Stammkapital einer Sparkasse ist aus Sicht des EU-Rechts eine **Direktinvestition in Form der Beteiligung an einem Unternehmen**.

Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein sind Unternehmen im Sinne von Nr. I.2 der Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie.

Der Unternehmensbegriff wird in der Kapitalverkehrsrichtlinie nicht näher bestimmt. Es ist jedoch anerkannt, dass es sich bei dem an zahlreichen Stellen des AEUV verwandten Begriff des Unternehmens um einen autonomen Begriff des Gemeinschaftsrechts handelt. Dieser umfasst jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder Finanzierungsart, ohne dass diese bloß Verbraucher oder Arbeitnehmer ist; vgl. nur König/Kühling, in: Streinz, a.a.O., Art. 87 Rn. 48. Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein erfüllen zweifelsohne diese Voraussetzungen. In § 2 Satz 1 SpkG SH werden sie ausdrücklich als „selbständige Unternehmen“ bezeichnet. Zudem ergibt auch ein Blick auf die beihilferechtliche Diskussion um den Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, dass Sparkassen als Unternehmen einzustufen sind. Im Rahmen dieser Diskussion wurde nicht in Frage gestellt, dass es sich bei den Sparkassen um Unternehmen im Sinne des (damaligen) EG-Vertrages handelte; vgl. dazu nur Oebbeke, VerwArch 93 (2002), S. 278 ff. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum der Unternehmensbegriff im Rahmen des Art. 63 Abs. 1 AEUV enger gefasst sein sollte als im beihilferechtlichen Zusammenhang. Dem entspricht im Übrigen

auch, dass die Europäische Kommission im sog. „Sparkassenstreit“ mit der Bundesregierung den Bezeichnungsschutz gemäß § 40 KWG am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV geprüft hat; vgl. Bankwesen: Kommission fordert Deutschland auf, seine Regeln für die Nutzung des Namens Sparkasse zu ändern, Presseerklärung IP/06/870 v. 28.6.2006, sowie Einigung im „Sparkassenstreit“, Presseerklärung IP/06/1692 v. 6.12.2006.

Den am Stammkapital Beteiligten würde durch § 7 EntwSpkG auch eine Teilhabe an der Verwaltung der Sparkasse ermöglicht, da mindestens ein Vertreter der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten dem Verwaltungsrat angehören würde. Die Tatsache, dass der Einfluss dieses Vertreters im Verwaltungsrat begrenzt sein könnte, zum einen aufgrund der Beschränkung der Stammkapitalbeteiligung auf maximal 25,1 %, zum anderen aufgrund der Begrenzung auf maximal 3 Vertreter, steht der EU-rechtlichen Qualifizierung einer Teilhabe an der Verwaltung des Unternehmens nicht entgegen. Für die EU-rechtlich erforderliche Annahme einer Mitverwaltung reicht eine Minderheitsrolle aus.

Eine Beteiligung am Stammkapital gem. § 4 Abs 5, 6 EntwSpkG wäre damit Kapitalverkehr Art. 63 Abs. 1 AEUV – und zwar in Form einer Direktinvestition durch Beteiligung an einem Unternehmen.

- b) **Auch der Erwerb einer atypischen stillen Beteiligung nach dem alternativen (Arbeits-)Entwurf des SGVSH wäre unzweifelhaft Kapitalverkehr Art. 63 Abs. 1 AEUV.** Dieser Entwurf ermöglicht einem begrenzten Beteiligtenkreis die Begründung einer (atypisch) stillen Gesellschaft, verbunden mit bis zu drei Sitzen im Verwaltungsrat (Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 17/760, Anlage 2, § 4 Abs. 4, 5, § 7 Abs. 3). Auch das wäre aus EU-rechtlicher Sicht eine Direktinvestition in Form der Beteiligung an einem Unternehmen. Die im SGVSH-Entwurf vorgesehene Beteiligung im Verwaltungsrat ist dem Gesetzentwurf nachgebildet und ermöglicht die selbe, aus EU-rechtlicher Sicht ausreichende Mitverwaltung.

1.3. **Öffnung für den privaten Sektor?**

Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit wäre jedoch nur dann eröffnet, wenn die Möglichkeit der Beteiligung an dem Stammkapital der Sparkassen nicht auf den öffentlichen Sektor beschränkt wäre, sondern auch Privaten eingeräumt würde; jedenfalls läge keine *Beeinträchtigung* des freien Kapitalverkehrs vor, wenn die Übertragung von Stammkapitalanteilen nur innerhalb des öffentlichen Sektors möglich wäre.

Vgl. zu dieser allein rechtsdogmatischen, aber praktisch nicht relevanten Frage Geerlings, NordÖR 2004, S. 181 (187).

Das ergibt sich aus dem sog. Prinzip der Neutralität des AEUV gemäß Art. 345 AEUV.

a) Neutralitätsgebot des Art. 345 AEUV

Art. 345 AEUV lautet:

„Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“

aa) Historischer Hintergrund

Die Vorschrift verdankt ihre Entstehung der Sorge insbesondere Deutschlands vor weit reichenden Änderungen der Wirtschaftsordnung in den Mitgliedstaaten infolge von Sozialisierungsmaßnahmen auf Veranlassung der Gemeinschaftsorgane.

Vgl. dazu sowie zum Folgenden Ruffert, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Perspektiven im zusammenwachsenden Europa, 2002, S. 10 (12 f.); siehe ferner z.B. auch Kingreen, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 295 EGV Rn. 2 m.w.Nachw., der darauf hinweist, dass die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen in der Nachkriegs- und Gründungsphase sehr unterschiedlich ausgestaltet waren: Während der Grad der Verstaatlichung in den Benelux-Staaten und in Deutschland eher gering war, hatten Frankreich und Italien nach dem Zweiten Weltkrieg umfassende Sozialisierungen unternommen, die einen zentralen Bestandteil der wirtschaftlichen Sanierungsmaßnahmen in den beiden Ländern nach dem Krieg bildeten.

Entsprechend bestimmte schon Art. 83 des Montanunion-Vertrags („EGKSV“) von 1951:

„Die Einrichtung der Gemeinschaft berührt in keiner Weise die Ordnung des Eigentums an den *Unternehmen*, für welche die Bestimmungen dieses Vertrages gelten.“

Hieran anknüpfend formulierte eine Vorläuferfassung von Art. 345 AEUV:

„Dieser Vertrag lässt die in der Gemeinschaft bestehende Eigentumsordnung *an den Produktionsmitteln* unberührt.“

Dem Begriff der Produktionsmittel kommt indes für das Verständnis des Art. 345 AEUV heute keine Bedeutung (mehr) zu.

Vgl. EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-302/97, Konle/Österreich, Rn. 38. In der Entscheidung ging es um Beschränkungen des Erwerbs von Grundstücken in Österreich.

Für die letztlich vereinbarte Fassung des Art. 345 AEUV ist geklärt, dass sie sich nicht etwa allein auf den Zustand bei Abschluss der Römischen Verträge, also auf die Eigentumsordnung im Jahr 1958 bezieht, sondern vielmehr dynamisch den jeweiligen Zustand der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten schützt.

Vgl. zu dieser Diskussion nur Ruffert, a.a.O., S. 23 m.w.Nachw.

bb) Reichweite des Neutralitätsgebots

Zur Reichweite des Neutralitätsgebots gemäß Art. 345 AEUV gibt es seit einigen Jahren eine intensive Diskussion.

Vgl. zu den verschiedenen in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansätzen nur Kingreen, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 295 EGV Rn. 6 ff. m.w.Nachw.

Gesichert ist, dass Art. 345 AEUV jedenfalls die „wirtschaftspolitisch motivierte Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft“ der ausschließlichen Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten vorbehält.

So die Formulierung von Kingreen, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 345 AEUV Rn. 10.

- (1) Die Europäische Kommission hat dies bereits in ihrer „Mitteilung über bestimmte rechtliche Aspekte von Investitionen innerhalb der EU“ aus dem Jahr 1997 mit den folgenden Worten klargestellt:

„In diesem Zusammenhang sollte festgehalten werden, dass der **Übergang eines Unternehmens vom öffentlichen zum privaten Sektor eine politische und wirtschaftliche Entscheidung in ausschließlicher Zuständigkeit der Mitgliedstaaten darstellt**. Dies folgt aus dem Prinzip der Neutralität des Vertrags gegenüber der Eigentumsordnung, welches in Art. 222 EGV festgehalten ist.“

(Mitteilung über bestimmte rechtliche Aspekte von Investitionen innerhalb der EU, ABl. 1997 C 220, S. 15, Ziff. 1 Fn. 1)

Zwar führt der EuGH in ständiger Rechtsprechung aus, dass Art. 345 AEUV nicht bewirke, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen den Grundprinzipien des AEUV entzogen seien.

Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 6.3.2003, Rs. T-228/99 u. T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Kommission, Rn. 192; Urt. v. 4.6.2002, Rs. C-367/98, Kommission/Portugal („Goldene Aktien I“), Rn. 48; Urt. v. 5.8.2003, Rs. T-116/01 und T-118/01, P&O European Ferries (Vizcaya)/Kommission, Rn. 151.

Damit stellt der Gerichtshof jedoch vor allem klar, dass Art. 345 AEUV nicht Eingriffe in die Grundfreiheiten des AEUV legitimiert. Die Mitgliedstaaten dürfen nicht einerseits Privatisierungen durchführen, sich aber zugleich auf Art. 345 AEUV berufen, um dennoch den zuvor bestehenden staatlichen Einfluss zu erhalten. Mit anderen Worten: Nicht das „Ob“, durchaus aber das „Wie“ einer Privatisierung, ihre Modalitäten, unterliegen der Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten.

Vgl. auch Gundel, RdE 2002, S. 280 (282); Hailbronner, NJW 1991, S. 593 (596 ff.); Weiß, AöR 128 (2003), S. 91 (93 f.).

Das „Ob“ einer Privatisierung bleibt gemeinschaftsrechtlich eine Entscheidung der Mitgliedstaaten.

- (2) In ihrer Stellungnahme im Vertragsverletzungsverfahren zu § 40 KWG vom 28. Juni 2006 hat die Europäische Kommission diese Bewertung, gerade auch mit Blick auf die Entscheidung über das „Ob“ einer Privatisierung von Sparkassen, ausdrücklich bekräftigt. Dort hat die Kommission betont,

„dass gemäß Artikel 295 EGV [=Vorgänger von Art. 345 AEUV], nach dem allein die Mitgliedstaaten für die Eigentumsordnung zuständig sind, Deutschland **vollkommen frei über die Privatisierung oder Nichtprivatisierung einer Sparkasse entscheiden** kann. Sobald jedoch Deutschland beschließt, eine Sparkasse zu privatisieren (...), müssen die Vereinbarungen für die Privatisierung mit dem EU-Recht übereinstimmen.“

(Bankwesen: Kommission fordert Deutschland auf, seine Regeln für die Nutzung des Namens Sparkasse zu ändern, Presseerklärung IP/06/870 v. 28.6.2006, S. 2)

Gleichermaßen heißt es in der Einigung zwischen Kommission und Bundesregierung in dem genannten Vertragsverletzungsverfahren vom 6. Dezember 2006:

„Das Gemeinschaftsrecht erfordert keine Sparkassenprivatisierung (...). Es steht im **ausschließlichen Ermessen der Mitgliedstaaten, Sparkassen zu privatisieren.**“

(Einigung im „Sparkassenstreit“, Presseerklärung IP/06/ 1692 v. 6.12.2006, S. 1)

Dem entspricht, dass **EU-Binnenmarktkommissar McCreevy** im Zusammenhang mit der Novellierung des Hessischen Sparkassengesetzes („HSpG“) in 2006/07 der Hessischen Landesregierung ausdrücklich die EU-rechtliche Unbedenklichkeit der in §§ 3 Abs. 4, 20a und 20b HSpG 2007 verankerten Stammkapitaloptionen attestiert hat. In einem Schreiben vom 7. August 2006 an das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung bestätigte er unter Hinweis auf (ehemals) Art. 295 EG, dass gegen die Einführung der Möglichkeit, Stammkapital zu schaffen und Kapitalanteile innerhalb der öffentlich-rechtlichen Bankengruppe zu übertragen, aus Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts keine Bedenken bestehen:

„Als ein wesentliches Element dieser Novellierung haben Sie die Möglichkeit hervorgehoben, Stammkapital zu schaffen und Kapitalanteile innerhalb der öffentlich-rechtlichen Bankengruppe zu übertragen. (...) Aus Sicht des Binnenmarktes bestehen gegen die oben genannten Kernelemente keine Bedenken. Wie ich Ihnen bereits bei unserer Zusammenkunft (...) mitgeteilt hatte, **erzwingt der AEUV keinesfalls eine Privatisierung öffentlich-rechtlicher Bankengruppen, da die Entscheidung hierüber allein den Mitgliedstaaten obliegt (Art. 295).**“

(Schreiben des EU-Binnenmarktkommissars McCreevy an den Hessischen Staatsminister für Wirtschaft, Verkehr und Landesplanung Riehl v. 7.8.2006)

Ein ähnliches Schreiben übersandte Binnenmarktkommissar McCreevy dem NRW-Finanzminister Linssen im Zusammenhang mit der jüngsten Novellierung des Sparkassengesetzes von Nordrhein-Westfalen („SpkG NW“). Dort heißt es:

„Beim **Übergang** eines Unternehmens, einschließlich des Übergangs **einer Sparkasse** oder ihrer Teile, **vom öffentlichen in den privaten Sektor** handelt es sich um eine **politische und wirtschaftliche Entscheidung in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.**“

(Schreiben des EU-Binnenmarktkommissars McCreevy an den Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen Linssen v. 6.9.2007)

Auch im vorliegenden Verfahren hat die Europäische Kommission im Einklang mit ihren bisherigen Stellungnahmen das **Prinzip der Neutralität des Vertrages** bezüglich des Eigentumssystems und die Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor ausdrücklich **hervorgehoben**:

„Die **Zuordnung einer Rechtseinheit zum öffentlichen oder privaten Sektor ist eine wirtschaftspolitische Wahlmöglichkeit**, die als solche in den **exklusiven Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten** fällt, was auf dem Prinzip der Neutralität des Vertrages bezüglich des Eigentumssystems beruht, wie es in Art. 345 des Vertrages zur Funktionsweise der Europäischen Union geregelt ist.“

(Schreiben EU-Kommission, Generaldirektion Binnenmarkt, an Innen- und Rechtsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtages vom 16.04.2010, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umbruck 17/692)

- (3) Von der europarechtlichen **Literatur** wird die Ansicht der Europäischen Kommission zum Neutralitätsgebot des Art. 345 AEUV ganz überwiegend geteilt.

Vgl. z.B. Böhmann, Privatisierungsdruck des Europarechts, 2001, S. 97; Henneke, in: Geis (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1137 (1140 f.); Hailbronner, a.a.O., S. 597; Hochbaum, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum AEUV, Bd. 5, 5. Aufl. 1997, Art. 222 Rn. 5; Koenig/Kühling, in: Streinz, a.a.O., Art. 345 AEUV Rn. 13; Montag/Leibenath, EWS 2003, S. 402 (403); Ruge, EuZW 2002, S. 421 (423); Schmidhuber/Hitzler, ZöglU 1990, S. 397 (399); Schweitzer, in: Grabitz/Hilf, a.a.O., Art. 345 AEUV Rn. 2; Weillige, EuZW 2003, S. 427 (430); Weiß, a.a.O., S. 93 f.; speziell mit Blick auf die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland auch Geerlings, a.a.O., S. 186 f.

Art. 345 AEUV ist dabei nicht etwa auf einen funktionellen und individuellen Unternehmensbegriff beschränkt, also nur auf einzelne Kreditinstitute anwendbar. Vielmehr bezieht er sich – wie auch der Begriff „*Eigentumsordnung*“ zeigt – auf den betreffenden öffentlichen Sektor als solchen, vorliegend also auf das öffentlich-rechtliche Sparkassenwesen. So sprechen etwa die Generalanwälte beim EuGH im

Zusammenhang mit Art. 345 AEUV immer wieder von der Öffnung ganzer Marktsektoren:

„Entscheidet ein Staat sich dafür, einen bestimmten Marktsektor zu öffnen, so muss er in einer Weise tätig werden, die mit dieser Entscheidung vereinbar ist. (...) Er *[d.i. der AEUV]* gibt ihnen *[d.s. die Mitgliedstaaten]* jedoch kein Recht dazu, den Zugang von Marktteilnehmern zu bestimmten Wirtschaftssektoren selektiv zu beschränken, sobald diese Sektoren privatisiert sind.“

(Generalanwältin Maduro, Schlussantrag v. 6.4.2006, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04, Rn. 28 f.)

Ähnliche Formulierungen gebraucht das europarechtliche Schrifttum:

„Die Entscheidung eines Mitgliedstaates, einen bestimmten Tätigkeitsbereich der öffentlichen Verwaltung oder dem privaten Sektor zuzuordnen, ist daher von der Gemeinschaft als Angelegenheit jedes Mitgliedstaates zu respektieren.“

(Hailbronner, a.a.O., S. 597.)

Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass Art. 345 AEUV nicht auf einzelne Unternehmen beschränkt ist. Vielmehr erstreckt sich die nach der Vorschrift den Mitgliedstaaten obliegende Eigentums(zu)ordnung generell auf die Zuordnung von Eigentum an öffentlichen Unternehmen – auch dann, wenn (wie hier) eine ganze Branche (der öffentlich-rechtliche Sparkassensektor in Schleswig-Holstein) betroffen ist.

- (4) Eine andere Beurteilung des Art. 345 AEUV lässt sich auch nicht der Rechtsprechung des EuGH in den „**Golden Shares**“-Fällen, zuletzt zum deutschen **VW-Gesetz**, entnehmen.

EuGH, Urt. v. 4.6.2002, Rs. C-367/98, Kommission/Portugal („Goldene Aktien I“); Urt. v. 4.6.2002, Rs. C-483/99, Kommission/Frankreich („Goldene Aktien II“); Urt. v. 4.6.2002, Rs. C-503/99, Kommission/Belgien („Goldene Aktien III“); Urt. v. 13.5.2003, Rs. C-463/00, Kommission/Spanien („Goldene Aktien IV“); Urt. v. 13.5.2003, Rs. C-98/01, Kommission/Großbritannien („Goldene Aktien V“); Urt. v. 2.6.2005, Rs. C-174/04, Kommission/Italien („Goldene Aktien VI“); Urt. v. 8.9.2006, Rs. C-282/04 u.a., Kommission/Niederlande („Goldene Aktien VII“); EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. -112/05, Kommission/Deutschland („VW-Gesetz“).

Denn in den zugrunde liegenden Fällen hatten die betreffenden Mitgliedstaaten sich bereits zu einem Übergang von dem öffentlichen in den privaten Sektor entschlossen. Die die Privatisierung begleitenden bzw. ihr nachfolgenden Regelungen schränkten jedoch den Umfang und/oder die Konditionen der privaten Beteiligungsmöglichkeit zugunsten des Staates und zu Lasten des privaten Marktes ein (z.B. durch Begrenzung des Stimmanteils natürlicher oder juristischer Personen auf einen Höchstprozentsatz, einen Genehmigungsvorbehalt bei Überschreitung einer bestimmten Beteiligungsquote oder ein Widerspruchsrecht gegenüber bestimmten Entscheidungen des Vorstands). Der EuGH stellte also nicht in Frage, dass die Entscheidung über das „Ob“ einer Privatisierung gemäß Art. 345 AEUV den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt. Vielmehr wies er lediglich die *weitergehende* Auffassung zurück, dass aus Art. 345 AEUV (auch) die Befugnis der Mitgliedstaaten folge, private Beteiligungsmöglichkeiten an vormals öffentlichen und nunmehr (teil-) privatisierten Unternehmen zu beschränken.

So insbesondere Generalanwalt Colomer; vgl. z.B. Schlussantrag v. 6.4.2006, verb. Rs. C-367/98, 483/99 u. C- 503/99, Rn. 40 ff.; siehe zuletzt auch Schlussanträge v. 13.2.2007, Rs. C-112/05, Kommission gegen Deutschland („VW-Gesetz“), Rn. 47 ff. Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 345 AEUV Rn. 8; siehe zu den unterschiedlichen Auffassungen von EuGH und Generalanwalt Colomer zur Reichweite des Art. 345 AEUV ferner auch Ruffert, a.a.O., S. 20 f.; Schweitzer, in: Grabitz/Hilf, a.a.O., Art. 345 AEUV Rn. 6.

b) Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV

Damit stellt sich **die für das vorliegende Verfahren zentrale Kernfrage, welche Kriterien für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV maßgeblich sind.**

Ob ein Beteiligter, z.B. die HASPA Finanzholding, zum öffentlichen Sektor gehört oder nicht, kann erst beantwortet werden, wenn man sich abstrakt über die Kriterien klar geworden ist, die für den öffentlichen Sektor maßgeblich sind. Es ist nicht möglich, einen Einzelfall zu beantworten, wenn nicht zuvor die Grundsätze und Maßstäbe für die Bewertung des Einzelfalles feststehen. Wer den umgekehrten Weg geht und ohne Klärung der Kriterien für den öffentlichen Sektor Einzelfälle löst, stellt die Verhältnisse auf den Kopf und argumentiert ohne die erforderlichen Grundlagen.

Es muss damit **zuerst** die Frage danach beantwortet werden, welche **Kriterien für den öffentlichen Sektor** maßgeblich und welche nicht maßgeblich sind. Hierzu lassen sich aus Art. 345 AEUV, seinem Sinn und Zweck sowie der bisherigen Kommissions- und Rechtsprechungspraxis einige zentrale Grundsätze und Leitlinien festhalten.

In einem **zweiten Schritt** ist sodann zu prüfen, ob der Gesetzentwurf diesen Kriterien entspricht (unten, unter c. aa. und bb.). Ist das der Fall, liegt kein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vor. Und erst im **dritten Schritt** stellt sich die Frage, ob ein bestimmter Einzelfall (zB HASPA Finanzholding) von dem Gesetzentwurf erfasst wird (unten, unter c. dd).

Zunächst ist also auf die Frage einzugehen, welche Kriterien für den öffentlichen Sektor maßgeblich und welche nicht maßgeblich sind:

aa) Rechtsform ist nicht entscheidend

- (1) Die Rechtsform ist nicht entscheidend für die Einordnung als öffentlicher oder privater Akteur im Sinne des Art. 345 AEUV.

Zwar kann aus der öffentlich-rechtlichen Rechtsform regelmäßig auf die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor geschlossen werden. Jedoch ist die **öffentlich-rechtliche Rechtsform keineswegs erforderlich, um Teil des öffentlichen Sektors im Sinne des Art. 345 AEUV zu sein.**

Vgl. die ähnlich gelagerte Diskussion um die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 des Grundgesetzes („GG“). Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht („BVerfG“) ausgeführt, dass die Anwendbarkeit der Grundrechte nicht „allein von der Rechtsform abhängen [kann], der lediglich eine indizielle Bedeutung zukommt“ (BVerfGE 68, 193 (212)).

So hat die Europäische Kommission etwa privatrechtlich organisierte Landesbanken wie die Westdeutsche Landesbank AG („WestLB“) oder die Landesbank Berlin AG („LBB“) in der Vergangenheit stets schon dann als Teil des öffentlichen Sektors angesehen, wenn sie in der Hand öffentlich-rechtlicher Anteilseigner stehen und eine öffentliche Aufgabe erfüllen.

Im Übrigen sind privatrechtliche Gesellschaften dann, wenn sie, wie die WestLB AG (vgl. jetzt § 37 Abs. 1 SpkG NW n.F.) und die LBB AG (vgl. § 3 Abs. 2 des Berliner Sparkassengesetzes („BerlSpkG“)) mit einer öffentlichen Aufgabe *beliehen* sind, als

Träger mittelbarer Staatsverwaltung auch nach deutschem Verwaltungsorganisationsrecht unstreitig als öffentliche Akteure zu qualifizieren.

Vgl. nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2008, § 23 Rn. 56: „Beliehene oder beliehene Unternehmer sind Privatpersonen (Einzelpersonen oder juristische Personen des Privatrechts), denen die Kompetenz zur selbständigen hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen übertragen worden ist (...). Sie sind und bleiben – statusmäßig – Privatrechtssubjekte; sie können aber – funktionell – (...) hoheitlich handeln und sind insoweit in die mittelbare Staatsverwaltung einbezogen. Da sie selbständig tätig werden und im eigenen Namen handeln, sind sie *Verwaltungsträger*, soweit ihr hoheitlicher Kompetenzbereich reicht.“

Auch dies legt es nahe, dass es auf die Rechtsform nicht maßgeblich ankommen kann.

- (2) Vor diesem Hintergrund hat das **LG Berlin** in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006 in der Kartellsache der LBB gegen den Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V. („DSGV“) zur „öffentlich-rechtlichen Eigenschaft“ der LBB im Sinne des § 5 Abs. 1 lit. a der Satzung des DSGV ausgeführt:

„Eine **öffentlich-rechtliche Rechtsform** ist **nicht gefordert**. Zwar nennt § 5 Abs. 1 lit. a der Satzung als Ausscheidungsgrund den Verlust der ‚öffentlich-rechtlichen Eigenschaft‘, gleichwohl sind **mit der WestLB AG und HSH Nordbank AG seit längerem auch zwei privatrechtliche Aktiengesellschaften** Mitglieder des Beklagten, die nach Ansicht des Beklagten ein **öffentlich-rechtliches Gepräge** allein dadurch erhalten, dass erstere ausschließlich und unmittelbar öffentlich-rechtliche Anteilseigner und letztere neben öffentlich-rechtlichen Körperschaften allein die WestLB AG als privaten Minderheitsaktionär habe, welche aber im Eigentum öffentlich-rechtlicher Aktionäre stehe, wodurch bei beiden eine **gemeinnützige Gewinnverwendung** garantiert sei, **wie sie für das öffentlich-rechtliche Sparkassenwesen in Deutschland kennzeichnend** sei.“

(I.G Berlin, Urt. v. 19.12.2006, Az.: 16 O 14/06 Kart, S. 9)

Der Rechtsstreit betraf die Frage, ob die LBB auch nach ihrer Umwandlung in eine Aktiengesellschaft noch die Kollektivmarken der Sparkassen-Finanzgruppe führen darf. Dies hing davon ab, ob die LBB weiterhin die Mitgliedschaftsvoraussetzung

beim DSGVO erfüllt oder ihre Mitgliedschaft gemäß § 5 Abs. 1 lit. a der Satzung des DSGVO durch Fortfall der rechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme als Mitglied, insbesondere den Verlust der „öffentlich-rechtlichen Eigenschaft“, erloschen ist. Auch wenn es damit nicht unmittelbar um die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV ging, kann den Grundsätzen, die das LG Berlin in seinem Urteil aufgestellt hat, auch für diese Frage Bedeutung beigemessen werden. Denn sie zeigen, dass **auch nationalrechtlich das öffentliche Gepräge nicht von der öffentlich-rechtlichen Rechtsform abhängig ist, sondern von der öffentlichen Aufgabe und gemeinnützigen Gewinnverwendung.**

bb) Eigentümerstellung der öffentlichen Hand ist nicht zwingend erforderlich

- (1) Im Einklang mit der bereits erwähnten Kommissionspraxis zu privatrechtlich organisierten Landesbanken kommt der Anteilseignerstruktur eines Rechtsträgers zwar dann eine besondere Bedeutung für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV zu, wenn der Rechtsträger ausschließlich in der Hand öffentlich-rechtlicher Anteilseigner steht und diese den Rechtsträger somit beherrschen oder kontrollieren können.

Dem entspricht etwa, wenn in der europarechtlichen Literatur ausgeführt wird, dass Art. 345 AEUV die „grundsätzliche Möglichkeit des Wirtschaftens in kommunaler Hand“ sichere.

So Ruffert, a.a.O., S. 26.

Auch die mangelnde Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts, deren Anteile vollständig von juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehalten werden, kann in diesem Zusammenhang als weiteres Argument angeführt werden.

Vgl. dazu BVerfGE 45, 63 (79 f.); 68, 193 (212 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 19 Rn. 18 m.w.Nachw.

Denn sie verdeutlicht, dass die betreffenden Gesellschaften nach deutschem Staats- und Verwaltungsrecht als Teil der Staatsorganisation (im weiteren Sinne) betrachtet werden. Art. 345 AEUV stellt diese Einordnung grundsätzlich nicht in Frage, sondern respektiert sie.

- (2) Aber auch die **Eigentümerstellung der öffentlichen Hand** ist, ähnlich wie die öffentlich-rechtliche Rechtsform, letztlich **keine notwendige Voraussetzung für die**

Zuordnung zum öffentlichen Sektor im Sinne von Art. 345 AEUV. Mit anderen Worten: Allein der Umstand, dass an einem Rechtsträger *keine* öffentlich-rechtlichen Anteilseigner beteiligt sind, macht diesen Rechtsträger nicht notwendig zu einem privaten Akteur im Sinne des Art. 345 AEUV. Das zeigt schon das Beispiel der öffentlich-rechtlichen Stiftung: Diese hat weder Anteilseigner (wie eine Gesellschaft) noch einen Träger (wie eine Anstalt des öffentlichen Rechts) noch Mitglieder (wie eine Körperschaft des öffentlichen Rechts), sondern allenfalls Nutznießer (Destinatäre); dennoch ist sie nach deutschem Verwaltungsrecht Verwaltungsträger und damit Teil der Staatsorganisation.

Vgl. nur Maurer, a.a.O., § 23 Rn. 55.

Auch dies wird durch Art. 345 AEUV nicht in Zweifel gezogen. Das ergibt sich z.B. aus dem novellierten Hessischen Sparkassengesetz, das nunmehr ausdrücklich öffentlich-rechtliche Stiftungen als potenzielle Inhaber von Trägeranteilen zulässt (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1, 1. Hs. HSpG 2008). Zweifelsohne gehören diese zum öffentlichen Sektor.

Die damalige **Novelle des Sparkassengesetzes in Hessen** hatte, ähnlich wie derzeit in Schleswig-Holstein, eine rege Diskussion über die Vereinbarkeit der neuen Stammkapitaloptionen mit EU-Recht ausgelöst. Auch hier hatte die EU-Kommission auf die Wahlfreiheit des Mitgliedstaats hingewiesen, sich indes einer detaillierten Vorabbewertung des Gesetzes, die im EU-Verfahrensrecht auch nicht vorgesehen ist, enthalten. Nach Inkrafttreten der Novelle, die einen begrenzten Beteiligtenkreis vorsah, verstummte die EU-rechtliche Diskussion und ist es in der Praxis zu keinen weiteren EU-rechtlichen Fragestellungen oder Verfahren gekommen.

cc) **Positive Abgrenzungskriterien und Merkmale für den öffentlichen Sektor**

Wenn aber sowohl die öffentlich-rechtliche Rechtsform als auch die Eigentümerstellung der öffentlichen Hand keine notwendigen Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor gemäß Art. 345 AEUV sind, so stellt sich umso mehr die Frage, welche *positiven* Voraussetzungen erfüllt sein müssen (bei Fehlen der öffentlich-rechtlichen Rechtsform und der Eigentümerstellung der öffentlichen Hand), um einen Rechtsträger als öffentlichen Akteur im Sinne des Art. 345 AEUV einordnen zu können.

Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob Rechtsträger, die weder über eine öffentlich-rechtliche Rechtsform verfügen bzw. Teil der (mittelbaren) Staatsverwaltung sind

noch durch die öffentliche Hand beherrscht werden, überhaupt im Rahmen des Art. 345 AEUV dem öffentlichen Sektor zugeordnet werden können.

Eine Verneinung dieser Frage findet weder in der Kommissions- und Rechtsprechungspraxis noch in der europarechtlichen Literatur zu Art. 345 AEUV eine Stütze. Auch die Bundesregierung hat bereits im Ratifizierungsverfahren zu den Römischen Verträgen deutlich gemacht, dass der öffentliche Sektor für die Zwecke des Art. 345 AEUV weit zu verstehen ist, indem sie auf die Begriffe der „Gemeinwirtschaft“ und des „Gemeineigentums“ abgestellt hat.

Entwurf eines Gesetzes zu den Verträgen vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft, BT-Drs. 2/3440 v. 4.5.1957, S. 154.

Die oben erwähnten Fälle und die Kommissionspraxis zeigen vielmehr, dass abstrakt-generell für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV jedenfalls drei Kriterien relevant sind (unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Rechtsform und der Eigentümerstellung der öffentlichen Hand):

- die Erfüllung öffentlicher Aufgaben,
- die Gemeinnützigkeit und
- eine *spezifische* staatliche Aufsicht.

Im Einzelnen:

(1) Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben war für das LG Berlin in seinem Urteil vom 19. Dezember 2006 entscheidend dafür, der LBB die „öffentlich-rechtliche Eigenschaft“ im Sinne des § 5 Abs. 1 lit. a der Satzung des DSGV zuzusprechen (s.o.). In ähnlicher Weise sind für das BVerfG im Hinblick auf die Frage der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen

„maßgebend die Art der wahrzunehmenden Aufgaben und die Funktion, welche die juristische Person jeweils ausübt. Sind diese Aufgaben und Funktionen solche der öffentlichen Verwaltung, so kann die Organisationsform keinen ausschlaggebenden Unterschied begründen.“

(BVerfGE 68, 193 (212))

Es liegt nahe, dass dem Kriterium der öffentlichen Aufgabe auch für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV eine wesentliche Bedeutung beigemessen werden kann.

Das **bestätigen die Einlassungen der EU-Kommission in dem „Sparkassenstreit“ um § 40 KWG**. Der Erfüllung der öffentlich, sparkassentypischen Aufgabe war hierbei von maßgeblicher Bedeutung (s.o.).

Dabei kommt es nicht darauf an, dass der betreffende Rechtsträger im Sinne des sog. formalen Staatsaufgabenbegriffs gerade mit einer solchen öffentlichen Aufgabe betraut ist, deren Wahrnehmung an sich dem *Staat* zukommt und die dieser dem Rechtsträger lediglich übertragen hat. Eine solche Wahrnehmung originär staatlicher Aufgaben mag zwar eines der Kennzeichen für die organisationsrechtliche Zuordnung zum Staat nach dem deutschen Staatsorganisationsrecht sein.

Indes sind Staat und öffentlicher Sektor nicht identisch. Öffentlicher Sektor ist mehr als nur staatlicher Sektor. Er geht darüber hinaus und knüpft, als ein wesentliches Element, an der öffentlichen (nicht zwingend staatlichen) Aufgabe an.

Die öffentliche Aufgabe allein reicht allerdings nicht aus. Es bedarf darüber hinaus der Gemeinnützigkeit, und zwar in doppelter Hinsicht.

(2) Negative und positive Gemeinnützigkeit

Weiterhin ist das Kriterium der Gemeinnützigkeit wesentlich.

Dieses wird zweifach abgegrenzt: *negativ* durch das Fehlen (unmittelbarer oder mittelbarer) privater Eigentümer mit Renditeorientierung und *positiv* durch eine ausschließliche Gemeinnützigkeitsverpflichtung und -orientierung.

- Negative Gemeinnützigkeit: Gemeinnützige Unternehmen haben in der Regel **keine privaten Eigentümer, die in Verfolgung eigener Renditeinteressen eine Ausschüttung, eine Beteiligung am Liquidationserlös oder in sonstiger Weise eine wirtschaftliche Beteiligung an den Ergebnissen des Unternehmens verlangen könnten.**
- Positive Gemeinnützigkeit: An die Stelle einer Verantwortung gegenüber den Eigentümern und der Erfüllung der Renditeerwartung der privaten Eigentümer tritt

bei den Unternehmen des öffentlichen Sektors die ausschließliche Gemeinnützigkeitsverpflichtung und -orientierung. Diese ist vor allem dadurch bestimmt, dass etwaige **Ausschüttungen** (sofern sie zugelassen sind und, nach Rücklagenbildung, beschlossen werden) sowie der **Liquidationserlös** nicht für private Zwecke verwendet werden dürfen, sondern **nur für öffentliche, dem gemeinen Nutzen dienende Zwecke**.

Vgl. für die deutschen Sparkassen Schlierbach/Püttner, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003, S. 63, wonach „materiell der Grundgedanke der Gemeinnützigkeit wohl am deutlichsten bei der Überschussregelung in Erscheinung [tritt].“

Das schließt ein Gewinnstreben nicht aus. Im Gegenteil, wird bei Sparkassen die Gewinnerzielung zum Teil ausdrücklich verlangt. Sie darf jedoch nicht das einzige oder hauptsächliche Ziel der Geschäftstätigkeit sein.

Vgl. Schlierbach/Püttner, a.a.O., S. 60 f. u. 69 f.

(3) Spezifische staatliche Aufsicht, die die öffentliche, sparkassentypische Aufgabe sowie Gemeinnützigkeit dauerhaft sichert

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Gemeinnützigkeit müssen schließlich abgesichert sein durch eine **staatliche Aufsicht, die die Dauerhaftigkeit der Aufgabenerfüllung und der Gemeinnützigkeit unabhängig vom Willen des jeweiligen Rechtsträgers gewährleistet** und damit zugleich eine gewisse Rückbindung und Gewährleistung der öffentlichen Aufgabe sowie der Gemeinnützigkeit an und durch den Staat sicherstellt und gewährleistet.

Die Aufsicht muss darüber hinaus **in der Weise spezifiziert** sein, dass sie sich von einer bloßen allgemeinen Wirtschaftsaufsicht (oder z.B. der allgemeinen Aufsicht über privatrechtliche Stiftungen) abhebt, **indem der Staat mit ihr ein originäres, eigenes Interesse an der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben verfolgt**, die dem betreffenden Rechtsträger obliegen. Nur unter diesen Voraussetzungen der **Gewährleistungsverantwortung** einer spezifischen staatlichen Aufsicht für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und den Grundsatz der Gemeinnützigkeit ist es gerechtfertigt, die Zuordnung eines Unternehmens zum öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV zu bejahen.

c) Anwendung auf den Gesetzentwurf

Nunmehr sind, in einem zweiten Schritt, die für die Zuordnung zum öffentlichen Sektor maßgeblichen Kriterien auf den Gesetzentwurf anzuwenden. Zu prüfen ist, ob nach diesen Kriterien der durch § 4 Abs. 5 begrenzte Kreis der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten zum öffentlichen Sektor gehört.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzentwurf den Kreis der Beteiligten in unterschiedlicher Weise beschreibt: Zum einen durch die konkrete Benennung bestimmter juristischer Personen, nämlich der öffentlich-rechtlichen Sparkassen und deren Träger im Sinne von § 1 Abs. 1 SpkG; zum anderen durch die Aufzählung abstrakt-genereller Merkmale, die erfüllt sein müssen, um ein sogenannter „vergleichbarer Träger“ gem. § 4 Abs. 5 Satz 1, 2 EntwSpkG, d.h. ein Träger zu sein, der den in Satz 1 genannten Trägern in bestimmten Punkten vergleichbar ist. Die Prüfung der Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor muss zwischen diesen beiden Gruppen unterscheiden:

aa) Öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 EntwSpkG als Teil des öffentlichen Sektors im Sinne des Art. 345 AEUV

Öffentlich-rechtliche Sparkassen sowie deren Träger i.S.v. § 1 Abs. 1 SpkG gehören zum öffentlichen Sektor. Denn Träger gemäß § 1 Abs. 1 SpkG können nur Gemeinden, Ämter, Kreise und Zweckverbände sein – und damit ausschließlich Rechtssubjekte, die als Verwaltungsträger unzweifelhaft dem öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV zuzuordnen sind. Gleichermaßen sind auch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts (vgl. § 1 Abs. 1 SpkG) Teil der (mittelbaren) Staatsverwaltung und daher für die Zwecke des Art. 345 AEUV als öffentliche Akteure anzusehen.

Letzteres wird bestätigt durch die Haltung der EU-Kommission im Rahmen der Novellierung des HSpG in 2006/07. Denn auch das HSpG 2007 ermöglichte es den als Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Hessen, untereinander Stammkapitalanteile zu erwerben (vgl. §§ 3 Abs. 4, 20a, 20b IISpG 2007). Die EU-Kommission erblickte hierin eine bloße Maßnahme der Eigentumsordnung innerhalb des öffentlichen Sektors, die wegen des Neutralitätsgebots des Art. 345 AEUV nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV zu messen war (s.o.).

bb) „Vergleichbare Träger“ gemäß § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG als Teil des öffentlichen Sektors i.S.d. Art. 345 AEUV

Neben den öffentlich-rechtlichen Sparkassen sowie deren Trägern gehören auch sogenannte „vergleichbare Träger“ zu dem Kreis möglicher Beteiligter an Stammkapitalanteilen. Der Begriff des vergleichbaren Trägers wird in § 4 Abs. 5 Satz 2 EntwSpkG legal definiert. **Kennzeichnend sind fünf Merkmale**, die kumulativ vorliegen müssen:

- (i) Es muss sich um eine „*juristische Person ohne private Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte*“ handeln. Durch dieses Kriterium soll offenkundig das **Merkmals der negativen Gemeinnützigkeit** verankert werden, nämlich das Fehlen privater Eigentümer und der damit verbundenen Renditeinteressen an einer Ausschüttung oder an einer Beteiligung am Liquidationserlös. Juristischen Personen, die *keine* privaten Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte haben, sind gerade deshalb den ansonsten für den privaten Sektor typischen Forderungen nach Maximierung einer Rendite nicht ausgesetzt. Denn es gibt keinen Eigentümer oder sonstigen Berechtigten, der an den Ergebnissen des Unternehmens wirtschaftlich beteiligt ist, deshalb Renditeinteressen verfolgt und von dem Unternehmen eine Gewinnmaximierung verlangt. Die erste Anforderung des Gesetzentwurfes erfüllt somit eine der für den öffentlichen Sektor maßgeblichen Kriterien, nämlich das der negativen Gemeinnützigkeit.
- (ii) Die juristische Person ohne private Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte muss „*an einer Sparkasse i.S.d. § 40 Abs. 1 KWG mehrheitlich beteiligt*“ sein. Diese Anforderung soll den vergleichbaren Träger i.S.v. § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG den zuvor erwähnten Sparkassenträgern gem. § 1 Abs. 1 SpkG weiter vergleichbar machen. Die vergleichbaren Träger sollen sozusagen soweit wie möglich die maßgeblichen Merkmale der Errichtungsträger gem. § 1 Abs. 1 SpkG teilen. Und hierzu gehört die Voraussetzung, dass der vergleichbare Träger, nicht anders als die zuvor erwähnten Gemeinden, Kreise oder Zweckverbände, an einer Sparkasse gem. § 40 Abs. 1 KWG bereits beteiligt ist. Damit rückt diese Anforderung den vergleichbaren Träger weiter in den **Kreis der Sparkassenfamilie** und des öffentlichen Sektors.
- (iii) Der vergleichbare Träger muss „*auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben verpflichtet*“ sein. Diese Anforderung greift eines der für den öffentlichen Sektor wesentlichen Kriterien auf, nämlich die **Verpflichtung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben**, hier konkret der sparkassentypischen Aufgaben. Die-

se sind in § 2 SpkG umschrieben; die umfassen die Aufgaben, die angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise und insbesondere der mittelständischen Wirtschaft mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen in der betreffenden Region sicherzustellen.

- (iv) Der vergleichbare Träger muss dazu verpflichtet sein, „*etwaige Ausschüttungen und Liquidationserlöse gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuführen*“. Diese Anforderung des Gesetzentwurfes erfüllt das **Kriterium der positiven Gemeinnützigkeit**, d.h. die ausschließliche Gemeinnützigkeitsverpflichtung und -orientierung. Sie tritt bei juristischen Personen ohne private Eigentümer oder Berechtigte an die Stelle der Renditeorientierung. Die juristische Person darf gerade keinen Renditeforderungen ausgesetzt sein; vielmehr muss sie dazu verpflichtet sein, Ausschüttungen und einen Liquidationserlös nur für öffentliche, dem gemeinen Nutzen dienende Zwecke zu verwenden. Auch mit dieser Anforderung erfüllt also der Gesetzentwurf ein für den öffentlichen Sektor wichtiges Kriterium.
- (v) Der vergleichbare Träger muss „*unter staatlicher Aufsicht*“ stehen; sie bezieht sich auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben und auf die Verpflichtung zur gemeinnützigen Verwendung von Ausschüttungen und Liquidationserlösen. Diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt das dritte für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor maßgebliche Kriterium, nämlich die **spezifische staatliche Aufsicht**, die die Dauerhaftigkeit der öffentlichen Aufgabenerfüllung und der Gemeinnützigkeit unabhängig vom Willen des unabhängigen Rechtsträgers gewährleistet und an der der Staat ein originäres, eigenes Interesse hat.

cc) Schwachstellen des Gesetzentwurfes in § 4 Abs. 4 EntwSpkG und Ergänzungsvorschläge zur Verbesserung der Rechtssicherheit

Die zuletztgenannte Tatbestandsvoraussetzung zeigt indes eine Schwachstelle des Gesetzentwurfes und einen Ergänzungsbedarf auf: Es ist zwar möglich, die Worte „unter staatlicher Aufsicht“ in der vorgenannten Weise zu interpretieren. Der Wortlaut würde allerdings auch ein etwas weiteres Verständnis zulassen, die z.B. auch eine allgemeine Wirtschafts- oder Stiftungsaufsicht umfassen könnte – die aus Sicht des EU-Rechts ggf. nicht ausreichen würde. Insoweit besteht u.E. eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Es wäre deshalb nach der gegenwärtigen Gesetzesfassung nicht klar, ob z.B. die Stiftung Spar- und Leihkasse zu Bredstedt, die zu 74,9 % an der Spar- und Leihkasse zu

Bredstedt AG beteiligt ist, ein vergleichbarer Träger i.S.v. § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG ist. Dieselbe Frage würde sich für die Gemeinnützige Sparkassenstiftung zu Lübeck stellen, die zu 74 % an der Sparkasse zu Lübeck AG beteiligt ist. In beiden Fällen könnte es ggf. an der für den öffentlichen Sektor erforderlichen spezifischen, auf die Wahrung gerade der sparkassentypischen Aufgaben und der Gemeinnützigkeit gerichteten, originären staatlichen Aufsicht fehlen. Gleichwohl könnten sie unter den Wortlaut von § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG fallen. Dann also wäre der Kreis der Beteiligten ggf. zu weit.

Dieselbe Frage stellt sich, und zwar u.E. mit einem noch größeren rechtlichen Risiko, für andere, in ihrer Struktur nicht abseh- und erkennbare Akteure aus dem gesamten Bundesgebiet. Denn der Gesetzentwurf eröffnet, in erstaunlichen Gegensatz zu allen bisherigen SpkG-Novellierungen, die Beteiligungsmöglichkeit *bundesweit*, für sämtliche juristische Personen in allen Bundesländern und im gesamten Bundesgebiet, die die Merkmale in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG erfüllen.

Angesichts der immer wieder als eines der Eckpunkte des Sparkassenwesens (zu Recht) betonten Regionalität ist diese enorme Ausdehnung des Beteiligtenkreises nicht nur sparkassenrechtlich und -politisch sehr erstaunlich. Sie führt vor allem auch zu nicht sicher kalkulierbaren rechtlichen Unsicherheiten, da kaum absehbar ist, welche juristischen Personen aus den großen und vielfältigen Bundesländern, z.B. in Nordrhein-Westfalen, Hessen, Baden-Württemberg, Bayern oder Sachsen, die Voraussetzungen in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG nach dem Wortlaut erfüllen, bei näherem Hinsehen es jedoch z.B. an der für den öffentlichen Sektor erforderlichen spezifischen staatlichen Aufsicht fehlt.

Vor diesem Hintergrund bieten sich **drei Ergänzungen** des Gesetzentwurfes in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG an, um die verbleibenden Restunsicherheiten zu beseitigen und die **Rechtssicherheit des Gesetzentwurfes zu erhöhen**:

- (i) **Wir empfehlen (sehr ernsthaft), nur juristische Personen mit Sitz in Schleswig-Holstein oder Hamburg als vergleichbare Träger zuzulassen und auf die bundesweite, rechtlich schwer zu kalkulierende und risikoreiche Öffnung zu verzichten.** Dies würde nicht nur im Wesentlichen den bisherigen SpkG-Novellen entsprechen. Darüber hinaus wären die konkreten Auswirkungen des Gesetzes auch wesentlich sicherer zu kalkulieren. Hinreichende Differenzierungsgründe, neben Schleswig-Holstein nur juristische Personen mit Sitz in Hamburg herauszugreifen, liegen vor: Die allgemeine wie auch die spezielle sparkassenbezogene Verflechtung zwischen den Wirtschaftsräumen Hamburg und Schleswig-Holstein ist sehr hoch und ein außer-

gewöhnliches Merkmal, das im Verhältnis zu den beiden weiteren angrenzenden Bundesländern (Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern) gerade nicht besteht. Es besteht deshalb im Falle einer Konzentration der Beteiligungsoptionen auf Schleswig-Holstein und Hamburg, wie unten noch näher ausgeführt wird (C.I.3.), auch kein Diskriminierungsrisiko. Im Gegenteil: Die Konzentration des Beteiligtenkreises auf Schleswig-Holstein und Hamburg führte zu mehr Rechtssicherheit im Vergleich mit den rechtlichen Risiken aufgrund der sehr ungewöhnlichen und schwer kalkulierbaren Öffnung der schleswig-holsteinischen Sparkassen gegenüber Gemeinden, Zweckverbänden, Kreisen und vergleichbaren Trägern aus *sämtlichen* übrigen 15 Bundesländern (zum genauen Wortlaut des Ergänzungsvorschlags vgl. unten, unter D.1).

- (ii) Ein weiteres Sicherungselement, um die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor i.S.v. Art. 345 AEUV zu gewährleisten, könnte in der Anforderung bestehen, dass die juristische Person nicht nur an einer Sparkasse gem. § 40 Abs. 1 KWG beteiligt wird, sondern zugleich **Mitglied eines regionalen Sparkassen- und Giroverbandes** ist. Hierdurch würde das Erfordernis einer bereits bestehenden Zugehörigkeit zur Sparkassenfamilie und zum Sparkassensektor abgesichert. Das Gesetz würde sodann in beide Richtungen eine Verankerung des „vergleichbaren Trägers“ im Sparkassensektor fordern: Nach unten durch das Erfordernis einer Beteiligung an einer Sparkasse sowie nach oben durch das Erfordernis der Mitgliedschaft in einem regionalen Sparkassen- und Giroverband. Die bereits erwähnte Stiftung Spar- und Leihkasse zu Bredstedt sowie Gemeinnützige Sparkassenstiftung zu Lübeck, deren Einbezug in den Kreis der vergleichbaren Träger aus EU-rechtlicher Sicht ggf. problematisch wäre, würde durch diese Anforderung ausgeschlossen. Denn die Stiftungen sind nicht Mitglied des regionalen Sparkassen- und Giroverbandes (konkreter Formulierungsvorschlag vergleiche unten, unter D.1).
- (iii) Schließlich sollte sich der Gesetzgeber **davor schützen, dass sich juristische Personen**, deren Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor i.S.v. Art. 345 AEUV ggf. fraglich ist und die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle die Anforderungen an einen vergleichbaren Träger *nicht* erfüllen, sich **den Status eines „vergleichbaren Trägers“ durch nachträgliche Änderung der Rechtslage erschleichen** und hierdurch die Rechtssicherheit des Gesetzesentwurfes gefährden. Der Gesetzesentwurf hat diesen wichtigen Aspekt einer Änderung der Rechtslage in einem Punkt bereits gesehen und aufgegriffen, nämlich für den Fall, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für den vergleichbaren Träger anfänglich vorhanden sind, jedoch *nachträglich entfallen*. Dann,

so die Vorgabe in § 4 Abs. 5 S. 3 EntwSpkG, soll die Berechtigung zum Erwerb oder Halten von Stammkapitalanteilen erlöschen. Es ist aber auch der umgekehrte Vorgang denkbar. Deshalb sollte z.B. in Art. 2 des Gesetzes festgehalten werden, dass vergleichbare Träger nur solche juristische Personen sind, die die in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG aufgeführten Anforderungen bei Inkrafttreten dieses Gesetzes erfüllen (konkreter Formulierungsvorschlag vergleiche unten, unter D.1).

Wir halten fest: Die Definition des vergleichbaren Trägers in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG erfüllt nach unserer Einschätzung die für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor gem. Art. 345 AEUV erforderlichen Kriterien. Wir empfehlen allerdings zur Verbesserung der Rechtssicherheit des Gesetzesentwurfes die Aufnahme von drei weiteren Anforderungen, nämlich (i) das Erfordernis der Zugehörigkeit des vergleichbaren Trägers zum regionalen Sparkassen- und Giroverband, (ii) die Konzentration auf vergleichbare Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg sowie (iii) die Beschränkung auf vergleichbare Träger, die die Anforderungen des § 4 Abs. 5 bei Inkrafttreten des Gesetzes erfüllen (und sich nicht erst nachträglich schaffen).

dd) Ist die HASPA Finanzholding Teil des öffentlichen Sektors i.S.v. Art. 345 AEUV?

Da in der öffentlichen Diskussion über die Novellierung des Sparkassengesetzes immer wieder die HASPA Finanzholding als möglicher „vergleichbarer Träger“ gem. § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG genannt wird, soll auch in dieser Stellungnahme geprüft werden, ob die HASPA Finanzholding, vor dem Hintergrund der oben entwickelten Kriterien, dem öffentlichen Sektor gem. Art. 345 AEUV zuzuordnen wäre. Wohlge-merkt: Es handelt sich bei dieser Prüfung *nicht* um die Untersuchung der EU-Konformität des Gesetzentwurfes. Denn die für die EU-Konformität des Gesetzentwurfes maßgebliche Frage ist auf die Prüfung beschränkt, ob die allgemeinen gesetzlichen Kriterien für den vergleichbaren Träger den Anforderungen an die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor entsprechen. Die Frage nach der Einordnung der HASPA Finanzholding ist hingegen eine Frage der *Anwendung* des Gesetzes im Einzelfall. Sie hat strenggenommen mit der EU-Konformität des Gesetzentwurfes nichts zu tun.

Nach unserer bisherigen Einschätzung und Kenntnis des Sachverhaltes ist die Hamburger Sparkasse AG („Haspa“) *nicht* Teil des öffentlichen Sektors gem. Art. 345 AEUV. Anders liegt indes die Rechtslage für die HASPA Finanzholding. Aufgrund zahlreicher rechtlicher, zum Teil viele Jahre zurückliegender historischer Besonderheiten erfüllt die HASPA Finanzholding die für die Zugehörigkeit zum öffentlichen

Sektor maßgeblichen Kriterien und ist deshalb Teil des öffentlichen Sektors gem. Art. 345 AEUV. Im Einzelnen:

(1) Die **Zuordnung der HASPA Finanzholding zum öffentlichen Sektor** im Sinne des Art. 345 AEUV **ergibt sich vor allem aus folgenden Gesichtspunkten:**

- **HASPA Finanzholding unterliegt öffentlicher, sparkassentypischer Aufgabe:** Gegenstand des Unternehmens der HASPA Finanzholding ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 ihrer Satzung insbesondere das Halten und Verwalten einer Beteiligung an der Haspa. Deren Satzung sieht in § 2 Abs. 2 eine öffentliche, gemeinwohlorientierte Aufgabenstellung vor, die derjenigen öffentlich-rechtlicher Sparkassen im Sinne des § 40 Abs. 1 Nr. 1 KWG vergleichbar ist.

Das ist zugleich die materielle Rechtfertigung dafür, dass die Haspa gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG die Bezeichnung „Sparkasse“ führen darf; vgl. auch die Präambel der Satzung der HASPA Finanzholding, Abs. 3 Satz 2, wonach die Hamburger Sparkasse AG „aufgrund ihrer Satzung (...) die besonderen in § 40 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes über das Kreditwesen genannten Merkmale einer Sparkasse auf[weist], insbesondere eine am Gemeinwohl orientierte Aufgabenstellung und eine Beschränkung des wesentlichen Geschäftstätigkeit auf den Wirtschaftsraum, in dem sie ihren Sitz hat.“

Diese sparkassentypische Aufgabenstellung ist wiederum in Abs. 2 der Präambel der Satzung der HASPA Finanzholding ausdrücklich verankert – und zwar als *eigene* Verpflichtung der HASPA Finanzholding. Dieser Verpflichtung unterliegt die IIASPA Finanzholding im Rahmen ihres Unternehmensgegenstandes in gleicher Weise, wie bis zur Ausgliederung des Bankbetriebs im Jahr 2003 die vormalige Hamburger Sparkasse.

Die Erfüllung der Sparkassenaufgabe gewährleistet die HASPA Finanzholding *durch* die Haspa (Abs. 3 der Präambel ihrer Satzung). Mit anderen Worten: Die öffentliche Aufgabe ist eine originäre Aufgabe der HASPA Finanzholding; ihr obliegen die sparkassentypische Aufgabenstellung und damit die Verfolgung der öffentlichen Aufgabe.

- **HASPA Finanzholding hat keine privaten Eigentümer mit Renditeinteressen und unterliegt einer ausdrücklichen Gemeinnützigkeitsverpflichtung:** Die HASPA Finanzholding hat keine (privaten oder öffentlichen) Eigentümer, insbesondere keine Eigentümer mit Renditeinteressen. Sie „gehört sich selbst“ und un-

terliegt einer strengen Gemeinnützigkeitsverpflichtung. Als juristische Person alten hamburgischen Rechts (vgl. § 1 Abs. 1 der Satzung der HASPA Finanzholding) verfügt die HASPA Finanzholding weder über Eigentümer noch über Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte.

Vgl. zur Kennzeichnung der früheren Hamburger Sparkasse – heute firmierend als HASPA Finanzholding – vor Ausgliederung des Bankbetriebs auf die Haspa als eine „Bank ohne Eigentümer“ bereits Ahrens, in: Albers u.a. (Hrsg.), Recht und Juristen in Hamburg, 1994, S. 1 ff.

Es gibt insbesondere keine privaten Eigentümer oder sonstigen privaten Träger an der HASPA Finanzholding, die in Verfolgung eigener Renditeinteressen eine Ausschüttung, eine Beteiligung am Liquidationserlös oder in sonstiger Weise eine wirtschaftliche Beteiligung an den Ergebnissen der HASPA Finanzholding verlangen könnten.

An die Stelle einer Verantwortung gegenüber einem Eigentümer oder Träger tritt bei der HASPA die Gemeinnützigkeitsverpflichtung und -orientierung. Dieses Merkmal dürfte auch dauerhaft sein. Denn für einen Rechtsformwechsel (z.B. in eine Aktiengesellschaft), durch den die HASPA Finanzholding ggf. Eigentümer (Aktionäre) erhalte, fehlt die gesetzliche Grundlage. Insbesondere eröffnet das Umwandlungsgesetz („UmwG“) für die HASPA Finanzholding keine dahingehende Option. Da der Gesetzentwurf indes für den Fall des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG zugleich die Berechtigung einer Stammkapitalbeteiligung entfallen lässt, ist die (theoretische) Frage eines Rechtsformwechsels der HASPA Finanzholding nach Umwandlungsgesetz darüber hinaus praktisch nicht relevant.

Der Bilanzgewinn der HASPA Finanzholding kann nach § 20 Abs. 3 ihrer Satzung nur (unmittelbar) gemeinnützigen Zwecken zugeführt oder in die Sicherheitsrücklage eingestellt, nicht aber ausgeschüttet werden. Etwas anderes wäre auch schon wegen des Fehlens von Eigentümern, Mitgliedern und vergleichbaren Berechtigten, an die eine Ausschüttung erfolgen könnte, praktisch nicht vorstellbar. Auch bei Auflösung kommt das verbleibende Vermögen der HASPA Finanzholding nicht etwa Privaten zu, sondern ist unter besonderer Berücksichtigung der von der Haspa geförderten Einrichtungen gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuwenden (§ 21 Abs. 4 der Satzung der HASPA Finanzholding).

- **HASPA Finanzholding unterliegt hinsichtlich öffentlicher Aufgabe und Gemeinnützigkeit spezifischer staatlicher Aufsicht:** Die HASPA Finanzholding untersteht nach § 23 Abs. 1 ihrer Satzung der Rechtsaufsicht des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine bloße allgemeine Wirtschaftsaufsicht oder eine der Aufsicht über privatrechtliche Stiftungen vergleichbare Aufsicht. Das wird schon daran deutlich, dass die Aufsicht über die HASPA Finanzholding aus der Aufsicht über die frühere Hamburger Sparkasse hervorgegangen ist.

Vgl. zu Entstehung und Ausgestaltung der Aufsicht über die Hamburger Sparkasse Ahrens, a.a.O., S.7 ff.

Der Aufsicht über die HASPA Finanzholding kommt *funktional* somit die Rolle einer Sparkassenaufsicht zu, wie sie z.B. über die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein besteht (vgl. §§ 38 bis 41 SpkG SH). Bestätigt wird dies dadurch, dass die Aufsicht für den Senat der Freien und Hansestadt Hamburg durch deren Finanzbehörde ausgeübt wird; Aufsichtsbehörde für Stiftungen ist in Hamburg hingegen die Justizbehörde.

Darüber hinaus ist sichergestellt, dass die HASPA Finanzholding sich nicht einseitig ihrer öffentlichen Aufgabe und ihren Gemeinnützigkeit begeben kann. Denn nach § 23 Abs. 2 der Satzung der HASPA Finanzholding unterliegen Änderungen der für die Gemeinwohlaufgabe und Gemeinnützigkeit zentralen Struktur- und Aufgabenbestimmungen der Zustimmung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg. Im Einzelnen sind hiervon (nach gegenwärtiger Rechtslage) umfasst Änderungen der Präambel (öffentliche Aufgabe/Sparkassenaufgabe) sowie von § 1 Abs. 1 und 2 (Namen und Sitz), § 2 (Gegenstand des Unternehmens), § 4 (Organe) und § 21 Abs. 4 (Verwendung des Vermögens bei Auflösung) der Satzung der HASPA Finanzholding.

In dieser spezifischen staatlichen Aufsicht über die HASPA Finanzholding zeigt sich die für den öffentlichen Sektor gemäß Art. 345 AEUV maßgebliche Gewährleistungsverantwortung des Staates für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Wahrung der Gemeinnützigkeit. Sie verdeutlicht, dass der Staat ein *eigenes Interesse* an der Erfüllung des öffentlichen Auftrags durch die HASPA Finanzholding und ihr Tochterunternehmen, die Haspa, hat. Insoweit besteht ein qualitativer Unterschied zwischen der Aufsicht über die HASPA Finanzholding und z.B. der Aufsicht über privatrechtliche Stiftungen, bei der es nur darum geht, die Übereinstimmung des Stiftungshandelns mit dem Stifterwillen sicherzustellen – unabhängig davon, worauf Letzterer gerichtet ist.

Den erheblichen Einfluss des Staates auf die Organisation und den Betrieb der HASPA Finanzholding bzw. ihrer Rechtsvorgängerin hat bereits das **Reichsgericht** hervorgehoben. Es stellte ausdrücklich fest, dass bereits nach Hamburger Gewohnheitsrecht der erhebliche staatliche Einfluss die Eigenschaft einer öffentlichen Sparkasse, das heißt nichts anderes als eine zum öffentlichen Sektor zugehörigen Sparkasse begründet:

„Die sachlichen Ausführungen des Oberlandesgerichts, wonach der staatliche Einfluss auf die Organisation und den Betrieb der seit 100 Jahren bestehenden Klägerin durch das Erfordernis der Genehmigung bei Satzungsänderungen und außergewöhnlichen Kapitalanlagen ein so erheblicher ist, daß **nach Hamburger Gewohnheitsrecht die Klägerin [damals: Hamburger Sparcasse] als eine öffentliche Sparkasse anzusehen** ist, stützen sich im Wesentlichen auf das in Hamburg geltende öffentliche Recht.“

(Reichsgericht, Urt. v. 15.6.1927)

- (2) Zusätzlich wird die **Zugehörigkeit der HASPA Finanzholding zum öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV** noch **durch folgende**, für sich genommen zwar nicht entscheidende, gleichwohl aber durchaus aufschlussreiche **Gesichtspunkte bekräftigt**:

- **HASPA Finanzholding Teil der Sparkassenorganisation:** Die HASPA Finanzholding ist Teil der Sparkassenorganisation. Sie ist Mitglied des Hamburgischen Sparkassen- und Giroverbandes (HSGV), der seinerseits Mitglied des deutschen Sparkassen- und Giroverbandes ist. Die HASPA Finanzholding ist damit ein integraler Bestandteil der Sparkassenfamilie und Mitglied des Sparkassensektors. Darin unterscheidet sie sich z.B. von den Eigentümern der freien Sparkassen in Schleswig-Holstein, die gerade nicht Mitglied des dortigen Sparkassen- und Giroverbandes, also des SGVSH, sind (vgl. auch § 35 Abs. 1 Satz 1 SpkG SH, wonach der SGVSH lediglich durch die öffentlichen Sparkassen im Land Schleswig-Holstein und die Träger der *öffentlich-rechtlichen* Sparkassen gebildet wird).

HASPA Finanzholding und Haspa werden indes nicht nur rechtlich, sondern auch praktisch unzweifelhaft als Teil der dem öffentlichen Sektor zugehörigen Sparkassenorganisation angesehen. Im Bundesland Hamburg nimmt die Haspa die Aufgabe der regionalen Sparkasse wahr. HASPA Finanzholding und Haspa nehmen im HSGV sowie im DSGV teil an der Interessenvertretung und Willensbildung der Sparkassen in Deutschland. Diese sind, auch aus Sicht der EU-Kommission, Teil des öffentlichen Sektors gemäß Art. 345 AEUV.

- **Bekanntmachungen der HASPA Finanzholding im Amtlichen Anzeiger der Freien und Hansestadt Hamburg:** Bekanntmachungen der HASPA Finanzholding erfolgen stets in dem Amtlichen Anzeiger der Freien und Hansestadt Hamburg (§ 3 der Satzung der HASPA Finanzholding). Auch dies dokumentiert, auf praktischer Ebene, die Zugehörigkeit der HASPA Finanzholding zum öffentlichen Sektor. Denn ein Unternehmen des privaten Sektors würde beispielsweise seinen Jahresabschluss, Berichte oder Bekanntmachungen nicht im amtlichen Teil des Amtlichen Anzeiger der Freien und Hansestadt Hamburg veröffentlichen. Auch insoweit geht es im Übrigen nicht darum, ob die HASPA Finanzholding der staatlichen Binnenorganisation im engeren Sinne zugeordnet werden kann. Der öffentliche Sektor geht über den rein staatlichen Sektor hinaus (s.o.).
- (3) Das Urteil des **Bundesverwaltungsgerichts** („BVerwG“) vom 14. Februar 1984 steht einer Zuordnung der HASPA Finanzholding zum öffentlichen Sektor gemäß Art. 345 AEUV nicht entgegen.

Darin hat das BVerwG zwar ausgeführt, dass es sich bei der früheren Hamburger Sparkasse (heute firmierend als HASPA Finanzholding) – „nach den Feststellungen des Berufungsgerichts“ – nicht um eine öffentlich-rechtliche Sparkasse handelt. **Den Status der damaligen Hamburger Sparkasse als *öffentliche* Sparkasse hat das BVerwG anerkannt.**

Dass die frühere Hamburger Sparkasse keine *öffentlich-rechtliche* Sparkasse war, ist heute unbestritten. Damit war indes vor allem gesagt, dass die damalige Hamburger Sparkasse keine öffentlich-rechtliche Rechtsform aufwies und deshalb nicht Teil der vom Landesgesetzgeber Schleswig-Holstein regelbaren staatlichen Binnenorganisation im engeren Sinne war. Wichtig war diese – und nur diese – Frage deshalb, weil mangels öffentlich-rechtlicher Organisationsform dem Landesgesetzgeber Schleswig-Holstein nicht die für den konkreten Fall entscheidende Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Frage von Zweigstellen der damaligen Hamburger Sparkasse in Schleswig-Holstein zukam.

Diese vom BVerwG seinerzeit entschiedene Frage zur öffentlich-rechtlichen Rechtsform und Gesetzgebungskompetenz des Landes Schleswig-Holstein ist aber von der hier relevanten Frage danach, was ein öffentlicher Akteur im Sinne des Art. 345 AEUV ist, streng zu unterscheiden. Die Blickrichtungen dieser beiden Fragen – Gesetzgebungskompetenz einerseits, öffentlicher Sektor gemäß Art. 345 AEUV andererseits – sind ganz verschieden; und deshalb gleichermaßen auch die Maßstäbe, nach denen sie beantwortet werden. Wie bereits mehrfach hervorgehoben wurde, reicht der öffentliche Sektor gemäß Art. 345 AEUV weiter als

der Bereich der staatlichen Binnenorganisation im engeren Sinne. Der öffentliche Sektor gemäß Art. 345 AEUV umfasst mehr als nur die öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen. Das ist auch unstrittig, wie – wie die Beispiele der vom DSGVO gehaltenen LBB AG und der WestLB AG zeigen (s.o.).

Entscheidend ist also nicht die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Rechtsform. Entscheidend ist die Frage nach den notwendigen Kriterien für den öffentlichen Sektor. Die öffentlich-rechtliche Rechtsform gehört indes gerade nicht zu diesen notwendigen Kriterien.

Es kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden, dass es dem BVerwG in seinem Urteil allein um die Reichweite der Gesetzgebungsbefugnis der Länder im Verhältnis zum Bund ging. Das Urteil betraf einen Sachverhalt und eine Fragestellung, die mit der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV in keinem Zusammenhang stehen und hiervon streng zu unterscheiden sind. Das BVerwG musste sich in seinem Urteil ausschließlich mit der Frage befassen, ob die Länder aufgrund ihrer ausschließlichen Gesetzgebungsrechte im Bereich der Organisation der landeseigenen Verwaltung (Organisationshoheit) dazu berechtigt sind, die Rechtsverhältnisse der freien Sparkassen abweichend von den bundesgesetzlichen Vorgaben des KWG zu regeln. Konkret ging es darum, ob das Land Schleswig-Holstein die Errichtung von Zweigstellen der damaligen Hamburger Sparkasse in Schleswig-Holstein aufgrund seiner Organisationshoheit abweichend von § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG a.F. einem Genehmigungsvorbehalt unterwerfen durfte.

Zu Recht verneinte das BVerwG dies, weil die damalige Hamburger Sparkasse als zwar öffentliche, aber nicht öffentlich-rechtliche Sparkasse nicht dem Bereich der staatlichen Binnenorganisation im engeren Sinne – weder des Landes Schleswig-Holstein noch der Freien und Hansestadt Hamburg – zugehörig war. Wie der Statuts der damaligen Hamburger Sparkasse im Übrigen zu kennzeichnen sei, ließ das BVerwG dagegen ausdrücklich offen.

Vgl. BVerwGE 69, 11 (22).

Auch zu der Frage, was öffentlicher Sektor gemäß Art. 345 AEUV ist und wie dieser von dem privaten Sektor abzugrenzen ist, sagte das BVerwG nichts. Das leuchtet auch ein. Denn diese – ganz andere – Frage war für die Falllösung überhaupt nicht relevant.

Damit bleibt es dabei, dass die auf die Frage der Gesetzgebungskompetenz und öffentlich-rechtlichen Organisationsform beschränkte Entscheidung des BVerwG von

der Bewertung und Einordnung gemäß Art. 345 AEUV streng zu unterscheiden ist und der oben ausgeführten und begründeten Bewertung der HASPA Finanzholding als Teil des öffentlichen Sektors nicht entgegensteht.

- (4) **Des Weiteren ergibt sich auch aus der mit Gründen versehenen Stellungnahme der EU-Kommission vom 4. Juli 2006 im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2002/4930 um den Bezeichnungsschutz gemäß § 40 KWG kein anderes Ergebnis.**

Soweit darin die freien Sparkassen in Deutschland als „private Institute“ bezeichnet werden (S. 8), geschieht dies nicht mit Blick auf die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV, sondern erfolgt vor einem gänzlich anderen Hintergrund. Vor allem aber bezieht sich die Aussage der Kommission nicht eigens auf den besonderen Fall der Haspa (und schon gar nicht auf die IIASPA Finanzholding), die im Vergleich zu den anderen freien Sparkassen in Deutschland zahlreiche Besonderheiten aufweist. Das wird besonders deutlich, wenn die Kommission im weiteren Verlauf ihrer Stellungnahme von den „freien Sparkassen *im Privatbesitz*“ spricht (S. 9). Denn an einem solchen „Privatbesitz“ fehlt es im Fall der HASPA Finanzholding, die zum einen keine Sparkasse ist (sondern Träger einer Sparkasse), und die zum anderen gerade nicht über private Eigentümer verfügt (s.o.).

- (5) **Entsprechendes gilt schließlich auch für die Ausführungen der Kommission in ihrer Entscheidung im Beihilfverfahren zum Mittelstandsfonds Schleswig-Holstein (N 836/2006) vom 11. Januar 2008, soweit darin die Sparkasse zu Lübeck AG und die Sparkasse Mittelholstein AG als „gewinnorientierte private Kreditinstitute sowohl im Hinblick auf ihre Struktur als auch ihr Verhalten“ eingestuft werden.**

Vgl. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe Nr. N 836/2006 – Deutschland (Bundesland Schleswig-Holstein). Mittelstandsfonds Schleswig-Holstein; Garantieregelung, K(2007)6911 endg. v. 11.1.2008, Rn. 113.

Auch hieraus lässt sich keineswegs der Schluss ziehen, dass die Kommission die HASPA Finanzholding für die Zwecke des Art. 345 AEUV als privaten Akteur ansieht. Denn darin hat die Kommission sich lediglich zum Status der Sparkasse zu Lübeck AG und der Sparkasse Mittelholstein AG geäußert, deren rechtliche Strukturen sich indes wesentlich von denen der HASPA Finanzholding unterscheiden. Darüber

hinaus ist die Entscheidung nicht zu Art. 345 AEUV, sondern in beihilferechtlichem Zusammenhang ergangen.

1.4. Schreiben der EU-Kommission vom 16. April 2010 zum Gesetzentwurf

Das Schreiben der EU-Kommission vom 16. April 2010 bestätigt die vorstehenden Ausführungen. Eine vollständige Bewertung des Kommissionsschreiben erfordert, es vollständig zu lesen. **Drei Punkte** werden dabei deutlich:

- (i) *Die Kommission hat in ihrem Schreiben unmissverständlich klargestellt, dass sie zur Vereinbarkeit von Gesetzesvorhaben mit EU-Recht keine Stellung nimmt.* Sie bestätigt damit ihre Verhaltensweise in den bisherigen Verfahren und vergangenen Jahren: Es kann schon aus Verfahrensgründen keine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ der Kommission zu einem nationalen Gesetzesvorhaben geben. Die Kommission hat damit gerade keine Aussage zur EU-Konformität des Gesetzentwurfes getroffen.
- (ii) *Die Kommission hat ausdrücklich bestätigt, dass es einem Mitgliedstaat freisteht, ob er eine Rechtseinheit zum öffentlichen oder privaten Sektor zuordnet und wie er die Rechtsbeziehungen innerhalb des öffentlichen Sektors gestaltet.* Auch das ist nicht neu. Die Kommission hat diese Entscheidungsfreiheit der Mitgliedsstaaten bereits mehrfach bestätigt, auch in den Verfahren zur Stammkapitalbildung in den Ländern Nordrhein-Westfalen und Hessen.
- (iii) *Die Kommission hat ausdrücklich offen gelassen, ob die HASPA Finanzholding aus ihrer Sicht dem öffentlichen oder dem privaten Sektor zuzuordnen ist.* Zum einen fehlten ihr die hierfür erforderlichen Rechtsgrundlagen (z.B. zur Historie der HASPA Finanzholding, den für die staatliche Aufsicht maßgeblichen Rechtsgrundlagen, der Qualifikation als öffentliche Sparkasse durch das Reichsgericht etc.). Zum anderen ist für die Beurteilung der EU-Konformität, jedenfalls aus dem Blickwinkel der Kapitalverkehrsfreiheit, etwas anderes maßgeblich: nämlich zunächst einmal die Frage danach, welche allgemeinen Kriterien für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor maßgeblich sind. Entscheidend sind dabei die *materiellen Merkmale* des öffentlichen Sektors, nicht jedoch die bloß formelle (in den Mitgliedsstaaten ohnehin sehr unterschiedliche ausgestaltete) Rechtsform.

Die in dem Schreiben der Kommission enthaltenen Hinweise zu einer möglichen privatrechtlichen Rechtsform der HASPA Finanzholding können deshalb ohne Weiteres als richtig unterstellt werden. Sie würden damit aber an

der Einordnung der HASPA Finanzholding in den öffentlichen Sektor überhaupt nichts ändern. Denn von der bloß formellen Rechtsform hängt diese Frage nicht ab.

Wir halten fest: Auf diese drei Aussagen beschränkt sich der Gehalt des Schreibens der Kommission vom 16. April 2010. Zweifel an der EU-Konformität des Gesetzesentwurfs ergeben sich aus dem Kommissionsschreiben gerade nicht. Vielmehr wird die Gestaltungshoheit und das Ermessen des Landesgesetzgebers betont, innerhalb des öffentlichen Sektors Gestaltungsoptionen vorzusehen.

1.5. (Arbeits-)Entwurf des SGVSH zur Änderung des Sparkassengesetzes vom 10. Februar 2010

Der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein (SGVSH) hat in seiner Stellungnahme gegenüber dem Schleswig-Holsteinischen Landtag vom 23. April 2010 „durchgreifende europarechtliche Bedenken“ gegenüber dem Gesetzentwurf formuliert (Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 17/760). Er hat behauptet, dass die HASPA Finanzholding in EU-rechtlich unzulässiger Weise privilegiert und dadurch private Investoren diskriminiert würden. Dieser Wertung liegt die Annahme zugrunde, die HASPA Finanzholding sei nicht dem öffentlichen, sondern dem privaten Sektor zuzuordnen.

In dieselbe Richtung geht die Aussage des SGVSH, dass die HASPA Finanzholding nach der Stellungnahme der EU-Kommission vom 16. April 2010 nicht zum öffentlichen Sektor i.S.v. Art. 345 AEUV gehöre. Diese Aussage ist (eindeutig) unzutreffend. Wie dargelegt, hat die Kommission hierzu überhaupt keine Aussagen getroffen.

Als Alternative zu dem Gesetzentwurf hat der SGVSH einen eigenen Gesetzentwurf zur Änderung des Sparkassengesetzes, Entwurfsstand vom 10. Februar 2010, der Stellungnahme beigefügt und hierin statt einer Beteiligung am Stammkapital die Begründung atypisch stiller Vermögenseinlagen vorgeschlagen.

- Der Alternativentwurf sieht hinsichtlich der Mitverwaltung in gleicher Weise wie der Gesetzentwurf eine Beteiligung im Verwaltungsrat mit bis zu drei Vertretern vor.
- Auch der Kreis der möglichen Beteiligten (atypisch stille Gesellschafter) entspricht, abgesehen von der Erweiterung auf den SGVSH und von ihm getragener Gesellschaften, dem Beteiligtenkreis des Gesetzentwurfes: Es können

andere öffentlich-rechtliche Sparkassen, deren Träger sowie vergleichbare Träger atypisch stille Beteiligungen begründen.

- Die vergleichbaren Träger werden in dem SGVSH-Gesetzentwurf genauso definiert wie die vergleichbaren Träger in § 4 Abs. 5 S. 2 des Gesetzentwurfes (juristische Personen ohne private Eigentümer, die an einer Sparkasse mehrheitlich beteiligt sind, unter staatlicher Aufsicht auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben sowie darauf verpflichtet sind, Ausschüttungen und Liquidationserlöse gemeinnützigen Zwecken zuzuführen).
- Der Kreis möglicher Beteiligter ist damit nach dem SGVSH-Entwurf in derselben Weise begrenzt wie in dem Gesetzentwurf. Die HASPA Finanzholding würde unzweifelhaft zu dem Kreis der nach dem SGVSH-Entwurf Beteiligten gehören.

Damit aber führt der SGVSH-Entwurf zu dem erstaunlichen, sehr widersprüchlichen Ergebnis, dass der SGVSH die von ihm für EU-rechtswidrig gehaltene Ausweitung des Beteiligtenkreises auf vergleichbare Träger, unter Einbezug der HASPA Finanzholding, in seinem eigenen Entwurf selbst und sogar wortgleich vorschlägt.

Die unterschiedliche Qualität der Beteiligung, nämlich die Beteiligung am Stammkapital einerseits, die atypisch stille Vermögenseinlage andererseits, führt aus Sicht der Kapitalverkehrsfreiheit zu keiner unterschiedlichen Bewertung. Denn wie oben bereits dargelegt (C.I.1.2), steht seit langem fest, dass die Kapitalverkehrsfreiheit auch Direktinvestitionen in Form von atypisch stillen Gesellschaften, die die Möglichkeit einer Beteiligung an der Verwaltung der Gesellschaft eröffnen, genauso umfasst wie sogar reine stille Vermögenseinlagen in der Form von Finanzinvestitionen.

Bliebe der SGVSH konsequent, müsste er *entweder in seinem Alternativentwurf die Beteiligungsoption für „vergleichbare Träger“ aufheben*, womit eine Beteiligungsoption der HASPA Finanzholding entfiel. *Oder er müsste seine Kritik an der EU-Rechtswidrigkeit des Gesetzesentwurfes aufgeben*. Indes die EU-rechtliche Kritik einerseits aufrechtzuerhalten, sie aber andererseits nicht auf den eigenen Entwurf anzuwenden, ist widersprüchlich, inkonsequent und belastet die Glaubwürdigkeit der vorgetragenen Position.

1.6. Mögliche Folgen eines unterstellten EuGH-Urteils zur Unvereinbarkeit des Gesetzentwurfes mit der Kapitalverkehrsfreiheit

Wird, entgegen den vorstehenden Ausführungen und Ergebnissen unterstellt, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die Europarechtswidrigkeit des § 4 Abs. 5 SpkG SH feststellt, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang dem Land Schleswig-Holstein eine nachträgliche Korrektur des SpkG möglich ist.

Vielfach wird für diesen Fall behauptet, dass sich dann eine vollständige Privatisierung von Sparkassen nicht mehr aufhalten lasse; der Gesetzentwurf sei daher eine „*Einfallstor für die Privatisierung*“. Die Ermöglichung der Beteiligung vergleichbarer Träger in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG sei nicht mehr rückholbar. Nachfolgend wird geprüft, ob diese These der Nicht-Rückholbarkeit und des rechtlichen Privatisierungsautomatismus zutrifft:

a) Gestaltungsspielraum für den Landesgesetzgeber, wie er (unterstellten) EU-Verstoß beseitigt

Nach einer unterstellten Feststellung der Unvereinbarkeit von § 4 Abs. 5 Satz 2 EntwSpkG mit Gemeinschaftsrecht hätte das Land Schleswig-Holstein die beanstandete Regelung gemeinschaftskonform auszugestalten. Der EuGH kann dem Mitgliedsstaat nicht vorschreiben, welche konkreten Maßnahmen er aufgrund des Urteils zu ergreifen hat. Eine solche Verpflichtung ist rechtlich nicht möglich.

EuGH, Urt. v. 5.10.2006, Rs. C-105/02, Slg. 2006, S. 9693, Rz. 44; EuGH, Urt. v. 14.04.2005, C-104/02, Slg. 2005, S. 2689, Rz. 49; Ehrlicke in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 228, Rdn. 1 f; Karpenstein/Karpenstein in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 38. EL 2009, Art. 228 EGV, Rdn. 4; Krück in: GTE, Art. 171 EGV, Rdn. 1; Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdn. 298.

Es ist daher die Entscheidung des Mitgliedsstaats, welcher Gestaltungsmöglichkeiten er sich zur Ausräumung der festgestellten Vertragsverletzung bedient; er besitzt hinsichtlich der konkreten Neugestaltung einen Handlungsspielraum (Ermessen).

Ehrlicke in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 228, Rn. 2; Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Auflage, Rn. 298.

Für das Land Schleswig Holstein ergäben sich im Wesentlichen zwei Möglichkeiten zur Neuregelung von § 4 Abs. 5 SpkG, sofern der EuGH die vergleichbaren Träger in

Satz 2 der Vorschriften als dem privaten Sektor zugehörig bewertet und eine Rechtfertigung für die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht annähme:

- Der Gesetzgeber könnte, sofern verfassungsrechtlich zulässig, den *Kreis der vergleichbaren Träger auf jegliche juristische Personen ausdehnen*, ohne die Begrenzungen in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG. Diese Regelung würde dann jedenfalls aus EU-rechtlicher Sicht nicht mehr zwischen verschiedenen Beteiligten des privaten Sektors differenzieren. Ob sie aus verfassungsrechtlicher Sicht überhaupt umsetzbar wäre, soll an dieser Stelle offen bleiben (durchaus nicht unproblematisch).
- Der Landesgesetzgeber könnte und dürfte aber gerade auch umgekehrt reagieren: nämlich die *Beteiligungsmöglichkeit für „vergleichbare Träger“ komplett aufheben*, also die Worte „vergleichbare Träger“ in Satz 1 sowie die Sätze 2 und 3 in § 4 Abs. 5 streichen. Es blieben dann nur noch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen als potentiell neben dem Träger am Stammkapital Beteiligte übrig. Nach dem unterstellten EuGH-Urteil wäre auch dies ein unzweifelhaft EU-konformer Zustand, da sich der Beteiligtenkreis dann auch nach Ansicht des EuGH auf den öffentlichen Sektor beschränkte, also eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht erfolgte.

Die Entscheidung bezüglich der gemeinschaftskonformen (kapitalverkehrsfreiheitskonformen) Ausgestaltung der Regelung der § 4 Abs. 5 S.2 SpkG obläge also allein dem Land Schleswig-Holstein. Das Land wäre gerade nicht rechtlich dazu verpflichtet, den Kreis der möglichen Beteiligten von Stammkapitalanteilen auf sämtliche juristische Personen des Privatrechts zu erweitern – eine EU-konforme Neugestaltung des SpkG könnte, im Gegenteil, auch eine Einschränkung von § 4 Abs. 5 EntwSpkG, z.B. durch die Streichung der „vergleichbaren Träger“, vorsehen.

Es gibt somit **keinen rechtlichen Automatismus** zwischen einer unterstellten Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit und einer Erweiterung der Stammkapitaloption auf sämtliche juristische Personen des Privatrechts. Das vielfach bemühte **Bild, der Gesetzentwurf stoße unumkehrbar das Tor zu einer Privatisierung auf**, sofern der EuGH ihn für EU-rechtswidrig hielte, **ist zwar griffig, aber rechtlich (eindeutig) falsch**.

b) **Folgen für zwischenzeitliche Stammkapitalbeteiligungen**

Natürlich würde sich für den Fall eines unterstellten EuGH-Urteils, mit dem ein Verstoß der Beteiligungsoption in § 4 Abs. 5 EntwSpkG gegen die Kapitalsverkehrsfrei-

heit festgestellt würde, die Frage stellen, was mit zwischenzeitlich erfolgten Beteiligungen an Stammkapital, und zwar gerade durch solche vergleichbaren Träger, die nach Ansicht des EuGH dann dem privaten Sektor zuzuordnen wären, geschehen müsste. Auch diese Frage ist nicht neu, sondern im Grunde bereits in dem gegenwärtigen Gesetzentwurf angelegt und mitgedacht.

§ 4 Abs. 5 S. 3 EntwSpkG sieht vor, dass die Berechtigung zum Erwerb oder Halten von Stammkapitalanteilen erlischt, sobald die in Satz 2 für die Eigenschaft eines vergleichbaren Trägers geforderten Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Für diesen Fall besteht bereits jetzt das Erfordernis einer vorsorglichen Regelung in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. § 4 Abs. 6. Die Parteien müssen sich bereits angesichts der Regelung in § 4 Abs. 5 S. 3 EntwSpkG in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag darüber verständigen, welches rechtliche Schicksal die Beteiligung am Stammkapital nimmt, wenn die Voraussetzungen für ihre Berechtigung entfallen. Denkbar wäre z.B. ein Transfer der Beteiligung in eine stille Gesellschaft. Im Einzelnen bleibt dies indes den Vereinbarungen im öffentlich-rechtlichen Vertrag überlassen.

Dieselbe Frage aber stellt sich, wenn die Berechtigung zum Halten von Stammkapital nicht wegen Wegfalls der Tatbestandsvoraussetzungen, sondern wegen Wegfalls der grundsätzlichen Berechtigung des vergleichbaren Trägers entfielen. In beiden Fällen bedürfte es einer Umwandlung der bisherigen Rechtsposition in eine andere Beteiligungsform. Und beide Fälle sollten bereits zu Beginn, bei Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages gem. § 4 Abs. 6 EntwSpkG bedacht und, jedenfalls in den für die Parteien entscheidenden Grundzügen, geregelt werden.

Auf diese Weise würde vermieden, dass für den hier unterstellten, unwahrscheinlichen Fall eines EuGH-Urteils gegen die Gesetzesnovelle ein Ausschluss der vergleichbaren Träger durch den Gesetzgeber und eine Beschränkung der Beteiligungsoption auf öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger aufgrund einer bereits erfolgten und nicht mehr umwandelbaren Stammkapitalbeteiligung rein faktisch scheitern würde.

Um die vorstehenden Überlegungen auch gesetzestechnisch abzusichern, **empfehlen wir**, in § 4 Abs. 6 Satz 2 EntwSpkG die **Verpflichtung aufzunehmen, in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auch die Regelung der Folgen eines Erlöschens der Berechtigung als vergleichbarer Träger gem. Abs. 5 aufzunehmen** (konkreter Formulierungsvorschlag siehe unten, unter D.2).

1.7. Zwischenergebnis

- a) Die im Gesetzentwurf vorgesehene Beschränkung des Kreises der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten verstößt nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn der Kreis der Beteiligten auf den öffentlichen Sektor begrenzt ist. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Neutralität des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) gegenüber der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten (Art. 345 AEUV).
- b) Art. 345 AEUV behält die wirtschaftspolitisch motivierte Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft der ausschließlichen Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten vor. Das bedeutet: Allein die Mitgliedsstaaten entscheiden über das „Ob“ einer Privatisierung. Nur dann, wenn ein Übergang vom öffentlichen in den privaten Sektor erfolgt, findet – beschränkt auf das „Wie“ der Privatisierung – eine Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten des AEUV statt.
- c) Damit lautet die für die Prüfung der EU-Konformität des Gesetzesentwurfes primäre Frage: Welche Kriterien sind für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV maßgeblich? Erst wenn diese Kriterien feststehen, kann überprüft werden, ob der Gesetzentwurf sie einhält. Die Frage, ob ein bestimmter Einzelfall (zB die HASPA Finanzholding) von dem Gesetzentwurf erfasst ist, stellt sich erst anschließend und ist eine Frage der Anwendung des Gesetzes im Einzelfall. Sie hat strenggenommen mit der EU-Konformität des Gesetzesentwurfes nichts zu tun.
- d) Für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV kommt es auf materielle Kriterien an, nicht auf formale Maßstäbe, insbesondere nicht auf die formelle Rechtsform, die in den Mitgliedsstaaten ohnehin sehr unterschiedlich ausgeprägt ist. Zwar kann aus der öffentlich-rechtlichen Rechtsform regelmäßig auf die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor geschlossen werden. Jedoch ist die öffentlich-rechtliche Rechtsform keineswegs erforderlich, um Teil des öffentlichen Sektors im Sinne des Art. 345 AEUV zu sein. Ebensowenig ist die Eigentümerstellung der öffentlichen Hand ein für den öffentlichen Sektor konstitutives Merkmal im Sinne des Art. 345 AEUV. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Rechtsträger
 - zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verpflichtet ist;
 - der Gemeinnützigkeit verpflichtet ist; und zwar in negativer Hinsicht, durch das Fehlen jeglicher privaten Eigentümer, die in Verfolgung eigener Renditeinter-

sen eine Ausschüttung, eine Beteiligung am Liquidationserlös oder in sonstiger Weise eine wirtschaftliche Beteiligung an den Ergebnissen des Unternehmens verlangen könnten; wie auch in positiver Hinsicht, indem der Rechtsträger verpflichtet ist, etwaige Ausschüttungen sowie den Liquidationserlös ausschließlich für öffentliche, dem gemeinen Nutzen dienende Zwecke einzusetzen;

- einer spezifischen staatlichen Aufsicht, die über eine allgemeine Wirtschaftsaufsicht hinausgeht und die die Dauerhaftigkeit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sowie der Gemeinnützigkeit unabhängig vom Willen des jeweiligen Rechtsträgers gewährleistet.
- e) Öffentlich-rechtliche Sparkassen sowie deren Träger i.S.v. § 1 Abs. 1 SpkG gehören zum öffentlichen Sektor. Denn Träger gemäß § 1 Abs. 1 SpkG können nur Gemeinden, Ämter, Kreise und Zweckverbände sein – und damit ausschließlich Rechtssubjekte, die als Verwaltungsträger dem öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV zuzuordnen sind. Gleichmaßen sind auch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts Teil der (mittelbaren) Staatsverwaltung und daher für die Zwecke des Art. 345 AEUV als öffentliche Akteure anzusehen.
- f) Auch die vergleichbaren Träger in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG erfüllen die für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor gem. Art. 345 AEUV erforderlichen Kriterien. Wir empfehlen allerdings zur Verbesserung der Rechtssicherheit des Gesetzesentwurfes die Aufnahme von drei weiteren Anforderungen, nämlich (i) das Erfordernis der Zugehörigkeit des vergleichbaren Trägers zum regionalen Sparkassen- und Giroverband, (ii) die Konzentration auf vergleichbare Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg sowie (iii) die Beschränkung auf vergleichbare Träger, die die Anforderungen des § 4 Abs. 5 bei Inkrafttreten des Gesetzes erfüllen (und sich nicht erst nachträglich schaffen).
- g) Die Hamburger Sparkasse AG („Haspa“) ist nicht, die HASPA Finanzholding hingegen ist Teil des öffentlichen Sektors gemäß Art. 345 AEUV:
- Nach ihrer Satzung unterliegt die HASPA Finanzholding derselben sparkassentypischen, gemeinwohlorientierten Aufgabe, die seit ihrer Gründung bis zur Ausgliederung des Bankbetriebs auf die heutige Haspa im Jahr 2003 bereits die frühere Hamburger Sparkasse erfüllte und die sie auch heute noch mit der Haspa teilt.
 - An der HASPA Finanzholding sind weder private noch öffentliche Eigentümer beteiligt. Es gibt insbesondere keine Eigentümer mit Renditeinteressen. An die

Stelle einer privatnützigen und renditeorientierten Eigentümerstellung tritt die ausschließliche Gemeinnützigkeitsverpflichtung, der die HASPA Finanzholding unterliegt. So kann der verbleibende Bilanzgewinn der HASPA Finanzholding nach § 20 Abs. 3 ihrer (gegenwärtigen) Satzung nur (unmittelbar) gemeinnützigen Zwecken zugeführt oder in die Sicherheitsrücklage eingestellt, nicht aber ausgeschüttet werden. Gleichermaßen kommt auch bei Auflösung das verbleibende Vermögen der HASPA Finanzholding nicht etwa Privaten zu, sondern ist unter besonderer Berücksichtigung der von der Haspa geförderten Einrichtungen gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken zuzuwenden (§ 21 Abs. 4 der Satzung der HASPA Finanzholding).

- Die HASPA Finanzholding untersteht nach § 23 ihrer Satzung einer spezifischen, gerade auf die Sparkassenaufgaben und Gemeinnützigkeit bezogenen Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg. Änderungen der für die Gemeinwohlaufgabe und Gemeinnützigkeit der HASPA Finanzholding wesentlichen Struktur- und Aufgabenbestimmungen bedürfen der Zustimmung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg.
- Gerade im Hinblick auf diesen staatlichen Einfluß auf Organisation und Betrieb hat bereits das Reichsgericht die damalige Hamburger Sparkasse als „öffentliche Sparkasse“ bewertet.
- Die Zugehörigkeit der HASPA Finanzholding zum öffentlichen Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV wird ferner dadurch belegt, dass die HASPA Finanzholding ungeachtet der Ausgliederung des Bankbetriebs auf die Haspa im Jahr 2003 – nicht anders als die frühere Hamburger Sparkasse – Teil der Sparkassenorganisation ist. Sie ist (ebenso wie die Haspa) Mitglied des Hanseatischen Sparkassen- und Giroverbandes („HSGV“), der seinerseits Mitglied des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes („DSGV“) ist.
- Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Februar 1984 steht einer Einordnung der HASPA Finanzholding als öffentlicher Akteur gemäß Art. 345 AEUV nicht entgegen. Im Gegenteil, hat das BVerwG den Status der früheren Hamburger Sparkasse (aus der die HASPA Finanzholding hervorgegangen ist) als *öffentliche* Sparkasse darin gerade anerkannt. Im Übrigen ging es dem BVerwG in seinem Urteil allein um die Reichweite der Gesetzgebungsbefugnis der Länder im Verhältnis zum Bund. Das Urteil betraf somit einen Sachverhalt und eine Fragestellung, die mit der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im Sinne des Art. 345 AEUV in keinem Zusammenhang stehen und hiervon streng zu unterscheiden sind.



- h) Das Schreiben der EU-Kommission vom 16. April 2010 bestätigt die vorstehenden Ausführungen. Drei Punkte sind wesentlich:
- *Die Kommission hat in ihrem Schreiben unmissverständlich klargestellt, dass sie zur Vereinbarkeit von Gesetzesvorhaben mit EU-Recht keine Stellung nimmt. Sie bestätigt damit ihre Verhaltensweise in den bisherigen Verfahren und vergangenen Jahren: Es kann schon aus Verfahrensgründen keine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ der Kommission zu einem nationalen Gesetzesvorhaben geben. Die Kommission hat damit gerade keine Aussage zur EU-Konformität des Gesetzesentwurfes getroffen.*
 - *Die Kommission hat ausdrücklich bestätigt, dass es einem Mitgliedstaat freisteht, ob er eine Rechtseinheit zum öffentlichen oder privaten Sektor zuordnet und wie er die Rechtsbeziehungen innerhalb des öffentlichen Sektors gestaltet. Auch das ist nicht neu. Die Kommission hat diese Entscheidungsfreiheit der Mitgliedsstaaten bereits mehrfach bestätigt, auch in den Verfahren zur Stammkapitalbildung in den Ländern Nordrhein-Westfalen und Hessen.*
 - *Die Kommission hat ausdrücklich offen gelassen, ob die HASPA Finanzholding aus ihrer Sicht dem öffentlichen oder dem privaten Sektor zuzuordnen ist. Zum einen fehlten ihr die hierfür erforderlichen Rechtsgrundlagen. Zum anderen ist für die Beurteilung der EU-Konformität, jedenfalls aus dem Blickwinkel der Kapitalverkehrsfreiheit, etwas anderes maßgeblich: nämlich zunächst die Frage danach, welche allgemeinen Kriterien für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor maßgeblich sind. Entscheidend sind dabei die *materiellen Merkmale* des öffentlichen Sektors, nicht jedoch die bloß formelle Rechtsform.*

Die in dem Schreiben der Kommission enthaltenen Hinweise zu einer möglichen privatrechtlichen Rechtsform der HASPA Finanzholding können deshalb ohne Weiteres als richtig unterstellt werden. Sie würden damit aber an der Einordnung der HASPA Finanzholding in den öffentlichen Sektor überhaupt nichts ändern. Denn von der bloß formellen Rechtsform hängt diese Frage nicht ab.

- i) Der Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein („SGVSH“) schlägt in seinem alternativen Gesetzentwurf eine atypisch stille Gesellschaftsstruktur vor, mit bis zu drei Vertretern im Verwaltungsrat und einer Begrenzung der Beteiligten auf im Wesentlichen denselben Kreis wie in dem Gesetzentwurf. Das führt zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass der SGVSH die von ihm im Gesetzentwurf für EU-rechtswidrig gehaltene Bestimmung des Beteiligtenkreises, unter Einbezug der HASPA Finanz-

holding, in seinem eigenen Entwurf selbst und sogar wortgleich vorschlägt und offenbar für unbedenklich hält.

Blicke der SGVSH konsequent, müsste er entweder in seinem Alternativentwurf die Beteiligungsoption für „vergleichbare Träger“ aufheben, womit eine Beteiligungsoption der HASPA Finanzholding entfiel. Oder er müsste seine Kritik an der EU-Rechtswidrigkeit des Gesetzesentwurfes aufgeben. Indes die EU-rechtliche Kritik einerseits aufrechtzuerhalten, sie aber andererseits nicht auf den eigenen Entwurf anzuwenden, ist widersprüchlich und inkonsequent.

j) Der Gesetzesentwurf ist kein „Einfallstor zur Privatisierung“. Auch im Falle einer unterstellten EuGH-Entscheidung gegen die Beteiligungsmöglichkeit „vergleichbarer Träger“ könnte der Landesgesetzgeber diese Option aufheben und für die Zukunft die Stammkapitalbeteiligung auf öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger begrenzen. Nach einer unterstellten EuGH-Entscheidung hätte das Land Schleswig-Holstein im Wesentlichen zwei Möglichkeiten zur Neuregelung von § 4 Abs. 5 SpkG:

- Der Gesetzgeber könnte den *Kreis der vergleichbaren Träger auf jegliche juristische Personen ausdehnen*, ohne die Begrenzungen in § 4 Abs. 5 S. 2 EntwSpkG.
- Der Landesgesetzgeber könnte aber auch umgekehrt reagieren: nämlich die *Beteiligungsmöglichkeit für „vergleichbare Träger“ komplett aufheben*, also die Worte „vergleichbare Träger“ in Satz 1 sowie die Sätze 2 und 3 in § 4 Abs. 5 streichen. Es blieben dann nur noch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen als potentiell neben dem Träger am Stammkapital Beteiligte übrig.

Es gibt somit *keinen rechtlichen Automatismus* zwischen einer unterstellten Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit und einer Erweiterung der Stammkapitaloption auf sämtliche juristische Personen des Privatrechts. Das vielfach bemühte Bild, der Gesetzesentwurf stoße unumkehrbar das Tor zu einer Privatisierung auf, sofern der EuGH ihn für EU-rechtswidrig hielte, ist zwar griffig, aber rechtlich (eindeutig) falsch.

k) Wir empfehlen, in § 4 Abs. 6 Satz 2 EntwSpkG die Verpflichtung aufzunehmen, in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auch die Folgen eines Erlöschens der Berechtigung als vergleichbarer Träger gem. Abs. 5 zu regeln.

Auf diese Weise würde § 4 Abs. 5 S. 3 EntwSpkG abgesichert und zugleich vermieden, dass für den unterstellten, unwahrscheinlichen Fall eines EuGH-Urteils gegen

die Gesetzesnovelle ein Ausschluss der vergleichbaren Träger durch den Gesetzgeber und eine Beschränkung der Beteiligungsoption auf öffentlich-rechtliche Sparkassen und deren Träger aufgrund einer bereits erfolgten und nicht mehr umwandelbaren Stammkapitalbeteiligung rein faktisch scheitern würde.

2. Niederlassungsfreiheit

- 2.1. Ob die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV und die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV nebeneinander Anwendung finden können oder es einen Vorrang der einen vor der anderen Grundfreiheit gibt, wird nicht einheitlich beurteilt.

Vgl. zur Diskussion Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 63 EGV Rn. 16 ff.; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf, a.a.O., Art. 63 EGV Rn. 28 ff. Der EuGH geht insoweit nunmehr davon aus, dass „nationale Maßnahmen über den Besitz von Beteiligungen, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Beteiligungsgesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, in den sachlichen Geltungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit [fallen] (...). Sollte die fragliche nationale Maßnahme zu Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs führen, wären derartige Auswirkungen (...) die unvermeidliche Konsequenz der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und rechtfertigen keine Prüfung dieser Maßnahme im Hinblick auf Art. 58 bis 58 AEUV (...)“ (EuGH, Beschl. v. 10.5.2007, Rs. C-492/04, Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH/Finanzamt Emmendingen, Rn. 20 u. 25 m.w.Nachw.); siehe zur Kritik an dieser Rechtsprechung, die auf eine Verdrängung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Niederlassungsfreiheit hinausläuft, nur Martini, DÖV 2008, S. 314 (317 f.).

Die Frage kann vorliegend jedoch dahinstehen. Denn der **Vorbehalt des Art. 345 AEUV gilt** ebenso wie für die Kapitalverkehrsfreiheit (selbstverständlich) **auch für die Niederlassungsfreiheit**. Da mit dem Gesetzentwurf keine Öffnung der öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein für den privaten Sektor verbunden wäre, kann schon aus diesem Grund auch der Schutzbereich des Art. 49 AEUV nicht eröffnet bzw. beeinträchtigt sein.

- 2.2. **Wir halten fest:** Die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV wäre nicht verletzt, weil der Vorbehalt des Art. 345 AEUV auch für sie gilt. Es kann daher offen bleiben, ob die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 AEUV und die Niederlas-

sungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV nebeneinander Anwendung finden können oder es einen Vorrang der einen vor der anderen Grundfreiheit gibt.

3. Allgemeines Diskriminierungsverbot

- 3.1. Fraglich könnte sein, ob Art. 345 AEUV auch die Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV (ex Art. 6 EGV) ausschließt. Hierfür könnte sprechen, dass nach Art. 345 AEUV „die Verträge“, d.h. die EG-Verträge in ihrer Gänze, die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lassen. Zudem findet sich Art. 345 AEUV im Siebten Teil des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der nach seiner Überschrift „allgemeine und Schlussbestimmungen“ enthält.

Vgl. Hochbaum, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, a.a.O., Art. 222 Rn. 5; Koenig/Kühling, in: Streinz, a.a.O., Art. 345 Rn. 1; Thode/Peres, BB 1997, S. 1749 (1752).

Allerdings soll Art. 345 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH nicht dazu führen, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen den „Grundsatzbestimmungen des AEUV“ entzogen sind; insbesondere sollen die *Wettbewerbsregeln* des AEUV als Grundsatzbestimmungen unterschiedslos auf öffentliche und private Unternehmen anwendbar sein.

Vgl. EuGH, Urt. v. 6.3.2003, verb. Rs. T-228/99 u. T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale u.a./Kommission, Rn. 192 m.w.Nachw.

Ob der EuGH auch Art. 18 AEUV zu den Grundsatzbestimmungen rechnet, die durch Art. 345 AEUV nicht suspendiert werden, ist ungeklärt.

Vgl. Schweitzer, in: Grabitz/Hilf, a.a.O., Art. 345 AEUV Rn. 4.

- 3.2. Letztlich kann die Frage hier indes dahinstehen. Denn Art. 18 AEUV verbietet schon ausweislich seines Wortlauts nur Diskriminierungen *aus Gründen der Staatsangehörigkeit*. Darin unterscheidet sich die Bestimmung z.B. vom allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Vgl. Epincy, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 18 EGV Rn. 7.

Eine solche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Denn es wird weder direkt noch indirekt an die Staatsangehö-

rigkeit angeknüpft. Vielmehr trifft die erwogene Beschränkung des Kreises möglicher Beteiligter an Stammkapitalanteilen öffentlich-rechtlicher Sparkassen in Schleswig-Holstein in- und ausländische Personen, die die vorgesehenen Voraussetzungen für den Erwerb nicht erfüllen, gleichermaßen.

Daran würde eine Konzentration auf vergleichbare Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein, die hier zur Erhöhung der Rechtssicherheit vorgeschlagen wird (oben, unter I.1.3 c. cc.), nichts ändern. Denn die Einbeziehung juristischer Personen mit Sitz in Hamburg in den Kreis der möglichen Beteiligten an Stammkapitalanteilen würde gerade nicht auf deren Staatsangehörigkeit beruhen, sondern auf ihrer historisch bedingten besonderen wirtschaftlichen Verflechtung mit dem Wirtschaftsraum und dem Sparkassenwesen in Schleswig-Holstein. Dies gilt insbesondere für die HASPA Finanzholding und drückt sich im Folgenden aus:

- der bereits bestehenden (Minderheits-)Beteiligung der IIASPA Finanzholding an den vier freien Sparkassen in Schleswig-Holstein (Bordesholmer Sparkasse AG, Spar- und Leihkasse zu Bredstedt AG, Sparkasse zu Lübeck AG, Sparkasse Mittelholstein AG);
- der wechselseitigen Überschneidung der Geschäftsgebiete der Haspa in Schleswig-Holstein wie auch angrenzender schleswig-holsteinischer Sparkassen in Hamburg;
- der gemeinsam von der HASPA Finanzholding (zu 42,5 %) und dem SGVSH (zu 57,5 %) gehaltenen LBS Bausparkasse Schleswig-Holstein-Hamburg AG;
- der gemeinsamen Bündelung sparkassenbezogener Dienstleistungen in den Bereichen Kreditservice, Marktservice, Zahlungsverkehr, Finanzen, Controlling etc. in der NRS Norddeutsche Retail-Service AG („NRS“), an der die HASPA Finanzholding und der SGVSH mit 60 % (minus eine Aktie) bzw. 25 % (plus eine Aktie) beteiligt sind (weiterer Aktionär: der wirtschaftliche Verein Finanzholding der Sparkasse in Bremen mit 15 %).

Allein diese vorgefundene, besondere Verflechtung wäre der Anknüpfungspunkt des Regelungsvorschlags, nicht aber die Staatsangehörigkeit.

- 3.3. **Wir halten fest:** Ob sich eine Grenze der Anwendung des Art. 345 AEUV aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ergibt, kann offen bleiben. Denn Art. 18 AEUV verbietet schon ausweislich seines Wortlauts nur Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Eine solche wäre vorliegend *nicht* ge-

geben, wenn, wie hier zur Erhöhung der Rechtssicherheit vorgeschlagen, der Kreis der möglichen Beteiligten am Stammkapital öffentlich-rechtlicher Sparkassen auf vergleichbare Träger mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg konzentriert würde. Denn in diesem Fall würde weder direkt noch indirekt an die Staatsangehörigkeit angeknüpft. Die Einbeziehung von vergleichbaren Trägern mit Sitz in Hamburg beruhte vielmehr ausschließlich auf der langjährigen, historisch bedingten, besonderen wirtschaftlichen und politischen Verflechtung der Wirtschaftsräume und des Sparkassenwesens zwischen Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg.

4. Beihilferecht

Zu beachten ist ferner das EU-Beihilferecht, insbesondere Art. 107 AEUV. Wie dargestellt, sind nach der Rechtsprechung des EuGH die Wettbewerbsregeln der EG-Verträge als Grundsatzbestimmungen unterschiedslos auf öffentliche und private Unternehmen anwendbar (s.o.). Insofern könnte der Vorbehalt des Art. 345 AEUV vorliegend gegenüber Art. 107 AEUV nicht zum Tragen kommen.

Allerdings handelte es sich dabei weniger um ein Problem des Gesetzentwurfs als solchem, als vielmehr um eine Frage, wie mit den entsprechenden Regelungen, sollten sie Gesetz werden, in der Praxis umgegangen würde. Hier wäre z.B. darauf zu achten, dass Stammkapitalanteile zu einem marktgerechten Preis übertragen werden, um nicht den Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV zu erfüllen.

Dies ist indes keine Frage der EU-Konformität des Gesetzentwurfes, sondern letztlich eine allgemeine Frage, die sich bei jeder Beteiligung an einem Unternehmen durch einen öffentlichen Träger stellen würde. Der Gesetzentwurf als solcher steht mit den Forderungen des Beihilferechts im Einklang.

II. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzentwurfs ist zu unterscheiden zwischen formeller (dazu unter 1.) und materieller Verfassungsmäßigkeit (dazu unter 2.).

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

- 1.1. Zweifel an der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfes bestehen nicht. Insbesondere steht dem Land Schleswig-Holstein die Gesetzgebungskompetenz zu.

Denn es handelt sich hierbei nicht um Regelungen, die das Bankwesen oder materielle Gesellschaftsrecht betrifft und damit der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) unterfällt.

Von dieser Kompetenz hat der Bund abschließend Gebrauch gemacht, sodass der Landesgesetzgeber mangels einer Abweichungsgesetzgebung der Länder in den Bereichen des Bankwesens und materiellen Gesellschaftsrechts (vgl. Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG) nicht mehr zuständig ist.

Vielmehr geht es um **Bestimmungen auf dem Gebiet des sog. formellen Sparkassenrechts** (Sparkassenverfassungsrecht und Sparkassenorganisationsrecht), **das der Organisationsgewalt der Länder untersteht**.

Vgl. BVerwGE 75, 292 (299); Maunz, in: ders./ Dürig/ Herzog/ Scholz, Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, Stand: 53. Lfg. Okt. 2008, Art. 74 Rn. 146; Mayen, DÖV 2001, S. 110 (118).

Diese umfasst auch die Ermöglichung der Bildung und Übertragung von Stammkapital an Anstalten des öffentlichen Rechts, einschließlich öffentlich-rechtlicher Sparkassen:

„Damit ist auch eine Regelung, die eine Übertragung von Beteiligungen am Stammkapital von Anstalten des öffentlichen Rechts auf andere juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts vorsieht, als Ausdruck der Organisationsgewalt der Länder Sache des Landesgesetzgebers. Der Bund, der die Organisationsgewalt der Länder zu respektieren hat, hat hier keine Gesetzgebungskompetenz.“

(Mayen, a.a.O., S. 119)

- 1.2. **Wir halten fest:** Der Gesetzentwurf ist formell verfassungsgemäß (ein ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren unterstellt). Dem Land Schleswig-Holstein steht für die geplante Novellierung des SpkG die Gesetzgebungskompetenz zu.

2. **Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Im Folgenden prüfen wir die erwogenen Stammkapitaloptionen (2.1.), die Vertretung der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten im Verwaltungsrat (2.2.) sowie die Bestimmung zu Ausschüttungen auf das Stammkapital (2.3.), jeweils im Hinblick auf deren materielle Verfassungsmäßigkeit.

2.1. Stammkapitaloptionen

a) Bildung von Stammkapital

Bedenken gegen die materielle Verfassungsmäßigkeit der Bildung von Stammkapital könnten sich allenfalls aus dem „Wesen“ der Sparkassen in ihrer Gestalt als Anstalten des öffentlichen Rechts, d.h. letztlich aus dem Anstaltsbegriff selbst ergeben. So ist vereinzelt argumentiert worden, die Bildung von Stammkapital transformiere die Sparkassen in „Kapitalgesellschaften des öffentlichen Rechts.“

Vgl. Siekmann, NWVBl. 1993, S. 361 (370).

- aa) In der Tat verfügen die Sparkassen traditionell nicht über Stammkapital. Indes ist der Anstaltsbegriff verfassungsrechtlich nicht abschließend vorgegeben. Im Gegenteil, er wird vom (einfachen) Gesetzgeber in einer unterschiedlichen Weise verwendet und zeichnet sich als Sammelbegriff für verschiedene organisationsrechtliche Erscheinungen durch eine erhebliche Offenheit und Flexibilität aus.

Vgl. Müller, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2004, § 88 Rn. 6 f.

Die genaue **Ausgestaltung der jeweiligen Anstalt obliegt in erster Linie dem öffentlich-rechtlichen Organisationsgesetzgeber**, dem insoweit verfassungsrechtlich nur wenig konkrete Vorgaben gemacht werden.

Vgl. BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794 (795); Mayen, a.a.O., S. 117; Wolfers, NVwZ 2000, S. 765; ders./Kaufmann, DVBl. 2002, S. 507.

Als unverzichtbare Merkmale einer Anstalt des öffentlichen Rechts werden lediglich angesehen: (i) die öffentliche Trägerschaft, (ii) die Ausstattung mit eigenen Personal- und Sachmitteln sowie (iii) die eigenverantwortliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.

Vgl. nur Wolfers/Kaufmann, a.a.O., S. 509; Müller, in: Wolff/Bachof/Stober, a.a.O., § 88 Rn. 1.

Dass Anstalten des öffentlichen Rechts, einschließlich der Sparkassen, nicht über Stammkapital verfügen (dürfen), ist dagegen kein konstitutives Element des Anstaltsbegriffs. **Vielmehr steht es dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, ob er die Bildung von Stammkapital ermöglichen will.**

Vgl. auch BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794 (795), wonach sich selbst die Schaffung einer kapitalmäßigen Beteiligung von Privatpersonen an einer Anstalt des öffentlichen Rechts im Rahmen der Organisationsgewalt des Gesetzgebers bewegt.

- bb) Dieser Befund bestätigt sich durch einen Blick auf die Landesbanken/Girozentralen, Investitions-/Förderbanken und Landesbausparkassen, die üblicherweise ebenfalls als Anstalten des öffentlichen Rechts konstituiert sind.

Vgl. nur Becker, Die Vernetzung der Landesbanken. Eine Untersuchung über verfassungsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Kapitalisierung und partiellen Übernahme von Landesbanken/Girozentralen sowie der Einrichtung länderübergreifender Institute, 1998, S. 66 ff.

So verfügen faktisch die meisten Anstalten des öffentlichen Rechts über Stammkapital: im Bereich der Kreditwirtschaft haben sämtliche Landesbanken/Girozentralen und überwiegend auch die Investitions-/Förderbanken sowie die Landesbausparkassen Stamm- oder Grundkapital. Wäre es verfassungsrechtlich geboten, dass eine Anstalt des öffentlichen Rechts kein Stamm- oder Grundkapital hat, so wären sämtliche landesrechtliche Rechtsgrundlagen (Staatsverträge, Gesetze, Satzungen) der Landesbanken/Girozentralen, Förder-/Investitionsbanken sowie Landesbausparkassen verfassungswidrig. Dies wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ernsthaft behauptet. Im Gegenteil, wird umgekehrt hervorgehoben, dass das Fehlen von Stammkapital bei den Sparkassen ausschließlich historische Gründe habe und gerade nicht verfassungsrechtlich gefordert sei.

Becker, a.a.O., S. 151.

- cc) Die Rahmenbedingungen haben sich inzwischen geändert. Die Sparkassen wurden als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliedert und damit weitgehend verselbständigt. Ungeachtet gewisser gesetzlicher Beschränkungen werden sie inzwischen im Aktivgeschäft umfassend tätig. Es liegt daher nicht fern, wenn der Gesetzgeber den Sparkassen und ihren Trägern zumindest die Möglichkeit eröffnet, Eigenkapital zu bilden.

Hervorzuheben ist, dass der Gesetzentwurf lediglich eine Option begründet: Es besteht keine rechtliche Pflicht zur Bildung von Stammkapital. Sparkassen und deren Trägern, die an der bisherigen Rechtslage festhalten und kein Stammkapital bilden wollen, bleibt es unbenommen, so zu verfahren und keine Änderungen vorzunehmen. Tatsächlich ist die bereits in vier anderen Bundesländern begründete Stammkapital-

option in der Praxis bisher wenig genutzt worden (Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz).

Vgl. §§ 3a des Bremischen Sparkassengesetzes („BremSpkG“), 3 Abs. 4 HSpG 2007, 1 Abs. 4 HSpG 2008, 7 Abs. 1 SpkG NW 2008, 3 Abs. 3 des rheinland-pfälzischen Sparkassengesetzes („rh.-pf. SpkG“).

- dd) **Wir halten fest:** Die Einführung einer Stammkapitaloption ist dem Anstalts- und Sparkassenrecht nicht wesensfremd, sondern bekannt. Die Stammkapitalbildung ist bei Anstalten des öffentlichen Rechts die Regel, nicht die Ausnahme. Die meisten öffentlich-rechtlichen Anstalten haben Stammkapital oder Grundkapital, z.B. Landesbausparkassen, Förderbanken, Landesbanken sowie Anstalten im Versorgungs- und Infrastruktursektor. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bildung von Stammkapital steht außer Frage. Davon zu unterscheiden ist die öffentlich-rechtliche Aufgabe und Zweckbindung. Diese besteht fort und bleibt von einer Stammkapitalbildung völlig unberührt. Auch das ist Standard des Anstaltsrechts.

Die Einführung einer Stammkapitaloption in Schleswig-Holstein wäre damit verfassungsrechtlich zulässig und aus Sicht des Anstaltsrechts weder etwas Einmaliges oder Erstmaliges noch dem Anstalts- oder Sparkassenrecht Wesensfremdes.

b) **Übertragung von Stammkapital**

aa) **Anforderungen aus dem Anstaltsbegriff**

- (1) Auch die Übertragbarkeit und Übertragung von Stammkapital begegnet keinen Bedenken im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung öffentlich-rechtlicher Anstalten.

Der **öffentlich-rechtliche Organisationsgesetzgeber** ist nicht nur frei, eine Anstalt mit Stammkapital auszustatten oder deren Bildung zu erlauben, sondern **kann auch vorsehen, dass das Stammkapital übertragen werden kann**. Auch dies entspricht dem Standard z.B. bei den als Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten Landesbanken. Ferner ist die Möglichkeit zur Übertragung von Stammkapital (soweit gebildet) bereits für Sparkassen in Hessen, Bremen und Rheinland-Pfalz vorgesehen.

Vgl. §§ 2 Abs. 6 BremSpkG; 20a HSpG 2007; 17a, 17b HSpG 2008; 3 Abs. 4 rh.-pf. SpkG.

- (2) Dabei ist es weder anstands- noch verfassungsrechtlich geboten, das Halten von Stammkapitalanteilen mit der öffentlich-rechtlichen (Anstands-) Trägerschaft zu verbinden. Vielmehr steht es dem Organisationsgesetzgeber frei, die Beteiligung am Stammkapital von der Trägerstellung zu trennen, wie dies in dem Gesetzentwurf vorgesehen ist (Trennungsmodell). **In dem Trennungsmodell wird der Inhaber von Stammkapital also gerade nicht zugleich öffentlich-rechtlicher Träger der Anstalt.** Er ist vielmehr im Wesentlichen auf eine wirtschaftliche Beteiligungsposition beschränkt. Sämtliche mit der öffentlich-rechtlichen Trägerstellung verbundene Mitverwaltungsrechte kommen ausschließlich dem kommunalen Träger zu, in keiner Weise indes den neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten. Seine Mitverwaltungsrechte sind, insoweit vergleichbar dem Konzept eines atypisch stillen Gesellschafters, auf eine zahlenmäßig beschränkte Vertretung im Verwaltungsrat begrenzt.

Die Übertragung von Stammkapital lässt also nach dem Gesetzentwurf die öffentlich-rechtliche Trägerstellung und die damit einhergehenden Mitverwaltungs- und wirtschaftliche Beteiligungsrechte vollkommen unberührt. Die Gemeinden oder Zweckverbände als Träger der Sparkasse blieben auch bei Übertragung bis zu 25,1 % Stammkapitalanteilen zu 100 % öffentlich-rechtlicher Träger der Sparkasse.

Die rechtliche Zulässigkeit der Trennung von öffentlich-rechtlicher Trägerschaft einerseits und der wirtschaftlichen Stellung eines Stammkapitalinhabers andererseits ist in der anstandsrechtlichen Literatur anerkannt:

„Vorstellbar und zulässig wäre auch eine Regelung, die die Stellung des Anteilseigners im Wesentlichen auf die bloße vermögensmäßige Beteiligung, d.h. auf Gewinnbezugsrechte und gewisse Informationsrechte beschränkt. **Es gibt keine öffentlich-rechtliche Vorschrift, die dazu zwingt, dass der Kapitalträger einer Anstalt zugleich die Funktionen eines Anstands- oder Gewährträgers übernimmt.** Die terminologische Ähnlichkeit (anstandsrechtlicher) Beteiligungsrechte am Stammkapital von Anständen des öffentlichen Rechts mit entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Erscheinungsformen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass beide Rechtsinstitute voneinander zu trennen sind. Im Anstandsrecht gilt der Grundsatz der Maßgabe des jeweiligen Anstandsstatuts. Mit anderen Worten: Die Einflussnahmemöglichkeiten des privaten Kapitalträgers an der Anstalt bestehen nur nach Maßgabe derjenigen Einflussnahmemöglichkeiten, die das Organisationsstatut der Anstalt hierfür vorsieht.

Würde eine Übertragbarkeit so ausgestaltet, dass der private Kapitalträger nicht die Stellung des Gewährträgers hat, d.h. weder die

haftungsrechtliche Position im Rahmen der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung noch die mit der Gewährträgerstellung ansonsten verbundenen Einflussnahmemöglichkeiten in den Organen der Anstalt, so wäre dies auch mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben sehr wohl vereinbart. In Ermangelung privater Mitentscheidungsrechte würde der staatliche Einfluss auf die Aufgabenerfüllung der Anstalt nicht beschränkt.“

(Mayen, a.a.O., S. 117 f.)

Auch Mischformen sind grundsätzlich möglich. So kann etwa die kapitalmäßige Beteiligung mit gewissen Einflussnahmemöglichkeiten (z.B. im Verwaltungsrat) verbunden werden. Es ist dies allein eine Frage der jeweiligen Ausgestaltung des Anstaltsrechts durch den öffentlich-rechtlichen Organisationsgeber im Einzelfall.

bb) Vereinbarkeit mit dem Willkürverbot

Soweit, wie oben zur Erhöhung der Rechtssicherheit vorgeschlagen, der Kreis der Beteiligten auf vergleichbare Rechtsträger mit Sitz in Schleswig-Holstein oder Hamburg konzentriert würde, wäre die Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG zu prüfen. Dieses verlangt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG allerdings nur, dass sich für eine Regelung „irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund anführen lässt“.

BVerfGE 144 (155); 72, 255 (271); 81, 108 (118); 83, 395 (401);
vgl. auch Jarass, in: ders./Pieroth, a.a.O., Art. 3 Rn. 11.

Das ist vorliegend ohne Zweifel der Fall. Denn die besondere politische und wirtschaftliche Verflechtung nicht nur zwischen den Bundesländern Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg, sondern darüber hinaus zwischen der dem „vergleichbaren Träger“ HASPA Finanzholding und dem Sparkassenwesen in Schleswig-Holstein, insbesondere die bereits bestehende Beteiligung an den freien Sparkassen in Schleswig-Holstein sowie das Bestehen schleswig-holsteinischer Sparkassenfilialen in Hamburg und umgekehrt der Haspa in Schleswig-Holstein, sind ein hinreichender sachlicher Grund dafür, vergleichbare Träger mit Sitz in Hamburg in den Kreis der möglichen Stammkapitalinhaber einzubeziehen, anderen vergleichbaren Trägern außerhalb Schleswig-Holsteins, also z.B. in den Bundesländern Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen oder Bayern, diese Beteiligungsmöglichkeit indes nicht einzuräumen. Das entspricht im Übrigen auch dem Vorbild und der Regel der bisherigen Sparkassennovellen, die stets auf das jeweilige Bundesland beschränkt waren. Allein die besondere Situation und Verflechtung im

Wirtschaftsraum Hamburg/Schleswig-Holstein rechtfertigt im vorliegenden Fall den Einbezug vergleichbarer Träger mit Sitz in Hamburg.

Ähnlich wie im Rahmen des Art. 18 AEUV würde der Gesetzgeber also an vorgefundene, besondere Verhältnisse anknüpfen, die sich aus den schon lange bestehenden Wirtschaftsbeziehungen zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg sowie der besonderen wechselseitigen Verflechtung im Sparkassenwesen ergeben (s.o.).

Es besteht deshalb nicht nur „irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund“ dafür, aus dem Kreis der anderen Bundesländer ausschließlich vergleichbare Trägern mit Sitz in Hamburg eine Beteiligungsmöglichkeit einzuräumen. Tatsächlich handelt es sich um zahlreiche und aufgrund der langjährigen politischen und wirtschaftlichen Verflechtung gewichtige Gründe für diesen Einbezug vergleichbarer Träger mit Sitz in Hamburg, so dass eine solche Konzentration der Beteiligungsmöglichkeiten auf Schleswig-Holstein und Hamburg keinesfalls als willkürlich angesehen werden kann.

c) Zwischenergebnis

Die geplanten Stammkapitaloptionen wären materiell verfassungsgemäß.

- aa) Die Einführung einer Stammkapitaloption ist dem Anstalts- und Sparkassenrecht nicht wesensfremd, sondern bekannt. Die Stammkapitalbildung ist bei Anstalten des öffentlichen Rechts die Regel, nicht die Ausnahme. Die meisten öffentlich-rechtlichen Anstalten haben Stammkapital oder Grundkapital, z.B. Landesbausparkassen, Förderbanken, Landesbanken sowie Anstalten im Versorgungs- und Infrastruktursektor. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bildung von Stammkapital steht außer Frage. Davon zu unterscheiden ist die öffentlich-rechtliche Aufgabe und Zweckbindung. Diese besteht fort und bleibt von einer Stammkapitalbildung völlig unberührt. Auch das ist Standard des Anstaltsrechts.

Die Einführung einer Stammkapitaloption in Schleswig-Holstein wäre damit verfassungsrechtlich zulässig und aus Sicht des Anstaltsrechts weder etwas Einmaliges oder Erstmaliges noch dem Anstalts- oder Sparkassenrecht Wesensfremdes.

- bb) Es verstieße nicht gegen das verfassungsrechtliche Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, eine Übertragung von Stammkapital außerhalb Schleswig-Holsteins allein „vergleichbaren Trägern“ mit Sitz in Hamburg zu ermöglichen. Denn es besteht seit vielen Jahren eine besondere, enge wirtschaftliche und politische Verflechtung sowohl zwischen den beiden Bundesländern, die zugleich Ausdruck eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes von Hamburg und Schleswig-

Holstein ist, als auch zwischen den Sparkassen der beiden Bundesländer, insbesondere durch die Überlappung von Geschäftsgebieten sowie durch wechselseitige Beteiligungen (z.B. der HASPA Finanzholding und freien Sparkassen, der gemeinsamen Beteiligung an dem Dienstleister NRS Norddeutsche Retail-Service AG etc.). Diese besondere, wechselseitige Verflechtung zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg ist ein hinreichender sachlicher Grund dafür, die Beteiligungsoption an Sparkassen auf vergleichbare Träger in Schleswig-Holstein und Hamburg zu konzentrieren (wie wir dies zwecks Erhöhung der Rechtssicherheit vorschlagen; vgl. oben unter C.I.1.3 c.cc).

2.2. Vertretung im Verwaltungsrat

Nach § 7 Abs. 3 EntwSpkG gehört dem Verwaltungsrat bei Sparkassen, an deren Stammkapital neben dem Träger weitere Beteiligte bestehen, mindestens ein Vertreter der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten an, maximal jedoch drei Vertreter der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten. Diese Bestimmung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht am Maßstab des Demokratieprinzips gemäß Art. 20 Abs. 2 GG und seiner landesrechtlichen Entsprechung in Art. 2 Abs. 1 und 2 der Verfassung für das Land Schleswig-Holstein („Verf SH“) sowie der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 46 Verf SH zu prüfen (zu möglichen sprachlichen Anpassungen von § 7 Abs. 3 EntwSpkG vergleiche unten, unter D.).

a) Vereinbarkeit mit Demokratieprinzip

aa) Anwendbarkeit des Demokratieprinzips

(1) Art. 20 Abs. 2 GG lautet:

„Alle **Staatsgewalt geht vom Volke aus**. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

Gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG sind die Grundentscheidung des Art. 20 Abs. 2 GG für die Volkssouveränität und die daraus folgenden Grundsätze der demokratischen Organisation und Legitimation von Staatsgewalt auch für die verfassungsmäßige Ordnung in den Bundesländern verbindlich.

Vgl. BVerfGE 9, 268 (281); 83, 60 (71); 93, 37 (66).

Dementsprechend heißt es in Art. 2 Abs. 1 und 2 Verf SH ausdrücklich:

„(1) Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus.

(2) Das Volk bekundet seinen Willen durch Wahlen und Abstimmungen. Es handelt durch seine gewählten Vertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie durch Abstimmungen.“

- (2) Als Ausübung von Staatsgewalt, die der demokratischen Legitimation bedarf, stellt sich „alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ dar.

BVerfGE 83, 60 (73); 93, 37 (68); vgl. auch BVerfGE 47, 253 (273).

Im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Sparkassen genügt nach traditionellem Verständnis bereits deren öffentlich-rechtliche Organisationsform, um ihre Tätigkeit der Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 Verf SH zuzuordnen.

Vgl. Britz, VerwArch 91 (2000), S. 418 (423 ff.); Wolfer/Kaufmann, a.a.O., S. 510 m.w.Nachw.

Jedenfalls handelt es sich bei der **Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Sparkassen als Teil der Daseinsvorsorge materiell** um die **Ausübung von Staatsgewalt**.

Vgl. Schlierbach/Püttner, a.a.O., S. 170; siehe zum Ganzen auch VerfGH NW, NVwZ 1987, S. 211 (212 ff.).

Für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein würde damit vor wie nach einer etwaigen Bildung und Übertragung von Stammkapital gelten, dass sich das Handeln ihrer Organe und Entscheidungsträger weiterhin am Maßstab des Demokratieprinzips gemäß Art. 20 Abs. 2 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 und 2 Verf SH messen lassen müsste.

- (3) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob allein schon aufgrund der Übertragung von Stammkapitalanteilen *auch der jeweilige Stammkapitalinhaber den Anforderungen des Demokratieprinzips unterliegen* würde. Dies ist zu *verneinen*, da mit der Beteiligung am Stammkapital gerade nicht zugleich die öffentlich-rechtliche (Anstalts-) Trägerschaft an der betreffenden Sparkasse verbunden wäre, sodass es an der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf den Stammkapitalinhaber fehlen würde. Des-

halb halten wir es aus rein verfassungsrechtlicher Sicht auch **nicht für erforderlich, eine Rechtsaufsicht über die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten vorzusehen**. In § 38 Abs. 2 EntwSpkG ist gleichwohl eine solche Aufsicht vorgesehen.

Es ist nicht ganz klar, welchen öffentlich-rechtlichen Bindungen der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligte unterliegen soll. Zwar müssen die Vertreter neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten im Verwaltungsrat die Bindungen an das Sparkassengesetz und an Gesetz und Recht berücksichtigen. Das aber ergibt sich bereits aus § 9 Abs. 5, § 10 Abs. 4 SpkG und dem Grundsatz, dass alle Organe einer Anstalt des öffentlichen Rechts und damit auch die Vertreter in diesen Organen an Gesetz und Recht gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG). Strenggenommen erscheint also die in § 38 EntwSpkG vorgesehene, darüber hinausgehende Rechtsaufsicht über den neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich.

bb) Anforderungen des Demokratieprinzips

Die Ausübung von Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG ist nach der Rechtsprechung des BVerfG demokratisch legitimiert, wenn das Handeln der entscheidungsbefugten Amtsträger eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt und sich die Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd – auf das Staatsvolk zurückführen lässt.

Vgl. nur BVerfGE 93, 37 (67).

(1) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Das Erfordernis sachlich-inhaltlicher Legitimation setzt voraus,

„dass die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen (...).“

(BVerfGE 93, 37 (67))

Im Fall der öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein wird die sachlich-inhaltliche Legitimation insbesondere **durch die gesetzliche Definition der öffentlichen, gemeinwohlorientierten Aufgaben der Sparkassen in § 2 SpkG SH**

und die Aufsicht des Innenministeriums über die Sparkassen gemäß § 40 SpkG SH sichergestellt. Hieran würde sich durch eine Beteiligung am Stammkapital gemäß § 4 Abs. 5 EntwSpkG (bis zu 25,1 %), nichts ändern. Insbesondere unterlägen auch die von dem neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten in den Verwaltungsrat entsandten Mitglieder unmittelbar den gesetzlichen Bindungen (vgl. insbesondere § 9 Abs. 5, 10 Abs. 4 SpkG).

(2) Personelle Legitimation

- (aa) Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger nach der Rechtsprechung des BVerfG dann,

„wenn er verfassungsgemäß sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder dadurch erhalten hat, dass er durch einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist (ununterbrochene Legitimationskette (...)).

Sieht das Gesetz ein Gremium als Kurationsorgan für die definitive Bestellung eines Amtsträgers vor, dass nur teils aus personell legitimierten Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu Bestellende **volle demokratische Legitimation** für sein Amt nur **dadurch, dass die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimer Mitglieder des Kurationsorgans ergibt**. Die Vermittlung personell demokratischer Legitimation setzt voraus, dass die personell demokratisch legitimierten Mitglieder eines solchen Kurationsorgans bei ihrer Mitwirkung an der Bestellung eines Amtsträgers ihrerseits auch parlamentarisch verantwortlich handeln.“

(BVerfGE 93, 37 (67)).

Im Einzelnen erfordert dies die Beachtung des **sog. Prinzips der doppelten Mehrheit**. Danach kann die Kompetenz eines Kurationsorgans zur abschließenden Entscheidung grundsätzlich nur unter der Voraussetzung hingenommen werden, dass (i) die Mehrheit seiner Mitglieder uneingeschränkt demokratisch legitimiert ist *und* (ii) die Entscheidung darüber hinaus von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird.

Vgl. BVerfGE 93, 37 (72); instruktiv auch BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794 ff.

Geringere Anforderungen an die personell demokratische Legitimation gelten nach der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2002 zum Lippeverband und zur Emshergenossenschaft

„[a]ußerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung“, d.h. im Bereich der sog. funktionalen Selbstverwaltung.“

(BVerfG, NVwZ 2003, S. 974 (976); zu der Entscheidung z.B. Jestaedt, JuS 2004, S. 649 ff.; Musil, DÖV 2004, S. 116 ff.; Schoch, ZG 2005, S. 223 ff.)

- (bb) Gemessen an den vorstehend genannten Maßstäben **müsste eine Vertretung der Stammkapitalinhaber im Verwaltungsrat so ausgestaltet werden, dass die personell-demokratische Legitimation gewährleistet ist**. Ob sich die öffentlich-rechtlichen Sparkassen dem Bereich der funktionalen Selbstverwaltung zurechnen lassen, für die nach der vorerwähnten Rechtsprechung des BVerfG geringere Anforderungen an die personell-demokratische Legitimation bestehen, wird unterschiedlich beurteilt. Unterstellt man, rein vorsorglich, die Anwendbarkeit der klassischen und strengen Anforderungen an die personell-demokratische Legitimation, so würde der Gesetzentwurf diese Anforderungen, mit einer kleinen Ergänzung, erfüllen:
- (i) Wesentliche, besonders legitimationsbedürftige Entscheidungen sind bereits nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzentwurfes der Letztentscheidung der Vertretung des Trägers zugewiesen; insoweit stellt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht die Frage nach der zutreffenden Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Denn nicht er, sondern die Vertretung des Trägers trifft insoweit die Letztentscheidung. So unterliegt zunächst gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 4 EntwSpkG die **Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Vorstandsvorsitzenden** der öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein durch den Verwaltungsrat (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 2 SpkG SH) der Genehmigung durch die Vertretung des Trägers.

Da die Vertretung des kommunalen Trägers (Gemeindevertretung, Stadtvertretung, Kreistag, Zweckverbandsversammlung) ihrerseits unzweifelhaft unmittelbar demokratisch legitimiert ist, ist sichergestellt, dass das Handeln des Vorstands (als dem letztlich maßgeblichen Organ der Sparkasse) in jedem Fall den Anforderungen personeller Legitimation genügt.

Das würde sogar selbst dann noch gelten, wenn die Vorstandsbestellung im Einzelfall z.B. mit einer Mehrheit von Vertretern eines neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten und der (ebenfalls demokratisch nicht legitimierten) Beschäftigtenvertreter gemäß §§ 7 Abs. 2, 9 Abs. 2 SpkG erfolgen würde. Denn die Letztverantwortung für die Vorstandsbestellung bliebe auch in diesem Fall bei dem unmittelbar demokratisch legitimierten Träger. Gleichwohl sollte eine Situation, in der die nicht demokratisch-legitimierten Verwaltungsratsmitglieder eine strukturelle Mehrheit haben könnten, vermieden werden (dazu unter iii)).

- (ii) Inwieweit über die Vorstandsbestellung hinaus auch andere Entscheidungen des Verwaltungsrates den Anforderungen personell-demokratischer Legitimation entsprechen müssen, ist nicht abschließend geklärt.

Für die Mitbestimmung von Personalräten hat das BVerfG wie folgt differenziert:

„Die Mitbestimmung darf sich einerseits nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen, als die spezifischen in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Angehörigen der Dienststelle sie rechtfertigen (Schutzzweckgrenze). Andererseits verlangt das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt bei **Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtesauftrages**, dass die Letztentscheidung eines dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist (Verantwortungsgrenze).

Innerhalb dieses Rahmen gilt: Je weniger die zu treffende Entscheidung typischerweise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtesauftrages und je nachhaltiger sie die Interessen der Beschäftigten berührt, desto weiter kann die Beteiligung der Personalvertretung reichen. Der Amtesauftrag selbst muss stets in Verantwortung gegenüber Volk und Parlament wahrgenommen werden, weil die Ausübung staatlicher Herrschaft gegenüber dem Bürger – unbeschadet möglicher Einschränkungen bei Aufgaben von besonders geringem Entscheidungsgehalt (...) – stets den demokratisch legitimierten Amtsträgern vorbehalten ist (...). Hieraus folgen für die Beteiligung der Personalvertretung unterschiedliche Möglichkeiten und Grenzen, je nachdem, ob es sich um Angelegenheiten handelt, die in ihrem Schwerpunkt die Beschäftigten in ihrem Beschäftigungsverhältnis betreffen, typischerweise aber nicht oder nur unerheblich die Wahrnehmung von Amtesaufgaben gegenüber dem Bürger berühren (...), um Maßnahmen, die den Binnenbereich

des Beschäftigungsverhältnisses betreffen, die Wahrnehmung des Amtsauftrages jedoch typischerweise nicht nur unerheblich berühren (...) oder um Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, unvermeidlich aber auch die Interessen der Beschäftigten berühren (...).“

(BVerfGE 93, 37 (70 f.))

Hieran anknüpfend hat der Berliner Verfassungsgerichtshof („BerlVerfGH“) sich in grundsätzlicherer Weise dahingehend geäußert, dass sich

„die Frage hinreichender personeller Legitimation (...) nicht nur bei der Bestellung der Amtswalter [stellt]; sie erstreckt sich vielmehr auch darauf, in welchem Umfang Kollegialorgane, die sich nur zum Teil aus demokratisch legitimierten Mitgliedern zusammensetzen, an Entscheidungen mitwirken können, die sich als Ausübung staatlicher Gewalt darstellen. Auch insofern muss sichergestellt werden, dass die Entscheidungen jeweils von einer Mehrheit der uneingeschränkt demokratisch legitimierten Mitglieder getragen werden (...).“

(BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794)

Als Ausübung staatlicher Gewalt erfasst sind nach Ansicht des BerlVerfGH dabei

„sowohl **Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken**, als auch solche, die durch einen anderen Verwaltungsträger umgesetzt werden müssen, sofern dieser dazu rechtlich verpflichtet ist (...). Entscheidungscharakter kommt überdies der Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen zu; dazu gehört namentlich die Erteilung von Weisungen, wenn ein anderer Verwaltungsträger bei der Ausübung seiner Entscheidungsbefugnisse von ihnen rechtlich abhängig ist.“

(BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794)

Vor diesem Hintergrund unterwerfen die Sparkassengesetze einiger Bundesländer neben der Vorstandsbestellung auch **Beschlüsse** des Verwaltungsrates **über die Richtlinien der Geschäftspolitik** einem besonderen Mehrheitserfordernis. So bestimmt § 23 Abs. 3 HSpG für Sparkassen mit stiller Beteiligung Privater gemäß § 22 HSpG:

„Beschlüsse über die Bestellung der Vorstandsmitglieder und von Stellvertretern, die Rücknahme der Bestellung und die Richtlinien der Geschäftspolitik **bedürfen** im Rahmen der für ihr Zustandekommen erforderlichen Mehrheit zu ihrer Wirksamkeit der **Mehrheit der Stimmen der Verwaltungsratsmitglieder, die Vertreter des Trägers sind**, einschließlich der Stimme des Verwaltungsratsvorsitzenden.“

In ähnlicher Weise heißt es in § 21a Abs. 2 rh.-pf. SpkG:

„Beschlüsse über die **Bestellung** sowie den Widerruf der Bestellung der **Vorstandsmitglieder** und deren Verhinderungsvertreter sowie über die **Richtlinien der Geschäftspolitik** bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Mehrheit der Stimmen der Verwaltungsratsmitglieder nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 mit Ausnahme der Vertreter der privaten stillen Gesellschafter.“

- (iii) Der **Gesetzentwurf orientiert sich bereits an diesen vorsichtigen und konservativen verfassungsrechtlichen Wertungen**. Denn er sieht die Letztentscheidungskompetenz der Vertretung des Trägers (also Gemeinderat, Zweckverbandsversammlung etc.) nicht nur für die Genehmigung der Bestellung und der Rücknahme der Bestellung von Mitgliedern des Vorstandes vor, sondern auch für die Genehmigung der Richtlinien der Geschäftspolitik (§ 5 Abs. 2 Nr. 7, i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 2 EntwSpkG). Damit ist schon allein aufgrund des Letztentscheidungsrechts der umfassend demokratisch legitimierte Vertretung des Trägers für die wesentlichen Entscheidungen der Vorstandsbestellung und der Richtlinien der Geschäftspolitik die personell-demokratische Legitimation gesichert.
- (iv) **Darüber hinaus sollte für alle Entscheidungen des Verwaltungsrates die strukturelle Mehrheit demokratisch legitimierter Amtsträger gesichert werden**. Das ist nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzentwurfes *nicht* der Fall. Denn im Falle der Besetzung eines Verwaltungsrates mit nur sechs Mitgliedern würde die gegenwärtige Gesetzesfassung eine Besetzung mit drei nicht demokratisch-legitimierten Mitgliedern (zwei Arbeitnehmer-Vertreter, ein Vertreter des neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten) sowie drei demokratisch-legitimierten Vertretern (Verwaltungsratsvorsitzender sowie zwei weitere, von der Vertretung des Trägers gewählte sachkundige Mitglieder) ermöglichen. Das Prinzip der doppelten Mehrheit könnte dann aber nicht eingehalten werden. Um solche oder ähnliche (auch bei einem Verwaltungsrat mit neun Mitgliedern denkbare) Konstellationen zu vermeiden, sollte vorsorg-

lich § 7 Abs. 3 um die Anforderung ergänzt werden, dass bei der Festlegung der Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und seiner Zusammensetzung *die weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 9 SpkG) und die oder der Vorsitzende die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates bilden müssen* (konkreter Formulierungsvorschlag unten unter D).

b) Vereinbarkeit mit kommunaler Selbstverwaltungsgarantie

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG und ihrer landesrechtlichen Entsprechung in Art. 46 Verf SH wäre zu beachten, da es nach dem Gesetzentwurf u.a. Gemeinden (als Errichtungsträgern im Sinne des § 1 Abs. 1 SpkG SH) möglich sein soll, sich am Stammkapital öffentlich-rechtlicher Sparkassen in Schleswig-Holstein auch außerhalb des eigenen Gebiets zu beteiligen. Soweit die betreffenden Gemeinden über den Verwaltungsrat Einfluss auf die Geschäfte der Sparkassen in dem jeweiligen Gebiet nehmen könnten, könnte es sich hierbei um einen Fall einer unzulässigen grenzüberschreitenden (wirtschaftlichen) Betätigung der Gemeinden handeln.

- aa) In der kommunal- und verfassungsrechtlichen Literatur gibt es eine Diskussion darüber, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen eine kommunale (Wirtschafts-) Tätigkeit außerhalb des eigenen Gemeindegebiets, wie sie etwa durch § 107 Abs. 3 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen („GO NW“) ausdrücklich zugelassen wird, den Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG entspricht. Dies wird teilweise unter Hinweis darauf verneint, dass der gemeindliche Aufgabenkreis von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG mit der Formulierung „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nicht nur beschrieben, sondern auch begrenzt werde.

Vgl. z.B. Ehlers, DVBl. 1998, S. 497 (504); Löwer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 28 Rn. 37a; zur Diskussion eingehend Heilshorn, Gebietsbezug der Kommunalwirtschaft, 2003.

Ausnahmen seien lediglich aufgrund interkommunaler Absprachen und Vereinbarungen mit den betroffenen Gebietskörperschaften zulässig (z.B. zum Zweck der Übernahme der Versorgung einer Nachbargemeinde oder im Fall sog. Einkaufskooperationen).

Vgl. die Nachweise bei Heilshorn, a.a.o., S. 98.

Das BVerwG hat indes bereits 1983 ausgeführt, dass der **Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** gerade „**nicht auf die Abmessungen der Gemeinden fixiert** [ist].“

BVerwGE 67, 321 (324 f.).

Auch das BVerfG wendet sich gegen eine schlichte Gleichsetzung der räumlichen Handlungsmöglichkeiten mit den territorialen Grenzen der Gemeinden, wenn es die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als solche versteht,

„die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben“

(BVerfGE 8, 122 (134))

bzw. die

„den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“.

(BVerfGE 79, 127 (151 f.))

Anders gewendet: Es kommt allein darauf an, ob bei der Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe ein irgendwie gearteter Bezug zum Gemeinschaftsleben in der betreffenden Gemeinde erkennbar ist.

So zutreffend Kühling, NJW 2001, S. 177 (178); vgl. z.B. auch OLG Düsseldorf, NVwZ 2001, S. 714 (715); SächsVerfGH, LKV 2001, S. 216 (222).

- bb) Diese **Voraussetzung** wäre **hier erfüllt**. Denn die teilweise Übernahme von Stammkapitalanteilen an einer außerhalb des eigenen Gemeindegebiets gelegenen Sparkasse und die damit verbundene Vertretung im Verwaltungsrat der betreffenden Sparkasse würde regelmäßig *auch* bezwecken, die strategische oder wirtschaftliche Position der im eigenen Gemeindegebiet ansässigen Sparkasse, gemeinsam mit der übernommenen Sparkasse, zu optimieren (was nicht zwingend voraussetzt, dass die Sparkassen örtlich aneinander grenzen). Jedenfalls dürfte sie regelmäßig im Zusammenhang mit einer von der sich beteiligenden Gemeinde wahrgenommenen oder wahrnehmbaren Trägerstellung an einer Sparkasse stehen.

- cc) Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das SpkG bereits in seiner jetzigen Fassung – in Übereinstimmung mit nahezu sämtlichen anderen Sparkassengesetzen der Bundesländer – die kommunale Trägerstellung an einer auch in anderen Gemeinden tätigen Sparkasse erlaubt. Denn in den Fällen der von den Sparkassengesetzen seit langem ermöglichten und in der Praxis auch genutzten Vereinigung zweier Sparkassen durch Aufnahme der übertragenen Sparkasse in die übernehmende Sparkasse (vgl. § 29 Abs. 1, 1. Alt. SpkG) wird der bisherige Träger der übertragenen Sparkasse keineswegs zwingend Mitträger des vereinigten Instituts, sondern kann durchaus auch (vollständig) aus der Trägerschaft ausscheiden. Alleiniger Träger des vereinigten Instituts ist dann der bisherige Träger der übernehmenden Sparkasse. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen wurden bislang nicht erhoben.

Vgl. zum Ganzen näher Schlierbach/Püttner, a.a.O., S. 83 ff., sowie nunmehr ausführlich Staats, Fusionen bei Sparkassen und Landesbanken. Eine Untersuchung zu den Möglichkeiten der Vereinigung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, 2006.

Ob aber eine Gemeinde Träger einer fusionierten, auch in einer oder mehreren anderen Gemeinden tätigen Sparkasse ist oder sich an zwei rechtlich weiterhin selbständigen Instituten beteiligt, von denen eines auch in einer oder mehreren anderen Gemeinden tätig ist, ist aus Sicht der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht von Belang.

2.3. Ausschüttungen auf das Stammkapital

Schließlich bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Regelungsvorschlag für § 27 Abs. 4 EntwSpkG, wonach für den Fall einer Bildung von Stammkapitalanteilen Ausschüttungen auf das Stammkapital (anteilig) erfolgen können.

Zwar ist der Anwendungsbereich der neuen Regelung, die, nach Berücksichtigung von Verlustvortrag, Sicherheitsrücklage und weiterer Rücklage eine quotale Ausschüttung auf das Stammkapital ermöglicht, unklar, da der Wortlaut „Sparkassen, an deren Stammkapital Beteiligungen bestehen“ offen lässt, ob dies für alle Sparkassen gilt, die Stammkapital gebildet haben, oder nur für Sparkassen mit neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten. Diese Unklarheit kann (und sollte) indes durch eine entsprechende Umformulierung beseitigt werden (konkrete Formulierungsvorschläge vgl. unten, unter D.).

Der Regelungszweck von § 27 Abs. 4 EntwSpkG besteht vor allem darin, den neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten am wirtschaftlichen Ergebnis und der Wertentwicklung der Sparkasse in Höhe seiner Quote beteiligen zu können. Dabei bleibt der öffentliche, gemeinwohlorientierte Auftrag der öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Schleswig-Holstein, einschließlich der Verpflichtung, die Aufgabenerfüllung der Kommunen im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich zu unterstützen (vgl. § 2 SpkG SH), durch den Regelungsvorschlag völlig unberührt.

Verfassungs- oder anstaltsrechtliche Bedenken gegen eine solche dem Standard einer Anstalt des Öffentlichen Rechts mit mehreren Beteiligten entsprechenden Ausschüttungsregelung bestehen nicht.

2.4. Zwischenergebnis

Der Gesetzentwurf ist auch materiell verfassungsgemäß, sofern noch geringfügige Ergänzungen bei der Regelungen zur Vertretung im Verwaltungsrat vorgenommen werden.

- a) Die Einführung einer Stammkapitaloption ist dem Anstalts- und Sparkassenrecht nicht wesensfremd, sondern bekannt. Die Stammkapitalbildung ist bei Anstalten des öffentlichen Rechts die Regel, nicht die Ausnahme. Die meisten öffentlich-rechtlichen Anstalten haben Stammkapital oder Grundkapital, z.B. Landesbausparkassen, Förderbanken, Landesbanken sowie Anstalten im Versorgungs- und Infrastruktursektor. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bildung von Stammkapital steht außer Frage. Davon zu unterscheiden ist die öffentlich-rechtliche Aufgabe und Zweckbindung. Diese besteht fort und bleibt von einer Stammkapitalbildung völlig unberührt. Auch das ist Standard des Anstaltsrechts.
- b) Es verstieße nicht gegen das verfassungsrechtliche Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, eine Übertragung von Stammkapital außerhalb Schleswig-Holsteins allein „vergleichbaren Trägern“ mit Sitz in Hamburg zu ermöglichen. Denn es besteht seit vielen Jahren eine besondere, enge wirtschaftliche und politische Verflechtung sowohl zwischen den beiden Bundesländern, die zugleich Ausdruck eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes von Hamburg und Schleswig-Holstein ist, als auch zwischen den Sparkassen der beiden Bundesländer, insbesondere durch die Überlappung von Geschäftsgebieten sowie durch wechselseitige Beteiligungen (z.B. der HASPA Finanzholding und freien Sparkassen, der gemeinsamen Beteiligung an dem Dienstleister NRS Norddeutsche Retail-Service AG etc.). Diese besondere, wechselseitige Verflechtung zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg

ist ein hinreichender sachlicher Grund dafür, die Beteiligungsoption an Sparkassen auf vergleichbare Träger in Schleswig-Holstein und Hamburg zu konzentrieren.

- c) Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation ist durch die Bindung aller Organe der öffentlich-rechtlichen Sparkasse und damit auch der Vertreter in diesen Organen an die öffentliche, gemeinwohlorientierte Aufgabe der Sparkasse in § 2 SpkG sowie durch die Aufsicht des Innenministeriums gemäß § 40 SpkG sichergestellt. Hieran ändert sich durch eine Stammkapitalbeteiligung gemäß § 4 Abs. 5 EntwSpkG nichts. Insbesondere unterliegen auch die Vertreter im Verwaltungsrat, die von dem neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten entsandt werden, den gesetzlichen Bindungen (insbesondere § 9 Abs. 5, § 10 Abs. 4 SpkG).
- d) Die personell-demokratische Legitimation wird in dem Gesetzentwurf mehrfach abgesichert: Zum einen liegt das Letztentscheidungsrecht für wesentliche Entscheidungen wie die Bestellung und Rücknahme der Bestellung von Vorstandsmitgliedern sowie die Genehmigung von Richtlinien der Geschäftspolitik von vornherein bei der Vertretung des Trägers, nicht jedoch beim Verwaltungsrat. Zum anderen empfehlen wir eine Ergänzung von § 7 Abs. 3 SpkG, die verlangt, dass für alle Entscheidungen des Verwaltungsrates stets eine strukturelle Mehrheit der demokratisch-legitimierten Mitglieder vorliegt. Die bisherige Fassung des Gesetzentwurfes bleibt hinter dieser Anforderung leicht zurück, da sie Konstellationen ermöglicht, in denen diese Mehrheit nicht gewährleistet wäre. Allerdings ist insoweit unproblematisch eine Ergänzung von § 7 Abs. 3 EntwSpkG möglich, wonach bei der Festlegung der Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und seiner Zusammensetzung die weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 9 SpkG) und die oder der Vorsitzende die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates bilden müssen.

D. KONKRETE ANMERKUNGEN ZUM GESETZENTWURF

In diesem Abschnitt gehen wir auf Bestimmungen des Gesetzentwurfes ein, für die sich insbesondere aufgrund der Ergebnisse unserer rechtlichen Bewertung in Abschnitt C. Ergänzungen oder Änderungen empfehlen. Auch Fragen des Regelungsverständnisses und mögliche Missverständnisse, die durch die bisherige Formulierung hervorgerufen werden könnten, werden angesprochen:

1. § 4 Abs. 5 EntwSpkG: der Kreis der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten

In inhaltlicher Hinsicht schlagen wir, wie in Abschnitt C.1.1.3 dargelegt, Ergänzungen für die Definition des vergleichbaren Trägers gemäß § 4 Abs. 5 Satz 2 EntwSpkG vor, um insbesondere aus EU-rechtlicher Sicht die Rechtssicherheit des Gesetzentwurfes weiter zu erhöhen. Im Einzelnen schlagen wir vor,

- den Kreis der vergleichbaren Träger auf solche mit Sitz in Schleswig-Holstein und Hamburg zu konzentrieren,
- das Erfordernis der Mitgliedschaft in einem regionalen Sparkassen- und Giroverband zu verankern, sowie
- festzulegen, dass die in § 4 Abs. 5 Satz 2 EntwSpkG aufgeführten Voraussetzungen bei Inkrafttreten des Änderungsgesetzes bereits vorgelegen haben müssen.

Außerdem regen wir an, eine redaktionelle Ergänzung von § 3 Abs. 5 Satz 1 vorzunehmen und dort den auch später im Gesetzentwurf immer wieder verwandten Schlüsselbegriff des „neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten“ ausdrücklich aufzunehmen. Dies ist auch deshalb empfehlenswert, weil der Begriff den Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Trägerstellung und dokumentiert, dass die Rechtsstellung der Stammkapitalbeteiligten hinter der der öffentlich-rechtlichen Träger zurückbleibt.

Vor dem Hintergrund dieser Vorschläge könnte § 4 Abs. 5 z.B. wie folgt lauten (Änderungen/Ergänzungen in Kursivdruck):

„Bis zu 25,1 v.H. des Stammkapitals können von *neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten gehalten werden; neben dem Träger am Stammkapital Beteiligte sind* andere öffentlich-rechtliche Sparkassen, deren Träger i.S.d. § 1 Abs. 1 oder ver-

gleichbare Träger i.S.d. Satzes 2. Vergleichbare Träger sind juristische Personen ohne private Eigentümer, Mitglieder oder vergleichbare Berechtigte mit Sitz in Schleswig-Holstein, die an einer Sparkasse i.S.d. § 40 Abs. 1 Kreditwesengesetz in der Fassung in der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 8 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2437) mehrheitlich beteiligt sind, *Mitglied eines regionalen Sparkassen- und Giroverbandes sind*, unter staatlicher Aufsicht auf die Wahrung sparkassentypischer Aufgaben sowie darauf verpflichtet sind, etwaige Ausschüttungen und Liquidationserlöse gemeinnützigen und mildtätigen Zwecken zuzuführen. Sobald diese Voraussetzungen entfallen, erlischt die Berechtigung zum Erwerb oder Halten von Stammkapitalanteilen.“

Die aus Gründen einer Verbesserung der Rechtssicherheit empfehlenswerte Vorgabe, dass nur juristische Personen, die die Anforderungen des Satzes 2 zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes, vergleichbare Träger sind, sollte sinnvollerweise nicht in § 4 Abs. 5, sondern in Art. 2 des Gesetzentwurfes aufgenommen werden. Dieser könnte z.B. lauten: „Schlussbestimmungen, Inkrafttreten“:

„(1) *Vergleichbare Träger i.S.v. § 4 Abs. 5 Satz 2 SpkG sind nur solche juristische Personen, die die Anforderungen des § 4 Abs. 5 Satz 2 SpkG zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes erfüllen; § 4 Abs. 5 Satz 3 SpkG bleibt unberührt.*

(2) Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.“

2. **§ 4 Abs. 6 EntwSpkG: Einbeziehung von neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten durch Einlagen oder Anteilsübertragungen**

Um die praktische Anwendung von § 4 Abs. 5 Satz 3 EntwSpkG zu gewährleisten (was geschieht mit einer Stammkapitalbeteiligung, wenn die Berechtigung zum Erwerb von Stammkapitalanteilen erlischt?), sollten die Rechtsfolgen des Erlöschens einer Berechtigung von Anfang an in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden. Denn ansonsten könnte es zu erheblicher Rechtsunsicherheit und auch zu Rechtsstreitigkeiten über die Folgen des Erlöschens einer Berechtigung zum Halten von Stammkapitalanteilen kommen. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die in § 4 Abs. 5 Satz 2 gestellten Anforderungen bei einer juristischen Person nachträglich entfallen, als auch für den hier nur unterstellten, nach unserer Einschätzung unwahrscheinlichen Fall eines EuGH-Urteils, mit dem eine EU-Rechtswidrigkeit von § 4 Abs. 5 Satz 2 EntwSpkG festgestellt wird und der Landesgesetzgeber nachfolgend

die Beteiligungsoption eines vergleichbaren Trägers ersatzlos aufhebt. Auch in einem solchen Fall würde sich praktisch die Frage nach dem Verbleib, der Umwandlung oder sonstigen Transfer der bisherigen Stammkapitalbeteiligung in eine andere Form einer Beteiligung (z.B. stille Einlage) stellen.

Rein redaktionell könnte erwogen werden, das Wort „bzw.“ in § 4 Abs. 6 EntwSpkG durch das Wort „oder“ zu ersetzen; dies gibt das Regelungsziel u.E. sprachlich klarer wider.

Vor diesem Hintergrund könnte § 4 Abs. 6 EntwSpkG z.B. wie folgt lauten:

Die Einbeziehung von neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten nach Abs. 5 Satz 1 erfolgt durch Einlagen zur Erhöhung des Stammkapitals *oder* durch Übertragung von Anteilen am Stammkapital. Hierzu sind in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag insbesondere die Höhe der Einlage *oder des zu übertragenden Stammkapitalanteils*, der Zeitpunkt der Einlage *oder der Übertragung sowie die Folgen des Erlöschens einer Berechtigung als vergleichbarer Träger gemäß Abs. 5* zu regeln. Darüber hinaus können die Art und Höhe eines Wertausgleichs vereinbart werden. Der Vertrag ist im Innenministerium rechtzeitig vor Vertragsabschluss anzuzeigen.

3. § 7 Abs. 3 EntwSpkG: Vertretung des neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten im Verwaltungsrat

In dem verfassungsrechtlichen Teil haben wir auf das Erfordernis hingewiesen, die personell-demokratische Legitimation im Gesetzestext besser abzusichern (II.2.2 a). Hierfür könnte z.B. dem § 7 Abs. 3 folgender neue Satz 4 angefügt werden:

„Bei der Festlegung der Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und seiner Zusammensetzung müssen die weiteren sachkundigen Mitglieder (§ 9 Abs. 1) und die oder der Vorsitzende des Verwaltungsrates (§ 8 Abs. 1) die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates bilden.“

In sprachlich-redaktioneller Hinsicht sollte erwogen werden, auch in § 7 Abs. 3 Satz 1 den an anderer Stelle eingeführten Begriff des „neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten“ einheitlich zu verwenden. § 7 Abs. 3 Satz 1 könnte z.B. wie folgt lauten:

„Bei Sparkassen mit neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten gehört dem Verwaltungsrat mindestens ein Vertreter der neben

dem Träger am Stammkapital Beteiligten an, maximal jedoch drei Vertreter der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten.“

4. § 10 Abs. 1 EntwSpkG: Genehmigungserfordernis für Richtlinien der Geschäftspolitik durch Vertretung des Trägers

Die jetzige Gesetzesformulierung in § 10 Abs. 1 könnte dahingehend missverstanden werden, dass die Richtlinien der Geschäftspolitik nur dann der Genehmigung des Vertreters bedürfen, wenn Stammkapital übertragen wurde. Aus verfassungsrechtlicher Sicht sollte die Genehmigung aber auch erforderlich sein, wenn Stammkapital durch Einlage gebildet wurde. Wir empfehlen deshalb folgende Formulierung in § 10 Abs. 1 EntwSpkG:

„Er bestimmt die Richtlinien der Geschäftspolitik und überwacht die Geschäftsführung; *bei Sparkassen mit neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten* bedürfen die Richtlinien der Geschäftspolitik der Genehmigung der Vertretung des Trägers.“

5. § 27 Abs. 4 EntwSpkG: Ausschüttungen bei Stammkapitalbildung

Auch die bisherige Formulierung von § 27 Abs. 4 Satz 1 EntwSpkG enthält nach unserer Einschätzung eine Ungenauigkeit. Denn die Formulierung „bei Sparkassen, an deren Stammkapital Beteiligungen bestehen“ könnte zum einen beschränkt sein auf solche Fälle, in denen neben dem Träger die in § 4 Abs. 5 erwähnten Beteiligten am Stammkapital beteiligt sind. Die Formulierung könnte darüber hinaus aber auch die Fälle umfassen, in denen die Gemeinden als Errichtungsträger zwar Stammkapital gebildet, dieses jedoch nicht übertragen haben und auch sonst keine neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten vorhanden sind. Die bisherige Formulierung in § 27 Abs. 4 lässt offen, ob die gegenüber den Absätzen 1-3 gelockerten Ausschüttungen auch diesen Fall umfassen sollen.

Es bedarf hier also einer klareren Formulierung: und zwar entweder in Richtung einer weiten Variante – dann müsste die Formulierung lauten: „Bei Sparkassen, die Stammkapital gebildet haben, finden die Absätze 1-3 keine Anwendung ...“ – oder in Richtung auf die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten konzentrierte Variante – dann müsste die Formulierung lauten: „Bei Sparkassen mit neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten finden die Absätze 1-3 keine Anwendung ...“.

6. § 38 Abs. 2 EntwSpkG: Rechtsaufsicht über die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten

Es wurde bereits oben, in Abschnitt C.II.2.2 a. dargelegt, dass jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Rechtsaufsicht über die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten nicht erforderlich ist. Denn die neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten sind nach den Bestimmungen des Gesetzentwurfes und der letztlich nur begrenzten Reichweite der Stammkapitalbeteiligung keinen öffentlich-rechtlichen Pflichten oder Bindungen, deren Einhaltung die Rechtsaufsicht überprüfen könnte, ausgesetzt. Die Gesetzesbindung der Verwaltungsratsmitglieder der neben dem Träger am Stammkapital Beteiligten ergibt sich bereits aus der gegenwärtigen Rechtslage (§ 9 Abs. 5, § 10 Abs. 4 SpkG).

Berlin, den 6. Mai 2010

Dr. Benedikt Wolfers
(Rechtsanwälte)