

Mit bestem Gruß  
von Christian Koenig

Aufsätze und Berichte

## Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?

Von Professor Dr. Christian Koenig LL. M., Mainz

Die folgende Abhandlung befaßt sich mit der Vereinbarkeit von gesetzlich begründeten Einstandspflichten öffentlich-rechtlicher Körperschaften als Träger von Finanzanstalten für deren Verbindlichkeiten und Verluste mit dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbot nach Art. 92 I EGV. Zuvor wird untersucht, ob die Anwendung des Beihilfeverbotes auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung die öffentliche Aufgabenerfüllung durch gesetzlich damit betraute Finanzanstalten nach Art. 90 II EGV rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Ausführungen konzentrieren sich auf die materiellen Beihilfenelemente von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung am Beispiel von Landesbanken und kommunalen Sparkassen; nicht behandelt werden Verfahrensfragen der Beihilfeaufsicht durch die Kommission gem. Art. 93 EGV.

### I. Problembeschreibung

Musterhaft begründet<sup>1</sup> und definiert z. B. § 3 rhpf. SparkassenG die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wie folgt: § 3. (1) Der Gewährträger haftet für die Verbindlichkeiten der Sparkasse unbeschränkt. Gläubiger der Sparkasse können den Gewährträger nur in Anspruch nehmen, soweit sie aus dem Vermögen der Sparkasse nicht befriedigt werden (Gewährträgerhaftung).

(2) Der Gewährträger stellt sicher, daß die Sparkasse ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).

Eine entsprechende Regelung enthält auch § 26 II rhpf. SparkassenG für die Landesbank Rheinland-Pfalz. Sowohl die Anstaltslast als auch die Gewährträgerhaftung können gewichtige Kreditmerkmale auf den internationalen Finanz- und Kapitalmärkten begründen, wenn etwa Landesbanken Gelder im Ausland aufnehmen oder grenzüberschreitend Finanzdienstleistungen anbieten. Auch für das „rating“ öffentlicher Finanzinstitute haben Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine große Bedeutung. So wird z. B. das Landesbankenrisiko aus der Sicht des Marktes, insbesondere von den einschlägigen Rating-Agenturen, als Staatsrisiko der Bundesländer angesehen, welche regelmäßig neben den jeweiligen Sparkassen- und Giroverbänden zumindest Mitgewährträger sind. Aus diesem Grund haben einige Rating-Agenturen einer Reihe von Landesbanken – wenngleich nicht allen – in der Vergangenheit das bestmögliche Tripple-A (AAA) erteilt<sup>2</sup> und damit deren erstklassige internationale Kreditwürdigkeit auf der Grundlage von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bestätigt. Dabei zielt die folgende Untersuchung nicht auf die tradierte, den Landesbanken und Sparkassen durch Gesetz zugewiesene öffentliche Aufgabenerfüllung, wie etwa im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge (Art. 28 II GG) hinsichtlich einer flächendeckenden Versorgung mit elementaren Finanzdienstleistungen. Vielmehr geht es im folgenden um die mögliche Bei-

hilfewirkung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in den kommerziellen Finanzdienstleistungsbereichen öffentlicher Banken.

Nach Art. 92 I EGV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“ Hierunter könnte eine öffentliche Gewährträgerschaft und die damit im Falle einer Unterbilanz verbundene Nachschußpflicht ebenso subsumiert werden wie eine staatlich übernommene Garantie oder Bürgschaft.

Die Kommission hat in ihrer am 13. 11. 1993 veröffentlichten Mitteilung an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV „alle Bürgschaften, die vom Staat direkt oder mittelbar über Finanzinstitute erteilt werden, als Beihilfen eingestuft. . . . Auch eine nicht in Anspruch genommene Bürgschaft kann ein Unternehmen in die Lage versetzen, seine Geschäfte fortzuführen und damit einen Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen, der auf eine vergleichbare Sicherheit nicht zurückgreifen konnte. . . . Das Beihilfeelement solcher Bürgschaften entspräche dem Unterschiedsbetrag zwischen dem vom Kreditnehmer zu bezahlenden Zinssatz auf dem freien Markt und dem aufgrund der Bürgschaft tatsächlich gezahlten Satz abzüglich der für die Bürgschaften gezahlten Prämien.“<sup>3</sup> An gleicher Stelle teilt die Kommission mit, daß ein gesetzlich oder satzungsmäßig verordneter Ausschluß der Konkursfähigkeit von öffentlichen Unternehmen praktisch wie eine „Dauerbeihilfe“ wirke: „. . . gleichbedeutend mit einer Bürgschaft, wenn die Satzung es den betreffenden Unternehmen erlaubt, Darlehen zu günstigeren Bedingungen aufzunehmen, als ihnen sonst eingeräumt würden“.<sup>4</sup>

Zwar hat die Kommission in ihrer Mitteilung auch das in Art. 222 EGV garantierte Recht der Mitgliedstaaten bestätigt, ein gemischtes System aus öffentlichem und privatem Unternehmenseigentum zu errichten und beizubehalten.

1) Im Folgenden wird davon ausgegangen, daß weder Anstaltslast noch Gewährträgerhaftung außerhalb ihrer gesetzlichen Verankerung kraft Gewohnheitsrechts oder allgemeiner Rechtsgrundsätze gelten; dazu im einzelnen Koenig, WM 1995, 821.

2) Nach einer Meldung der FAZ v. 9. 8. 1995, S. 18 hat die US-amerikanische Rating-Agentur Moody's ein neues Bewertungssystem eingeführt, bei dem auch deutsche Landesbanken erstmals entscheidend nach ihrer eigenen finanziellen Stärke bewertet werden. Selbst wenn danach das Rating von Landesbanken durch Moody's nun nicht mehr auf der Grundlage von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vorgenommen werden soll, so bleiben diese gesetzlichen Finanzierungs- und Haftungsinstrumente gleichwohl die Kreditwürdigkeit von Finanzanstalten maßgeblich mitbestimmende und damit marktbeeinflussende Faktoren.

3) ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Tz. 38. Die an die Mitgliedstaaten gerichtete Mitteilung der Kommission über die von ihr anzuwendende Praxis bezieht sich zunächst zwar nur auf „öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“. Gleichwohl erklärt die Kommission in Tz. 3 der Mitteilung: „Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Kommission das nachstehend erläuterte Konzept auf Einzelfälle oder Sektoren außerhalb der verarbeitenden Industrie anwendet, soweit die in dieser Mitteilung genannten Grundsätze in diesen Ausnahmehereichen Anwendung finden und es ihrer Ansicht nach für die Feststellung, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, erheblich ist.“

4) ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Tz. 38.1.

Gleichwohl betont die Kommission im Einklang mit Art. 90 I und II EGV, daß dieses Recht nicht bedeute, daß öffentliche Unternehmen von der Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln wie des Beihilfeverbotes ausgenommen wären<sup>5</sup>. Vielmehr gelten diese Wettbewerbsregeln gleichermaßen für öffentliche Unternehmen, „so weit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 90 II 1 EGV). Wohlgemerkt heißt es im Vertragstext „verhindert“ und nicht bloß „behindert“.

Bevor die Institute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für öffentliche Finanzanstalten unter den Beihilfebegriff des Art. 92 I EGV subsumiert werden, soll die Anwendbarkeit des öffentlichen Unternehmensvorbehalts nach Art. 90 II EGV geprüft werden. Obwohl Art. 90 II EGV eine Bereichsausnahme gegenüber den Wettbewerbsregeln darstellt, soll dessen Prüfung dem „Regelatbestand“ des Art. 92 I EGV vorangestellt werden. Dies erlaubt nämlich eine einleitende Auseinandersetzung mit den öffentlichen Aufgaben öffentlicher Finanzanstalten, welche sich möglicherweise auch auf die materielle Prüfung der Beihilfemerkmale gem. Art. 92 I EGV auswirken.

## II. Zur Anwendung der Bereichsausnahme nach Art. 90 II EGV auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

### 1. Der eng auszulegende Ausnahmeverbehalt des Art. 90 II EGV

Die Wettbewerbsvorschriften der Art. 85 bis Art. 94 gelten nach Art. 90 I EGV auch für „öffentliche Unternehmen“. Die Unternehmenseigenschaft setzt lediglich eine auf Dauer angelegte Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke voraus, welche sich nicht im Endverbrauch erschöpfen; auf die (private oder öffentliche) Rechtsform kommt es dabei nicht an<sup>6</sup>. Für das Merkmal „öffentlich“ kommt dem Art. 2 Transparenz-Richtlinie<sup>7</sup> bei der gemeinschaftsrechtlichen Begriffsbestimmung eine hohe Auslegungsautorität zu<sup>8</sup>. Danach ist ein öffentliches Unternehmen „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstigen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann“. Es besteht kein Zweifel, daß jede öffentlich-rechtliche Finanzanstalt, deren Gewährträger der Bund, ein Land, eine Gemeinde oder eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die Merkmale eines öffentlichen Unternehmens i. S. von Art. 90 I EGV erfüllt<sup>9</sup>. Bereits vor Geltung der Transparenz-Richtlinie hat der *Gerichtshof* herausgearbeitet, daß der Organisationsstatus einer Anstalt des öffentlichen Rechts dem gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff nicht entgegensteht<sup>10</sup>.

Gem. Art. 90 II EGV gelten für Unternehmen, welche mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“, die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages nur insofern, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Öffentlich-rechtliche Banken sind mit Dienstleistungen „von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nicht nur befaßt<sup>11</sup>, sondern darüber hinaus auch „betraut“, da ihnen öffentliche Aufgaben eigens durch einen staatlichen Hoheitsakt, nämlich durch Gesetz, zugewiesen sind<sup>12</sup>. So erfolgt beispielsweise die Aufgabenzuweisung an die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba) durch einen mit Gesetzeskraft versehenen Staatsvertrag zwischen den Ländern Hessen und Thüringen<sup>13</sup>.

**Art. 8.** (1) Der Bank obliegen insbesondere die Aufgaben einer Sparkassenzentralbank und einer Kommunalbank in den Ländern Hessen und Thüringen. . . .

**Art. 9.** Die Geschäfte der Bank sind unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze zu führen. Dabei sind allgemeinerwirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen und die Belange der Sparkassen und der Kommunen zu fördern. Unter Berücksichtigung des öffentlichen Auftrags der Bank ist die Erzielung von Gewinn nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebes.

Neben dem regionalwirtschaftlichen, kommunalen und sparkassenwirtschaftlichen Förderungsauftrag<sup>14</sup> besteht eine wichtige gemeinwirtschaftliche Aufgabe öffentlicher Finanzanstalten in deren Wettbewerbsicherungsfunktion<sup>15</sup>. Diese baut auf den historisch gewachsenen und vom Gesetzgeber gewollten Gruppenwettbewerb zwischen den drei Säulen des deutschen Bankwesens, nämlich den (Dienstleistungs-)Wettbewerb zwischen Privatbanken, Genossenschaftsbanken und eben den öffentlich-rechtlichen Finanzanstalten<sup>16</sup>. Die Funktionsfähigkeit dieses Gruppenwettbewerbs im deutschen Kreditgewerbe zugunsten der Verbraucher ist wiederholt von unabhängigen Expertenkommissionen<sup>17</sup> sowie der Bundesbank<sup>18</sup> bestätigt worden. Auch in der Rechtsprechung ist anerkannt<sup>19</sup>, daß die öffentlichen Sparkassen und Landesbanken durch ihr umfassendes Marktgleichgewicht gegenüber den Privatbanken zur kreditwirtschaftlichen Versorgung von Bevölkerung und Wirtschaft zu gemeinwohlorientierten Bedingungen sowie zur gesamtwirtschaftlich sinnvollen Intensivierung des Wettbewerbs in verfassungsrechtlich zulässiger und vom einfachen Gesetzgeber bezweckter Weise beitragen<sup>20</sup>.

5) ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Tz. 4.

6) Vgl. nur v. Wallenberg, in: *Grabitz/Hilf*, Komm. z. EU, 1994, Art. 92 EGV Rdnr. 20.

7) Richtlinie 80/723/EWG v. 25. 6. 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABIEG 1980 Nr. L 195, S. 35; geändert durch Richtlinie 93/84/EWG, ABIEG 1993 Nr. L 254, S. 16.

8) *Emmerich*, KartellR., 7. Aufl. (1994), S. 579f.; vgl. *EuGH*, Slg. 1982, 2545 Tz. 24f. – Frankreich, Italien u. Vereinigtes Königreich/Kommission.

9) Vgl. auch *Hochbaum*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, 4. Aufl. (1991), Art. 90 Rdnr. 17 im Hinblick auf die Postbank; vgl. auch *EuGH*, Slg. I 1994, 877 = *EuZW* 1994, 346 Tz. 5 – Banco Exterior de España betreffend eine öffentliche Bank in Spanien.

10) *EuGH*, Slg. 1977, 595 = *NJW* 1977, 1005 Tz. 16ff. – Steinike u. Weinlig; vgl. auch *EuGH*, Slg. I 1991, 1979 = *EuZW* 1991, 349 = *NJW* 1991, 2891 = *NZA* 1991, 447 – Höfner u. Elser.

11) Vgl. *EuGH*, Slg. 1981, 2021 = *NJW* 1982, 505 Tz. 6 – Züchner/Bayerische Vereinsbank.

12) Vgl. nur *Geiger*, EGV, 2. Aufl. (1995), Art. 90 Rdnr. 10.

13) V. 10. 3. 1992; Hess.GVBl I, 190; Thür.GVBl I, 291.

14) Der öffentliche Auftrag von Landesbanken erstreckt sich u. a. auf die a) Förderfunktion im Städtebau, Wohnungswesen, Umweltschutz, in der regionalen Wirtschaft, Landwirtschaft etc.; b) Giro-, Liquiditätsausgleichs- und Verwaltungsfunktion im Sparkassenverbund; c) Gewährleistungsfunktion zur flächendeckenden Kreditversorgung (mittelbare Daseinsvorsorge); d) staatliche und kommunale Hausbankfunktion und Förderung gleichmäßiger Entwicklungschancen in allen Landesteilen. Vgl. Art. 8 des Helaba-Staatsvertrages (o. Fußn. 13); *Koenig*, WM 1995, 317 (322).

15) Dieser Gedanke ist z. B. in der Neufassung des § 6 II bad.-württ. SparkassenG v. 12. 12. 1991 ausdrücklich aufgenommen worden; bad.-württ. GBl 1991, 839.

16) Dazu *Obst/Hintner*, in: *Kloten/v. Stein*, Geld-, Bank- und Börsenwesen. 39. Aufl. (1991), S. 179ff.; *Möschel*, WM 1993, 93 (98); *Rehm*, WM 1993, 133 (135).

17) Vgl. den Bericht über die Untersuchung von Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung v. 18. 11. 1968 der Wettbewerbsquote-Kommission der Bundesregierung, BT-Dr V/3500, S. 40ff.; Bankenstrukturkommission, Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft – Bericht der Studienkommission, in: *Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen*, H. 28, 1979.

18) Monatsbericht der Deutschen Bundesbank. 44. Jahrgang, Nr. 8 (August 1992), S. 30f.

19) *VerfGH* NV, DVBl 1986, 1196 (1198); *OLG Hamm*, DVBl 1981, 228 (229).

20) Vgl. sehr krit. dazu *Möschel*, WM 1993, 93 (98), der „ein wettbewerbstheoretisch inferiores Konzept“ kritisiert, welches auf der unzulänglichen Vorstellung eines geschlossenen und dann verteilbaren Marktes beruhe. Dagegen argumentiert *Rehm*, WM 1993, 133 (135) für die Wirksamkeit des Gruppenwettbewerbs und gegen eine Privatisierung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute.

Nun verlangt der Ausnahmeverbehalt des Art. 90 II EGV, daß die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der den öffentlich-rechtlichen Finanzanstalten übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich „verhindern“ würde. Das Erfordernis der Verhinderung ist als Ausnahmmerkmal eng auszulegen<sup>21</sup>. Danach genügt es nicht, daß die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Aufgabenerfüllung bloß erschwert (behindert). Die Nichtanwendung der Wettbewerbsvorschriften muß für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben „unerlässlich“ sein<sup>22</sup>. Die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften muß demgegenüber mit der öffentlichen Aufgabenerfüllung „nachweislich unvereinbar“ sein<sup>23</sup>. Um Mißverständnissen gleich vorzubeugen, ist hier nicht nur zu fragen, ob öffentliche Finanzanstalten insgesamt dem Schutzbereich des Art. 90 II EGV unterstehen. Vielmehr käme es nach S. 1 dieser Bestimmung („soweit . . .“) auf den Nachweis an, daß die Anwendung des Beihilfeverbotes gerade auf die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung die Erfüllung der den Finanzanstalten gesetzlich übertragenen öffentlichen Aufgaben *verhindert*. Dabei liegt die Darlegungs- und Beweislast für eine Verhinderung i. S. von Art. 90 II 1 EGV bei dem betreffenden öffentlichen Unternehmen bzw. seinem Mitgliedstaat<sup>24</sup>.

## 2. Sind Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Bankenwesens unerlässliche Finanzierungs- bzw. Haftungsinstitute?

a) Die Rechtsinstitute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. In diesem Zusammenhang sind zunächst die Anstaltslast als Ausstattungspflichtung des Anstaltsträgers gegenüber seinem öffentlichen Finanzinstitut (Innenverhältnis) einerseits und die Gewährträgerhaftung der Anstaltsträger gegenüber den Gläubigern (Außenverhältnis) andererseits zu unterscheiden. Die Anstaltslast verpflichtet den Träger, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen<sup>25</sup>. Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, bei denen die Gesellschafter nicht durch Mehrheitsbeschluß zu Nachschußleistungen verpflichtet werden können („Mehrbelastungsverbot“<sup>26</sup>; vgl. § 180 I AktG, § 53 III GmbHG), unterliegt der Anstaltsträger (Gewährträger) intern einer Funktionsgarantie gegenüber seiner Finanzanstalt<sup>27</sup>. Maßstab der Funktionsfähigkeit ist der Anstaltszweck. Erst wenn die Wahrnehmung der Anstaltsaufgaben gefährdet ist, der Gewährträger aber am Bestand der Anstalt festhält, verwirklicht sich die Anstaltslast als öffentlich-rechtliche Ausstattungspflicht<sup>28</sup>. Die Gewährträgerhaftung begründet dagegen eine öffentlich-rechtliche *Ausfallgarantie* des hoheitlichen Anstaltsträgers gegenüber den Gläubigern<sup>29</sup>. Allerdings darf der Begriff der Garantieverpflichtung nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Gewährträgerhaftung akzessorisch ist, d. h. dem Gewährträger dieselben Einreden und Einwendungen (analog § 768 BGB) zustehen wie der Anstalt. Insofern entspricht die Gewährträgerhaftung eher einer öffentlich-rechtlichen Bürgschaft als einer selbständigen Garantie<sup>30</sup>. Die Gewährträgerhaftung greift erst ein, soweit die Gläubiger aus dem Anstaltsvermögen nicht befriedigt werden. Dabei wird die Gewährträgerhaftung für öffentliche Finanzanstalten durch die Unterstützung ihrer Muttergemeinwesen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerechtfertigt<sup>31</sup>.

b) Würde die Anwendung des Beihilfeverbotes auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung die Aufgabenerfüllung der öffentlich-rechtlichen Kreditwirtschaft i. S. von Art. 90 II EGV „verhindern“? Die Anwendung des Beihilfeverbotes auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung würde die öffentliche Aufgabenerfüllung i. S. von Art. 90 II EGV rechtlich oder tatsächlich ver-

hindern, wenn die Sparkassen oder Landesbanken ihren kommunalen und sparkassenwirtschaftlichen Förderungsauftrag sowie ihre Wettbewerbssicherungsfunktion nur unter Verletzung von Art. 92 I EGV wahrnehmen könnten<sup>32</sup>. Dann dürften diese gesetzlich übertragenen öffentlichen Aufgaben der Sparkassen und Landesbanken ohne das Bestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht mehr erfüllbar sein. In diesem Zusammenhang ist das Finanzierungsrecht öffentlicher Finanzanstalten im Vergleich zu den privatrechtlichen Kapitalgesellschaften zu berücksichtigen. Kapitalgesellschaften sind als juristische Personen ohne persönliche Haftung der Gesellschafter mit einem bestimmten Mindestkapital auszustatten (vgl. §§ 7, 57 AktG, §§ 5, 30 GmbHG). Im Gesellschaftsrecht wird nämlich der Gläubigerschutz entweder durch persönliche Gesellschafterhaftung oder durch Kapital gewährleistet<sup>33</sup>. Bei einer Unterkapitalisierung wird das umstrittene Institut der Durchgriffshaftung zu Lasten der Gesellschafter in Betracht gezogen<sup>34</sup>. Demgegenüber gibt es bei Anstalten des öffentlichen Rechts kein gesetzliches Mindestkapitalerfordernis. Die fehlende Haftungsmasse einer juristischen Person des öffentlichen Rechts soll bei rechtsfähigen Anstalten regelmäßig durch die Gewährträgerhaftung und präventiv auch im Wege der Anstaltslast ersetzt werden. Die hierdurch bezweckte Vermeidung von Funktionsstörungen im Geschäftsverkehr ist bereits im Rahmen des Ausnahmeverbehaltens des Art. 90 II EGV zu berücksichtigen.

Nun könnte man argumentieren, die besonderen öffentlich-rechtlichen Finanzierungs- und Haftungsinstitute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung seien zwingende Funktionsbedingungen der öffentlichen Kreditwirtschaft<sup>35</sup>, deren Aufgaben durch Anstalten des öffentlichen Rechts und nicht durch privatrechtliche Kapitalgesellschaften wahrgenommen werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, daß viele öffentliche Finanzanstalten mit einem – gesetzlich so bezeichneten – „Stammkapital“ ausgestattet sind<sup>36</sup>, welches allerdings kein gezeichnetes, sondern in Wahrheit Dotationskapital ist<sup>37</sup>. Beteiligungen am Kapital einiger Finanzanstal-

21) *EuGH*, Slg. I 1991, 5889 = *EuZW* 1992, 248 Tz. 27 – *Merci convenzionali Porto di Genova*; *EuGH*, Slg. 1991, 5941 = *EuZW* 1992, 250 Tz. 21 f. – *GB-INNO-BM*.

22) *EuGH*, Slg. 1989, 803 = *NJW* 1989, 2192 Tz. 58 – *Ahmed Saeed*.

23) *EuGH*, Slg. I 1991, 1979 = *EuZW* 1991, 349 = *NJW* 1991, 2891 = *NZA* 1991, 447 Tz. 24 – *Höfner u. Elser*; *EuGH*, Slg. I 1991, 2925 = *EuZW* 1991, 507 Tz. 33 – *ERT*; *EuGH*, Slg. 1974, 409 Tz. 15 = *NJW* 1974, 1640 L – *Sacchi*.

24) *EuG*, Slg. II 1991, 485 – *Radio Telefis*; *Grill*, in: *Lenz*, EGV 1994, Art. 90 Rdnr. 22; *Leisner*, *GewArch* 1990, 377 (379) m. w. Nachw.

25) Vgl. den Bericht über die Untersuchung von Wettbewerbsverschöbungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung vom 18. 11. 1968 der Wettbewerbsenquete-Kommission der Bundesregierung; *BT-Dr V/3500*, S. 47 ff.; *Oebbecke*, *DVBl* 1981, 960 (961); *Schlierbach*, *Kommunalwirtschaft* 1975, 477.

26) *Wiedemann*, *GesellschaftsR*, Bd. I, 1980, § 7 IV 1 a.

27) *Schneider*, in: *Festschr. f. Riesenfeld*, 1983, S. 237 ff., 242.

28) *Schneider* (o. Fußn. 27), S. 245.

29) *Wolff/Bachof/Stober*, *VerwaltungsR* II, 5. Aufl. (1987), S. 345.

30) *Schneider* (o. Fußn. 27), S. 249.

31) *Nierhaus*, *DÖV* 1984, 662 (669).

32) Vgl. zum Verhinderungsmaßstab die Entscheidung der Kommission IV/29.995 v. 17. 12. 1981 – *NAVEWA-ANSEAU*, *ABIEG* 1982 Nr. L 167, S. 39 (48) sowie *Hochbaum* (Anm. 9), Art. 90 Rdnr. 55.

33) *Wiedemann* (o. Fußn. 26), § 10 I 2.

34) Vgl. *Blaurock*, *Festschr. f. Stimpel*, 1985, S. 553 ff., 559; *K. Schmidt*, *JZ* 1985, 301 (304 f.).

35) *Schneider*, *DB* 1992, 769 (773).

36) Vgl. z. B. § 26 II rhpf. SparkassenG: „Gewährträger der Landesbank sind das Land Rheinland-Pfalz und der Sparkassen- und Giroverband Rheinland-Pfalz. Sie sind am Stammkapital mit je 50% beteiligt.“ (*Rh.-pf. GVBl* v. 12. 2. 1993, S. 117). Nach § 4 des Staatsvertrages zwischen der Freien Hansestadt Bremen und dem Land Niedersachsen v. 21. 12. 1982 (*Nds. GVBl* v. 5. 4. 1983, S. 97) sind am „Stammkapital“ der neugeschaffenen „Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg“ die Freie Hansestadt Bremen zu 25% und die NordLB zu 75% beteiligt.

37) *Schneider*, *DB* 1992, 769 (770).

ten können sogar übertragen werden<sup>38</sup>. Im Falle der Deutschen Siedlungs- und Landesrentenbank (DSL-Bank) ist sogar eine Holding-Aktiengesellschaft gegründet worden<sup>39</sup>, um eine stille Beteiligung von privatem Kapital an einer öffentlich-rechtlichen Finanzanstalt in Bundesträgerschaft zu ermöglichen<sup>40</sup>.

Die öffentliche Anstalt nähert sich angesichts solcher Entwicklungen immer mehr einer „öffentlich-rechtlichen Kapitalgesellschaft“<sup>41</sup>, bei der – wie man am Beispiel der DSL-Bank sehen kann – Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eben keine zwingenden Funktionsbedingungen mehr darstellen. Werden die Kapitalanteile an einer öffentlichen Finanzanstalt sogar fungibel (übertragbar) gestaltet, so hat sich eine solche in Wahrheit „öffentlich-rechtliche Kapitalgesellschaft“ weit vom Idealtypus einer Anstalt des öffentlichen Rechts<sup>42</sup> entfernt. Deren tradierte Finanzierungs- und Haftungsinstitute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung erweisen sich nun zur Erfüllung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben i. S. von Art. 90 II EGV nicht mehr als zwingend. Sehen gesetzliche Bestimmungen, wie z. B. § 26 III rhpF. SparkassenG, die Einrichtung von „Stammkapital“ vor, so könnte dieses langfristig die für Kapitalgesellschaften typische Garantiefunktion übernehmen<sup>43</sup>. Auch erscheint es überlegenswert, angesichts der fortschreitenden Kapitalverflechtungen im Landesbankensektor<sup>44</sup> vorsichtig den Gläubigerschutz des Konzernrechts analog anzuwenden<sup>45</sup>. Hier könnte die anstaltsrechtliche Gewährträgerhaftung durch den konzernrechtlichen Schutz Dritter<sup>46</sup> langfristig abgelöst werden. Es liegt darüber hinaus in der Hand des Gesetzgebers, ein dem Funktions- und Gläubigerschutz gerecht werdendes Mindestkapitalerfordernis für öffentlich-rechtliche Finanzanstalten aufzustellen. Bereits de lege lata unterliegen öffentlich-rechtliche Finanzanstalten ebenso wie die Privatbanken den Eigenkapital-Mindestanforderungen des § 10 KWG, ohne daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung dabei – dem Haftsummenzuschlag bei Genossenschaftsbanken vergleichbar – in Rechnung gestellt werden<sup>47</sup>. Den Vorwurf einer verfassungswidrigen Benachteiligung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute<sup>48</sup> hat das BVerfG zurückgewiesen<sup>49</sup>. Wenn der Gesetzgeber zusätzlich noch an der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung festhält, so handelt es sich dabei um seine freiwillige Gestaltungsentscheidung. Geboten ist dies jedenfalls weder durch ein verfassungsbewehrtes „ungeschriebenes Anstaltsorganisationsrecht“<sup>50</sup> noch zur öffentlichen Aufgabenerfüllung in dem zwingenden Sinne, den Art. 90 II EGV zugrunde legt. Ohnehin sind die Mitgliedstaaten nach Art. 90 I i. V. mit Art. 5 I und II EGV verpflichtet, alle (legislativen) Maßnahmen zu treffen, damit ihre öffentlichen Unternehmen so weit wie möglich den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages entsprechen<sup>51</sup>.

Verluste im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher, z. T. unrentabler Dienstleistungsaufgaben (z. B. die Gewährleistung einer flächendeckenden Kreditversorgung)<sup>52</sup>, mit welchen die Finanzanstalten gesetzlich betraut sind, müssen durch Gewinne aus rentablen Geschäftssektoren ausgeglichen werden<sup>53</sup>. Dabei ist dem „Rosinenpicken“ durch private Wettbewerber zu begegnen, welche sich im Gegensatz zu den öffentlichen Finanzanstalten auf die rentablen Marktsegmente konzentrieren können. Die zusätzlich mit öffentlichen Sonderaufgaben belasteten Finanzanstalten würden so benachteiligt<sup>54</sup>. Bezogen auf die vorliegende Beihilfeproblematik bedeutet dies:

Die Gewährträger dürfen ihre Finanzanstalten sektoriell auch durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung insoweit unterstützen, als dies erforderlich ist, um Nachteile im öffentlichen Aufgabenbereich zwecks Funktionssicherung auszugleichen und dieser Ausgleich nicht alleine durch Gewinntransfer aus rentablen Geschäftssektoren möglich ist, ohne daß der letztgenannte Bereich

(z. B. Investitionsvorhaben, Eigenkapitalbildung etc.) beeinträchtigt wird.

Dieser Maßstab modifiziert nicht den Beihilfetatbestand nach Art. 92 I EGV, sondern ist in der Bereichsausnahme des Art. 90 II EGV zu verorten. Er soll verhindern, daß die einem gesetzlichen Auftrag verpflichteten öffentlichen Unternehmen infolge des „Rosinenpickens“ durch private Wettbewerber auf dem jeweils relevanten Markt benachteiligt werden. Dies rechtfertigt aber keine pauschale Freistellung vom Beihilfeverbot gem. Art. 90 II EGV, sondern nur sektorielle Ausgleichsmaßnahmen, soweit andernfalls die öffentliche Aufgabenerfüllung vereitelt wird. Eine pauschale Ausstattungs- und Garantiegewährleistung wie durch die gesetzlich verankerte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommt aber undifferenziert („Gießkannenprinzip“) auch den rentablen Geschäftsbereichen von öffentlichen Finanzanstalten (z. B. im Derivathandel) durch Verbesserung ihres „standing“ und „creditrating“ zugute. Genau das sucht der Mechanismus von Art. 90 I i. V. mit Art. 92 I EGV aber zu verhindern. Die Voraussetzungen des Ausnahmeverhaltes nach Art. 90 II EGV sind jedenfalls im kommerziellen Dienstleistungssektor öffentlicher Banken, also außerhalb des regionalwirtschaftlichen, kommunalen und sparkassenwirtschaftlichen Förderungsauftrages<sup>55</sup>, nicht erfüllt.

### III. Zur Subsumtion von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unter das Beihilfeverbot nach Art. 92 I EGV

#### 1. Der Verbotscharakter

Anders als Art. 4 lit. c EGKS-Vertrag enthält Art. 92 I EGV nicht die Wendung „verboten“, sondern erklärt „Beihilfen gleich welcher Art . . . mit dem Gemeinsamen Markt [für] unvereinbar“. Gleichwohl besteht kein Zweifel am Verbotscharakter des Art. 92 I EGV<sup>56</sup>. Der Tatbestands- und Ausnahmemechanismus von Abs. 1 gegenüber den Abs. 2

38) Vgl. § 26 III rhpF. SparkassenG: „Das Land kann seine Beteiligung am Stammkapital ganz oder teilweise an Unternehmen in der Rechtsform der juristischen Person des öffentlichen Rechts übertragen. . .“.

39) Vgl. § 4 Gesetz über die Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank; BGBl I 1989, 1421.

40) O. Schmidt, Das DSL-Bank-Modell. Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens bei fortbestehenden öffentlichen Interessen, 1992, S. 208 f.

41) Siekmann, NWVBl 1993, 361 (365); Koenig, WM 1995, 821 (827).

42) Vgl. nur die klassische Anstaltsdefinition von O. Mayer, Deutsches VerwaltungsR II, 3. Aufl. (1924), S. 268 (1. Aufl. [1896], S. 318): „Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind“.

43) Siekmann, NWVBl 1993, 361 (369).

44) So haben z. B. die WestLB und die SüdwestLB die Anteile des Landes Rheinland-Pfalz am „Stammkapital“ der Landesbank Rheinland-Pfalz auf der gesetzlichen Grundlage des § 26 III rh.-pf. SparkassenG (o. Fußn. 38) übernommen; FAZ v. 28. 7. 1993, S. 13.

45) Vgl. grdl. v. Mutius/Nesselmüller, NJW 1976, 1878 (1878 f.).

46) Vgl. Wiedemann, DB 1993, 141 (152 f.).

47) Was nach Art. 4 Richtlinie 89/646/EWG des Rates über die Eigenmittel von Kreditinstituten v. 15. 12. 1989 untersagt ist: ABIEG Nr. L 386, S. 4.

48) Pittner, Zur Eigenkapitalausstattung der Sparkassen – insb. zur Verfassungsrechtsmäßigkeit der Nichtanerkennung der Gewährträgerhaftung als Eigenkapitalersatz, Rechtsgutachten, 1983, insb. S. 28 ff. und S. 68 ff.; dagegen Möschel, ZHR 149 (1985), 206 ff. (224); vgl. auch Weides, NVwZ 1984, 337 (341).

49) BVerfG, NVwZ 1995, 370 = WM 1994, 1971.

50) Koenig, WM 1995, 821 (828).

51) Hochbaum (o. Fußn. 9), Art. 90 Rdnr. 56.

52) Vgl. o. Fußn. 14.

53) Grill (o. Fußn. 24), Art. 90 Rdnr. 22.

54) Vgl. EuGH, Slg. I 1993, 2533 = EuZW 1993, 422 Tz. 18 – Corbeau.

55) Vgl. o. Fußn. 14.

56) Vgl. nur EuGH, Slg. 1977, 595 = NJW 1977, 1005 Tz. 8 – Steinike u. Weinlig.

und 3 des Art. 92 EGV einerseits sowie das System der Beihilfeaufsicht nach Art. 93 EGV<sup>57</sup> andererseits zeigen, daß es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt<sup>58</sup>.

## 2. Der Beihilfegriff

a) *Unentgeltliche Begünstigungswirkung.* Der Begriff „Beihilfen gleich welcher Art“ stellt auf die unentgeltliche Begünstigungswirkung<sup>59</sup> ab, ohne daß es auf Rechtsformen und Zweckrichtungen der einseitigen Begünstigung ankommt. Der Vorrang der Wirkungsanalyse vor innerstaatlichen Legitimationsstrategien oder verwaltungsrechtlichen Konstruktionen des Subventionsverhältnisses<sup>60</sup> prägt entscheidend die gemeinschaftsrechtlichen – vom nationalen Recht „autonomen“ – Beihilfemaßstäbe der Wettbewerbsverfälschung sowie der innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung<sup>61</sup>. Die unentgeltliche Begünstigungswirkung kann nur anhand des Vergleichsmaßstabs marktrelativer Günstigkeit, nicht alleine aufgrund einer Verbesserung der Kostenlage oder fehlender Gegenleistung, ermittelt werden<sup>62</sup>. Auszugehen ist von der Frage, ob die Begünstigung für den Nutznießer zum Maßnahmezeitpunkt auf dem relevanten Markt nur zu ungünstigeren Konditionen oder überhaupt nicht erlangbar gewesen wäre („market economy test“). Danach sind unentgeltliche Bürgschafts- oder Garantieübernahmen auch ohne Eintritt des Haftungsfalles Beihilfen i. S. von Art. 92 I EGV<sup>63</sup>. Umgekehrt sind zu üblichen Marktkonditionen gewährte Zuwendungen – dem Prinzip der Gleichbehandlung entsprechend – keine Beihilfen<sup>64</sup>. In ihrer Entscheidung ENI-Lanerossi stellte die Kommission darauf ab, ob „finanzielle Mittel unter Bedingungen gewährt wurden, die für einen privaten Kapitalanleger, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, unannehmbar wären“<sup>65</sup>. So stellt z. B. die Kapitalzufuhr eine Beihilfe dar, wenn die öffentliche Hand als Kapitaleignerin langfristig keine Aussicht hat, daß sich ihre Investition rentiert<sup>66</sup>. Im Hinblick auf staatliche Garantieübernahmen sieht die Kommission den Beihilfetatbestand als erfüllt an, wenn damit alle Verbindlichkeiten eines Unternehmens pauschal abgedeckt werden. Eine solche Garantie kann auch dann nicht auf dem privaten Markt für Sicherheiten als erreichbar angesehen werden, wenn das nationale Recht für Privatpersonen eine unbeschränkte Haftung bei der Übernahme aller Anteile an einer Gesellschaft vorsehe<sup>67</sup>; ein privater Investor würde nämlich die Gesellschaft bei fortschreitender Verschuldung ohne langfristige Profitabilitätsaussicht liquidieren. Im Fall EFIM hat die Kommission dargelegt, daß die gesetzliche Garantie für alle Schulden von Staatsunternehmen nach Art. 2362 des italienischen Codice Civile eine Verbürgung darstellt, „die ein marktwirtschaftlicher Investor normalerweise nicht vornehmen würde, ohne sich zu vergewissern, daß das zusätzliche Risiko durch zusätzliche Gewinne aufgewogen wird“<sup>68</sup>. . . . Müßte die sich aus Art. 2362 ergebende Beihilfe, auf den sich die Finanzgemeinschaft bei ihrer Einschätzung der Kreditwürdigkeit italienischer öffentlicher Unternehmen stützt, zurückgezahlt werden, so würde dies zu einer erheblichen Verschlechterung des Geschäftsumfeldes für die weiterhin operationellen Unternehmen des EFIM-Konzerns führen“<sup>69</sup>. Damit hat sich die von Kommission und *Gerichtshof* wiederholt vertretene, früher streitige Auffassung durchgesetzt, daß auch durch Gesetz begründete staatliche Garantien als Beihilfen i. S. von Art. 92 I EGV anzusehen sind<sup>70</sup>. Gesetzlich begründete staatliche Garantien begünstigen unmittelbar diejenigen Unternehmen, deren Verbindlichkeiten von der Garantieübernahme abgedeckt werden. Darüber hinaus können auch die von der staatlichen Garantie begünstigten Gläubigerunternehmen unter den Beihilfetatbestand des Art. 92 I EGV fallen<sup>71</sup>.

Vor allem aus der Sicht ausländischer Marktteilnehmer verhelfen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung den öffentlich-rechtlichen Finanzanstalten, wie z. B. den großen Landesbanken im internationalen Derivathandel<sup>72</sup>, zu einem – verglichen mit vielen Privatbanken – besseren „standing“ und „credit-ranking“ im allgemeinen sowie bisher zu einem besseren „rating“<sup>73</sup> im besonderen. Darin könnte eine unentgeltliche Begünstigungswirkung gemäß dem Vergleichsmaßstab marktrelativer Günstigkeit liegen.

Allerdings könnte man eine – den Beihilfetatbestand ausschließende – Gegenleistung<sup>74</sup> für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in der Erfüllung von gesetzlich zugewiesenen kommunalen, regional- und sparkassenwirtschaftlichen Förderungsaufträgen durch die Sparkassen bzw. Landesbanken sehen. Dabei darf der Begriff der Gegenleistung nicht mit dem Ausgleich von Nachteilen im Zusammenhang einer öffentlichen Aufgabenerfüllung gleichgesetzt werden. Wie *Gabriela v. Wallenberg* in bezug auf die Gebührenfinanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten herausgearbeitet hat, schließt der öffentliche Nachteilsausgleich – im Gegensatz zur Gegenleistung – nicht den Beihilfetatbe-

57) Es unterscheidet zwischen „beabsichtigten“ (Art. 93 III EGV) und „bestehenden“ Beihilfen (Art. 93 I und II EGV). Bestehende Beihilfen sind Gegenstand fortlaufender Überprüfung durch die Kommission und können nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) untersagt werden. Eine Rückabwicklungspflicht kam (bisher) bei in der Vergangenheit geleisteten „bestehenden“ Beihilfen nicht in Betracht. Von „beabsichtigten“ Beihilfen ist die Kommission demgegenüber rechtzeitig zu unterrichten. Fehlt es an einer derartigen Unterrichtung, ist die betreffende Beihilfe „unwendbar“, d. h. ex tunc verboten, so daß sich schwierige Rückabwicklungsprobleme ergeben können; grdl. dazu *Steindorff*, ZHR 152 (1988), 474 (476 ff.).

58) *Weng*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann* (o. FuBn. 9), Art. 92 Rdnr. 2.

59) *EuGH*, Slg. 1987, 901 = NJW 1987, 3072 Tz. 7 f. – Deufil; *EuGH*, Slg. 1974, 709 Tz. 26/28 – Italien/Kommission.

60) So ist es gem. Art. 92 I EGV z. B. irrelevant, wenn der Lenkungserfolg, das bezweckte Verhalten des Subventionsempfängers, als dessen „Gegenleistung“ konstruiert wird; vgl. *Bleckmann*, RabelsZ 48 (1984), 419 (442).

61) *M. Schröder*, ZHR 152 (1988), 391 (401).

62) *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403 (418).

63) Entscheidung der Kommission v. 18. 5. 1979, ABIEG 1979 Nr. L 138, S. 30.

64) *EuGH*, Slg. I 1991, 1433 Tz. 20 – Italien/Kommission (ENI-Lanerossi).

65) Entscheidung der Kommission v. 20. 1. 1989, ABIEG 1989 Nr. L 16, S. 52, 55; ähnlich auch *EuGH*, Slg. I 1990, 307 = EuZW 1990, 163 Tz. 39 ff. – Frankreich/Kommission (Boussac); *EuGH*, Slg. I 1991, 1603 Tz. 19 f. – Alfa Romeo; *EuGH*, Slg. I 1991, 4437 Tz. 12 – Italien/Kommission.

66) Kommission, ABIEG Nr. C 152 v. 3. 6. 1994, S. 6 – Air France; *EuGH*, Slg. I 1991, 1433 Tz. 21 f. – Italien/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1990, 959 = EuZW 1990, 244 Tz. 22 ff. – Belgien/Kommission (Tubemeuse); *EuGH*, Slg. 1985, 809 = NJW 1985, 2887 Tz. 20 – Leeuwarder Papierwarenfabrik.

67) Kommission, ABIEG Nr. C 75 v. 17. 3. 1993, S. 4: „Die Verbürgung dieser außergewöhnlichen Verschuldung ist der Gewährung einer Beihilfe gleichzusetzen und kann nicht als das übliche Verhalten eines Anteilseigners . . . angesehen werden.“

68) Kommission, ABIEG Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, S. 2, 4 – EFIM.

69) Kommission, ABIEG Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, S. 2, 5 – EFIM.

70) So auch Entscheidung der Kommission v. 6. 4. 1993, ABIEG Nr. L 185 v. 28. 7. 1993, S. 43 – Hibel/Krupp/Bremer Vulkan; Mitteilung der Kommission v. 2. 10. 1993, ABIEG Nr. C 267, S. 11 – EFIM; *EuGH*, Slg. I 1990, 3437 (3454) = EuZW 1990, 481 = NVwZ 1990, 1161 – Kommission/Deutschland.

71) Kommission ABIEG Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, S. 2, 4 – EFIM.

72) Vgl. den Bericht über die Rolle von Landesbanken im internationalen Derivathandel von *Gotta*, DIE WELT v. 19. 1. 1995, S. 11.

73) Vgl. den Bericht der Börsen-Zeitung v. 21. 10. 1994 zur bestmöglichen „Triple-A“-Einstufung der Landesbank Rheinland-Pfalz-Girozentrale seitens der Rating-Agentur IBCA aufgrund der gesamtschuldnerischen Gewährträgerschaft für die rhpf. Landesbank durch den Sparkassen- und Giroverband Rheinland-Pfalz, die WestLB sowie die SüdwestLB; letztgenannte Landesbanken mußten mit der Anteilsübernahme vom Land Rheinland-Pfalz (vgl. o. FuBn. 38) aufgrund von § 26 III 2 rhpf. SparkassenG auch die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung übernehmen.

74) Vgl. *EuGH*, Slg. 1985, 531 Tz. 16 ff. – ADBHU.

stand aus, sondern eröffnet lediglich die Bereichsausnahmen, etwa nach Art. 92 III lit. d EGV<sup>75</sup>. So stellt der Ausgleich von Standortnachteilen gerade eine Beihilfe dar, da diese Begünstigung die Kosten an dem betreffenden Standort senkt<sup>76</sup>. Fraglich ist also, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht nur dem öffentlichen Nachteilsausgleich dienen, sondern statt dessen eine – den Beihilfetatbestand ausschließende – Gegenleistung begründen. Im Falle einer Privatisierung bisher öffentlich-rechtlich organisierter Finanzanstalten würden diese sich alle – auch die im öffentlichen Interesse erbrachten – Dienstleistungen mit einem marktgerechten Entgelt vergüten lassen. Das Beihilfemerkmale der Unentgeltlichkeit ist demgegenüber durch die wirtschaftliche Einseitigkeit, die tatsächlich fehlende Gegenleistung, geprägt. Dabei kommt es nicht auf die rechtliche Konstruktion, sondern auf den tatsächlichen wirtschaftlichen Vorgang an. Der Gegenteil besteht in der Beantwortung der Frage, ob die im Beihilfeverdacht stehende Maßnahme auf dem relevanten Markt einem „normalen wirtschaftlichen Vorgang“ entspricht<sup>77</sup>. Letzteres scheidet regelmäßig aus, wenn eine marktübliche Gegenleistung<sup>78</sup> für die staatliche Leistung fehlt. Der Leistung (hier: der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung) muß also im Rahmen eines zumindest tatsächlichen Austauschverhältnisses eine Gegenleistung (hier: die öffentliche Aufgabenerfüllung) gegenüberstehen. Erforderlich ist danach weniger ein rechtlich verpflichtendes Synallagma, wie etwa zwischen den Hauptpflichten eines gegenseitigen Vertrages (vgl. §§ 320 ff. BGB), als vielmehr ein wirtschaftlich verbundener, wechselseitiger Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung in tatsächlicher Hinsicht. Dieser Zusammenhang ist nach objektiv-wirtschaftlichen Kriterien zu beurteilen; gleichgültig ist dabei, ob der Vorgang durch öffentliche (hoheitliche) oder private Rechtsverhältnisse geprägt ist.

Während man zwischen Anstaltslast (Ausstattungspflicht) der Trägerkörperschaften einerseits und öffentlicher Aufgabenerfüllung durch die Finanzanstalten andererseits einen wirtschaftlich wechselseitigen Zusammenhang sehen kann, erscheint ein solcher in bezug auf die Gewährträgerhaftung (zugunsten der Gläubiger!) zweifelhaft. Die Gewährträgerhaftung begünstigt in erster Linie Dritte und kann daher bei objektiv-wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als Gegenleistung im Rahmen eines tatsächlichen Austauschverhältnisses zwischen der Anstalt und ihrem Träger angesehen werden. Die Gewährträgerhaftung ist also allenfalls ein Ausgleich dafür, daß die unmittelbare Verwaltung nicht eigenhändig handelt, sondern sich einer rechtlich verselbständigten Anstalt bedient. Der Ausgleichsgedanke schließt – wie zuvor dargelegt – indes nicht den Beihilfetatbestand aus. Vielmehr soll die Gewährträgerhaftung gerade der Überprüfung von möglicherweise wettbewerbsverzerrenden Überkompensationen<sup>79</sup> im Rahmen der Beihilfeaufsicht nach Art. 93 EGV unterzogen werden. Unbeschadet dessen stellt sich die Frage, ob „ein marktwirtschaftlicher Investor“<sup>80</sup> eine in Höhe und Umfang *unbeschränkte* Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – in entsprechender privatrechtlicher Gestaltung – als Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen übernehmen würde. Angesichts der umfassenden Dienstleistungsaufgaben von Landesbanken und Sparkassen, u. a. als öffentliche Hausbanken, bei der Wohnungsbaufinanzierung und regionalen Wirtschaftsförderung, sowie angesichts der regelmäßigen Profiterwartungen von Finanzanstalten, welche letztlich den Landes- bzw. Kommunalhaushalten zugute kommen, erscheint die Übernahme einer unbeschränkten Einstandspflicht aus marktwirtschaftlicher Perspektive zwar nicht a priori als unvernünftig. Fraglich ist aber, ob der – praktisch kaum quantifizierbare – Wert der von den Finanzanstalten erbrachten öf-

fentlichen Dienstleistungen dem Marktwert einer unbeschränkten Einstandspflicht entspricht, welche von der quasi absoluten Bonität staatlicher Anstaltsträger getragen wird. Der Vergleich mit den Haftungsstrukturen im privaten Bankensektor, wenn also eine Muttergesellschaft für ihre Tochterbanken Patronatserklärungen<sup>81</sup> oder Verlustdeckungszusagen<sup>82</sup> abgibt, trägt in diesem Zusammenhang nicht. Hinter solchen Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen steht nur ein in bestimmbarer Höhe begrenztes Kapital einer privatrechtlich organisierten Muttergesellschaft und letztlich auch ein Ausfallrisiko. Hinter der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für eine Landesbank stehen dagegen „unermessliche finanzielle Ressourcen“<sup>83</sup> des Staates und damit seine nahezu absolute Bonität. Eine solche Bonität ist auf dem privaten Markt überhaupt nicht erreichbar. Im Gegensatz zur gesetzlich begründeten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung stützen sich Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen auf eine endliche Kapitaldecke, so daß der Marktvergleich nicht greift. Aufgrund der Bonität staatlicher Anstaltsträger genießen Landesbanken eine Kreditwürdigkeit, welche unter Umständen gar nicht ihrer betriebswirtschaftlichen Finanzverfassung entspricht. Ohne Anstaltslast und Gewährträgerhaftung würden die Teilnehmer auf den internationalen Finanzmärkten, z. B. im Derivathandel, das Ausfallrisiko und damit die Kreditwürdigkeit von öffentlichen Finanzanstalten vorsichtiger einschätzen. Ohne die absolute Bonität staatlicher Anstaltsträger würden deren Finanzanstalten auf ihre eigene Kreditwürdigkeit entsprechend ihrer Finanzverfassung zurückgeworfen. Dies wäre keine Diskriminierung öffentlicher Unternehmen, sondern eine materielle Gleichstellung mit ihren privaten Konkurrenten im Wettbewerb<sup>84</sup>.

Schließlich darf der Beihilfetatbestand des Art. 92 I EGV nicht auf die Begünstigung kränkelder Unternehmen reduziert werden, indem darauf abgestellt wird, daß der Vergleich zwischen Unterstützungs- oder Investitionskosten und künftig erwartetem Gewinn regelmäßig nur bei profitablen Unternehmen ausgeglichen ausfällt. Vielmehr unterwirft die Kommission jede – der staatlichen Hand zurechenbare – unentgeltliche Begünstigungswirkung dem Vergleich mit einem privaten Investor. Entscheidend ist der Vergleichsmaßstab marktrelativer Günstigkeit, welcher auch auf profitable Unternehmen anzuwenden ist. So führt die Kommission unter Tz. 37 ihrer Mitteilung vom 13. 11. 1993 zur staatlichen Kapitalzuführung aus:

37. Beim Vergleich staatlichen Verhaltens mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, insbesondere in

75) V. Wallenberg, in: Gedächtnisschr. f. Grabitz, 1995, S. 867, 872.

76) Entscheidung der Kommission v. 29. 7. 1986, ABIEG Nr. L 40, S. 17, 18.

77) Wenig (o. Fußn. 58), Art. 92 Rdnr. 5.

78) Generalanwalt Slynn, in: EuGH, Slg. 1984, 1492 (1501) – Deutschland/Kommission.

79) Vgl. v. Wallenberg (o. Fußn. 75), S. 876.

80) Kommission, ABIEG Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, S. 2, 4 – EFIM.

81) Eine solche „harte“ Patronatserklärung gegenüber den Gläubigern enthält die Zusage der Muttergesellschaft, die Tochtergesellschaft mit den für die Erfüllung von Verbindlichkeiten nötigen Mitteln auszustatten. Eine Patronatserklärung begründet zwar keinen Primäranspruch der Gläubiger. Vielmehr entstehen bei einer Verletzung der Patronatspflichten sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche, welche angesichts der Garantiewirkung mit der Gewährträgerhaftung durchaus vergleichbar sind. Dazu Michalski, WM 1994, 1229; Schneider, ZIP 1989, 619.

82) Verlustdeckungszusagen betreffen das Innenverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und ähneln insofern der Anstaltslast. Verlustdeckungszusagen begründen die Verpflichtung der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft, diese soweit mit Liquiditätsmitteln auszustatten, wie dies zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft erforderlich ist. Dazu K. Schmidt, in: Festschr. f. Werner, 1984, S. 777 ff.

83) Kommission, ABIEG Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, S. 2, 3 – EFIM.

84) Soukup, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 18 (1995), 16 (35).

Fällen, in denen das Unternehmen keine Verluste macht, wird die Kommission die Finanzlage des Unternehmens zu dem Zeitpunkt ermitteln, zu dem die Zuführung zusätzlichen Kapitals vorgesehen ist bzw. war. . . . Das Beihilfeelement besteht aus den jeweils auf den Gegenwartswert abgezinsten Kosten der Investition abzüglich des Wertes der Investition<sup>85</sup>.

b) *Zurechenbarkeit der „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen“*. Die Tatbestandsmerkmale „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ sind auch auf Begünstigungen durch die autonomen Hoheitsträger (Gewährträger) von Landesbanken und Sparkassen anwendbar, die wie die Länder und Kommunen nicht Vertragsparteien des EG-Vertrages sind. Maßgeblich ist, daß die Begünstigungsregelungen dem Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden können<sup>86</sup>. Der *Gerichtshof* erstreckt den Tatbestand des Art. 92 I EGV „auf alle Beihilfen, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Folglich unterliegen Beihilfen, die von regionalen und lokalen Einrichtungen der Mitgliedstaaten gewährt werden, unabhängig vom Status und von der Bezeichnung dieser Einrichtungen der Prüfung nach Art. 92 I“<sup>87</sup>. Da die Mitgliedstaaten nach Art. 5 I 1 EGV verpflichtet sind, die Geltung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts gegenüber ihren (teil-)autonomen Hoheitsträgern im Rahmen der nationalen Verfassungsordnung (ggf. gesetzgeberisch) durchzusetzen, ist diese weite Zurechnung sachlich berechtigt. So könnte nämlich der deutsche Bundesgesetzgeber de lege ferenda – zur Ersetzung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – ein Mindestkapitalerfordernis für öffentlich-rechtliche Finanzanstalten aufstellen.

Betrachtet man kapitalisierte Finanzanstalten als „öffentlich-rechtliche Kapitalgesellschaften“, so ginge es materiell um eine Regelung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, welches der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Nr. 11, Art. 72 GG unterliegt. Die Abgrenzung zwischen öffentlichem Anstaltsrecht als Verwaltungsorganisationsrecht (Art. 70 I GG) einerseits und Gesellschaftsrecht (Art. 74 Nr. 11 GG) andererseits richtet sich nicht nach der formellen Rechtsform, sondern nach dem materiellen Regelungsgehalt. Sobald das – bei einigen Landesbanken sogar in fungible Anteile aufgespaltene – „Stammkapital“ die für Kapitalgesellschaften typische Garantiefunktion übernimmt, geht es der Sache nach nicht mehr um Anstaltsorganisationsrecht, sondern um Gesellschaftsrecht<sup>88</sup>, für welches der Bund die nach Art. 92 I EGV zurechnungsbegründende, konkurrierende Gestaltungskompetenz besitzt.

c) *Wettbewerbsverfälschung und innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung*. Der Beihilfetatbestand des Art. 92 I EGV umfaßt auch die Voraussetzungen einer Wettbewerbsverfälschung sowie einer innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung. Häufig werden diese beiden – obgleich eigenständigen – Tatbestandsvoraussetzungen zusammen behandelt<sup>89</sup>. Zunächst muß die Kommission eine Marktanalyse erstellen und explizit darlegen, inwieweit eine Wettbewerbsverfälschung eintritt oder droht<sup>90</sup>. Demgegenüber besteht angesichts der Binnenmarktverflechtung eine (widerlegbare) Vermutung für die innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung, wenn die Beihilfegewährung zumindest eine potentielle Wettbewerbsverfälschung, d. h. eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Begünstigten gegenüber Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten<sup>91</sup> bewirkt. Dabei genügt es, daß der Begünstigte auf seinem Heimatmarkt mit Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten (potentiell) konkurriert<sup>92</sup>. Allerdings bleiben die sich innerhalb eines Mitgliedstaates erschöpfenden Verfälschungen ebenso außer Betracht wie die ausschließlich im Verhältnis zu Drittstaaten ohne Rückwirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel verfälschend wirkenden Begünstigungen<sup>93</sup>. Einen allgemeingültigen Maßstab der „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsverfälschung („de minimis“-Regel) für den

innergemeinschaftlichen Handel gibt es nicht<sup>94</sup>. Vielmehr ist das konkrete Ausmaß der Begünstigungswirkung auf die Wettbewerbssituation von Fall zu Fall zu prüfen<sup>95</sup>. Die Kommission muß dann im einzelnen die der Vermutung einer innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung zugrunde liegenden Gründe der Wettbewerbsverfälschung darlegen<sup>96</sup>.

Soweit öffentliche Finanzanstalten ihrem regionalwirtschaftlichen, kommunalen oder sparkassenwirtschaftlichen Förderungsauftrag<sup>97</sup> nachkommen, dürfte regelmäßig kaum ein Wettbewerbsverhältnis<sup>98</sup> gegenüber Banken aus anderen Mitgliedstaaten entstehen. Demgegenüber besteht zweifellos ein solches Wettbewerbsverhältnis im Geschäftsbankbereich oder auf den Märkten internationaler Finanzdienstleistungen, wie z. B. bei bestimmten Derivatgeschäften, welche von vielen Landesbanken zum Schutz gegen die von Zinsänderungen und Wechselkurschwankungen ausgehenden Risiken angeboten werden („risk management“)<sup>99</sup>. Hier müßte die Kommission substantiiert die Anteile deutscher Finanzanstalten und ihrer Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten an den relevanten Märkten für Finanzdienstleistungen ermitteln und daraus die (drohende) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung begründen<sup>100</sup>. Wenn nun Anstaltslast und Gewährträgerhaftung praktisch den Konkurs ausschließen, so verhilft dies den Landesbanken aus der Sicht der Nachfrager nach Finanzdienstleistungen zu einem herausragenden „standing“ und „credit-ranking“. Die gesetzlich begründete Begünstigung wirkt dabei als eine *Dauerbeihilfe*<sup>101</sup>. Damit verursachen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zumindest potentielle Wettbewerbsverfälschungen durch Verbesserung der Werbefähigkeit gegenüber (privaten) Bankinstituten aus anderen

85) ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 12 (vgl. o. Fußn. 3); vgl. schon Generalanwalt Slynn, in: *EuGH*, Slg. 1984, 1451 (1500 f.) – Deutschland/Kommission.

86) *Wenig* (o. Fußn. 58), Art. 92 Rdnr. 8; *EuGH*, Slg. I 1991, 1433 Tz. 11 – Italien/Kommission (ENI-Lanerossi).

87) Vgl. *EuGH*, Slg. 1985, 1814 – Deutschland/Kommission.

88) *Siekmann*, NWVBl 1993, 361 (369).

89) *Rawlinson*, in: *Lenz* (o. Fußn. 24), Art. 92 Rdnr. 13 m. Hinw. auf die einschlägige Praxis.

90) *EuGH*, Slg. 1985, 809 (817 ff.) = NJW 1985, 2887 – Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission.

91) *EuGH*, Slg. 1980, 2671 = NJW 1981, 1152 Tz. 11 f. – Philip Morris/Kommission; *EuGH*, Slg. 1988, 2869 – Griechenland/Kommission.

92) *EuGH*, Slg. 1988, 4067 Tz. 19 – Frankreich/Kommission.

93) *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403 (434).

94) *EuGH*, Slg. I 1990, 959 = EuZW 1990, 224 Tz. 43 – Belgien/Kommission; Schlußantrag des Generalanwalts, in: *EuGH*, Slg. 1986, 2272 (2274) – Belgien/Kommission; *EuGH*, Slg. 1980, 2671 = NJW 1981, 1152 Tz. 11 – Philip Morris/Kommission.

95) *Magiera*, in: *Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff*, EUV 1994, Art. 92 Rdnr. 25.

96) *Wenig* (o. Fußn. 58), Art. 92 Rdnr. 26.

97) Vgl. o. Fußn. 14.

98) Der sachlich relevante Markt, auf dem sich der aktuelle oder potentielle Wettbewerb abspielt, ist aus der Sicht der Nachfrager zu bestimmen; *Wenig* (o. Fußn. 58), Art. 92 Rdnr. 18.

99) Vgl. z. B. die breite Angebotspalette von jeweils unter verschiedenen Zinsszenarien diskutierten „Swaps“, „Caps“, „Collars“ oder „Forward Rate Agreements“ in der Broschüre der Westdeutschen Landesbank Girozentrale, Finanzmanagement. Neue Finanzinstrumente für das Zins- und Währungsmanagement, S. 1 ff.

100) Vgl. das Begründungsmuster der Kommission in der Rs. EFIM, ABIEG 1993 Nr. C 349, S. 5: „Mit Hilfe allgemeiner Statistiken für 1991 können die italienischen Ausfuhren der vorerwähnten Erzeugnisse nach anderen Mitgliedstaaten wie folgt beziffert werden: (. . .) Die Beteiligung der einzelnen Unternehmen an diesen Ausfuhrstatistiken kann ebenfalls veranschlagt werden: (. . .) Unter Berücksichtigung der italienischen Ausfuhrstatistiken und der vorerwähnten Ausfuhren der Teilkonzerne würde jede Beihilfe [= Verbürgung sämtlicher Schulden] zugunsten des EFIM-Konzerns den Handel zwischen Italien und anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

101) Vgl. die Mitteilung der Kommission zum gesetzlich oder satzungsmäßig verordneten Ausschluss der Konkurrenzfähigkeit von öffentlichen Unternehmen, ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 13 Tz. 38.1.

Mitgliedstaaten. Letztere profitieren nämlich nicht von vergleichbaren gesetzlichen Einstandspflichten öffentlich-rechtlicher Trägerkörperschaften. Mithin liegt auch eine innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung gem. dem Beihilfetatbestand des Art. 92 I EGV vor.

d) *Keine spezielle Ausnahme vom Beihilfeverbot.* Eine spezielle Ausnahme vom Beihilfeverbot greift weder gem. Art. 92 II lit. a bis c noch gem. Abs. 3 lit. a bis d durch. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unterliegen daher der Beihilfeaufsicht durch die Kommission sowie den mitgliedstaatlichen Unterrichts- und Unterlassungspflichten nach Art. 93 I bis III EGV<sup>102</sup>.

#### IV. Ergebnisse

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verhelfen den öffentlich-rechtlichen Finanzinstituten, allen voran den großen Landesbanken, zu einem – verglichen mit vielen Privatbanken – besseren „standing“ und „credit-ranking“. Diese gesetzlich verankerte Begünstigung im Vergleich zu privaten Konkurrenzinstituten, welche über keine entsprechende Bonitätslage kraft des dahinter stehenden staatlichen Anstaltsträgers verfügen, erfüllt den Beihilfetatbestand des Art. 92 I EGV. Der Beihilfetatbestand wäre nur dann nicht erfüllt, wenn Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als marktadäquate Gegenleistung für die Erbringung von allgemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen durch die öffentlichen Finanzanstalten aufgefaßt werden könnten. Der Vergleich mit den Finanzierungs- und Haftungsstrukturen im privaten Bankensektor, wenn etwa eine Muttergesellschaft für ihre Tochterbanken Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen abgibt, trägt in diesem Zusammenhang nicht. Hinter der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für eine Landesbank stehen „unermessliche finanzielle Ressourcen“ des Staates und damit seine absolute Bonität, welche auf dem privaten Markt überhaupt nicht erreichbar ist. Ohne öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wäre regelmäßig die eigene Kreditwürdigkeit von Finanzanstalten entsprechend ihrer tatsächlichen bankbetriebswirtschaftlichen Finanzverfassung die wichtigste Bewertungsgrundlage für die Marktteilnehmer, insbesondere für das „rating“. Dies führt zu keiner Diskriminierung der öffentlichen Finanzanstalten; vielmehr gewährleistet erst die konsequente Anwendung des Art. 92 I EGV eine materielle Gleichstellung mit den privaten Konkurrenzinstituten im Wettbewerb, die auf den rauen internationalen Finanzmärkten keine Rückendeckung durch eine absolute Bonität des Staates erhalten.

Verluste im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher, zum Teil unrentabler Dienstleistungsaufgaben dürfen sektoriell insoweit kompensiert werden, als dies erforderlich ist, um Nachteile im öffentlichen Aufgabenbereich zwecks Funktionssicherung auszugleichen. Im Gegensatz zur marktadäquaten Gegenleistung modifiziert dieser öffentliche Nachteilsausgleich nicht den Beihilfetatbestand nach Art. 92 I EGV, sondern ist in der Bereichsausnahme des Art. 90 II EGV zu verorten. Art. 90 II 1 EGV rechtfertigt aber keine pauschale Freistellung vom Beihilfeverbot, sondern nur sektorielle Ausgleichsmaßnahmen, soweit anderfalls die öffentliche Aufgabenerfüllung vereitelt wird. Eine pauschale Ausstattung- und Garantiegewährleistung wie durch die gesetzlich verankerte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommt aber undifferenziert auch den rentablen Geschäftsbereichen von öffentlichen Finanzanstalten durch Verbesserung ihres „standing“ und „credit-ranking“ auf den internationalen Finanzmärkten zugute. Genau das gilt es nach der ratio legis von Art. 90 I i. V. mit Art. 92 I EGV zu verhindern. Die nach Art. 90 II 1 EGV geltenden Voraus-

setzungen einer Ausnahme vom Beihilfeverbot sind jedenfalls im kommerziellen Dienstleistungssektor öffentlicher Banken, also außerhalb des regionalwirtschaftlichen, kommunalen und sparkassenwirtschaftlichen Förderungsauftrages, nicht erfüllt.

102) Vgl. o. Fußn. 57.

## Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?

Von Rechtsanwalt Dr. Hannes Schneider und Rechtsanwalt Dr. Torsten Busch, Frankfurt a. M.

Der Beitrag schließt an den vorausgehenden Aufsatz von Koenig (EuZW 1995, 595) an und setzt die in WM 1995, 317 (Koenig) und WM 1995, 326 (Schneider/Busch) begonnene Auseinandersetzung über ordnungspolitische Probleme von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten fort.

### I. Einleitung

Im Rahmen der Anwendung des Wettbewerbsrechts des EG-Vertrages gewinnen Verfahren wegen EG-rechtswidrig gewährter staatlicher Beihilfen an öffentliche Unternehmen an Bedeutung. Was Deutschland betrifft, standen in der Vergangenheit vor allem Beihilfen an Treuhänderunternehmen in den neuen Bundesländern im Mittelpunkt des Interesses der Kommission<sup>1</sup>. Auch in anderen Mitgliedstaaten hat die Kommission wiederholt Kapitalzufuhren an öffentliche Unternehmen aufgegriffen<sup>2</sup>. Es ist das Verdienst Koenigs, die Beihilfethematik auch in bezug auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eingehend zu problematisieren<sup>3</sup>.

Der Begriff der „Beihilfe“ im Zusammenhang mit Kapitalzufuhren an öffentliche Unternehmen oder Garantien für ihre Verbindlichkeiten ist unscharf. Das Thema wurde schon vor 30 Jahren von Mestmäcker als die vielleicht schwierigste Frage der Art. 90 I und 92 EGV bezeichnet<sup>4</sup>. Auch der Umstand, daß Beihilfekontrolle – wie generell die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften durch die Kommission – nicht allein Gegenstand konsistenter Rechtsanwendung, sondern auch politischer Entscheidungsprozesse ist, erleichtert die Problemlösung nicht unbedingt. Nachfolgend wird vertreten: In Anbetracht der finanziellen Verhältnisse der deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute ist die Annahme des Beihilfecharakters von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abzulehnen. Koenigs von diesem Ergebnis nur zum Teil abweichende Thesen<sup>5</sup> stützen sich im wesentlichen auf drei Erwägungen:

1) Vgl. dazu Schütterle, EuZW 1991, 662; Schütte/Hix, CMLR 1995, 215 und zuletzt etwa Mitteilung der Kommission, ABIEG Nr. C 113 v. 5. 5. 1995, S. 5 – Buna GmbH.

2) Vgl. zuletzt z. B. Mitteilung der Kommission betr. die Kapitalerhöhung bei der Air France, ABIEG Nr. C 152 v. 3. 6. 1994, S. 2; Mitteilung der Kommission betr. Crédit Lyonnais, ABIEG Nr. C 121 v. 17. 5. 1995, S. 4.

3) Ohne weitere Begründung hat kürzlich Möschel, in: Festschr. f. Rausch, 1995, S. 469 (481), die These vertreten, bei der Gewährträgerhaftung handele es sich um eine unerlaubte Beihilfe.

4) Vgl. Mestmäcker, in: Festschr. f. Böhm, 1965, S. 387.

5) Ob Koenig, EuZW 1995, 595 (in diesem Heft, unter III.2.a), Anstaltslast generell unter Beihilfeaspekten für unbedenklich hält, ist seinen Ausführungen nicht eindeutig zu entnehmen. Immerhin stellt Koenig als Gegenleistung für Anstaltslast die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben in den Raum; damit sollte das Problem der Beihilfe in bezug auf Anstaltslast gelöst sein.