

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 12/1997

Mit bestem Gruß
von Christian Koenig

Zur Beihilfenaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Art. 93 EGV

Von Professor Dr. Christian Koenig LL.M. und
Wiss. Mitarb. Claude Sander, Marburg

Der folgende Beitrag erwidert auf den Aufsatz von Gruson (EuZW 1997, 357) und setzt zugleich den Streit über die Anwendung des EG-Beihilfenverbotes auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für öffentliche Finanzanstalten fort (dazu Koenig, EuZW 1995, 595 sowie Schneider/Busch, EuZW 1995, 602). Der Streit tritt gegenwärtig in eine zweite Phase, wenn

zunehmend überlegt wird, wie gesetzlich gewährte Garantiebeiträgen im Falle ihrer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nach Art. 93 EGV „abgewickelt“ werden könnten. Ein förmliches Aufsichtsverfahren nach Art. 93 EGV ist von der Kommission noch nicht eröffnet worden. Sollte die Kommission das „heiße Eisen“ anfassen, so müßte sie auch den mitgliedstaatlichen Spielraum zur Gewährung von Vertrauensschutz gegenüber den Anstaltsgläubigern beachten. Aufhebung und Umgestaltung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen richten sich nämlich formell und materiell nach dem innerstaatlichen Recht. Die Ausführungen konzentrieren sich auf die Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht.

I. Zur Prämisse: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken verstoßen gegen das Beihilfenverbot nach Art. 92 I EGV

Die vorliegende Abhandlung gründet auf der Prämisse der materiellrechtlichen Unvereinbarkeit von gesetzlich begründeten Einstandspflichten öffentlichrechtlicher Körperschaften als Träger von Finanzanstalten für deren Verbindlichkeiten und Verluste mit dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenverbot nach Art. 92 I EGV¹. An den öffentlichrechtlichen Anstaltsstatuten der Landesbanken knüpfen die Landesbanken- bzw. Sparkassengesetze der Länder wie selbstverständlich Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als gesetzlich begründete Einstandspflichten der öffentlichrechtlichen Trägerkörperschaften für die Verluste und Verbindlichkeiten ihrer Finanzinstitute². So sieht z. B. § 26 II rh.-pf. SpkG für die Landesbank Rheinland-Pfalz in S. 2 die Gewährträgerhaftung und in S. 4 die Anstaltslast vor:

„Gewährträger der Landesbank sind das Land Rheinland-Pfalz und der Sparkassen- und Giroverband Rheinland-Pfalz. (...) Für die Verbindlichkeiten der Landesbank haftet jeder Gewährträger unbeschränkt. Die Gläubiger der Landesbank können die Gewährung nur in Anspruch nehmen, soweit sie aus dem Vermögen der Bank nicht befriedigt werden. Die Gewährträger stellen sicher, daß die Landesbank ihre Aufgaben erfüllen kann.“

Da Anstaltslast und Gewährträgerhaftung praktisch den Konkurs ausschließen, verhilft dies den Landesbanken aus der Sicht der Marktteilnehmer zu einem herausragenden „standing“ und „credit ranking“. Daher sind die Refinanzierungskosten von Landesbanken regelmäßig niedriger als bei privaten Banken. Den Landesbanken steht mit den gesetzlichen Einstandspflichten ihrer öffentlichrechtlichen Trägerkörperschaften eine letztlich unbeschränkte Sicherheit zur Seite. Dieser auf dem Kapitalmarkt „unübliche“ Refinanzierungsvorteil aufgrund einer staatlich gewährleisteten erstklassigen Bonität ermöglicht es ihnen, Gelder zu den niedrigst verfügbaren Zinsen ohne Risikoaufschlag aufzunehmen. Diese gesetzlich begründete Begünstigung der Landesbanken durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

1) So Koenig, EuZW 1995, 595; Möschel, in: Festschr. f. Rausch, 1995, S. 469 (481); s. auch das „Non-paper zur Behandlung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der öffentlichrechtlichen Kreditinstitute in Deutschland angesichts des Art. 92 (1) des EG-Vertrages“ der Generaldirektion IV-Wettbewerb der Europäischen Kommission, S. 13 ff. Für die Gemeinschaftsrechtskonformität von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vgl. dagegen z. B. *Innenga*, Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken als Beihilfe nach europäischem Gemeinschaftsrecht?, Rechtsgutachten, 1996, S. 21; *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165 (177); *Schneider/Busch*, EuZW 1995, 602.

2) Zum Anstaltsrecht öffentlicher Kreditinstitute vgl. *Siekman* NWVBl 1993, 361; *Nierhaus*, DOV 1984, 662; *Koenig*, WM 1995, 821; *Oebbecke*, DVBl 1981, 959; *Wölff/Bachof/Stober*, VerwältungsR., II, 5. Aufl. (1987), § 100 II R.dnrn. 18 ff.

wirkt als eine Dauerbeihilfe³. Damit verursachen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zumindest potentielle Wettbewerbsverfälschungen durch Verbesserung der Werbefähigkeit gegenüber (privaten) Bankinstituten aus anderen Mitgliedstaaten. Letztere profitieren nämlich nicht von vergleichbaren gesetzlichen Einstandspflichten öffentlich-rechtlicher Trägerkörperschaften. Angesichts der grenzüberschreitenden Marktaktivitäten der Landesbanken kann hier von einer innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung gem. dem Beihilfentatbestand des Art. 92 I EGV ausgegangen werden. Eine Ausnahme vom Beihilfenverbot greift weder gem. Art. 92 II lit. a bis c noch gem. Abs. 3 lit. a bis d EGV durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unterliegen daher der Beihilfenaufsicht durch die Kommission sowie den mitgliedstaatlichen Unterrichts- und Unterlassungspflichten nach Art. 93 I bis III EGV. Zwar erkennt die Kommission in ihrer Aufsichtspraxis das in Art. 222 EGV garantierte Recht der Mitgliedstaaten an, ein gemischtes System aus öffentlichem und privatem Unternehmenseigentum zu errichten und beizubehalten. Gleichwohl betont die Kommission⁴ 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 Beihilfenverbotes ausgenommen wären. Vielmehr gelten diese Wettbewerbsregeln gleichermaßen für öffentliche Unternehmen, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 90 II 1 EGV).

II. Beihilfenaufsicht durch die Kommission und mitgliedstaatliche Umgestaltungs- und Aufhebungspflichten nach Art. 93 II EGV

Art. 93 EGV sieht ein mehrstufiges Beihilfenkontrollverfahren zur Überprüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit Gemeinschaftsrecht durch die Kommission vor. Stellt die Kommission die Unvereinbarkeit fest, so entscheidet sie, daß der betreffende Mitgliedstaat die Beihilfe „aufheben oder umzugestalten“ hat (Art. 93 II 1 EGV). Aufhebung und Umgestaltung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen fallen nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft und damit nicht unter die Kompetenz der Kommission. Vielmehr bleiben ausschließlich die nationalen Gesetzgebungs- und Verwaltungsorgane für die „Rückabwicklung“ gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen zuständig. Gleichwohl beruht ein funktionierendes Beihilfenkontrollsystem auf dem Zusammenwirken zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Organen.

1. Zur Abgrenzung von Alt- und Neubeihilfen

Art. 93 EGV unterscheidet zwischen bestehenden Beihilfen (Altbeihilfen) und solchen, die neu eingeführt oder umgestaltet werden (Neubeihilfen). Art. 93 I und II EGV unterwirft Altbeihilfen einer laufenden Kontrolle durch die Kommission. Bestehende Beihilfen sind solche, die zur Zeit des Inkrafttretens des EWG-Vertrages am 1. 1. 1958 oder eines späteren Beitritts schon bestanden. Im Hinblick auf die ostdeutschen Landesbanken ist maßgeblicher Zeitpunkt der 3. 10. 1990, also der Tag des Beitritts der Gebiete der ehemaligen DDR zum Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland. Darüber hinaus sind bestehende Beihilfen auch solche, die nach ihrer Anmeldung nach Maßgabe von Art. 93 III EGV ordnungsgemäß durchgeführt werden dürfen⁵. Neubeihilfen sind dagegen Maßnahmen zur Einführung oder Änderung von aus staatlichen Mitteln gewährten Begünstigungen⁶. Die Kontrolle bestehender Beihilfen kann gem. Art. 93 II EGV zu einer Entscheidung der Kommission füh-

ren, derzufolge die Beihilfen für die Zukunft aufzuheben oder umzugestalten sind. Eine Rückabwicklung, also eine nach kondiktionsrechtlichen Grundsätzen gestaltete Rückgewähr bzw. Rückzahlung von Leistungen, kommt für bestehende Beihilfen nicht in Betracht⁷. Wenn also die kausale Rechtsgrundlage der Beihilfengewährung entweder vor dem maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsinkrafttretens bzw. des Beitritts oder nach Abschluß des ordnungsgemäßen Notifizierungsverfahrens gem. Art. 93 III EGV gesetzt wurde, so ist die Rechtsfolge der Kommissionsanweisung nach Art. 93 EGV auf die Umgestaltung oder Aufhebung ex nunc beschränkt; eine Rückabwicklung ex tunc scheidet aus. Deshalb sollte im Zusammenhang mit bestehenden Beihilfen nicht von einer Rückabwicklung, sondern – entsprechend dem Vertragswortlaut – von einer Aufhebung oder Umgestaltung gesprochen werden. Neubeihilfen unterliegen hingegen einer Präventivkontrolle durch die Kommission (Art. 93 III EGV)⁸. Die Mitgliedstaaten müssen der Kommission jede beabsichtigte Beihilfe mitteilen und dürfen vor deren Entscheidung die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen. Stellt die Kommission fest, daß ein Mitgliedstaat eine für gemeinschaftsrechtswidrig befundene Beihilfe dennoch gewährt hat, so fordert sie diesen zur Aufhebung oder Umgestaltung der Beihilfe auf. Der *EuGH* hat hierzu entschieden: „Diese Aufhebung oder Umgestaltung kann, damit sie einen praktischen Nutzen hat, die Verpflichtung umfassen, die unter Verletzung des Vertrages gewährten Beihilfen zurückzufordern, so daß die Kommission den *Gerichtshof* anrufen kann, wenn die Rückforderung unterbleibt“⁹. Die Einordnung als Neubeihilfe würde Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Notifizierungspflicht nach Art. 93 III EGV unterstellen. Darüber hinaus wäre diese Einordnung – neben ihrer Relevanz für die Abwicklungsmodalität – grundsätzlich für das Maß des zu gewährenden Vertrauensschutzes von Bedeutung. Der *EuGH* betont nämlich, daß ein Marktteilnehmer nur dann auf die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe vertrauen dürfe, wenn diese unter Beachtung der Verfahrensvoraussetzungen des Art. 93 III EGV, insbesondere der Notifizierungspflicht für Neubeihilfen, gewährt worden sei: „Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden ist es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob dieses Verfahren beachtet wurde“¹⁰.

2. Zur Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht

Greift die Bestandsgarantie grundsätzlich nur zugunsten von Alt-, nicht aber auch zugunsten von Neubeihilfen ein, so kommt es im Hinblick auf das Anordnungsersessen der Kommission sowie den mitgliedstaatlichen Abwicklungsspielraum zunächst auf die Subsumtion von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unter einen dieser beiden Aufsichtstatbestände der Beihilfenkontrolle nach Art. 93 EGV an.

3) Vgl. die Mitteilung der Kommission zur Anwendung des Art. 92 und 93 EWGV und des Art. 5 Richtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABIEG 1993/Nr. C 307/03 sowie die Mitteilung der Kommission gem. Art. 93 II EWGV betreffend die Beihilfe an die italienische Holdinggesellschaft EFIM, ABIEG 1993 Nr. C 375, S. 2.

4) Mitteilung der Kommission zur Anwendung des Art. 92 und 93 EWGV und des Art. 5 Richtlinie 80/723/EWG (o. Fußn. 3), Tz. 32.

5) Nicolaysen, *EuropaR* II, 1996, S. 294, der jedoch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellen will.

6) *EuGH*, Slg. I 1994, 3829 (3870) – Namur-Les assurances du crédit SA/Office national du ducroire u. Belgischer Staat.

7) *EuGH*, Slg. 1984, 3435 – Heineken Brouwerijen/Inspecteurs der Vennootschapsbelasting.

8) Wallenberg, in: *Grabitz/Hilf*, Komm. z. EU, 1995, Art. 93 EGV Rdnr. 46.

9) *EuGH*, Slg. 1985, 829 (832 f.) – Kommission/Französische Republik.

10) *EuGH*, *EuZW* 1997, 217 (220) – Spanien/Kommission.

Gruson vertritt in Übereinstimmung mit der in der Literatur vorherrschenden Auffassung¹¹ die Ansicht, daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Falle ihrer EG-Rechtswidrigkeit als bestehende Beihilfen nach Art. 93 I und II EGV zu behandeln wären. Dabei stützt Gruson diese These im wesentlichen auf die Prämisse, daß die öffentlichrechtlichen Einstandspflichten auf einem allgemeinen (ungeschriebenen) Rechtsgrundsatz beruhen, der bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWG-Vertrages gegolten habe. Dann müßte allerdings der Nachweis gelingen, daß die in den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen der Landesbanken niedergelegte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung lediglich eine (deklaratorische) Kodifikation bereits zuvor geltender allgemeiner Rechtsgrundsätze oder Gewohnheitsrecht darstellen¹².

Gruson spricht sich für eine einheitliche zeitliche Beurteilung aller öffentlichrechtlichen Einstandspflichten auf der Grundlage eines postulierten allgemeinen Rechtsgrundsatzes aus, der schon vor dem 1. 1. 1958 bestanden habe. Tatsächlich wird in Teilen des Schrifttums die ungeschriebene Rechtsquelle der Anstaltslast in einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verwaltungsrechts erblickt¹³. Grundlage für diesen allgemeinen Rechtsgrundsatz sei die mit der Errichtung der Anstalt übernommene Verantwortung, zumal der Anstaltsträger die übertragenen Aufgaben sonst selbst wahrzunehmen hätte¹⁴. Ob diese Erwägung den Nachweis eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, welcher rechtsquellendogmatisch präzise definiert ist, tatsächlich trägt, bleibt auch in Anbetracht der hierfür zitierten sparkassenrechtlichen Entscheidung des Preußischen Obergerichtes aus dem Jahre 1897¹⁵ fraglich. Bisher erscheint uns ein solcher Nachweis jedenfalls noch nicht erbracht zu sein. Die Anstaltslast verpflichtet den Anstaltsträger ausschließlich im Innenverhältnis gegenüber der Anstalt, die wirtschaftliche Basis zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu sichern, also die Anstalt dauerhaft funktionsfähig zu halten und gegebenenfalls zu einer „Unterbilanz“ führende Verluste auszugleichen¹⁶. Die Anstaltslast stellt damit ein öffentlichrechtliches Äquivalent für eine Eigenkapitalzufuhr (Dotationskapital) dar. Die Zurückführung der Anstaltslast auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz setzt voraus, daß diese öffentlichrechtliche Unterhaltungspflicht des Anstaltsträgers im Innenverhältnis zur Anstalt axiomatisch zugrunde gelegt werden müßte, damit eine öffentlichrechtliche Anstalt überhaupt sinnvoll als Organisationsform des Verwaltungsrechts bestehen und ihre Aufgaben erfüllen könnte.

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind im Wege einer Gesamtanalogie¹⁷ zu gewinnen. Danach ist zu untersuchen, ob eine gemeinsame ratio legis aller herangezogenen Einzelschritte nicht nur in den geregelten Einzelfällen, sondern immer dann zwingend durchgreift, wenn bestimmte Rechtsfiguren angewandt werden. Beispielsweise liegt allen Verträgen der allgemeine Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ zugrunde, ohne den es sinnlos wäre, den Rechtsbegriff Vertrag zu verwenden. Jeder allgemeine Rechtsgrundsatz ist so axiomatisch angelegt, daß sein materieller Gerechtigkeitsgehalt – ohne weiter hinterfragt zu werden – sofort „einleuchtet“. Angesichts ihres hohen Abstraktionsgrades bedürfen allgemeine Rechtsgrundsätze der besonderen richterlichen Konkretisierung¹⁸. Gerade an einer solchen richterrechtlichen Konkretisierung der Anstaltslast fehlt es. Das BVerwG hat dessen allgemeinen Rechtsgrundsatzcharakter, also eine Rechtsverbindlichkeit ohne Kodifizierung, nicht erkennen können¹⁹. Auch der BGH hat keine Aussage zur Rückführbarkeit der (sparkassenrechtlichen) Anstaltslast auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz getroffen²⁰.

Eine zwingende, axiomatische Funktion der Anstaltslast ist nicht erkennbar. Sie erforderte den bisher nicht erbrachten Nachweis, daß eine Landesbank ohne Anstaltslast weder sinnvoll in der Rechtsform einer öffentlichrechtlichen Anstalt bestehen noch ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen könnte. Auch zwingende rechtsethische Prinzipien des Gemeinwohls, die eine Anstaltslast bedingen, drängen sich nicht auf.

Daß deutsche Landesbanken nicht gerade am Tropf der Anstaltslast hängen, zeigen Zahlen aus dem Jahre 1995²¹: Danach erwirtschafteten die Landesbanken insgesamt aus einer Bilanzsumme von 2,87 Bio. DM fast fünfzehn Mrd. DM Gewinn, von denen ein erheblicher Teil in Form der Körperschafts- und Gewerbesteuer in die öffentlichen Haushalte geflossen ist. Der tiefere Grund für das Festhalten an Anstaltslast und Gewährträgerhaftung liegt also nicht in einem unumstößlichen Rechtsgrundsatz des Verwaltungsrechts, sondern im verbesserten „rating“ und dem daraus resultierenden „creditrating“ von Landesbanken, welches ihnen zu sehr günstigen Refinanzierungsbedingungen auf den Finanzmärkten verhilft²². Vor diesem Hintergrund wird verständlich, weshalb die Regierungschefs der Länder anlässlich der Ministerpräsidentenkonferenz am 7. 3. 1996 in Berlin die folgende Entschließung einstimmig verabschiedeten: „Die Regierungschefs der Länder sind der Auffassung, daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der deutschen öffentlichrechtlichen Kreditinstitute nicht durch EG-Recht angetastet werden dürfen“²³.

Die Gewährträgerhaftung ist nicht durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz abgesichert²⁴. Sie begründet eine öffentlichrechtliche Garantiehaftung des Gewährträgers im Außenverhältnis gegenüber den Anstaltsgläubigern, soweit diese nicht aus dem Vermögen der Anstalt Befriedigung erlangen können. Die lediglich einfachgesetzlich verankerte Gewährträgerhaftung mag mit Blick auf das ausgezeichnete „rating“ von Landesbanken wegen der damit verbundenen Refinanzierungsvorteile wirtschaftlich opportun sein, sie ist indes weder eine axiomatische Bedingung für das sinnvolle Bestehen öffentlichrechtlicher Anstalten als eigenständiger Organisationsform mittelbarer Verwaltung, noch für die Erfüllung der öffentlichen Anstaltsaufgaben zwingend notwendig. So führt auch die Wettbewerbsenquete²⁵ die Gewährträgerhaftung konstitutiv „auf Gesetz oder Satzung“ zurück. Angesichts des fehlenden Nachweises eines bereits vor dem 1. 1. 1958 bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes können weder Anstaltslast noch Gewährträgerhaftung pauschal als bestehende Beihilfen qualifiziert werden.

Eine rechtsquellendogmatische Verankerung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in „altem“ Landesgewohnheitsrecht scheidet sowohl an der fehlenden Kontingenz, also an dem erforderlichen Maß einer langandauernden und konsistenten Gewährträgerübung in den sehr seltenen Haftungs- und Verlustfällen von Landesbanken, als auch an der fehlenden allgemeinen Rechtsüberzeugung der Gewährträger, zur Haftungsübernahme gerade auf-

11) Gruson/Schneider, Columbia Business Law Review 1995, 337 (345 ff.); Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, 165 (178); „Non-paper“ der Generaldirektion IV-Wettbewerb der Kommission (o. Fußn. 1).

12) So aber für die Anstaltslast Schneider/Busch, EuZW 1995, 602 (603).

13) So die ganz h. M. vgl. z. B. Immenga (o. Fußn. 1), S. 21; Kirchhoff, NVwZ 1994, 1041 (1043); Schneider/Busch, EuZW 1995, 602 (603).

14) Forstioff, Lehrbuch des VerwaltungsR., Bd. I, 10. Aufl. (1973), § 25 II 3 (S. 496); Wettbewerbsenquete, BT-Dr V/3500, S. 47.

15) PreußOVG, PreußVBl 19 (1897/98), 280; krit. zur Tragfähigkeit dieser Entscheidung zum Nachw. eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes Koenig, WM 1995, 821 (824 f.).

16) Koenig, WM 1995, 821; Oebbecke, DVBl 1981, 960 (961); Schlierbach, ZfR 1975, 447.

17) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 97 ff.

18) Wolff, in: Gedächtnisschr. f. Jellinek, 1955, S. 33 (37 ff.).

19) BVerwG, 75, 318 (324 f.) = NJW 1987, 3017; BVerwGE 64, 248 (257 f.) = NJW 1983, 59.

20) BGHZ 90, 161 (169) = NJW 1984, 1681.

21) Der SPIEGEL, 15/96, S. 104.

22) So führt eine vom SPIEGEL (o. Fußn. 21, S. 106) sowie im „Non-paper“ der Generaldirektion IV-Wettbewerb der Kommission (o. Fußn. 1, S. 711) zitierte Studie der Rating-Agentur Moody's v. 28. 8. 1994 aus, daß Aaa-Kandidaten zu diesem Zeitpunkt auf dem amerikanischen Kapitalmarkt 8,09% Zinsen, Baa-Kandidaten hingegen 8,75% Zinsen zahlen mußten. Außerdem verlautete in den Berichten, daß Moody's damals (1995) der Landesbank Hessen-Thüringen – unter Ausblendung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – nur ein gutes C erteilt hätte.

23) Ergebnisprotokoll der Konferenz der Ministerpräsidenten der Länder v. 7. 3. 1996 in Berlin, Top 6, Tz. 1.

24) Schneider/Busch, EuZW 1995, 602 (603).

25) Wettbewerbsenquete (o. Fußn. 14), S. 48.

grund von Gewohnheitsrecht verpflichtet zu sein: „opinio juris generis sive necessitatis“ – eine bloße „opinio legis“, also die Überzeugung, gesetzlich der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unterworfen zu sein, genügt für den Nachweis von Gewohnheitsrecht nicht²⁶.

Mithin ist für die Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht ein Einzelnachweis für das zeitlich maßgebliche Inkrafttreten dieser gesetzlich begründeten Kapitalisierungs- und Haftungsinstitute zu erbringen, und zwar bezogen auf jede einzelne Finanzanstalt. Die Darlegungslast für eine nach Art. 93 EGV privilegierte „Altbeihilfe“ liegt bei denjenigen, die sich auf diese Privilegierung berufen. Gelingt der Altbeihilfen-Nachweis mangels einer bereits vor dem 1. 1. 1958 gesetzlich oder satzungsrechtlich verankerten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hingegen nicht, so liegt eine Neubehilfe vor, welche nach Art. 93 III EGV der Notifizierungspflicht unterliegt. Diese Einordnung als Neubehilfe könnte vor allem die Landesbanken in den neuen Bundesländern treffen.

Während *Gruson* seine Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Altbeihilfen auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz stützt, stellen *Scherer* und *Schödermeier*²⁷ auf den Gründungsstatus „fast aller Landesbanken“ vor dem 1. 1. 1958 ab. In diesem Gründungsstatus seien Anstaltslast und Gewährträgerhaftung enthalten. Eine formelle Umgestaltung des Status von Landesbanken nach 1958, z. B. durch Fusion mit anderen Finanzanstalten, ändere nichts am Charakter der öffentlichrechtlichen Einstandspflichten als Altbeihilfen. Der Status der Landesbanken würde dadurch nicht geändert. Es genüge, daß die Vorgängerinstitute der heute bestehenden Landesbanken bereits vor dem 1. 1. 1958 mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ausgestattet gewesen seien.

Der zur Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht zu erbringende Einzelnachweis richtet sich nach Maßgabe der vom *EuGH* im Urteil vom 9. 8. 1994 in der Rechtssache *Namur-Les assurances du crédit SA* bekräftigten Grundsätze. Maßgeblich für die Einordnung als Neubehilfe ist danach, daß entweder der unmittelbare Beihilfengegenstand selbst oder mittelbar der räumliche bzw. der sachliche Tätigkeitsbereich der Anstalt dergestalt verändert wird, daß die formal fortbestehende Altbeihilfenregelung materiell eine andere Beeinträchtigungstendenz bzw. -intensität im grenzüberschreitenden Wettbewerb erfährt²⁸. Die Umgestaltung des räumlichen oder sachlichen Tätigkeitsbereichs der Anstalt müßte dann zumindest potentiell die bisherige Wettbewerbssituation im Gemeinsamen Markt spürbar verändern, und zwar entweder *ratione personae* – bezogen auf andere Wettbewerber – oder *ratione materie* – bezogen auf andere Marktsegmente. Freilich sind Fusionen von Landesbanken angesichts der mit ihnen einhergehenden Effekte besonders „verdächtig“, den Neubehilfenbestand gem. Art. 93 III EGV zu erfüllen. Die Beurteilungsprerogative hierfür liegt bei der Kommission²⁹.

So müßte die Kommission z. B. im Falle der Heiaba, welche nach dem Staatsvertrag zwischen den Ländern Hessen und Thüringen über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation³⁰ zu einer Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale zusammengeführt wurde, prüfen, ob der dadurch veränderte Tätigkeitsbereich der Landesbank zumindest potentiell zu einer spürbar veränderten Wettbewerbssituation auf dem europäischen Bankenmarkt geführt hat. Wäre dies der Fall, so läge eine Neubehilfe i. S. des Art. 93 III EGV vor. Anderenfalls wäre mit *Scherer* und *Schödermeier*³¹ auf den Gründungsstatus der Landesbank vor dem 1. 1. 1958 abzustellen. Wichtig erscheint uns in diesem Zusammenhang der Einzelnachweis und damit ein Verzicht auf eine pauschale Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für alle Landesbanken in das System der Beihilfenaufsicht.

III. Zur „Abwicklung“ gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen

Erfährt die Kommission von einem Beihilfenatbestand und hält sie diesen für gemeinschaftsrechtswidrig, so muß der mitgliedstaatlich gewährte Vorteil – in der Regel unter Verzinsung³² – zurückgewährt werden. Zur Berechnung des Beihilfenwertes, z. B. im Rahmen einer Kreditgewährung, werden die verschiedenen Begünstigungsformen zu ihrem Gegenwert als (fiktiver) einmaliger Zuschuß in ein „Subventionsäquivalent“ umgerechnet³³. Ungeklärt ist aber, wie die Rückabwicklung oder Umwandlung von Beihilfen erfolgen soll, die nicht durch begünstigende Einzelentscheidungen, sondern aufgrund eines Gesetzes gewährt werden.

1. Abwicklung und Vertrauensschutz

Im Mittelpunkt der Diskussion über die „Abwicklung“ staatlich gewährter EG-rechtswidriger Beihilfen stehen einerseits die Grenzen des Anordnungserrmessens der Kommission und andererseits die mitgliedstaatlichen Spielräume zur Gewährung von Vertrauensschutz. Die in diesem Zusammenhang herausgebildeten Grundsätze beziehen sich ganz überwiegend auf die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Neubehilfen. Da eine Rückabwicklung von Altbeihilfen für die Vergangenheit ohnehin nicht in Betracht kommt, ist bisher ein Vertrauensschutz für Altbeihilfen kaum diskutiert worden. Angesichts der wahrscheinlichen Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Mehrzahl der Landesbanken als Altbeihilfen stellt sich insbesondere die Frage nach der Ausgestaltung des Vertrauensschutzes gegenüber den Anstaltsgläubigern. Die Anstaltsgläubiger sind im Gegensatz zu den Landesbanken nicht (gegenleistungsbefreite) Beihilfenempfänger von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Sie erbringen, um in den Schutzbereich der öffentlichrechtlichen Einstandsgarantie zu gelangen, eine Gegenleistung. So „bezahlen“ sie für die durch die Gewährträgerhaftung garantierte Bonität ihrer Forderung aus einer Landesbankleihe in Form niedrigerer Zinserlöse – verglichen mit den Anleihezinsen von Emittenten mit höherem Rating – und gelangen somit nicht in den Genuß eines unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteils.

2. Stellung des Anstaltsgläubigers im Falle der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Da der Anstaltsgläubiger, z. B. der Inhaber von Landesbankankleihen, kein Beihilfenbegünstigter i. S. von Art. 92 I EGV ist, bleibt fraglich, wie dessen Vertrauen in die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Rahmen der Aufhebung oder Umgestaltung der Beihilfen zu berücksichtigen wäre.

Anders als im Rahmen von Staatsbürgschaften, die der Sicherung eines Bankkredites an ein Unternehmen dienen, beruht das Garantieverhältnis zwischen beihilfenvergebendem Anstaltssträger und nichtbeihilfenbegünstigtem Anstaltsgläubiger nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag, sondern auf einer gesetzlich normierten öffentlichrechtlichen Einstandspflicht³⁴. Während bei der Abwick-

26) Vgl. dazu *Koenig*, WM 1995, 821 (826) m. w. Nachw.

27) *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165 (177 f.).

28) *EuGH*, Slg. I 1994, 3829 (3875) = *EuZW* 1995, 57 – *Namur-Les assurances du crédit/Office national du ducroire u. Belgischer Staat*.

29) Generalanwalt *Lenz*, in: *EuGH*, Slg. I 1994, 3831 (3854) – *Namur-Les assurances du crédit/Office national du ducroire u. Belgischer Staat*.

30) V. 10. 3. 1992; *HessGVBl* I, 190; *ThürGVBl* I, 291.

31) *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165 (177 f.).

32) Zur umfangreichen Literatur vgl. nur *Heiermann*, EWS 1994, 145; *Hopt/Mestmäcker*, WM 1996, 753 u. 801; *Klatten*, ZIP 1995, 535; *Magiera*, in: *Hallbröner/Klein/Magiera/Müller-Graf*, Handkomm. z. EUV, Bd. I, 1995, Art. 93 EGV Rdnrn. 30 ff.; *Papier*, ZHR 152 (1988), 493; *Schulze*, *EuZW* 1993, 279; *Schütterle*, *EuZW* 1995, 391 (392 f.); *Steindorf*, ZHR 152 (1988), 474.

33) *Rawlinson*, in: *Lenz*, EGV, 1994, Art. 92 Rdnr. 19.

34) *Koenig*, WM 1995, 821 (822); *Scholl*, JuS 1981, 88 (89).

lung von staatlichen, als Kreditsicherungsmittel eingesetzten Staatsbürgschaften die Anwendbarkeit von § 134 BGB zumindest diskutiert wird³⁵, kommt diese Vorschrift im Rahmen der hier zu beurteilenden Beihilfenproblematik nicht zum Tragen; hier beruht die Haftung und damit der Anspruch des Gläubigers nämlich unmittelbar auf Gesetz.

Im Hinblick auf die Entwertung der durch die Gewährträgerhaftung begründeten Sicherheit bleibt es aus der Perspektive des Anstaltsgläubigers nur vordergründig unerheblich, ob die Kommission die Rückabwicklung *ex tunc* (bei Neubeihilfen) oder die Aufhebung *ex nunc* (bei Altbeihilfen) anordnet. Da der Wert der Gewährträgerhaftung gerade in der Sicherung der Bonität der Forderungen für die Zukunft liegt, ist es für den Gläubiger – wie *Gruson* herausgearbeitet hat – zunächst ohne Bedeutung, ob die Aufhebung dieser Sicherheit *ex nunc* oder *ex tunc* wirkt. In jedem Fall würde dem Gläubiger der gerade in die Zukunft gerichtete – vom gegenwärtigen Rating antizipierte – Sicherungswert der öffentlichrechtlichen Einstandspflichten entzogen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob sich die Voraussetzungen der Gewährung von Vertrauensschutz, insbesondere die Informationsobliegenheiten des Anstaltsgläubigers im Hinblick auf ein ordnungsgemäßes Beihilfenaufsichtsverfahren, nach Maßgabe der Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Alt- oder Neubeihilfen bemessen.

Gruson, der eine Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Neubeihilfen ausschließt, erachtet eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung grundsätzlich für unrechtmäßig, wenn nicht großzügige Übergangsregeln für die vor dem Zeitpunkt der Abwicklung *ex nunc* eingegangenen „Altverbindlichkeiten“ Vertrauensschutz gewährten. Dieser verbiete es, daß ein am Beihilfenverhältnis unbeteiligter Dritter durch die Aufhebung oder Umgestaltung einer zu Unrecht gewährten Beihilfe belastet werde. Eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung ohne drittschützende Übergangsregelung begründe einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.

a) *Altbeihilfe*. Sollte die Kommission Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für einzelne Landesbanken als bestehende Beihilfen quantifizieren, so würden „Altforderungen“ durch eine Umgestaltung oder Aufhebung *ex nunc* zu Lasten des Gläubigers nicht angetastet. Da sich die Anordnungsbefugnis der Kommission ausschließlich auf das Beihilfenverhältnis erstreckt, beschränkt sich die Bindungswirkung ihrer Abwicklungsentscheidung nach Art. 93 II EGV *de iure* auf den betreffenden Mitgliedstaat sowie den Beihilfeempfänger. Der Anstaltsgläubiger wird als nichtbeihilfenbegünstigter Dritter von der Beihilfeentscheidung der Kommission nicht *de iure*, sondern nur *de facto* („Abwicklungsreflex“) berührt.

Mit Blick auf das fehlende Beihilferechtsverhältnis zwischen Drittgläubiger und Beihilfeempfänger hat die Kommission in ihrer Mitteilung vom 13. 11. 1993³⁶ darauf hingewiesen, daß begünstigte Unternehmen den Wert der in Form von Staatsbürgschaften gewährten Beihilfen auch dann zurückerstatten müßten, „wenn dies den Konkurs des Unternehmens“ bedeute, „die Ansprüche der Gläubiger“ aber in jedem Falle zu befriedigen seien.

Fraglich ist, wie ein Gläubigerschutz gegenüber dem *de facto*-Verlust der Forderungssicherungen durch eine Aufhebungs- bzw. Umgestaltungsanordnung der Kommission zu gewährleisten wäre. Zwar richtet sich die Abwicklung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen verfahrens- und materiellrechtlich nach den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Das deutsche Verfassungs- und Verwaltungsrecht gewährt dabei einen hohen Vertrauensschutzstandard. Je bestimmter in der Kommissionsanordnung aber die Abwicklungsmodalitäten zur Aufhebung oder Umgestaltung einer Dauerbeihilfe vorgezeichnet sind, desto begrenzter

werden die mitgliedstaatlichen Abwicklungsspielräume zur Gewährleistung dieses Vertrauensschutzstandards.

Während der mitgliedstaatliche Abwicklungsspielraum zur Gewährung von Vertrauensschutz bei Altbeihilfen bisher nicht bestritten worden ist und heute weitgehend gesichert erscheint, wird dieser für Neubeihilfen immer enger. Damit wird auch die Unterscheidung zwischen Alt- und Neubeihilfen für den praktisch wirksamen Vertrauensschutz immer gewichtiger. In seinem Urteil vom 20. 3. 1997 in der Rechtssache *Alcan* verlangt der *EuGH*³⁷ von der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörde selbst dann die Rückabwicklung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Neubeihilfe (vgl. § 48 VwVfG) wenn, „sie die nach nationalem Recht im Interesse der Rechtssicherheit dafür bestehende Ausschlussfrist hat verstreichen lassen (. . .); sie für deren Rechtswidrigkeit in einem solchen Maße verantwortlich ist, daß die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint, sofern der Begünstigte wegen Nichteinhaltung des in Art. 93 EGV vorgesehenen Verfahrens kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe haben konnte (. . .); dies nach nationalem Recht wegen Wegfalls der Bereicherung mangels Bösgläubigkeit des Beihilfenempfängers ausgeschlossen ist“ (so der Tenor der Entscheidung). Mithin ist im Rahmen der Rückabwicklung von Neubeihilfen nicht mehr das Vertrauensschutzverhältnis zwischen mitgliedstaatlicher Behörde und Begünstigtem, sondern das Verhalten der mitgliedstaatlichen Behörde gegenüber der Kommission maßgeblich. Mitgliedstaatliches Fehlverhalten wird dem Begünstigten wie eigenes Fehlverhalten zugerechnet³⁸. Dagegen unterliegt die Abwicklung von Altbeihilfen umfassend dem innerstaatlich zu gewährleistenden Vertrauensschutzstandard. Erst die Verfahrenseröffnung nach Art. 93 II EGV und die im Amtsblatt Nr. C veröffentlichte Mitteilung der Kommission bezüglich ihrer Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Beihilfengewährung mit Art. 92 f. EGV können den Vertrauensschutz gegenüber Altbeihilfen *ex nunc* ausschließen³⁹.

Sollte die Kommission Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Altbeihilfen i. S. von Art. 93 I EGV qualifizieren, so müßte im Rahmen der mitgliedstaatlichen Aufhebung bzw. Umgestaltung zumindest bis zur Verfahrenseröffnung nach Art. 93 II EGV und Mitteilung im Amtsblatt Nr. C umfassender – dem innerstaatlichen Recht voll entsprechender – Vertrauensschutz gewährt werden.

Entgegen *Gruson* führt die *ex nunc*-Aufhebung der Gewährträgerhaftung zu keiner „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“⁴⁰ („echte“ Rückwirkung). Eine solche liegt nur vor, wenn der Gesetzgeber nachträglich an abgeschlossene Tatbestände andere Rechtsfolgen knüpft, also eine retroaktive Rückbewirkung der Rechtsfolgen vornimmt⁴¹. Dies wäre nur bei einer Rückerstreckung des zeitlichen Anwendungsbereichs der Umgestaltungsregel

35) Ausf. zur Frage der Art. 92, 93 EGV als Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB *Scheerer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165 (183 ff.) m. w. Nachw.

36) Mitteilung der Kommission Nr. C 307/03 (o. Fußn. 3), Tz. 38.

37) *EuGH*, EuZW 1997, 276 – Land Rheinland-Pfalz/*Alcan* Deutschland GmbH m. Anm. *Hoenike*, der in dieser (Neubeihilfe-) Entscheidung eine Trendwende gegenüber der bisherigen Rspr. erkennt, die auf der Grundlage von *EuGH*, Slg. 1983, 2633 (2664 ff.) = NJW 1984, 2024 verfolgt wurde. Vgl. allerdings schon *BVerwGE* 92, 81 = NJW 1993, 2764 (Ls.), wonach sich das Vertrauen auf den Bestand der (Neu-)Beihilfengewährung im Rahmen der Abwägung (§ 48 II 1 VwVfG) „als gegenüber dem [von der Kommissionsanordnung nach Art. 93 EGV geprägten] öffentlichen Rücknahmemeininteresse minder gewichtig und damit als nicht schutzwürdig erweisen“ könne.

38) *Hoenike*, EuZW 1997, 280.

39) Vgl. v. *Wallenberg*, (o. Fußn. 8), Art. 93 Rdnr. 14.

40) Die Terminologie zur echten Rückwirkung schwankt in der Rspr. des *BVerfG*; vgl. nur *BVerfGE* 72, 200 (242) = NJW 1987, 1749; *BVerfGE* 76, 256 (345) = NJW 1988, 1515.

41) *BVerfGE* 72, 200 (240 f.) = NJW 1987, 1749; *BVerfGE* 76, 256 (345 ff.) = NJW 1988, 1015.

lung ex tunc auf abgeschlossen erworbene Rechtspositionen der Gläubiger der Fall. Nur dann würde – mit den Worten *Kirchhofs* – die früher maßgebliche Regelung in der Weise nachträglich ausgetauscht, daß „der Vergangenheit fiktiv eine seinerzeit nicht geltende und damals nicht beachtbare Regelung“ unterschoben würde.⁴² Mangels einer solchen normativen Rückwirkung von in der Vergangenheit nicht geltenden Rechtsfolgen läge bei der ex tunc Umgestaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auch dann keine (verbotene) „echte“ Rückwirkung vor, wenn der Anstaltsgläubiger als Drittbegünstigter außerhalb des Beihilferechtsverhältnisses auf dessen Beibehaltung vertraut hätte. Dieses Vertrauen wird nicht durch das Rückwirkungsverbot, sondern nach Maßgabe von rechtsstaatlich gebotenen, „verhältnismäßigen“ Übergangsregelungen geschützt, die in Fällen der tatbestandlichen Rückanknüpfung (retrospektive oder „unechte“ Rückwirkung) zu verlangen sind.

Steht die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Altbeihilfe erst mit der abschließenden Kommissionsentscheidung im Verfahren nach Art. 93 II EGV fest⁴³, so konnte bis zu diesem Zeitpunkt auch ein sorgfältiger Drittbegünstigter außerhalb des Beihilferechtsverhältnisses auf die Rechtmäßigkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vertrauen. Der Vertrauensschutz kann hier nur nach Maßgabe einer „großzügigen“ Übergangsregelung sichergestellt werden.

Hierfür findet sich – wie *Gnison* zutreffend bemerkt – ein Vorbild in dem „Gesetz zur Umwandlung der Bayerischen Staatsbank in eine Aktiengesellschaft“ vom 23. 7. 1970⁴⁴: „Die (...) bestehende Gewährträgerhaftung des Freistaates Bayern bleibt für die Verbindlichkeiten der Bank, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung bestehen, erhalten.“

b) *Neubeihilfe*. Die Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht nach Art. 93 EGV wirft Vertrauensschutzprobleme auf, die nach Maßgabe der bisherigen Neubeihilfenpraxis, wie sie der *EuGH* im Urteil vom 20. 3. 1997 in der Rechtssache *Alcan* bestätigt hat, kaum zu lösen sind. Im Gegensatz zu den bislang die Kommissionspraxis beherrschenden Beihilfen, wie etwa den Bürgschafts-, Garantie- oder Darlehensfällen, liegt in der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken kein durch Einzelfallentscheidung zeitlich begrenzter, sondern ein aufgrund von abstrakt-generellen Gesetzen seit Jahrzehnten dauerhaft gewährter Vorteil, der zudem auf den internationalen Finanzmärkten einen höchst komplexen mehrpoligen (Anleger-/Gläubiger-)Drittbezug aufweist. Diese öffentlichrechtlichen Einstandspflichten, die bis vor kurzem niemand in Frage gestellt hatte, nehmen an der demokratischen Legitimation der sie begründenden Gesetze (z. B. der Sparkassengesetze) teil. Im Hinblick auf diesen mehrpoligen Vertrauenstatbestand, der eine Neubeihilfen-Rückabwicklung i. S. einer rückwirkenden Aufhebung der öffentlichrechtlichen Einstandspflichten praktisch ausschließt, spricht vieles dafür, daß die Kommission Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als im Vertrauensschutz privilegierte Altbeihilfen (Art. 93 I EGV) einordnen würde. Gegebenenfalls müßte sie dann von den im Zusammenhang mit der Rechtssache *Namur-Les assurances* aufgestellten Grundsätzen (oben II 2) abweichen. Sollten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung durch die Kommission dennoch als gemeinschaftsrechtswidrige Neubeihilfen qualifiziert werden, so wäre theoretisch – indes politisch und praktisch schwer durchführbar – der den Landesbanken gewährte Vorteil grundsätzlich auch für die Vergangenheit rückabzuwickeln. Dann wäre zu prüfen, ob dem Anstaltsgläubiger insoweit kein Vertrauensschutz gebührt, als es ihm nach Maßgabe der marktüblichen Sorgfalt zumutbar war, sich über die Gemeinschaftsrechtmäßigkeit der Sicherung seiner Forderung zu vergewissern, insbesondere über die Einhaltung des ordnungsgemäßen Notifizierungsverfahrens nach Art. 93 III EGV⁴⁵. Dies wird man von einem Anleger allenfalls ver-

langen können, wenn etwa in dem Anleiheprospekt auf Rechtmäßigkeitszweifel hinsichtlich der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hingewiesen worden ist oder die Kommission im Amtsblatt Nr. C die Eröffnung eines Beihilfenaufsichtsverfahrens, zumindest aber ihre Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Beihilfengewährung mit Art. 92 f. EGV vor Begebung der Anleihe durch die betroffene Landesbank mitgeteilt hat. Wird trotz einer entsprechenden Kommissionsmitteilung im Anleiheprospekt nicht auf die Zweifel an der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hingewiesen, so kommt eine Prospekthaftung in Betracht; dieser soll hier allerdings nicht weiter nachgegangen werden. Gegenüber „gutgläubigen“ Anlegern und sonstigen Anstaltsgläubigern scheidet eine – insoweit unzumutbare – rückwirkende Entziehung der gesetzlich begründeten öffentlichrechtlichen Forderungssicherung aus. Sollten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für einzelne Landesbanken als Neubeihilfen qualifiziert werden, so müßte den „gutgläubigen“ Anlegern im Falle der Rückabwicklung der für Altbeihilfen gebotene Vertrauensschutz, insbesondere großzügige Übergangsregelungen nach dem Vorbild der Bayerischen Staatsbank (oben a), gewährt werden. Die Belastungen durch eine (Rück-) Abwicklung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung müßten sich auf den Beihilfenempfänger, nämlich die betroffene Landesbank, beschränken. In diesem Zusammenhang stellt sich z. B. die Frage, inwieweit eine Rückabwicklung im Wege einer von der Landesbank an ihren Anstaltsträger zu leistenden Kompensation für den durch die öffentlichrechtlichen Einstandspflichten gewährten Bonitätsvorteil möglich wäre. Die im folgenden skizzierten Ansätze zur Umgestaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung tragen dem Grundsatz Rechnung, daß die außerhalb des Beihilferechtsverhältnisses stehenden Dritten von den Abwicklungslasten weitestmöglich freizustellen sind.

IV. Ansätze zur Umgestaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

1. Teilbereichsbeschränkung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Ein Ansatz zur gemeinschaftsrechtskonformen Umgestaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung läge in der strikten Begrenzung öffentlichrechtlicher Einstandspflichten auf diejenigen Tätigkeitsbereiche der Landesbanken, in denen sie nach Maßgabe ihres gesetzlichen Gemeinwohl-auftrags eine – den Beihilfentatbestand ausschließende Gegenleistung – erbringen. Dann müßten aber diese öffentlichen Aufgaben so genau gefaßt werden, daß die aus der öffentlichen Auftrags Erfüllung entstehenden Kosten einerseits sowie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung andererseits in ein marktgerechtes Austauschverhältnis eingestellt werden können. Diejenigen Tätigkeitsbereiche großer Landesbanken, die nicht unmittelbar der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrages dienen (z. B. ihre Angebotspalette innovativer Derivatinstrumente zur gewerbsmäßigen Absicherung von Zins- und Währungsrisiken ihrer internationalen Kunden)⁴⁶, kämen dann nicht in den Genuß der öffentlichrechtlichen Einstandspflichten. Abstrakt betrachtet erscheint dieser Ansatz gerecht. Praktisch führte er aber zu einer nicht

⁴² *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof*, Hdb. des StaatsR., Bd. V 1992, § 125 Rdnrn. 50 ff. S. 996 f.).

⁴³ *OLG Münster*, EuZW 1992, 286; *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, 165 (182).

⁴⁴ BayGVBl 1970, 302.

⁴⁵ Vgl. *EuGH*, EuZW 1997, 276 – Land Rheinland-Pfalz/*Alcan Deutschland GmbH*; *EuGH*, EuZW 1997, 217–220 – Spanien/Kommission; *EuGH*, EuZW 1990, 481 (483) – Kommission/Deutschland.

⁴⁶ *Koenig*, WM 1995, 317 (318 ff.).

tragbaren Rechtsunsicherheit auf den Finanzmärkten, da sich eine trennscharfe – materiellrechtliche – Abgrenzung zwischen öffentlichem Auftrag und dem Geschäftsbereich einer Universalbank kaum verwirklichen läßt. Allenfalls kommt eine formale Abgrenzung auf organisationsrechtlicher Ebene in Betracht, bei der die nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Tätigkeitsbereiche aus der fortbestehenden öffentlichrechtlichen Anstalt ausgegliedert und auf eine Kapitalgesellschaft übertragen würden (s. unten 3).

2. Kompensationsmodell

Eine „Umgestaltung“ von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung könnte durch die Kompensation des Gegenwertes dieser öffentlichrechtlichen Einstandspflichten erfolgen⁴⁷. Die Kommission geht in Bürgschaftsfällen davon aus, daß ohne Avalprovision als Gegenleistung für eine staatliche Bürgschaftsübernahme regelmäßig der Beihilfentatbestand verwirklicht werde⁴⁸. Somit stellt sich die Frage, ob auch die Landesbanken die Einstandsverpflichtungen des Anstaltslast- und Gewährträgers durch Zahlung einer angemessenen Gegenleistung vergüten könnten. Allerdings stehen diesem Kompensationsansatz erhebliche praktische Schwierigkeiten entgegen. So müßte die beihilfenrechtswidrige Begünstigung in Form von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung quantifiziert werden. Bei Dauerbeihilfen legt die Kommission bestimmte mathematische Umrechnungsformeln zugrunde, um den staatlich gewährten Vorteil in einen gleichwertigen einmaligen Zuschuß umzurechnen (Subventionsäquivalent)⁴⁹. Die punktuelle Umrechnung von Dauerbeihilfen wie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in ein fiktives einmaliges Subventionsäquivalent ist indes kaum möglich, zumal sich diese öffentlichrechtlichen Einstandspflichten auf noch unbestimmte Verlust- bzw. Haftungsgrößen beziehen. Überdies müßten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in den einzelnen Geschäftsbereichen einer Landesbank unterschiedlich, zumindest aber getrennt bewertet werden. Im Anleihengeschäft wäre z. B. ein anderer Vorteilsfaktor zugrunde zu legen als im Derivatbereich. Außerdem hängt die Beihilfen- und damit auch die Kompensationsberechnung von einer Prognose des künftigen Refinanzierungsverhaltens der Landesbank ab.

Eine Kompensationslösung widerspräche insoweit der Entscheidungspraxis der Kommission, als diese grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Haftungsübernahme und nicht erst auf eine spätere tatsächliche Inanspruchnahme der Sicherheit abstellt: „Der Beihilfencharakter der staatlichen Bürgschaften wird oft von den Behörden, die sie gewähren, nicht oder nicht zu dem Zeitpunkt erkannt, zu dem er erkannt werden müßte, d. h. zu dem Zeitpunkt ihrer Gewährung und nicht zu dem Zeitpunkt, zu dem ihre Mobilisierung erforderlich wird“⁵⁰.

Erst wenn sich die Landesbank aufgrund ihres erstklassigen Ratings günstiges Refinanzierungskapital auf dem Finanzmarkt beschafft hat, steht der konkrete Beihilfenwert und damit auch der in Betracht zu ziehende Kompensationsbetrag fest. Nach Ermittlung des (vorläufigen) Kompensationsbetrags wäre hiervon der kaum zu beziffernde Erfüllungswert des öffentlichen Auftrages der Landesbank⁵¹ als Gegenleistungsposten für deren soziale Dienstleistungen in Abzug zu bringen (z. B. für die Finanzierung kommunaler Infrastrukturprojekte). Angesichts dieser Schwierigkeiten wird eine Kompensationslösung praktischen Bedürfnissen nicht gerecht.

3. Teilbereichsausgliederung der nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Geschäftsbereiche durch Übertragung auf eine „Landesbank AG“

Die mit einer Teilbereichsbeschränkung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundene Rechtsunsicherheit

(oben 1) könnte vermieden werden, indem die nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen (internationalen) Geschäftsbereiche großer Landesbanken, wie z. B. der finanzinnovative Derivatbereich, aus der öffentlichrechtlichen Anstalt ausgegliedert und auf eine Kapitalgesellschaft („Landesbank AG“) übertragen würden. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kämen nicht der privat rechtlich organisierten „Landesbank AG“ zugute. Deren Refinanzierungsbedingungen wären marktüblich und entsprächen jenen einer Kapitalgesellschaft im Konzernverbund; dies gilt auch mit Blick auf mögliche Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen der Muttergesellschaft⁵². Damit läge in den ausgegliederten Geschäftsbereichen zumindest kein Beihilfentatbestand aufgrund öffentlichrechtlicher Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vor. Dagegen verblieben die unstrittig vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Aufgabenbereiche einer Landesbank, insbesondere ihre Funktion als Sparkassenzentral- und Kommunalbank (Finanzierung kommunaler Infrastrukturprojekte), in der öffentlichen Finanzanstalt und damit im öffentlichen Einstandsbereich von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Der hohe Erfüllungswert des öffentlichen Kernauftrages der Landesbank spricht dafür, ihre sozialen Dienstleistungen als Gegenleistungsposten der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gegenüberzustellen. Damit läge im Bereich des öffentlichen Kernauftrages der Landesbank, z. B. im Rahmen ihrer Refinanzierung einer Kreditvergabe zugunsten kommunaler Infrastrukturprojekte, kein Beihilfentatbestand i. S. von Art. 92 f. EGV vor⁵³.

Nach *Gnison* würde eine auf die Aufhebung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gerichtete Kommissionsanordnung letztlich zu einem Zwang zur „Privatisierung der Landesbanken i. S. einer Umwandlung in Kapitalgesellschaften führen, obwohl Art. 92 EGV kein derartiges Privatisierungsgebot enthält“. In diesem Zusammenhang weist er auch auf Art. 222 EGV hin. Dagegen bedarf es gerade keiner vollständigen Privatisierung i. S. einer Umwandlung, wenn lediglich die nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Geschäftsbereiche großer Landesbanken aus der fortbestehenden öffentlichrechtlichen Landesbankanstalt ausgegliedert und auf eine Kapitalgesellschaft, eine „Landesbank AG“, übertragen würden. Für diesen formalen Trennungsansatz spricht schließlich, daß die Gläubiger dann von vornherein wüßten, daß ihre Forderungen nicht unter dem Schutz der öffentlichrechtlichen Einstandspflichten für die Landesbankanstalt stünden.

V. Fazit

1. Die Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht nach Art. 93 EGV richtet sich nach dem zeitlichen Inkrafttreten dieser gesetzlich begründeten Kapitalisierungs- und Haftungsinstitute. Die Entscheidung, ob eine bestehende Beihilfe, also eine in der Abwicklung privilegierte Altbeihilfe (Art. 93 I EGV), oder eine mit Blick auf den Vertrauensschutz weniger privilegierte Neubeihilfe (Art. 93 III EGV) vorliegt, kann nicht pauschal, sondern muß für jede Finanzanstalt einzeln getroffen werden. Gelingt der Altbeihilfen-Nachweis mangels einer bereits vor dem 1. 1. 1958 gesetzlich oder satzungsmäßig verankerten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

47) *Immenga* (o. Fußn. 1), S. 94.

48) ABIEG Nr. L 185 v. 28. 7. 1993, S. 44 (47) – HIBEG/Krupp/Bremer Vulkan.

49) *Rawlinson* (o. Fußn. 33), Art. 92 R.dnr. 16.

50) Entwurf einer Mitteilung der Kommission „zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen, die in Form von Bürgschaften gewährt werden“ v. 7. 3. 1995, Tz. 1.2.; zitiert bei *Immenga* (o. Fußn. 1), S. 98.

51) Vgl. *Koenig*, WM 1995, 317.

52) Vgl. *Michalski*, WM 1994, 1229; *Koenig*, EuZW 1995, 595 (600).

53) *Koenig*, WM 1995, 317.

nicht, so liegt eine Neubeihilfe vor, welche nach Art. 93 III EGV der Notifizierungspflicht unterworfen ist.

2. Sollte die Kommission für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine Altbeihilfen-Umgestaltung ex tunc anordnen, so müßten diese Einstandspflichten für Altverbindlichkeiten, also für Forderungen, die vor dem Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung begründet wurden, bestehen bleiben. Selbst für den Fall der Neubeihilfen-Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für einzelne (z. B. ostdeutsche) Landesbanken müßten sich die Abwicklungslasten auf den Beihilfeempfänger, nämlich die betroffene Landesbank, beschränken. „Gutgläubigen“ Anlegern müßten im Fall einer Neubeihilfen-Abwicklung großzügige Übergangsregelungen, etwa nach dem Vorbild der Umwandlung der Bayerischen Staatsbank, gewährt werden. Die Sicherung ihrer „Altforderungen“ kann ihnen nicht entzogen werden.

3. Sollte die Kommission die Umgestaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung anordnen, so könnten die – nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohl auftrag getragenen – internationalen Geschäftsbereiche großer Landesbanken (z. B. im Derivatbereich) aus der fortbestehenden öffentlichrechtlichen Anstalt ausgegliedert und auf eine Kapitalgesellschaft („Landesbank AG“) übertragen werden.

Die Privilegien öffentlich-rechtlicher Einstandspflichten zugunsten der Landesbanken vor den Schranken der EG-Beihilfenaufsicht

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (London), Universität Marburg

Die folgende Abhandlung ist eine juristische Bestandsaufnahme des heftigen Streites über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, die der Verfasser auf dem Fünften St. Galler Kartellrechtsforum am 24. April 1998 vorgetragen hat. Schon bald wird EU-Wettbewerbskommissar *Karel van Miert* dem Ecofin-Rat der EU-Wirtschafts- und Finanzminister einen Bericht vorlegen, in dem sich die Kommissionsstrategien für ein Beihilfenaufsichtsverfahren nach Art. 93 EGV (Art. 88 EGV/Amsterdam)¹ abzeichnen könnten, wenn nicht doch noch eine einvernehmliche Vorablösung gelingen sollte. Inzwischen ist offenkundig geworden, daß – als Anstalten des öffentlichen Rechts ausgestaltete – Landesbanken kraft der gesetzlich begründeten Einstandspflichten ihrer öffentlich-rechtlichen Trägerkörperschaften auf dem Kapitalmarkt einen Viertel bis einen halben Prozentpunkt weniger Zinsen als große Privatbanken bezahlen. Allein die Westdeutsche Landesbank spart dadurch gegenwärtig schätzungsweise 300 Millionen Mark an Refinanzierungskosten im Jahr². Dieser Refinanzierungsvorteil, der auf gesetzlich gewährleisteter erstklassiger Forderungsbontät – kraft öffentlicher Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – beruht, verursacht im Falle grenzüberschreitend tätiger Landesbanken Wettbewerbsverfälschungen gegenüber Bankinstituten aus anderen Mitgliedstaaten.

I. Die Amsterdamer Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland – ein Eigtor der Bundesregierung

Auf dem Amsterdamer EU-Gipfeltreffen im Juni 1997 hat die Bundesregierung versucht, den Refinanzierungsvorteil der Landesbanken und Sparkassen kraft gesetzlich begründeter Einstandspflichten ihrer öffentlich-rechtlichen Trägerkörperschaften vertragsrechtlich in einem Protokoll festzuschreiben. Dieses – durch Bundesratsbeschluß gesetzte³ – Verhandlungsziel der deutschen Delegation scheiterte⁴. Zu groß waren die wettbewerbspolitisch motivierten Widerstände gegen den deutschen Vorschlag eines vertragsrechtlich bindenden (ratifikationsbedürftigen)

Protokolls⁵ über eine Ausnahme von der EG-Beihilfenaufsicht zugunsten von deutschen Landesbanken und Sparkassen. Kompromißfähig war lediglich eine gemeinsame, nicht ratifikationsbedürftige „Erklärung“⁶, deren Rechtsqualität sich in einer Interpretationshilfe zur Auslegung der EG-vertraglichen Wettbewerbsregeln erschöpft. Die Erklärung beginnt schon mit einer gewundenen Einleitung, die allenfalls die bestehende Kommissionsansicht zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung konserviert und die sich in ihrer halbherzigen Formulierung bald als ein Eigtor der Bundesregierung erweisen könnte:

„Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, daß die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, welche die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährte Fazilitäten (Vergünstigungen) voll zu berücksichtigen.“

Inhaltlich bleibt die Erklärung weit hinter der deutschen Initiative zurück. Angesichts massiver Widerstände im Eu-

1 Obwohl der Amsterdamer Vertrag zum gegenwärtigen Zeitpunkt (im April 1998) mangels Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten noch nicht in Kraft getreten ist, wird bereits dessen neue Artikelnumerierung des EG-Vertrags (in Klammern) berücksichtigt. Während „EGV“ den EG-Vertrag in seiner noch geltenden Fassung wiedergibt, weist „EGV/Amsterdam“ auf die neue Artikelnumerierung hin. Hinweise auf die neue Artikelnumerierung nach dem Amsterdamer Vertrag – in Klammern und ohne weitere Anmerkungen – zeigen zugleich an, daß sich die Rechtslage nicht ändert.

2 Capital 1998/Heft 3, 20. Vgl. auch die Angaben in der Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Banken e. V., Daten, Fakten, Argumente. Wettbewerbsuntersuchung der EU-Kommission, März 1998, S. 6 f. zum wirtschaftlichen Wert von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung; der Bundesverband deutscher Banken e. V. reagierte mit seiner Stellungnahme auf die Antworten der Bundesregierung vom 5. 12. 1997 auf die von der Kommission den Mitgliedstaaten gestellten Fragen zu „Finanzdienstleistungen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ in der öffentlich-rechtlichen Kreditwirtschaft.

3 Dazu *Herdegen*, WM 1997, 1130 ff.

4 *Koenig*, WM 1997, 1279 f.; *ders.*, FAZ Nr. 146 v. 27. 6. 1997, S. 18; *Schmid/Vollmöller*, NJW 1998, 716 ff. (720 f.).

5 Art. 239 EGV (Art. 311 EGV/Amsterdam): „Die diesem Vertrag in gegenseitigem Einvernehmen der Mitgliedstaaten beigefügten Protokolle sind Bestandteile dieses Vertrags.“ Vgl. *Koenig*, WM 1997, 1279.

6 Sowohl der gescheiterte deutsche Protokollvorschlag zu Art. 222 EGV (Art. 295 EGV/Amsterdam) als auch die in Amsterdam angenommene Erklärung sind in WM 1997, 1280 abgedruckt.

ropäischen Rat der Staats- und Regierungschefs war eine pauschale Bereichsausnahme von der EG-Beihilfenaufsicht zugunsten der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für alle öffentlichen Finanzanstalten, insbesondere für die auf den internationalen Finanzmärkten stark positionierten Landesbanken, nicht mehr durchsetzbar. Übrig bleibt eine von den anderen Mitgliedstaaten halbherzig angenommene Erklärung, welche die Landesbanken zumindest nicht in ihren internationalen Geschäftsfeldern schützt. Nur soweit Landesbanken die regionale Finanzinfrastruktur fördern, insbesondere ihren Aufgaben als Sparkassenzentral- und Kommunalbanken nachkommen, unterstehen sie dem Schutzbereich der Amsterdamer Erklärung. Danach wird der deutsche Landesbanken- und Sparkassenverband vor dem Zugriff der Europäischen Kommission nur insoweit bewahrt, als dessen Mitgliedsinstitute „den Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgabe ermöglichen, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen“.

Doch sind Stimmen laut geworden, diese flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur sei auch ohne öffentlich-rechtlichen Anstaltsstatus von Landesbanken und Sparkassen gesichert. Deutschland erscheine im europäischen Vergleich mit 814 Bankstellen je eine Million Einwohner ohnehin „overbanked“, der europäische Vergleichswert lag zuletzt bei 528. Angesichts des Vormarschs von Telefon-, Online-Banking und Geldautomaten relativiert sich nach Auffassung der Kritiker zunehmend die Bedeutung des räumlich nahen Geldinstituts „an der nächsten Ecke“. Die von der deutschen Bundesregierung „gebetsmühlenartig“ – so auch auf dem Amsterdamer EU-Gipfeltreffen – im Gleichklang mit dem Sparkassenverbandspräsidenten *Horst Köhler* vorgetragene sozialpolitische Argumente erscheinen der Fundamentalkritik am öffentlich-rechtlichen Bankensystem kaum überzeugend, zumal hinter der Initiative „Girokonto für jedermann“ auch die gesamte private Kreditwirtschaft stehe⁷. Schließlich wird man von vielen landesbankennahen internationalen Finanzgeschäften wie im Derivatbereich oder der Emission von Fremdwährungsanleihen nicht behaupten können, diese dienten einer flächendeckenden Finanzinfrastruktur in der Region.

Bisher verhilft die öffentliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung aufgrund des praktischen Konkursausschlusses gerade den Landesbanken zu einem herausragenden Rating und damit im Vergleich zu den privaten Banken zu regelmäßig niedrigeren Refinanzierungskosten auf den internationalen Finanzmärkten, ein Vorteil, den die Kommission nach einem bekannt gewordenen „Non-paper“ kritisch beobachtet. Nach der Amsterdamer Erklärung können sich Landesbanken nicht in Sicherheit vor der EG-Beihilfenaufsicht wägen. Im Gegenteil: Der Wortlaut der Erklärung, insbesondere die Bezugnahme auf eine regional gewachsene „flächendeckende Finanzinfrastruktur“, vermittelt den Eindruck, daß sich die wettbewerbspolitische Fürsorge der Bundesregierung auf das Flächennetz des Sparkassenverbands beschränkt; international operierende Landesbanken erscheinen dagegen der EG-Beihilfenaufsicht geradezu preisgegeben. Im Gegensatz zum deutschen Vorschlag unterliegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für öffentliche Finanzanstalten gemäß der verabschiedeten Erklärung nach wie vor der EG-Wettbewerbskontrolle:

„Diese Fazilitäten (Vergünstigungen) dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt.“

Sollte eine einvernehmliche Vorablösung scheitern, obläge es der Kommission, ein Beihilfenaufsichtsverfahren nach Art. 93 EGV (Art. 88 EGV/Amsterdam) zu eröffnen und zu entscheiden, inwieweit die gesetzlich begründeten Einstandspflichten öffentlich-rechtlicher Körperschaften als Träger von Landesbanken für deren Verbindlichkeiten und Verluste mit dem Beihilfenverbot unvereinbar und aufzuheben sind. Sollte die Kommission ein Beihilfenaufsichtsverfahren einleiten und schließlich die Aufhebung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Zukunft anordnen, so müßte rechtzeitig ein Umgestaltungs-konzept für die betroffenen Landesbanken erarbeitet werden (dazu unten VI. 3.).

II. Sind Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Bankenwesens unerläßliche Finanzierungs- bzw. Haftungsinstitute?

1. Die Rechtsinstitute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Zunächst sind die Anstaltslast als Ausstattungsverpflichtung des Anstaltsträgers gegenüber seinem öffentlichen Finanzinstitut (Innenverhältnis) einerseits und die Gewährträgerhaftung der Anstaltsträger gegenüber den Gläubigern (Außenverhältnis) andererseits zu unterscheiden⁸. Beide öffentlich-rechtlichen Finanzierungs- und Haftungsinstitute des Anstaltsrechts beruhen auf gesetzlicher Grundlage der Sparkassengesetze der Länder (vgl. nur § 3 und § 26 II rhpf. SparkassenG für die rhpf. Sparkassen bzw. die Landesbank Rheinland-Pfalz). Die Anstaltslast⁹ 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 auszugleichen¹⁰. Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, bei denen die Gesellschafter nicht durch Mehrheitsbeschluß zu Nachschußleistungen verpflichtet werden können („Mehrbelastungsverbot“; vgl. § 180 I AktG, § 53 III GmbHG), unterliegt der Anstaltsträger (Gewährträger) intern einer Funktionsgarantie gegenüber seiner Finanzanstalt¹¹. 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 Ausstattungspflicht¹². Die ebenfalls in den Sparkassenge-

7 Capital 1998/Heft 3, 20.

8 *Koenig*, EuZW 1995, 595 ff. (597); *Schmid/Vollmöller*, NJW 1998, 716 ff. (717).

9 Vgl. § 3 II rhpf. SparkassenG: „Der Gewährträger stellt sicher, daß die Sparkasse ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).“

10 Vgl. den Bericht über die Untersuchung von Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung vom 18. 11. 1968 der Wettbewerbsenquete-Kommission der Bundesregierung, BT-Drs. V/3500, 47 ff.; *Oeboeck*, DVBl. 1981, 960 ff. (961).

11 *Schneider*, in: FS Riesenfeld, 1983, S. 237 ff. (242).

12 *Schneider* (Fn. 11), S. 245.

setzen der Länder verankerte Gewährträgerhaftung¹³ begründet dagegen eine öffentlich-rechtliche *Ausfallgarantie* des hoheitlichen Anstaltsträgers gegenüber den Gläubigern. Allerdings greift die Gewährträgerhaftung 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 gerechtfertigt¹⁴.

2. Keine „Verhinderung“ der gesetzlichen Aufgabenerfüllung seitens der öffentlich-rechtlichen Kreditwirtschaft i. S. von Art. 90 II EGV (Art. 86 II EGV/Amsterdam) durch Anwendung des Beihilfenverbotes

Der Anwendung des Beihilfenverbotes nach Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam) auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wird von Interessenvertretern der öffentlich-rechtlichen Kreditwirtschaft die öffentliche Aufgabenerfüllung durch Sparkassen und Landesbanken entgegeng gehalten. Voraussetzung dieses auf Art. 90 II EGV (Art. 86 II EGV/Amsterdam) gestützten Einwandes ist allerdings ein Nachweis der *Verhinderung* (nicht Behinderung)¹⁵ der Erfüllung der gesetzlich den Sparkassen und Landesbanken übertragenen öffentlichen Aufgaben, wenn Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wegfielen. So wird argumentiert, die besonderen öffentlich-rechtlichen Finanzierungs- und Haftungsinstitute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung seien zwingende Funktionsbedingungen der öffentlichen Kreditwirtschaft¹⁶, deren Aufgaben nur durch Anstalten des öffentlichen Rechts und nicht durch privatrechtliche Kapitalgesellschaften wahrgenommen werden könnten. Demgegenüber sind die Mitgliedstaaten nach Art. 90 I i. V. mit Art. 5 I und II EGV (Art. 86 I i. V. mit Art. 10 I und II EGV/Amsterdam) verpflichtet, alle (legislativen) Maßnahmen zu treffen, damit ihre öffentlichen Unternehmen so weit wie möglich den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages entsprechen. Die Amsterdamer Erklärung legt eine Prognose der Kommissionsposition dahingehend nahe, daß die Gewährträger ihre Finanzanstalten sektoriell auch durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung insoweit unterstützen dürfen, als dies erforderlich ist, um Nachteile im öffentlichen Aufgabenbereich zwecks Funktionssicherung auszugleichen und dieser Ausgleich nicht allein durch Gewinntransfer aus rentablen Geschäftssektoren möglich ist. Eine pauschale Freistellung vom Beihilfenverbot gem. Art. 90 II EGV (Art. 86 II EGV/Amsterdam) ist dagegen ausgeschlossen.

III. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfentatbestände nach Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam)

1. „Beihilfen gleich welcher Art“

Der Begriff „Beihilfen gleich welcher Art“ stellt auf die unentgeltliche Begünstigungswirkung ab¹⁷, ohne daß es auf Rechtsformen und Zweckrichtungen der einseitigen Begünstigung ankommt. Der Vorrang der Wirkungsanalyse vor innerstaatlichen Legitimationsstrategien oder verwaltungsrechtlichen Konstruktionen des Subventionsver-

hältnisses prägt entscheidend die gemeinschaftsrechtlichen – vom nationalen Recht „autonomen“ – Beihilfenmaßstäbe der Wettbewerbsverfälschung sowie der innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung¹⁸. Auszugehen ist von der Frage, ob die Begünstigung für den Nutznießer zum Maßnahmenzeitpunkt 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 (Art. 87 I EGV/Amsterdam)¹⁹. Umgekehrt sind zu üblichen Marktkonditionen gewährte Zuwendungen keine Beihilfen²⁰. 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“²¹. So stellt z. B. die Kapitalzufuhr eine Beihilfe dar, wenn die öffentliche Hand als Kapitaleignerin langfristig keine Aussicht hat, daß sich ihre Investition rentiert²². Im Hinblick auf staatliche Garantieübernahmen sieht die Kommission den Beihilfentatbestand als erfüllt an, wenn damit alle Verbindlichkeiten eines Unternehmens pauschal abgedeckt werden. Im Fall EFIM hat die Kommission dargelegt, daß die gesetzliche Garantie für alle Schulden von Staatsunternehmen eine Verbürgung darstellt, „die ein marktwirtschaftlicher Investor normalerweise nicht vornehmen würde, ohne sich zu vergewissern, daß das zusätzliche Risiko durch zusätzliche Gewinne aufgewogen wird“²³.

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verhelfen den öffentlich-rechtlichen Finanzinstituten, allen voran den großen Landesbanken, zu einem – verglichen mit vielen Privatländern – besseren Rating und damit zu einem erheblichen Refinanzierungsvorteil. Diese gesetzlich verankerte Begünstigung im Vergleich zu privaten Konkurrenzinstituten, welche über keine entsprechende Bonitätslage kraft des dahinter stehenden öffentlichen Anstaltsträgers verfügen, erfüllt den Beihilfentatbestand des Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam).

Allerdings stellt sich die Frage, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine – den Beihilfentatbestand ausschließende – Gegenleistung für die Erfüllung von gesetzlich zugewiesenen kommunalen, regional- und sparkas-

13 Vgl. § 31 rhpf. SparkassenG: „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).“

14 *Nierhaus*, DÖV 1984, 662 ff. (669).

15 Vgl. zum Verhinderungsmaßstab die Entscheidung der Kommission IV/29.995 v. 17. 12. 1981, ABIEG 1982 Nr. L 167, 39 (48).

16 *Schneider*, DB 1992, 769 ff. (773).

17 EuGH, Slg. 1987, 901 (Tz. 7 f.) – *Deufil*; EuGH, Slg. 1974, 709 (Tz. 26/28) – *Italien/Kommission*; *Koenig*, EuZW 1995, 595 ff. (599); *Schmid/Vollmöller*, NJW 1998, 716 ff. (719).

18 *Schröder*, ZHR 152 (1988), 391 ff. (401).

19 Entscheidung der Kommission v. 18. 5. 1979, ABIEG 1979 Nr. L 138, 30.

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

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

22 *Kommission*, ABIEG Nr. C 152 v. 3. 6. 1994, 6 – *Air France*; EuGH, Slg. 1991, I-433 (Tz. 21 f.) – *Italien/Kommission*; EuGH, Slg. 1990, I-959 (Tz. 22 ff.) – *Belgien/Kommission* (Tubemeuse); EuGH, Slg. 1985, 809 (Tz. 20) – *Leeuwarder Papierwarenfabrik*.

23 *Kommission*, ABIEG Nr. C 349 v. 29. 12. 1993, 2 (4) – EFIM.

senwirtschaftlichen Förderungsaufträgen durch die Sparkassen bzw. Landesbanken darstellen. 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 Beihilfenmerkmal 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 Leistungsübernahme von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung durch die öffentlichen Trägerkörperschaften müßte also im Rahmen eines tatsächlichen Austauschverhältnisses eine Gegenleistung in Form der öffentlichen Aufgabenerfüllung durch Landesbanken und Sparkassen gegenüberstehen. Das Bestehen eines Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses schließt indes nicht pauschal den Beihilfentatbestand aus. Vielmehr müssen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gerade der Überprüfung von möglicherweise wettbewerbsverzerrenden *Überkompensationen* im Rahmen der Beihilfenaufsicht nach Art. 93 EGV (Art. 88 EGV/Amsterdam) unterzogen werden.

Vor allem stellt sich die Frage, ob „ein marktwirtschaftlicher Investor“²⁴ eine in Höhe und Umfang *unbeschränkte* Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – in entsprechender privatrechtlicher Gestaltung – als Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen übernehmen würde. Der praktisch kaum quantifizierbare Wert der von den Finanzanstalten erbrachten öffentlichen Dienstleistungen müßte dem Marktwert einer unbeschränkten Einstandspflicht entsprechen, 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 Patronatserklärungen²⁵ oder Verlustdeckungszusagen²⁶ abgibt²⁷, 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“²⁸ des Staates und damit seine nahezu absolute Bonität. Eine solche Bonität ist auf dem privaten Markt überhaupt nicht erreichbar.

2. 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 Gewährträger von Landesbanken und Sparkassen anwendbar, die wie die öffentlich-rechtlichen Sparkassen- und Giroverbände oder die Länder und Kommunen nicht Vertragsparteien des EG-Vertrages sind. Maßgeblich ist, daß die Begünstigungsregelungen dem Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland zugerechnet werden können²⁹. Der Gerichtshof erstreckt den Tatbestand des Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam) „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 Be-

zeichnung dieser Einrichtungen der Prüfung nach Art. 92 I“³⁰. Da die Mitgliedstaaten nach Art. 51 EGV (Art. 101 EGV/Amsterdam) verpflichtet sind, die Geltung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts auch gegenüber ihren 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.

3. Wettbewerbsverfälschung und innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung

Der Beihilfentatbestand des Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam) umfaßt auch die Voraussetzungen einer Wettbewerbsverfälschung sowie einer innergemeinschaftlichen Handelsbeeinträchtigung. Angesichts der Binnenmarktverflechtungen besteht eine (widerlegbare) Vermutung für die innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung, wenn die Beihilfengewährung zumindest eine potentielle Wettbewerbsverfälschung, d. h. eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Begünstigten gegenüber Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten³¹ bewirkt. Dabei genügt es, daß der Begünstigte auf seinem Heimatmarkt mit Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten (potentiell) konkurriert³². Die „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsverfälschung („De-Minimis“-Regel)³³ ist im Falle grenzüberschreitend tätiger Landesbanken zweifellos gegeben: Der Refinanzierungsvorteil aufgrund gesetzlich gewährleisteter erstklassiger Bonität kraft öffentlicher Anstaltslast und Gewährträgerhaftung entlastet die großen deutschen Landesbanken im Vergleich zu privaten Bankinstituten aus anderen Mitgliedstaaten in der Größenordnung mehrerer hundert Millionen Mark; allein die Westdeutsche Landesbank spart dadurch gegenwärtig an Refinanzierungskosten jährlich schätzungsweise 300 Millionen DM ein³⁴. Danach liegt jedenfalls im Falle grenzüberschreitend operierender Landesbanken eine innergemeinschaftliche Handelsbeeinträchtigung gemäß Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam) vor. Soweit sich demgegenüber die Sparkassen auf ihren regionalwirtschaftlichen, kommunalen oder sparkassenwirtschaftli-

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

25 Eine solche „harte“ Patronatserklärung gegenüber den Gläubigern enthält die Zusage der Muttergesellschaft, die Tochtergesellschaft mit den für die Erfüllung von Verbindlichkeiten nötigen Mitteln auszustatten. Bei einer Verletzung der Patronatspflichten entstehen sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche, welche angesichts der Garantiewirkung mit der Gewährträgerhaftung durchaus vergleichbar sind; vgl. *Michalski*, WM 1994, 1229; *Schneider*, ZIP 1989, 619.

26 Verlustdeckungszusagen betreffen das Innenverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und ähneln insofern der Anstaltslast; vgl. *Schmidt*, in FS f. Werner, 1984, S. 777 ff.

27 *Schneider/Busch*, EuZW 1995, 602 ff. (607).

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

29 EuGH, Slg. 1991, I-1433 (Tz. 11) – Italien/Kommission (ENI-Lanerosi).

30 Vgl. EuGH, Slg. 1985, 1814 – Deutschland/Kommission.

31 EuGH, Slg. 1980, 2671 (Tz. 11 f.) – Philip Morris/Kommission; EuGH, Slg. 1988, 2869 – Griechenland/Kommission.

32 EuGH, Slg. 1988, 4067 (Tz. 19) – Frankreich/Kommission.

33 EuGH, Slg. 1990, I-959 (Tz. 43) – Belgien/Kommission; Schlußantrag des Generalanwalts, in: EuGH, Slg. 1986, 2272 (2274) – Belgien/Kommission; EuGH, Slg. 1980, 2671 (Tz. 11) – Philip Morris/Kommission.

34 Capital 1998/Heft 3, S. 20.

chen Förderungsbeitrag beschränken, dürfte regelmäßig kaum ein Wettbewerbsverhältnis gegenüber Banken aus anderen Mitgliedstaaten entstehen.

4. Keine spezielle Ausnahme vom Beihilfenverbot

Eine spezielle Ausnahme vom Beihilfenverbot greift weder gem. Art. 92 II lit. a bis c noch gem. III lit. a bis d EGV durch (Art. 87 II lit. a bis c, III lit. a bis d EGV/Amsterdam). Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unterliegen daher der Beihilfenaufsicht durch die Kommission sowie den mitgliedstaatlichen Unterrichts- und Unterlassungspflichten nach Art. 93 I bis III EGV (Art. 88 I bis III EGV/Amsterdam).

IV. Beihilfenaufsicht durch die Kommission und mitgliedstaatliche Umgestaltungs- und Aufhebungspflichten nach Art. 93 II EGV (Art. 88 II EGV/Amsterdam)

Art. 93 EGV (Art. 88 EGV/Amsterdam) sieht ein mehrstufiges Beihilfenkontrollverfahren zur Überprüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit Gemeinschaftsrecht durch die Kommission vor. Stellt die Kommission die Unvereinbarkeit fest, so entscheidet sie, daß der betreffende Mitgliedstaat die Beihilfe „aufzuheben oder umzugestalten“ hat (Art. 93 II I EGV; Art. 88 II I EGV/Amsterdam). Aufhebung und Umgestaltung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen fallen damit nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft und damit nicht unter die Kompetenz der Kommission. Vielmehr bleiben ausschließlich die nationalen Gesetzgebungs- und Verwaltungsgewalt für die Aufhebung und Umgestaltung gemeinschaftsrechtswidriger gewährter Beihilfen zuständig³⁵.

1. Zur Abgrenzung von Alt- und Neubehilfen

Art. 93 EGV (Art. 88 EGV/Amsterdam) unterscheidet zwischen „bestehenden Beihilfen“ (Altbeihilfen) und solchen, die neu eingeführt oder umgestaltet werden sollen (Neubeihilfen). Art. 93 I und II EGV (Art. 88 I und II EGV/Amsterdam) unterwirft Altbeihilfen einer laufenden Kontrolle durch die Kommission. Bestehende Altbeihilfen sind solche, die zur Zeit des Inkrafttretens des EWG-Vertrages am 1. Januar 1958 oder eines späteren Beitritts schon bestanden. Darüber hinaus sind „bestehende Beihilfen“ auch solche, die nach ihrer Anmeldung nach Maßgabe von Art. 93 III EGV (Art. 88 III EGV/Amsterdam) ordnungsgemäß durchgeführt werden dürfen³⁶. Neubehilfen sind dagegen Maßnahmen zur Einführung oder Änderung von aus staatlichen Mitteln gewährten Begünstigungen³⁷. Die Kontrolle von Altbeihilfen kann gemäß Art. 93 II EGV (Art. 88 II EGV/Amsterdam) zu einer Entscheidung der Kommission führen, derzufolge die Beihilfen für die Zukunft aufzuheben oder umzugestaltet sind. Anders als bei Neubehilfen kommt für Altbeihilfen eine Rückabwicklung, also eine nach kondiktionsrechtli-

chen Grundsätzen gestaltete Rückgewähr bzw. Rückzahlung von Leistungen, nicht in Betracht³⁸.

2. Zur Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht

In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wären im Falle ihrer EG-Rechtswidrigkeit als „bestehende Beihilfen“ nach Art. 93 I und II EGV (Art. 88 I und II EGV/Amsterdam) zu behandeln³⁹. Diese These wird im wesentlichen auf die Prämisse gestützt, daß die öffentlich-rechtlichen Einstandspflichten auf einem allgemeinen (ungeschriebenen) Rechtsgrundsatz beruhen, der bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWG-Vertrages gegolten habe. Dann müßte allerdings der Nachweis gelingen, daß die in den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen der Landesbanken und Sparkassen niedergelegte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung lediglich eine (deklaratorische) Kodifikation bereits zuvor geltender allgemeiner Rechtsgrundsätze oder Gewohnheitsrecht darstellten⁴⁰. Die lediglich einfachgesetzlich verankerte Gewährträgerhaftung mag mit Blick auf das ausgezeichnete Rating von Landesbanken wegen der damit verbundenen Refinanzierungsvorteile wirtschaftlich opportun sein, sie ist indes weder eine *axiomatische* Bedingung für das sinnvolle Bestehen öffentlich-rechtlicher Anstalten noch für die Erfüllung der öffentlichen Anstaltsaufgaben zwingend notwendig⁴¹. So führt auch die Wettbewerbsenquete⁴² die Gewährträgerhaftung konstitutiv „auf *Gesetz oder Satzung*“ zurück. Für die Anstaltslast gilt Entsprechendes⁴³. Angesichts des fehlenden Nachweises eines bereits vor dem 1. Januar 1958 bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes können weder Anstaltslast noch Gewährträgerhaftung pauschal als „bestehende Beihilfen“ qualifiziert werden. Eine rechtsquellendogmatische Verankerung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in „altem“ Landesgewohnheitsrecht scheidet sowohl an der fehlenden Kontingenz, also an dem erforderlichen Maß einer langandauernden und konsistenten Gewährträgerübung in den sehr seltenen Haftungs- und Verlustfällen von Landesbanken, als auch an einer fehlenden allgemeinen Rechtsüberzeugung der Gewährträger, zur Übung gerade aufgrund von Gewohnheitsrecht verpflichtet zu sein⁴⁴.

Mithin ist für die Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht ein Einzelnachweis für das zeitlich maßgebliche Inkrafttreten dieser gesetzlich begründeten Kapitalisierungs- und Haftungsinstitute zu erbringen, und zwar bezogen auf jede einzelne Finanzanstalt. Gelingt der Altbeihilfen-

38 EuGH, Slg. 1984, 3435 – Heineken Brouwenjen/Inspecteurs der Vennootschapsbelasting.

39 Gruson, EuZW 1997, 357 ff. (359); Gruson/Schneider, Columbia Business Law Review 1995, 337 ff. (345 ff.); Scherer/Schödermeier, ZBB 1996, 165 ff. (178).

40 So für die Anstaltslast Schneider/Busch, EuZW 1995, 602 ff. (603).

41 Koenig, WM 1995, 821 ff. (824 f.); Koenig/Sander, EuZW 1997, 363 ff. (365) m. w. N.

42 Wettbewerbsenquete (Fn. 10), 48.

43 BVerwGE 75, 318 (324 f.); BVerwGE 64, 248 (257 f.); vgl. dazu den Streit im Schrifttum: einerseits Koenig, WM 1995, 821 ff. (823 ff.); Koenig/Sander, EuZW 1997, 363 ff. (365) m. w. N. und andererseits Schneider/Busch, EuZW 1995, 602 ff. (603) sowie Gruson, EuZW 1997, 357 ff. (360).

44 Vgl. dazu Koenig, WM 1995, 821 ff. (826 m. w. N.).

35 Koenig/Sander, EuZW 1997, 363 ff. (364 ff.).

36 Vgl. Nicolaysen, Europarecht II, 1996, S. 294, der jedoch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt.

37 EuGH, Slg. 1994, I-3829 (3870), EWS 1995, 116 – Namur-Les assurances du crédit SA/Office national du dueroire und Belgischer Staat.

Nachweis mangels einer bereits vor dem 1. Januar 1958 gesetzlich oder satzungsrechtlich verankerten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hingegen nicht, so liegt eine Neubeihilfe vor, welche nach Art. 93 III EGV (Art. 88 III EGV/Amsterdam) der Notifizierungspflicht unterliegt. Diese Einordnung als Neubeihilfe könnte vor allem Landesbanken in den neuen Bundesländern treffen.

Der zur Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht zu erbringende Einzelnachweis richtet sich nach Maßgabe der vom EuGH in der Rechtssache *Namur-Les assurances du crédit SA* bekräftigten Grundsätze. Maßgeblich für die Einordnung als Neubeihilfe ist danach, daß entweder der unmittelbare Beihilfengegenstand selbst oder mittelbar der räumliche bzw. der sachliche Tätigkeitsbereich der Anstalt dergestalt verändert wird, daß die formal gleichbleibende Beihilfenregelung materiell eine andere Beeinträchtigungstendenz bzw. -intensität im grenzüberschreitenden Wettbewerb erfährt⁴⁵. Der Beihilfen(alt)tatbestand müßte durch die Umgestaltung des räumlichen oder sachlichen Tätigkeitsbereichs der Finanzanstalt eine im Gemeinsamen Markt *spürbar* veränderte Beeinträchtigungsqualität *ratione personae* – bezogen auf andere Wettbewerber – oder *ratione materiae* – bezogen auf andere Marktsegmente – erhalten. So sind Fusionen von Landesbanken angesichts der mit ihnen einhergehenden Effekte besonders verdächtig, den Neubeihilfentatbestand gemäß Art. 93 III EGV (Art. 88 III EGV/Amsterdam) zu erfüllen. Die Beurteilungsprärogative hierfür liegt bei der Kommission⁴⁶.

V. Vertrauensschutz der Drittgläubiger im Falle der „Abwicklung“ der gemeinschaftsrechtswidrigen Gewährträgerhaftung

Bisher wenig geklärt ist die „Abwicklung“ von aufgrund innerstaatlicher Gesetze gewährten EG-rechtswidrigen Beihilfen einerseits im Hinblick auf die Grenzen des Anordnungsmessens der Kommission und andererseits im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Spielräume zur Gewährung von Vertrauensschutz⁴⁷. Die Anstaltsgläubiger sind im Gegensatz zu den Landesbanken keine begünstigten (partiell gegenleistungsbefreite) Beihilfenempfänger von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Sie erbringen z. B. als Erwerber von Landesbankanleihen, um in den Schutzbereich der öffentlich-rechtlichen Einstandsgarantie zu gelangen, eine Gegenleistung. Sie „bezahlen“ nämlich für die durch die Gewährträgerhaftung garantierte Bonität ihrer Forderung aus einer Landesbankanleihe in Form niedrigerer Zinserlöse – verglichen mit den Anleihezinsen von Emittenten mit schlechterem Rating – und gelangen somit gerade nicht in den Genuß eines unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteils. Ähnlich wie im Rahmen der Abwicklung staatlicher Bürgschaften gilt es daher in diesem Zusammenhang, das Dreiecksverhältnis zwischen Anstaltsträger, Landesbanken sowie Anstaltsgläubigern zu „entflechten“.

Ist der Anstaltsgläubiger wie der Inhaber von Landesbankanleihen kein Beihilfebegünstigter im Sinne von Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam), so muß dessen Vertrauen in die – zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs – gesetzlich vorgesehene Gewährträgerhaftung im Rahmen der Aufhebung oder Umgestaltung der Beihilfen ge-

schützt werden. Hat der nichtbegünstigte Anleihengläubiger für die durch die Gewährträgerhaftung garantierte Bonität seiner Forderung aus einer Landesbankanleihe in Form niedrigerer Zinserlöse bezahlt, so darf ihm auch der gerade in die Zukunft gerichtete – vom damalige Rating antizipierte – vertrauensschutz- sowie eigentumsbewehrte Sicherungswert der öffentlich-rechtlichen Einstandspflichten nicht entzogen werden. Unabhängig von der Einordnung als Alt- oder als Neubeihilfen wäre eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung unrechtmäßig, wenn nicht großzügige Übergangsregeln für die in der Vergangenheit gegenüber Drittgläubigern eingegangenen „Altverbindlichkeiten“ Vertrauensschutz gewährten. Sowohl der rechtsstaatliche Vertrauensschutz als auch der Eigentumschutz – beide gelten auch in der Gemeinschaftsrechtsordnung⁴⁸ – verbieten es, daß einem am Beihilfenverhältnis unbeteiligten Anstaltsgläubiger mit niedrigeren Zinserlösen erkaufte Forderungssicherheiten durch die Aufhebung oder Umgestaltung einer zu Unrecht gewährten Beihilfe ganz oder teilweise entzogen werden. Eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung ohne drittschützende Übergangsregelungen, insbesondere zugunsten der am Beihilfenverhältnis unbeteiligten Anleihengläubiger, ist daher nicht möglich, ohne daß es für den Grad des zu gewährenden Vertrauensschutzes auf eine Unterscheidung zwischen Alt- und Neubeihilfen ankäme.

VI. Gemeinschaftsrechtskonforme Umgestaltungsmodelle

1. Strikte Beschränkung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auf die vom gesetzlichen Gemeinwo'lauftrag getragenen Tätigkeitsbereiche öffentlicher Banken

Nach diesem Umgestaltungsmodell kämen diejenigen Geschäftsbereiche großer Landesbanken, die nicht unmittelbar der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrages dienen (z. B. Fremdwährungsanleihen, innovative Derivatinstrumente, „risk management“ zur gewerbsmäßigen Absicherung von Zins- und Währungsrisiken ihrer internationalen Kunden⁴⁹), nicht in den Genuß der öffentlich-rechtlichen Einstandspflichten. Abstrakt betrachtet, erscheint dieser Ansatz gerecht. Praktisch führte er aber zu einer nicht tragbaren Rechtsunsicherheit auf den Finanzmärkten, da sich eine trennscharfe Abgrenzung zwischen öffentlichem Auftrag und dem Geschäftsbereich einer als Universalbank tätigen Landesbank kaum verwirklichen läßt⁵⁰.

2. Kompensationsmodell

Als gemeinschaftsrechtskonforme Aufhebungsmaßnahme kommt eine Kompensation des Refinanzierungsvor-

45 EuGH, Slg. 1994, I-3829 (3875) – *Namur-Les assurances du crédit/Office national du ducroire* und Belgischer Staat.

46 GA Lenz, Slg. 1994, I-3831 (3854). Schlußantrag in der Rs. C-44/93 – *Namur-Les assurances du crédit/Office national du ducroire* und Belgischer Staat.

47 Koenig/Sander, EuZW 1997, 363 ff. (366 ff.).

48 Vgl. Art. 6 I EUV/Amsterdam, der sich auf die ständige Rechtsprechung des EuGH stützt: „Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam.“

49 Vgl. Koenig, WM 1995, 317 ff. (318 f.).

50 Koenig/Sander, EuZW 1997, 363 ff. (368 f.).

teils aus Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in Betracht⁵¹. Die Kommission geht in Bürgschaftsfällen davon aus, daß ohne Avalprovision als Gegenleistung für eine staatliche Bürgschaftübernahme regelmäßig der Beihilfentatbestand verwirklicht wird⁵². Allerdings stehen diesem Kompensationsansatz erhebliche praktische Schwierigkeiten entgegen. So müßte die beihilfenrechtswidrige Begünstigung in Form von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mathematisch quantifiziert werden. Eine Umrechnung einer gesetzlich begründeten Dauerbeihilfe wie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in ein (fiktives) Subventionsäquivalent ist indes kaum möglich, zumal sich diese öffentlich-rechtlichen Einstandspflichten auf noch unbestimmte Verlust- bzw. Haftungsgrößen beziehen. Zudem müßten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in den einzelnen Geschäftsbereichen einer Landesbank unterschiedlich, zumindest aber getrennt bewertet werden. Im Anleihengeschäft wäre beispielsweise ein anderer Vorteilsfaktor zugrunde zu legen als im Derivatbereich. Außerdem hängt die Beihilfen- und damit auch eine Kompensationsberechnung von einer Prognose des künftigen Refinanzierungsverhaltens der Landesbank ab. Erst wenn sich die Landesbank aufgrund ihres erstklassigen Ratings günstiges Refinanzierungskapital auf dem Finanzmarkt beschafft hat, steht der konkrete Beihilfenwert und damit auch der in Betracht zu ziehende Kompensationsbetrag fest. Nach so erfolgter Ermittlung des (vorläufigen) Kompensationsbetrags wäre hiervon der kaum zu beziffernde Erfüllungswert des öffentlichen Auftrages der Landesbank als Gegenleistungsposten für deren soziale Dienstleistungen in Abzug zu bringen (z. B. für die Finanzierung kommunaler Infrastrukturprojekte). Schließlich widerspräche eine Kompensationslösung insoweit der Entscheidungspraxis der Kommission, als diese grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Haftungsübernahme und nicht erst auf eine spätere tatsächliche Inanspruchnahme der Sicherheit abstellt⁵³. Angesichts dieser Schwierigkeiten wird eine Kompensationslösung praktischen Bedürfnissen nicht gerecht⁵⁴.

Teilbereichsausgliederung der nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Geschäftsbereiche durch Übertragung auf eine „Landesbank AG“

Die mit den zuvor skizzierten Umgestaltungsmodellen verbundenen Schwierigkeiten könnten vermieden werden, indem die – kaum mehr unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen – internationalen Geschäftsbereiche großer Landesbanken (z. B. das Fremdwährungsanleihen- oder das Derivatgeschäft) aus der öffentlich-rechtlichen Anstalt ausgegliedert und auf eine Kapitalgesellschaft („Landesbank AG“) übertragen würden. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kämen nicht der privatrechtlich organisierten „Landesbank AG“ zugute. Deren Refinanzierungsbedingungen wären marktüblich und entsprächen jenen einer Kapitalgesellschaft im Konzernverbund. Damit läge in den ausgegliederten Geschäftsbereichen kein Beihilfentatbestand aufgrund von öffentlich-rechtlicher Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mehr vor. Dagegen verblieben diejenigen unstrittig vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Aufgabenbereiche einer Landesbank, insbesondere ihre Funktion als Sparkassenzentral- und Kommunalbank (Finan-

zierung kommunaler Infrastrukturprojekte), in der öffentlichen Finanzanstalt und damit im öffentlichen Einstandsbereich von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Der Erfüllungswert des öffentlichen Kernauftrages der Landesbanken spricht dafür, ihre sozialen Dienstleistungen als Gegenleistungsposten der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gegenüberzustellen. Damit läge auch im Bereich des öffentlichen Kernauftrages der Landesbanken, z. B. im Rahmen ihrer Refinanzierung vor einer Kreditfinanzierung kommunaler Infrastrukturprojekte, kein Beihilfentatbestand im Sinne von Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam) vor. Die Gläubiger wüßten von vornherein, mit wem – Landesbank AG oder öffentliche Landesbankanstalt – sie in Rechts- und Geschäftsbeziehungen treten. Nach diesem Umgestaltungsmodell könnte eine Totalprivatisierung und -umwandlung vermieden werden, da lediglich die nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag getragenen Geschäftsbereiche aus der fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Landesbankanstalt ausgegliedert und auf eine Kapitalgesellschaft, eine „Landesbank AG“, übertragen würden. So würde eine Umgestaltungsoption gewählt, welche „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“ läßt (Art. 222 EGV; Art. 295 EGV/Amsterdam)⁵⁵.

VII. Ergebnisthesen

1. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verhelfen den öffentlich-rechtlichen Finanzinstituten, allen voran den großen Landesbanken, zu einem – verglichen mit vielen Privatbanken – besseren Rating und damit zu einem erheblichen Refinanzierungsvorteil. Diese gesetzlich verankerte Begünstigung im Vergleich zu privaten Konkurrenzinstituten, welche keine entsprechende Bonitätslage kraft des dahinter stehenden öffentlichen Anstaltsträgers verfügen, erfüllt den Beihilfentatbestand des Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam).
2. Kosten 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 Funktions-sicherung auszugleichen. Art. 90 II I EGV (Art. 86 II I EGV/Amsterdam) rechtfertigt aber keine pauschale Freistellung vom Beihilfenverbot, sondern nur sektorielle Ausgleichsmaßnahmen, soweit andernfalls die öffentliche Aufgabenerfüllung vereitelt wird. Eine pauschale Ausstattungs- und Garantie-gewährleistung wie durch die gesetzlich verankerte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommt aber undifferenziert auch den rentablen Geschäftsbereichen von öffentlichen Finanzanstalten durch Verbesserung ihres Ratings auf den internationalen Finanzmärkten zugute.

51 *Immenga*, Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken als Beihilfe nach europäischem Gemeinschaftsrecht?, Rechtsgutachten, 1996, S. 94.

52 ABIEG Nr. L 185 vom 28. 7. 1993, 44 f. (47) – HIBEG/Krupp/Bremer Vulkan.

53 Vgl. den Entwurf einer Mitteilung der Kommission „zur Anwendung der Artikel 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen, die in Form von Bürgschaften gewährt werden“ vom 7. 3. 1995, Tz. 1.2.; zitiert bei *Immenga* (Fn. 51), S. 98.

54 *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363 ff. (369).

55 *Koenig/Sander*, EuZW 1997, 363 ff. (369).

3. Die auf dem EU-Gipfeltreffen von Amsterdam im Juni 1997 halbherzig angenommene – vertragsrechtlich ohnehin nicht verbindliche – „Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland“ begründet *keine* Bereichsausnahme für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten der Landesbanken und Sparkassen. Allenfalls bestätigt die Amsterdamer Erklärung im Sinne einer „Interpretationshilfe“ das geltende EG-Beihilfenregime. Nur soweit der deutsche Landesbanken- und Sparkassenverbund die regionale Finanzinfrastruktur tatsächlich fördert, insbesondere „den Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgaben ermöglicht, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen“, werden dessen Mitgliedsinstitute vor dem Zugriff der Europäischen Kommission bewahrt. Danach erscheinen viele internationale Geschäftsfelder der Landesbanken (wie z. B. Fremdwährungsanleihen oder Derivate), in denen sich das – kraft Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – optimale Rating begünstigend bemerkbar macht, der EG-Beihilfenaufsicht geradezu preisgegeben, soweit hier nicht nachweisbar die regional bezogene „flächendeckende Finanzinfrastruktur“ unterstützt wird.

4. Die Einordnung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in das System der Beihilfenaufsicht nach Art. 93 EGV (Art. 88 EGV/Amsterdam) richtet sich nach dem zeitlichen Inkrafttreten dieser gesetzlich begründeten Kapitalisierungs- und Haftungsinstitute. Die Entscheidung, ob eine „bestehende Beihilfe“, also eine in der Abwicklung privilegierte Altbeihilfe (Art. 93 II EGV, Art. 88 II EGV/Amsterdam), oder eine – aus der Sicht der beihilfenbegünstigten Landesbanken – weniger privilegierte Neubehilfe (Art. 93 III EGV, Art. 88 III EGV/Amsterdam) vorliegt, kann nicht pauschal, sondern nur für jede Finanzanstalt einzeln getroffen werden. Gelingt der Altbeihilfen-Nachweis mangels einer bereits vor dem 1. Januar 1958 gesetzlich oder satzungsmäßig verankerten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht, so liegt eine Neubehilfe vor, welche nach Art. 93 III EGV (Art. 88 III EGV/Amsterdam) der Notifizierungspflicht unterworfen ist.

5. Vertrauens- und Eigentumsschutz verbieten es, daß einem am Beihilfenverhältnis unbeteiligten Anstaltsgläubiger – mit niedrigeren Zinserlösen erkaufte – Forderungssicherheiten durch die Aufhebung oder Umgestaltung einer zu Unrecht gewährten Beihilfe ganz oder teilweise entzogen werden. Eine Abschaffung der Gewährträgerhaftung ohne drittschützende Übergangsregelungen, insbesondere zugunsten der am Beihilfenverhältnis unbeteiligten Anleihengläubiger, ist daher nicht möglich, ohne daß es in diesem Zusammenhang für den Grad des zu gewährenden Vertrauensschutzes auf eine Unterscheidung zwischen Alt- und Neubehilfen ankäme.

6. Sollte die Kommission die Umgestaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung anordnen, so könnten die – nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlaufrag getragenen – internationalen Geschäftsbereiche der Landesbanken aus den fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Anstalten ausgegliedert und auf Kapitalgesellschaften („Landesbank AG“) übertragen werden. Dagegen könnten jene vom öffentlichen Gemeinwohlaufrag getragenen, auf eine regionale Finanzinfrastruktur bezogenen Aufgabenbereiche der Landesbanken, insbesondere ihre Funktionen als Sparkassenzentral- und Kommunalbanken (Finanzierung kommunaler Infrastrukturprojekte), in der öffentlichen Finanzanstalt und damit im öffentlichen Einstandsbereich von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbleiben. Der Erfüllungswert dieses öffentlichen Infrastrukturauftrages der Landesbanken spricht dafür, ihre sozialen Dienstleistungen als Gegenleistung mit der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu „kompensieren“. Danach läge im Bereich des öffentlichen Kernauftrages, z. B. im Rahmen der Refinanzierung von einer Kreditfinanzierung kommunaler Infrastrukturprojekte, kein Beihilfentatbestand im Sinne von Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam) vor. Dieses Umgestaltungsmodell könnte eine Totalprivatisierung und -umwandlung großer Landesbanken vermeiden und damit „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“ lassen (Art. 222 EGV, Art. 295 EGV/Amsterdam).