

## 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 Kartellrechtforum 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)<sup>1</sup> 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 Jahr<sup>2</sup>. Dieser Refinanzierungsvorteil, der auf gesetzlich gewährleisteter erstklassiger Forderungsbonität – kraft öffentlicher Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – beruht, verursacht im Falle grenzüberschreitend tätiger Landesbanken Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Bankinstituten aus anderen Mitgliedstaaten.

### I. Die Amsterdamer Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland – ein Eigentor 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 gesetzte<sup>3</sup> – Verhandlungsziel der deutschen Delegation scheiterte<sup>4</sup>. Zu groß waren die wettbewerbspolitisch motivierten Widerstände gegen den deutschen Vorschlag eines vertragsrechtlich bindenden (ratifikationsbedürftigen)

Protokolls<sup>5</sup> über eine Ausnahme von der EG-Beihilfenaufsicht zugunsten von deutschen Landesbanken und Sparkassen. Kompromißfähig war lediglich eine gemeinsame, nicht ratifikationsbedürftige „Erklärung“<sup>6</sup>, 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 Eigentor 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 Artikelnummerierung des EG-Vertrags (in Klammern) berücksichtigt. Während „EGV“ den EG-Vertrag in seiner noch geltenden Fassung wiedergibt, weist „EGV/Amsterdam“ auf die neue Artikelnummerierung hin. Hinweise auf die neue Artikelnummerierung 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/Völmöller*, 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, 1250 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, sozialpolitischen Argumente erscheinen der Fundamentalkritik am öffentlich-rechtlichen Bankensystem kaum überzeugend, zumal hinter der Initiative „Girokonto für jedermann“ auch die gesamte private Kreditwirtschaft stehe<sup>7</sup>. Schließlich wird man von vielen landesbankenüblichen 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 wähen. 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 unterscheiden<sup>8</sup>. 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 Anstaltslast<sup>9</sup> verpflichtet den Träger, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen<sup>10</sup>. 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 Finanzanstalt<sup>11</sup>. Maßstab der Funktionsfähigkeit ist der Anstaltszweck. Erst wenn die Wahrnehmung der Anstaltsaufgaben gefährdet ist, der Gewährträger aber am Bestand der Anstalt festhält, verwirklicht sich die Anstaltslast als öffentlich-rechtliche Ausstattungspflicht<sup>12</sup>. Die ebenfalls in den Sparkassenge-

7 Capital 1998/Heft 3, 20.

8 *Koenig*, EuZW 1995, 595 ff. (597); *Schmid-Völlmöller*, 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.; *Oebboeck*, 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 Gewährträgerhaftung<sup>13</sup> begründet dagegen eine öffentlich-rechtliche *Ausfallgarantie* des hoheitlichen Anstaltssträgers 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 gerechtfertigt<sup>14</sup>.

## 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 entgegengehalten. Voraussetzung dieses auf Art. 90 II EGV (Art. 86 II EGV/Amsterdam) gestützten Einwandes ist allerdings ein Nachweis der *Verhinderung* (nicht Behinderung)<sup>15</sup> 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 Kreditwirtschaft<sup>16</sup>, 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 Freisteilung 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 ab<sup>17</sup>, 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 Handelsbeeinträchtigung<sup>18</sup>. 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 Garantievernahmen auch ohne Eintritt des Haftungsfalles Beihilfen i. S. von Art. 92 I EGV (Art. 87 I EGV/Amsterdam)<sup>19</sup>. Umgekehrt sind zu üblichen Marktkonditionen gewährte Zuwendungen keine Beihilfen<sup>20</sup>. In ihrer Entscheidung ENI-Lanerossi stellte die Kommission darauf ab, ob „finanzielle Mittel unter Bedingungen gewährt wurden, die für einen privaten Kapitalanleger, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelt, unannehmbar wären“<sup>21</sup>. So stellt z. B. die Kapitalzufuhr eine Beihilfe dar, wenn die öffentliche Hand als Kapitaleignerin langfristig keine Aussicht hat, daß sich ihre Investition rentiert<sup>22</sup>. Im Hinblick auf staatliche Garantievernahmen 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“<sup>23</sup>.

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verhelfen den öffentlich-rechtlichen Finanzinstituten, allen voran den großen Landesbanken, zu einem – verglichen mit vielen Privatlanken – 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 Anstaltssträgers 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 f. 28) – Italien/Kommission; *Koenig*, EuZW 1995, 595 ff. (599); *Schmidt/Vollmoeller*, NJW 1998, 716 ff. (719).

18 *Schroeder*, 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“<sup>24</sup> 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 Patronatserklärungen<sup>25</sup> oder Verlustdeckungszusagen<sup>26</sup> abgibt<sup>27</sup>, trägt in diesem Zusammenhang nicht. Hinter solchen Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen steht nur ein in bestimmbarer Höhe begrenztes Kapital einer privatrechtlich organisierten Muttergesellschaft und letztlich auch ein Ausfallrisiko. Hinter der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für eine Landesbank stehen dagegen „unermeßliche finanzielle Ressourcen“<sup>28</sup> 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 können<sup>29</sup>. 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“<sup>30</sup>. 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 Mitgliedstaaten<sup>31</sup> bewirkt. Dabei genügt es, daß der Begünstigte auf seinem Heimatmarkt mit Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten (potentiell) konkurriert<sup>32</sup>. Die „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsverfälschung („De-Minimis“-Regel)<sup>33</sup> 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 ein<sup>34</sup>. 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 ahnen insofern der Anstaltslast; vgl. *Schmitt*, 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 Förderungsaurtrag 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 zuständig<sup>35</sup>.

#### 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 dürfen<sup>36</sup>. Neubeihilfen sind dagegen Maßnahmen zur Einführung oder Änderung von aus staatlichen Mitteln gewährten Begünstigungen<sup>37</sup>. 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 umzugestalten sind. Anders als bei Neubeihilfen kommt für Altbeihilfen eine Rückabwicklung, also eine nach kondiktionsrecht-

chen Grundsätzen gestaltete Rückgewähr bzw. Rückzahlung von Leistungen, nicht in Betracht<sup>38</sup>.

#### 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 behandeln<sup>39</sup>. 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 darstellten<sup>40</sup>. 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 notwendig<sup>41</sup>. So führt auch die Wettbewerbsenquôte<sup>42</sup> die Gewährträgerhaftung konstitutiv „auf *Gesetz oder Satzung*“ zurück. Für die Anstaltslast gilt Entsprechendes<sup>43</sup>. 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 sein<sup>44</sup>.

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-

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

<sup>36</sup> Vgl. Nicolaysen, *Europarecht* II, 1996, S. 234, der jedoch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt.

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

<sup>38</sup> EuGH, Slg. 1984, 3435 – *Heineken Brouwerijen/Inspecteurs der Vennootschapsbelasting*.

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

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

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

<sup>42</sup> Wettbewerbsenquôte (Fn. 10), 48.

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Koenig*, WM 1995, 821 ff. (826 m. w. N.).

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 erfährt<sup>45</sup>. 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 Beurteilungsprerogative hierfür liegt bei der Kommission<sup>46</sup>.

## 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 Anordnungserrmessens der Kommission und andererseits im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Spielräume zur Gewährung von Vertrauensschutz<sup>47</sup>. Die Anstaltsgläubiger sind im Gegensatz zu den Landesbanken keine begünstigten (partiell gegenleistungsbefreite) Beihilfenempfänger von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Sie erbringen z. B. als Erwerber von Landesbankanteilen, 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 Landesbankanteilen kein Beihilfegünstiger 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 Eigentumsschutz – beide gelten auch in der Gemeinschaftsrechtsordnung<sup>48</sup> – 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 Gemeinverpflichtungsträger 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 Kunden<sup>49</sup>), 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 läßt<sup>50</sup>.

### 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 ff.).

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

teils aus Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in Betracht<sup>51</sup>. Die Kommission geht in Bürgschaftsfällen davon aus, daß ohne Avalprovision als Gegenleistung für eine staatliche Bürgschaftübernahme regelmäßig der Beihilfentatbestand verwirklicht wird<sup>52</sup>. 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 abstellt<sup>53</sup>. Angesichts dieser Schwierigkeiten wird eine Kompensationslösung praktischen Bedürfnissen nicht gerecht<sup>54</sup>.

#### **Teilbereichsausgliederung der nicht unmittelbar vom öffentlichen Gemeinwohlaufrag 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 Gemeinwohlaufrag getragenen – internationalen Geschäftsbereiche großer Landesbanken (z. B. das Fremdwährungsanleihen- oder das Derivatgeschäft) aus der öffentlich-rechtlichen Anstaltslast 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 Gemeinwohlaufrag getragenen Aufgabenbereiche einer Landesbank, insbesondere ihre Funktion als Sparkassenzentral- und Kommunalebank (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 Gemeinwohlaufrag 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)<sup>55</sup>.

## **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 über keine entsprechende Bonitätslage kraft des dahinter stehenden öffentlichen Anstaltssträgers 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 Funktionssicherung auszugleichen. Art. 90 II 1 EGV (Art. 86 II 1 EGV/Amsterdam) rechtfertigt aber keine pauschale Freistellung vom Beihilfenverbot, sondern nur sektorielle Ausgleichsmaßnahmen, soweit anderfalls die öffentliche Aufgabenerfüllung vereitelt wird. Eine pauschale Ausstattung- und Garantiegewährleistung wie durch die gesetzlich verankerte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommt aber undifferenziert auch den rentablen Geschäftsbereichen von öffentlichen Finanzanstalten durch Verbesserung ihres 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 halberzig 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 geprüft werden. Gelingt der Altbeihilfen-Nachweis mangels einer bereits vor dem 1. Januar 1998 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 Gemeinwohlauftrag getragenen – internationalen Geschäftsbereiche der Landesbanken aus den fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Anstalten ausgegliedert und auf Kapitalgesellschaften („Landesbank AG“) übertragen werden. Dagegen könnten jene vom öffentlichen Gemeinwohlauftrag 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).