

**Das Gesetz über die Berliner Sparkasse und die Umwandlung
der Landesbank Berlin – Girozentrale –
in eine Aktiengesellschaft
(Berliner Sparkassengesetz - SpkG -) vom 28. Juni 2005**

Eine juristische Analyse von
Sabine Finkenthe¹

Stand Mai 2006
Aktualisiert August 2006

Abgeordneter Gram (CDU)²: „Das ist doch ein ziemlich dicker Stoff, den wir zu bearbeiten haben.“

¹ Die Verfasserin ist Volljuristin und engagiert sich seit Anfang 2006 in der Initiative gegen den Berliner Bankenskandal

² Vorsitzender des Rechtsausschusses, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005

Inhaltsverzeichnis

I.	Das Abstimmungsverhalten der Abgeordneten	3
II.	Eu-rechtliche Vorgaben	3
III.	Die neue gesetzliche Konstruktion der Berliner Sparkasse und der Landesbank Berlin	5
	1. Die Landesbank Berlin	5
	2. Die Berliner Sparkasse	5
	a) Die teilrechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts	5
	b) Die Beleihung	6
	c) Die Ausgestaltung der Trägerschaft	7
	d) Die Organe der Sparkasse	8
	aa) Der Vorstand	8
	bb) Der Sparkassenbeirat	8
	e) Die Aufgaben und Grundsätze der Geschäftspolitik	8
IV.	Rechtliche Würdigung	9
	1. Die Zulässigkeit des Beleihungsmodells	9
	2. Die Übertragung der Trägerschaft in formeller Hinsicht	11
	3. Übertragung der Trägerschaft in materieller Hinsicht	11
	a) Das Demokratieprinzip	11
	aa) Die personelle Legitimation	11
	bb) Die sachlich-inhaltliche Legitimation	12
	b) Die Vereinbarkeit des SpkG mit aktienrechtlichen Vorschriften	14
	c) Haftungsrechtliche Probleme	15
	d) Die Vereinbarkeit des SpkG mit § 40 Abs. 1 Kreditwesengesetz (KWG)	16
	aa) Der Wortlaut des Gesetzes	16
	bb) Die Auffassung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin)	16
	cc) Die Auffassung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV)	17
	dd) Der Streit in Brüssel um § 40 KWG	19
V.	Die Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer	20
VI.	Ein kurzer geschichtlicher Überblick zur Kommerzialisierung der Sparkassen	21
VII.	Fazit	22

Wirtschaftssenator Harald Wolf:

„...eine vollrechtsfähige AöR oder Ähnliches, (hat) erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen und (wird) sich wertmindernd auswirken..... Die Änderung eines Satzes oder eines Absatzes in dem Gesetz kann durchaus einen dreistelligen Millionenbetrag oder auch noch mehr kosten. Das bitte ich bei den Überlegungen, auch in der Abwägung von rechtlichen Fragen zu bedenken.“³

Abgeordneter Gram (CDU):

„Danke schön, Herr Senator Wolf! – Ich habe nicht den Eindruck, dass diese Gemeengegelage den Kollegen hier nicht bewusst ist. Wir werden selbstverständlich, die gesetzliche Ausrichtung finden, die das Optimum für das Land Berlin hat – ist im Interesse aller hier vertretenen Parteien. Nur, wenn Sie sagen, die rechtliche Veränderung eines Satzes kann Millionen kosten, dann kann ich Ihnen auch sagen: Eine falsche rechtliche Konstruktion kann weitaus mehr kosten.“⁴

I. Das Abstimmungsverhalten der Abgeordneten⁵

Zustimmung: Mehrheit der SPD und PDS

Ablehnung: Bündnis 90/Die Grünen
FDP⁶
H.-G. Lorenz (SPD „Donnerstagskreis“)
eine Stimme der CDU⁷

Enthaltung: Mehrheit der CDU⁸, Teile der PDS

II. EU-rechtliche Vorgaben

Die EU-Kommission hatte am 18. Februar 2004 über die Umstrukturierungsbeihilfe Deutschlands zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG (BGB AG) entschieden.⁹ Die als staatliche Beihilfen qualifizierten finanziellen Maßnahmen des Landes Berlin zur Rettung der BGB AG wurden zwar genehmigt, allerdings wurde diese Genehmigung an Bedingungen geknüpft.

Folgende staatliche Beihilfen wurden genehmigt¹⁰:

- Die Kapitalzuführung in Höhe von 1,755 Mrd. EUR durch das Land Berlin im August 2001
- Die Garantien („Risikoabschirmung“) mit einem maximalen nominalen Wert von 21,6 Mrd. EUR, die das Land Berlin am 20. Dezember 2001 und am 16. April 2002 gewährt hat

³ Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005

⁴ Vorsitzender des Rechtsausschusses, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005

⁵ Protokoll der 70. Sitzung des Abgeordnetenhauses von Berlin vom 16. Juni 2005, S. 5940

⁶ Die FDP plädiert für eine konsequentere Privatisierung der Sparkasse

⁷ Der Abgeordnete wurde im Protokoll namentlich nicht benannt

⁸ Abgeordneter Gram (CDU), Vorsitzender des Rechtsausschusses, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: „Wir wollen eine ordentliche Lösung haben, aber ein rechtliches Konstrukt, dass die Sache trägt und nicht in vier oder fünf Jahren wieder Gegenstand dieses Ausschusses ist.“

⁹ Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(2004) 327, 2005/345/EG

¹⁰ Amtsblatt der Europäischen Union vom 4. Mai 2005, L 116/50

- Die Vereinbarung vom 26. Dezember 2002 zwischen dem Land Berlin und der Landesbank Berlin (LBB) über die Behandlung eventueller Ansprüche des Landes Berlin gegen die LBB i. H. v. 1,124 Mrd. Euro, nach der endgültigen Entscheidung der Kommission in dem schwebenden Verfahren C 48/2002.¹¹

Es wurden folgende Bedingungen gestellt¹²:

- Rechtzeitige Umsetzung des Umstrukturierungsplans
- Diskriminierungsfreie Veräußerung der Beteiligung des Landes Berlin an der BGB AG bis Ende 2007
- Veräußerung oder Liquidation aller Beteiligungen des BGB-Konzerns an Immobiliendienstleistungsgesellschaften, die von der Risikoabschirmung vom 16. April 2002 erfasst werden. Beteiligungen, die zum 31. Dezember 2005 weder liquidiert noch an Dritte veräußert sind, werden vom Land Berlin erworben.¹³
- Übertragung des Fördergeschäfts der Investitionsbank Berlin (IBB) auf eine neu zu gründende, eigenständige Förderbank des Landes Berlin mit Wirkung zum 1. Januar 2005, wobei maximal 1,1 Mrd Euro der IBB-Zweckrücklage in der LBB verbleiben und im Wege einer Sacheinlage auf eine oder mehrere kernkapitalfähige stille Beteiligungen in die LBB eingelegt werden können.¹⁴
- Veräußerung der Berliner Bank bis Ende 2006¹⁵
- Liquidation der Beteiligung der BGB AG an der BGB Ireland plc. spätestens zum 31. Dezember 2005

Es wurde nicht explizit vorgeschrieben, die Berliner Sparkasse im Konzern zu belassen. Vielmehr hat das Land Berlin selbst im Rahmen eines Umstrukturierungsplans die Veräußerung der BGB einschließlich der Berliner Sparkasse vorgesehen.¹⁶ Da die Sparkasse und die Berliner Bank zusammen mehr als 50% Anteile am sogenannten „Retailbanking“¹⁷ hatten, also eine wettbewerbsrechtlich unzulässige marktbeherrschende Stellung, wurde beschlossen die Berliner Bank zu verkaufen. Der Erwerber der Berliner Bank – Die Deutsche Bank - kommt daher nicht mehr als Bieter für die BGB AG infrage.

Am 18. Juli 2005 endete des weiteren die Übergangszeit für die Haftungsgrundlagen der Landesbanken und Sparkassen, auf die sich die Bundesregierung und die EU-Kommission am 17. Juni 2001 geeinigt hatten (sogenannte Brüsseler Verständigung). Danach ist die staatliche Gewährträgerhaftung und Anstaltslast für

¹¹ Gemeint ist die Entscheidung der EU-Kommission vom 20. Oktober 2004, die bislang nicht im Amtsblatt veröffentlicht wurde.

Dabei ging es um folgendem Sachverhalt:

1993 wurde die Wohnungsbau-Kreditanstalt (heute Investitionsbank Berlin (IBB)) in die LBB eingebracht und anschließend deren Zweckrücklage durch die LBB genutzt. Da diese Nutzung von der LBB zu gering vergütet wurde, hat sie die EU-Kommission als unzulässige Beihilfe qualifiziert und von der LBB verlangt, 810 Mill. Euro zzgl. Zinsen = 1,124 Mrd. Euro an das Land Berlin zurückzuzahlen. Diese Rückzahlung wurde vom Land Berlin durch Bescheid vom 20. Januar 2005 gegen die LBB umgesetzt. Aufgrund der von der EU-Kommission mit der Entscheidung vom 20. Oktober 2004 endgültig genehmigten Rückzahlungsvereinbarung zwischen dem Land Berlin und der LBB vom 26. Dezember 2002 wurde der LBB dieser Betrag als Sanierungszuschuss wieder zurückgewährt.

¹² Amtsblatt der Europäischen Union vom 4. Mai 2005, L 116/50 ff

¹³ Die IBAG Immobilien und Beteiligungen AG, in der die Immobiliendienstleistungsgesellschaften der BGB AG gebündelt waren, wurde inzwischen formwechselnd in die BIH Berliner Immobilien Holding GmbH mit Sitz in Berlin, Kurfürstendamm 207-208, umgewandelt (Handelsregistereintragung am 14. Dezember 2005 beim AG Charlottenburg unter HRB 99634 B). Die BIH hat anschließend einen Teil ihrer Vermögensgegenstände, Schulden und sonstigen Rechtsverhältnisse einschließlich aller Arbeitsverhältnisse im Wege der Abspaltung zur Aufnahme auf die BB-DATA (einer Tochter der BGB AG, nunmehr firmierend unter GfBI Gesellschaft für Beteiligungen und Immobilien mbH, HRB 26124 B) mit dem Ziel übertragen, aus der BIH diejenigen Vermögensgegenstände, Schulden und sonstigen Rechtsverhältnisse herauszulösen, die von der Risikoabschirmung nach der DetV ausgeschlossen sind (sogenannte „Negativlisten“). Das Land Berlin hat durch Kauf- und Abtretungsvertrag vom 19. Dezember 2005 mit der BGB AG die BIH für einen Kaufpreis von 1 Euro erworben. Die wirtschaftliche Zurechnung erfolgte zum 1. Januar 2006, die Anteile an der BIH gingen am 1. Juli 2006 auf das Land über.

¹⁴ Die IBB wurde aus der LBB mit Ablauf des 31. August 2004 rückwirkend zum 1. Januar 2004 ausgegliedert. Damit einhergehend wurde die sogenannte Zweckrücklage i.H.v. 1,34 Mrd. Euro herausgelöst. Ein Teil dieser Zweckrücklage i.H.v. 1,1 Mrd. Euro verblieb – zur Stärkung der Eigenkapitalbasis - in Form von zwei stillen Beteiligungen des Landes Berlin in der LBB. Als Ausgleich für den vom Vermögensübergang ausgenommenen Teil der Zweckrücklage leitet das Land Berlin gemäß einem öffentlich-rechtlichen Vertrag bis zum Jahr 2007 die von der LBB eingehenden Zinszahlungen an die IBB weiter (s. Geschäftsbericht der IBB 2004 S. 44). Zusammen mit dem Sanierungszuschuss i.H.v. 1,124 Mrd Euro (s. Fn. 7) sind also insgesamt 2,224 Mrd Euro der IBB in der LBB verblieben.

¹⁵ Die Berliner Bank wurde inzwischen an die Deutsche Bank AG für einen Kaufpreis i. H. v. 680,5 Mio Euro (laut Presseberichten) verkauft. Erwartet hatte man im Vorfeld lediglich einen Kaufpreis von 400 bis 500 Mill Euro.

¹⁶ Antwort der EU-Kommission vom 2. März 2006 auf eine Anfrage von Sahra Wagenknecht, MdEP

¹⁷ Privat- und Firmenkundengeschäft

Verbindlichkeiten, die nach dem 19. Juli 2005 entstehen, abgeschafft. Die EU-Kommission hatte die Gewährträgerhaftung nach einer Beschwerde der Europäischen Bankenvereinigung für Eu-rechtswidrig erklärt.

III. Die neue gesetzliche Konstruktion der Berliner Sparkasse und der Landesbank Berlin

Das Sparkassengesetz regelt im 1. Abschnitt die Berliner Sparkasse und im 2. Abschnitt die formwechselnde Umwandlung der LBB. Mit dem Gesetz soll die Voraussetzung dafür geschaffen werden, dass die Sparkasse auch von privaten Investoren übernommen werden kann.¹⁸ Bislang war es nach den Landesgesetzen in Deutschland nicht möglich, öffentlich-rechtliche Sparkassen zu erwerben.¹⁹

1. Die Landesbank Berlin

Die LBB, eine Anstalt öffentlichen Rechts (AöR), wurde in eine Aktiengesellschaft (AG) mit Wirkung zum 1. Januar 2006 umgewandelt (HRB 99726). Da die BGB AG wirtschaftlich Alleinberechtigte²⁰ an der LBB war, übernahm die BGB AG das gesamte Grundkapital der LBB-AG i.H.v. 800.000.000 Euro (§ 10 Abs. 2 SpkG); die zukünftigen Gewinne der LBB-AG stehen somit - wie bisher - der BGB AG zu.

2. Die Berliner Sparkasse

Die Berliner Sparkasse, die bisher als Abteilung der LBB AöR geführt wurde, ist nunmehr eine teilrechtsfähige AöR (HRB 99899 B), wobei die LBB AG mit der Trägerschaft beliehen wird.

a) Die teilrechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts²¹

Nach der klassischen juristischen Definition von Otto Mayer ist die öffentliche Anstalt „ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind.“ Der öffentliche Zweck, besteht vornehmlich in der Erbringung von Leistungen für den Bürger oder sonstige außerhalb der Verwaltung stehende Personen aufgrund eines Benutzungsverhältnisses (Leistungsverwaltung).

Eine Anstalt wird durch folgende drei Merkmale bestimmt:

- Organisatorische Zusammenfassung von Verwaltungsbediensteten und Sachmitteln zu einer selbständigen Verwaltungseinheit
- Wahrnehmung von bestimmten Verwaltungsaufgaben, insbesondere Leistungen, entsprechend ihrer Zwecksetzung

¹⁸ Neben einem Paketverkauf hat sich das Land Berlin auch die Option vorbehalten, seinen Anteil von rund 81 % an der BGB AG an der Börse zu platzieren. Berlin lässt sich übrigens für den Verkaufsprozess von der Investmentbank UBS beraten (s. Reuters vom 6. August 2006)

¹⁹ Der letzte Versuch in Stralsund, die örtliche Sparkasse zu privatisieren, scheiterte an einer eilig durchgesetzten Gesetzesänderung des Landesgesetzes Mecklenburg-Vorpommern (MV), die den Verkauf einer Sparkasse in MV nunmehr ausdrücklich verbietet.

²⁰ Die BGB AG war seit 1994 über eine atypisch stille Beteiligung am Vermögen und an den Gewinnen der LBB in Höhe von 75,01 % des Unternehmenswertes der LBB beteiligt:

Das Land Berlin hatte durch Beschluss der Gewährträgersammlung der LBB vom 23. November 1993 das Eigenkapital der LBB i.H.v. 2,35 Mrd. DM in eine stille Beteiligung des Landes Berlin umstrukturiert. Diese stille Beteiligung i.H.v. 68,11 % des Unternehmenswertes der LBB wurde mit Wirkung zum 1. Januar 1994 auf die BGB AG als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Aktien übertragen. Durch Beschluss der Gewährträgersammlung der LBB vom 3. Mai 1994 übertrug das Land Berlin den Jahresüberschuss der LBB i.H.v. 238 Mill. DM, wiederum im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Aktien auf die BGB AG. Damit erhöhte sich die stille Beteiligung der BGB AG an der LBB auf 75,01 %.

Durch Vereinbarung zwischen dem Land Berlin und der BGB AG vom 19. Juni 1998 erwarb die BGB AG vom Land Berlin seine sämtlichen zukünftigen Gewinnansprüche bzgl. der restlichen 24,99 % gegenüber der LBB. Die BGB AG wurde damit wirtschaftlich Alleinberechtigte an der LBB

²¹ Nach Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990, § 23 Rn. 46 ff

- Benutzer, die durch ein Benutzungsverhältnis Empfänger der durch die Anstalt angebotenen Leistungen sind.²²

Es gibt nichtrechtsfähige, rechtsfähige und teilrechtsfähige Anstalten. Eine teilrechtsfähige Anstalt, wie hier, besitzt nur in bestimmter Beziehung Rechtsfähigkeit und ist daher nur insoweit selbständiger Verwaltungsträger, ansonsten aber Teil eines anderen Verwaltungsträgers.

Nach § 2 Abs. 4 SpkG kann die Berliner Sparkasse zwar im eigenen Namen handeln, klagen oder verklagt werden, hat aber **kein !** eigenes, von ihrem Träger getrenntes Vermögen (§ 3 Abs. 3 Satz 3 SpkG). Dies ist vielmehr dem Träger – momentan also der LBB AG, später dem Käufer der BGB AG - zugeordnet. Über das Vermögen der Sparkasse ist zwar gesondert Rechnung zu legen (§3 Abs. 3 2 SpkG), ausreichend soll aber wie bisher eine sektorielle Rechnungslegung sein, die nicht den Anforderungen des Handelsgesetzbuches entsprechen muss.²³

Regelmäßig wird mit der Errichtung einer Anstalt der Zweck verfolgt, durch die Verlagerung staatlicher Aufgaben auf selbständige Verwaltungsträger, die Staatsverwaltung zu entlasten. Da zu ihrer Errichtung eine gesetzliche Ermächtigung genügt, können Anstalten, wie z.B. die Sparkassen, durch Gemeinden oder andere Körperschaften (Anstaltsträger) geschaffen werden. Der Anstaltsträger bestimmt die Organisation und Aufgaben der Anstalt, soweit sie nicht bereits durch Gesetz festgelegt sind oder der Anstalt zur selbständigen Regelung überlassen bleiben können. Er hat die Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht, häufig auch noch weitergehende Einwirkungsrechte, wie z.B. Weisungsbefugnisse, Genehmigungsvorbehalte, Mitwirkung bei der Besetzung der Anstaltsorgane und das Recht zur Entsendung von Vertretern in diese Organe .

Das Benutzungsverhältnis auf seiten des Benutzers ist in der Regel freiwillig.²⁴ Auch wenn die Anstalt öffentlich-rechtlich organisiert ist, kann das Benutzungsverhältnis sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich ausgestaltet sein. Sparkassen wickeln ihre Bankgeschäfte – wie Privatbanken – privatrechtlich ab.

Die Selbständigkeit der Berliner Sparkasse soll dadurch gewährleistet sein, dass sie im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden kann (§ 2 Abs. 4 SpkG), gleichwohl wird hierdurch allein ihr Träger berechtigt und verpflichtet (§ 3 Abs. 3 Satz 3 SpkG).

b) Die Beleihung

Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die mit hoheitlicher Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen durch einen Beleihungsakt betraut werden (z.B. die Sachverständigen des TÜV, Bezirksschornsteinfeger oder Notare). Der Beliehene ist Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) und steht zum Staat in einem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis.

Der Staat verfolgt mit der Beleihung regelmäßig den Zweck, sich die Sachkunde, die technischen und betrieblichen Möglichkeiten Privater nutzbar zu machen und zugleich den eigenen Verwaltungsapparat zu entlasten.²⁵

Der Beleihungsakt, also die Übertragung der Trägerschaft auf die LBB AG²⁶, wurde hier durch Gesetz (§ 3 Abs. 2 SpkG) vorgenommen. Weitere Einzelheiten der Beleihung können gemäß § 3 Abs. 7 Satz 1 SpkG durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen dem Land Berlin und dem Beliehenen vereinbart werden, der dem Abgeordnetenhaus vor Beschlussfassung zur Kenntnisnahme zuzuleiten ist.

Anm.: Gerade in einem solchen Vertrag wird ganz konkret die Ausgestaltung der Beleihung festgelegt, insbesondere auch hinsichtlich der Forderungen des Beliehenen. Abschließende Regelungen können zwar erst dann erfolgen, wenn der Käufer, als Vertragspartner feststeht. Zumindest die Vorlage eines Entwurf hätte

²² Die Anstalt hat keine Mitglieder, sondern Benutzer, darin liegt der maßgebliche Unterschied zur Körperschaft

²³ Gesetzesbegründung

²⁴ Sie kann auch zwingend vorgeschrieben werden (bsp. Anschluss- und Benutzungszwang bei kommunalen Einrichtungen). Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Zwangsbenutzung wird an Art. 2 GG (Grundrecht auf Handlungsfreiheit) gemessen.

²⁵ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990, § 23 Rn. 57

²⁶ Dazu Abgeordneter Ratzmann (Bündnis 90/Die Grünen), Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: „.....dieses öffentlich-rechtliche Feigenblatt – wie es einmal genannt wurde –“

aber den Abgeordneten die Möglichkeit gegeben, die eher abstrakte Konstruktion des Gesetzes besser einzuschätzen. Ein solcher Entwurf lag den Abgeordneten jedoch vor Abstimmung nicht vor, was die Mehrheit allerdings nicht von ihrer Zustimmung abgehalten hat.

c) Die Ausgestaltung der Trägerschaft

Nur der Träger besitzt eine Bankerlaubnis, die Sparkasse selbst hat keine eigene Bankerlaubnis²⁷.

Da die Sparkassen ihre Bankgeschäfte privatrechtlich abwickeln, bestehen auch vorliegend öffentlich-rechtliche Bindungen und Verpflichtungen des Trägers ausschließlich im Innenverhältnis zum Land Berlin, nicht aber im Außenverhältnis, so dass das Handeln und Verhalten der für den Träger und die Sparkasse auftretenden Personen gegenüber Dritten keine Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt.²⁸ Eine Staatshaftung des Landes Berlin für ein Handeln oder Verhalten von Personen, die namens der Berliner Sparkasse oder des Trägers handeln oder für diese auftreten soll dadurch jedenfalls grundsätzlich ausgeschlossen sein.

Nach § 3 Abs. 3 Satz 1 SpkG ist der Träger verpflichtet, der Berliner Sparkasse die zur Durchführung und angemessenen Fortentwicklung des Sparkassengeschäfts erforderlichen finanziellen, personellen und sachlichen Mittel zur Verfügung zu stellen (Anstaltslast).

Der Träger hat die Aufgabe einer Sparkassenzentralbank (Girozentrale) (§ 3 Abs. 4 SpkG) und gilt als eigener Sparkassenverband (§ 3 Abs. 5 SpkG).

Die Sparkasse und der Träger (in seiner Funktion als Träger der Berliner Sparkasse sowie als Sparkassenzentralbank und Sparkassenverband) stehen unter Aufsicht der Aufsichtsbehörde (§ 9 Abs. 2 SpkG)

Anm.: Ob es sich dabei um Rechtsaufsicht (Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns des Beaufsichtigten) oder die stärkere Fachaufsicht (Kontrolle der Zweckmäßigkeit des Handelns des Beaufsichtigten und den mit ihr verbundenen Weisungsrechten) handelt, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich normiert, die in § 6 Abs. 1 SpkG geregelte Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörde lässt jedoch auf Rechts- und Fachaufsicht schließen.²⁹

Aufsichtsbehörde ist die für das Kreditwesen zuständige Senatsverwaltung. Bankaufsichtsrechtliche Eingriffsbefugnisse der dafür zuständigen Behörden bleiben unberührt. Die Rechte des Rechnungshofes sind gemäß § 54 Haushaltgrundsatzgesetz in Verbindung mit der Satzung der LBB AG gewahrt.³⁰

Die Trägerschaft kann aus den gesetzlich sowie aus den, durch öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Träger besonders geregelten Gründen (§ 8 SpkG), durch die Aufsichtsbehörde aufgehoben werden. Die Anwendung der §§ 48, 49 VwVfG³¹ soll nach der Gesetzesbegründung aufgrund der speziellen Regelung in § 8 SpkG ausgeschlossen sein.³² Nach Aufhebung ist der Träger nicht mehr berechtigt, die Bezeichnung „Berliner Sparkasse“ zu verwenden (§ 8 Abs. 3 Satz 2 SpkG); die Benutzung der Marke „Sparkasse“ steht dann ausschließlich wieder dem Land Berlin zu. **Das Vermögen der Berliner Sparkasse verbleibt dann allerdings beim ehemaligen Träger !**

In Fällen, in denen im Zuge einer Umwandlung der LBB AG deren Trägerstellung an der Berliner Sparkasse auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht (geregelt in § 3 Abs. 6 SpkG), gilt § 8 SpkG nicht.³³

²⁷ Dazu Dr. Schürmann, Leiter der Abteilung Recht des DSGVO, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: „Sie (die Sparkasse) könnte es auch nicht, weil sie kein eigenes Vermögen besitzt.“

²⁸ Gesetzesbegründung Drucksache 15/3802 vom 29. März 2005, S. 9

²⁹ „....., wobei die Formulierung und die Interpretation des gegenwärtigen Gesetzes in beide Richtungen offen ist“ so Dr. Benedikt Wolfers, Rechtsanwalt der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer und einer der maßgeblichen „Stricker“ des Berliner Sparkassengesetzes; Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005

³⁰ Gesetzesbegründung Drucksache 15/3802, S. 12

³¹ § 48 VwVfG regelt die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, § 49 VwVfG den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes

³² Gesetzesbegründung Drucksache 15/3802, S. 11

³³ Gesetzesbegründung Drucksache 15/3802, S. 11

d) Die Organe der Sparkasse

Organe der Berliner Sparkasse sind **nur!** der Vorstand und der Sparkassenbeirat (§ 5 SpkG). Ein eigenes Kontrollorgan ist nicht vorgesehen.³⁴

aa) Der Vorstand

Der Vorstand wird vom Träger mit Zustimmung der für das Kreditwesen zuständigen Senatsverwaltung bestellt. Er besteht aus **sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes oder der Geschäftsführung des Trägers** (§ 6 Abs. 2 Satz 1 SpkG).

Die für das Kreditwesen zuständige Senatsverwaltung kann – vorbehaltlich weiterer in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelten Gründen - ein Mitglied des Vorstandes abberufen, wenn es keine ausreichende Gewähr dafür bietet, dass es die Vorschriften des SpkG oder die Weisungen der Aufsichtsbehörde erfüllt (§6 Abs. 3 Satz 1 SpkG).

Der Vorstand ist verpflichtet die Berliner Sparkasse im Einklang mit den Vorschriften des SpkG sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde zu führen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 SpkG).

bb) Der Sparkassenbeirat

Der Sparkassenbeirat besteht aus neun Mitgliedern, davon mindestens vier Frauen und mindestens vier Männern, und einer Vertreterin oder einem Vertreter des Sparkassenverbandes als Beiratsvorsitzender / –vorsitzende (§ 7 Abs. 2 SpkG).

Die Mitglieder werden auf Vorschlag des Trägers von der für das Kreditwesen zuständigen Senatsverwaltung für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt und können jederzeit abberufen werden (§ 7 Abs. 3 SpkG). Sie haben einen Anspruch gegen die Sparkasse auf eine angemessene Aufwandsentschädigung (§ 7 Abs. 5 SpkG).

Der Aufgabenbereich des Beirats besteht in der sachverständigen Beratung der Sparkasse in Fragen der allgemeinen Geschäftspolitik (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SpkG), er hat also nicht die Funktion eines Kontrollorgans.³⁵

cc) Aufgaben und Grundsätze der Geschäftspolitik der Sparkasse

Der Berliner Sparkasse obliegt die Förderung des Sparens und die Befriedigung des örtlichen Kreditbedarfs, insbesondere des Mittelstandes und der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SpkG). Die Erzielung von Gewinn ist nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebes (§ 4 Satz 2 SpkG).

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 SpkG ist der Geschäftsbereich auf das Land Berlin auszurichten (Regionalprinzip). Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 SpkG ist die Sparkasse berechtigt, Zweigstellen zu errichten.

³⁴ Interessant ist in diesem Zusammenhang die Anmerkung von Wolfers/Kaufmann (beide Rechtsanwälte der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in dem Aufsatz „Private als Anstaltsträger“ (DVBl 2002 S. 507, 513), dass die Einrichtung eines Verwaltungsrats wohl nicht hinreichend flexibel ist, um auch für private Kapitalbeteiligungen attraktiv zu sein.

³⁵ Empfehlenswert zur „Beirats-Unkultur“ sind die Ausführungen von Wolfgang Rühl „Privatisierung fördert und legalisiert Korruption“; www.meinepolitik.de

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Zulässigkeit des Beleihungsmodells

Die Tätigkeit der Berliner Sparkasse kann, aufgrund ihres, im Sparkassengesetz geregelten öffentlichen Auftrags (§§ 2, 4 SpkG) der staatlichen/gemeindlichen Daseinsvorsorge zugeordnet werden.³⁶

Das bedeutet aber nicht, dass die Sparkasse nicht auch in privater Form betrieben oder privatisiert werden kann. Gemäß § 40 Abs. 1 Kreditwesengesetz (KWG) sind bereits die sogenannten „freien Sparkassen“ zugelassen, sofern die sparkassentypische Gemeinwohlorientierung und das Regionalprinzip, also die Beschränkung der wesentlichen Geschäftstätigkeit auf den Wirtschaftsraum, in dem sie ihren Sitz haben, in ihren Satzungen verankert sind.

Zwar sieht Art. 33 Abs. 4 Grundgesetz (GG) vor, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse, als ständige Aufgabe in der Regel den Beamten, also denen die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, zu übertragen ist. Diese verfassungsrechtliche Grenze der Privatisierung betrifft nach wohl überwiegender Meinung aber nur hoheitliche Tätigkeiten im engeren Sinne, wie z.B. die Gefahrenabwehr, nicht aber staatliche Aufgaben der Daseinsvorsorge im Kredit- und Sparbereich, den die Sparkassen wahrnehmen.³⁷ Hält man demgegenüber auch bei der Leistungsverwaltung Art. 33 Abs. 4 GG für anwendbar, so liegt eine Verletzung der Vorschrift dann vor, wenn die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen, also das Regel-Ausnahme-Prinzip durchbrochen wird.³⁸

Soll die Sparkasse, wie hier, eine AöR bleiben, kommt als Privatisierungsvariante nur eine Beleihung in Betracht (sog. Organisationsbeleihung).³⁹

Adressaten der Beleihung können sowohl natürliche als auch juristische Personen des Privatrechts⁴⁰ sein.

Umstritten und noch nicht abschließend geklärt ist, ob ein Unternehmen, das in mehrheitlichen Besitz des Staates steht, beliehen werden kann. Diese Konstellation wird in der Literatur⁴¹ verschiedentlich mit dem Ausdruck „In-sich-Beleihung“ benannt. Begreift man nämlich die Beleihung als eine Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private, nicht aber als Erfüllung staatlicher Aufgaben auf privatrechtlicher Basis, so kommen solche Unternehmen als Beliehene nicht in Betracht, bei denen der Staat – bspw. über eine Mehrheitsbeteiligung – in den maßgeblichen Organen des Unternehmens überwiegend repräsentiert ist.⁴² Manche sehen darin einen verfassungswidrigen Formenmissbrauch, weil die Verwaltung mit der vorangegangenen Privatisierung auf ihre hoheitlichen Vorrechte ausdrücklich verzichtet habe, also einen Prozess der Enthoheitlichung unzulässig mit einer Verleihung staatlicher Aufgaben und Befugnisse verbinde.⁴³

Gegen diese Auffassung wird argumentiert, dass es im Ermessen des Gesetzgebers liege, auch in einem solchen Fall eine Beleihung zuzulassen, wobei Einschränkungen des gesetzgeberischen Ermessens nur durch höherrangiges Recht bewirkt werden könne, nicht aber durch rechtswissenschaftliche Begriffsbildung.⁴⁴

³⁶ Zur Qualifikation als Daseinsvorsorge s. BVerwGE 41, 195/196; BVerwG, DÖV 1972, 350/351; VerfGH NRW, NVwZ 1987, 211/212; zur Geschichte der Sparkassen siehe Wolf/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl., 2004, § 88 Rn 112

³⁷ Vgl. Lösungsskizze der 3. Klausur im Öffentlichen Recht des Examenklausurenkurs von Prof. Dr. Alexander Blankenagel WS 2005/06

³⁸ Vgl. Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen (Urteil vom 15.1.2002 – St 1/01), der auch Verwaltungsbereiche der Leistungsverwaltung, in denen der Staat einseitig hoheitlich regelnd grundrechtsrelevante Entscheidungen trifft, von Art. 33 Abs. 4 GG erfasst sieht.

³⁹ Vgl. Lösungsskizze der 3. Klausur im Öffentlichen Recht des Examenklausurenkurs von Prof. Dr. Alexander Blankenagel WS 2005/06

⁴⁰ bspw. eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH

⁴¹ Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002

⁴² Diese Meinung wird insbesondere vertreten von Peine, DÖV 1997 S. 353 ff.; Jutta Stuibler-Treder, Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Dissertation 1986 S. 124 f („Der Staat bleibt nämlich auch dann Staat, wenn er in der Form des Privatrechts agiert“); Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975 S. 212

⁴³ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984 S. 110; Schuppert, Verfassungsrechtliche Probleme der Privatisierung der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn, S. 118)

⁴⁴ Wolfers/Kaufmann, Private als Anstaltsträger, DVBl 2002 S. 507, 509

Ferner wird angeführt, dass gerade bei einem Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, der Mehrheitsaktionär nicht die Möglichkeit habe, auf die Geschäftsführung des Vorstandes Einfluss zu nehmen (vgl. § 76 Abs. 1 AktG), also relativ unabhängig agiere.⁴⁵

Anm.: Hier wird allerdings übersehen, dass ein Mehrheitsaktionär, insbesondere bei sehr hohem Anteilsbesitz, über die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats (§§ 119 Abs. 1 Nr. 1, 101 Abs. 1 AktG), der wiederum den Vorstand bestellt (§ 84 Abs. 1 AktG), zumindest die personelle Besetzung des Vorstandes maßgeblich mitbestimmen und als Mitglied des Aufsichtsrats die Geschäftsführung überwachen kann (§ 111 Abs. 1 AktG).

Für einige Autoren muss die Beleihung eines Unternehmens in staatlichem Mehrheitsbesitz jedenfalls dann zulässig sein, wenn angestrebt wird, sämtliche Aktien an Private zu veräußern (wie bei Bahn und Post).⁴⁶

Anm.: Gegen den Vorwurf des Formenmissbrauchs lässt sich zwar anführen, dass das Grundgesetz dem Staat nicht verbietet, zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben privatrechtliche Unternehmen zu gründen oder sich Privater zu bedienen.⁴⁷ Allerdings darf das gewählte Organisationsmodell nicht gegen die Anforderungen des jeweils gültigen Verfassungsrechts verstoßen.⁴⁸ Insoweit kann sich der Staat nicht ins Private flüchten.

Insbesondere ist dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip Rechnung zu tragen. Dies kann zwar durch die Schaffung entsprechender Strukturen, bspw. durch die Normierung einer staatlichen Aufsicht gewährleistet sein. Entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist aber die Frage, ob die Aufsicht dadurch tatsächlich in die Lage versetzt wird, ihrer Kontrollfunktion umfassend nachzukommen. So können etwa gegenläufige gesellschaftsrechtliche Vorschriften die optimale Aufgabenerfüllung behindern, was insbesondere der Rechtfertigung einer In-sich-Beleihung aber auch einer Beleihung von Unternehmen in privater Hand entgegensteht (nähere Ausführungen dazu siehe unter Punkt „Sachlich inhaltliche Legitimation“).⁴⁹

Ganz abgesehen davon, dass aufgrund der aktuellen Beteiligungslage (das Land Berlin besitzt zur Zeit ca. 81 % Anteile an der BGB AG, die wiederum Alleinaktionärin der LBB AG ist) die Konstellation einer „In-Sich-Beleihung“ vorliegt und es fraglich ist, ob das „Übergangsargument“ tatsächlich stichhaltig sein kann, interessiert der Streit um die möglichen Adressaten der Beleihung vor allem auch unter dem Aspekt des von der EU-Kommission geforderten diskriminierungsfreien Verkaufs der BGB AG. Solange nämlich das „Drei-Säulen-Modell“⁵⁰ in Deutschland noch besteht, ist ein diskriminierungsfreier Verkauf nur dann gewährleistet, wenn alle Banken – also auch Landesbanken, die mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand stehen -, mitbieten können. Da nach wie vor nicht abschließend geklärt ist, ob eine Beleihung in einem solchen Fall überhaupt zulässig ist, steht m. E. ein diskriminierungsfreier Verkauf zumindest in Frage.

⁴⁵ Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, Dissertation 2000 S. 253

⁴⁶ Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, Dissertation 2000 S. 254; Hans-Peter Benz, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen, Dissertation 1995 S. 75

⁴⁷ Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, Dissertation 2000 S. 253; Hans-Peter Benz, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen, Dissertation 1995 S. 75; Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 249

⁴⁸ Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 249

⁴⁹ Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 250

⁵⁰ Das „Drei-Säulen-Modell“ des deutschen Finanzsektors besteht aus Privatbanken, Genossenschaftsbanken und dem öffentlich-rechtlichen Sektor mit den Sparkassen und Landesbanken. Das „Drei-Säulen-Modell“ steht sowohl beim IWF (Internationaler Währungsfonds) als auch bei der EU-Kommission in der Kritik. So meint der IWF, dass öffentlich-rechtliche Institute ihren Kunden deutlich günstigere Konditionen anbieten könnten, da sie keine Dividenden zahlen müssten. Die übrigen Banken müssten nachziehen, worunter ihre Profitabilität leide, was wiederum dazu führe, dass deutsche Banken nicht ausreichend für künftige Krisen gewappnet sein könnten (vgl. „IWF und EU gegen Gemeinwohl“ - Spiegel 13. September 2003). Auch die EU-Kommission hat die Sparkassen im Visier (s. Näheres unter Punkt „Der Streit in Brüssel um § 40 KWG“).

2. Die Übertragung der Trägerschaft in formeller Hinsicht

Weil mit der Beleihung Hoheitsmacht übertragen wird, setzt sie stets eine gesetzliche Grundlage voraus (so genannter institutioneller Gesetzesvorbehalt). Der Beleihungsakt kann durch Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen Vertrag oder Gesetz erfolgen.⁵¹

Anm.: Hier erfolgte die Beleihung durch Gesetz und ist deshalb in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden.

3. Die Übertragung der Trägerschaft in materieller Hinsicht

Anm.: Den folgenden Ausführungen wurden insbesondere die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Berlin zu den Berliner Wasserbetrieben (VerfGH Berlin, Urteil vom 21.10.1999 – VerfGH 42/99 –)⁵² und des Staatsgerichtshofes der Freien Hansestadt Bremen zum Bremer Beleihungsgesetz (Urteil vom 15.01.2002 – St 1/01) zugrunde gelegt, was aber nicht bedeutet, dass den Entscheidungen im Ergebnis gefolgt wird.

a) Das Demokratieprinzip

Gesetzliche Grundlage ist Art. 20 Abs. 2 GG bzw. Vorspruch und Art. 2 und 3 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB), die lautet:

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

Danach bedarf die Ausübung staatlicher Gewalt, worunter auch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch öffentlich-rechtlich organisierte selbständige Einrichtungen des Staates fällt, wie z.B. Sparkassen als AöR, einer Legitimation, die sich auf das Volk selbst zurückführen lässt. Die Verfassungsgerichte sehen dies als erfüllt an, wenn ein bestimmtes **Legitimationsniveau** erreicht ist, das sich aus dem Zusammenwirken institutioneller, funktioneller, sachlich-inhaltlicher und personeller Legitimation ergeben soll. Das heißt, dass eine schwach ausgebildete personelle Legitimation durch eine entsprechend stark ausgebildete sachlich-inhaltliche Legitimation ausgeglichen werden kann und umgekehrt. Allein wichtig soll sein, dass eine im Ergebnis ausreichende Legitimation konstatiert wird.⁵³

aa) Die personelle Legitimation

Die personelle Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette. Die Bestellung derjenigen, denen staatliche Aufgaben übertragen werden, muss sich also auf das Volk als Legitimationssubjekt zurückführen lassen. Dies kann durch direkte Wahl erfolgen, aber auch indirekt, durch das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtswalter. Das bedeutet für den konkreten Fall, dass auch die Geschäftsführung der Sparkasse, demokratisch legitimiert sein muß.⁵⁴ Dazu wird allerdings überwiegend nicht für erforderlich gehalten, dass das Führungspersonal direkt von staatlicher Seite bestellt wird. Vielmehr wird es als ausreichend erachtet, wenn dem Staat diesbezüglich Zustimmungs- und Abberufungsrechte eingeräumt sind.⁵⁵

⁵¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, 8.Aufl. 2003, § 1 Rn. 58

⁵² Dazu Dr. Wolfers, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: „..... sondern ich unterstelle, dass der Berliner Verfassungsgerichtshof die Prinzipien, die er für die Berliner Wasserbetriebe in seinem letzten Urteil angewendet hat, auch auf dieses Gesetz überträgt.“

⁵³ Nach Meinung Dr. Wolfers dürften sich die Anforderungen des Demokratieprinzips dann am unteren Ende der Skala befinden, wenn die Tätigkeit der Landesbanken sich weitestgehend der Tätigkeit der Privatbanken angeglichen hat. Sie laufe auf eine inhaltlich weitgehend abstrahierte staatliche Letztverantwortung für die geschäftliche Tätigkeit der Landesbank hinaus (Wolfers/Kaufmann, Private als Anstaltsträger, DVBl 2002 S. 507, 512)

⁵⁴ Nach Dr. Wolfers besteht an der demokratischen Legitimation der Leitungsorgane keinen Zweifel, wenn ein Verwaltungsrat, bestehend aus Vertretern der des Staates und des Sparkassenverbandes vorgesehen ist. Allerdings deutete er auch an, dass dieses Modell wohl nicht hinreichend flexibel ist, um auch für private Kapitalbeteiligungen attraktiv zu sein (Wolfers/Kaufmann, Private als Anstaltsträger, DVBl 2002 S. 507, 513). Auf einen Verwaltungsrat wurde denn auch verzichtet. Allein durch den Zustimmungsvorbehalt bei der Vorstandsbestellung soll nach Wolfers aber die personelle Legitimation so stark ausgebildet sein, dass die - wie er selbst zugibt - schwach ausgebildete sachliche Legitimation kompensiert wird (Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005).

⁵⁵ Vgl. Lösungsskizze der 3. Klausur im Öffentlichen Recht des Examenklausurenkurs von Prof. Dr. Alexander Blankenagel WS 2005/06

Anm.: Solche Zustimmungsvorbehalte sind allerdings insoweit problematisch, als dass die Personalhoheit des privatrechtlichen Unternehmens einer der maßgeblichen Bestandteile der Selbständigkeit ist, aus der sich die Erwartung größerer Flexibilität und Effizienz nährt, also einen Widerspruch in sich darstellen.⁵⁶

Wie bereits ausgeführt, wird der Vorstand der Berliner Sparkasse vom Träger mit Zustimmung der für das Kreditwesen zuständigen Senatsverwaltung bestellt. Die Aufsichtsbehörde kann zudem ein Mitglied des Vorstandes abberufen, wenn es keine ausreichende Gewähr dafür bietet, dass es die Vorschriften des SpkG oder die Weisungen der Aufsichtsbehörde erfüllt. Damit erscheinen auf den ersten Blick die Anforderungen an die personelle Legitimation als erfüllt. Besonders aber im Hinblick darauf, dass der Vorstand der Sparkasse aus sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes des Trägers bestehen muss, erscheint die praktische Durchführung der personellen Legitimation problematisch. Was geschieht bspw., wenn der Aufsichtsrat des Beliehenen ein Vorstandsmitglied bestellt, der nicht das Wohlgefallen der Aufsichtsbehörde genießt?

Hier bleiben drei Möglichkeiten:

- *der Aufsichtsrat beugt sich den Vorstellungen der Aufsichtsbehörde, wozu er allerdings nicht gezwungen werden kann, denn das wäre ein unzulässiger Eingriff in die Autonomie des Aufsichtsrates*
- *die Aufsichtsbehörde beugt sich den Vorstellungen des Aufsichtsrats, wozu wiederum die Aufsichtsbehörde nicht gezwungen werden kann, denn das würde die Effektivität der Kontrolle infrage stellen oder*
- *wenn keine Einigung zustande kommt, bleibt nur die Beendigung der Beleihung.⁵⁷*

Unüberbrückbare Kollisionen sind also der gesetzlichen Konstruktion bereits immanent.

bb) Die sachlich-inhaltliche Legitimation

Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation des Beliehenen ist zunächst per Gesetz durch Festsetzung eines inhaltlichen Handlungsrahmens, wie Festsetzung des Anstaltszwecks und den wesentlichen Aufgaben der Anstalt, sicherzustellen. Da die Geschäftstätigkeit einer Sparkasse sehr vielfältig ist, lässt sich allerdings eine inhaltliche staatliche Steuerung nur im Rahmen einer Zielvorgabe leisten und kann deshalb nur schwach ausgebildet sein.⁵⁸

Anm.: So auch hier: Bei den oben beschriebenen gesetzlich festgelegten Grundsätzen der Geschäftspolitik der Berliner Sparkasse handelt es sich lediglich um Allgemeinplätze, die dem Träger einen erheblichen Spielraum belassen.

Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation lässt sich auch darüber vermitteln, dass der Beliehene im Auftrag und nach Weisung der (ihrerseits demokratisch legitimierten) Regierung handelt.

Anm.: Zwar hat der Vorstand gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 SpkG die Berliner Sparkasse im Einklang mit den Vorschriften des SpkG und den Weisungen der Aufsichtsbehörde zu führen, allerdings ist auch hier anzumerken, dass die Nutzbarmachung fremden Know Hows und das damit einhergehende Zugeständnis an eine gewisse Selbständigkeit in der Geschäftsführung, als ein wesentlicher Grund für Privatisierung angeführt wird. Also auch hier wieder ein Widerspruch in sich.

Zudem gilt es zu bedenken, dass die Einschränkung der Handlungsspielräume der Geschäftsführung einen privaten Erwerber vom Kauf abhalten könnte⁵⁹, was wiederum den von der EU-Kommission geforderten diskriminierungsfreien Verkauf infrage stellt. So gesehen kann die Weisungsbefugnis nur sehr schwach ausgebildet sein.

⁵⁶ Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 239

⁵⁷ Zu den Folgen hinsichtlich Entschädigung / Schadensersatzansprüche für die öffentliche Hand bei Beendigung der Beleihung s. unter Punkt „Haftungsrechtliche Probleme“.

⁵⁸ vgl. Lösungsskizze der 3. Klausur im Öffentlichen Recht des Examenklausurenkurs von Prof. Dr. Alexander Blankenagel WS 2005/06

⁵⁹ So auch Prof. Dr. Alexander Blankenagel, vgl. Lösungsskizze der 3. Klausur im Öffentlichen Recht des Examenklausurenkurs WS 2005/06

Um ein ausreichendes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau zu erreichen, ist daher die Einrichtung einer Aufsicht unumgänglich. Möglich sind

- die **Rechtsaufsicht**, also die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns des Beaufichtigten und
- die hinsichtlich der Legitimation stärkere **Fachaufsicht**, die Kontrolle der Zweckmäßigkeit des Handelns des Beaufichtigten und den mit ihr verbundenen Weisungsrechten.

Bei einer ansonsten nur sehr schwach ausgebildeten sachlich-inhaltlichen Legitimation kommt nach wohl überwiegender Meinung nur die Rechts- und Fachaufsicht infrage.⁶⁰

Anm.: Meinungen⁶¹, die eine Rechtsaufsicht mit der gesetzgeberischen Autonomie rechtfertigen wollen, kann entgegengehalten werden, dass dies dem Parlament, den ihm nicht zustehenden Freibrief ausstellen würde, auf zwingende Vorgaben des Demokratieprinzips zu verzichten.⁶²

Der Staatsgerichtshof Bremen⁶³ hat allerdings betont, dass Aufsichts- und Weisungsrechte gegenüber den Beliehenen nur effektiv sein könnten, wenn ihnen nicht Hindernisse aus der Rechtssphäre der beliehenen Unternehmen entgegenstünden. Solche Hindernisse könnten insbesondere entstehen, wenn Gesellschaften zugleich Unternehmensziele außerhalb des Bereichs der Beleihung verfolgten, sie könnten sich auch aus Regelungen über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung ergeben und würden verstärkt wirksam, wenn sich Private an der Gesellschaft beteiligten. Der Staatsgerichtshof hat auch darauf hingewiesen, dass die Interessen der Gesellschaft mit der staatlichen Gemeinwohlorientierung in Widerspruch geraten könnten und dass gesellschaftsrechtlich geschützte Interessen an der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge mit dem Gebot der demokratischen Legitimation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht zu vereinbaren wären. Es bestünde durchaus die Gefahr einer Vermischung privater und öffentlicher Handlungsziele, - maßstäbe und - motive und der damit einhergehende Mangel an Transparenz, erschwere die Kontrolle.

Trotz dieser durchaus sehr kritischen Beurteilung der Effektivität und praktischen Durchführung staatlicher Kontrollen, hat sich der Staatsgerichtshof Bremen nicht veranlasst gesehen, das Beleihungsmodell verfassungsrechtlich zu beanstanden. Vielmehr hat er sich damit begnügt, der Verwaltung die Pflicht aufzuerlegen zu gewährleisten, dass ihre Einflussnahme nicht durch – gegebenenfalls auch grundrechtlich geschützte – Abwehrrechte der Gesellschaft beschränkt werde. Begründet wurde dies damit, dass die Ausgestaltung dieser Anforderungen Sache der praktischen Verwaltungspolitik sei und die Frage inwieweit die konkrete Ausgestaltung der Beleihung diesen Anforderungen entspreche, nicht mehr Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung wäre, da diese sich ja nur mit der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu befassen habe.

Ähnlich argumentierte der Verfassungsgerichtshof Berlin⁶⁴, der zwar auch die Verfassungsmäßigkeit nur dann gewahrt sieht, wenn demokratisch legitimierte Vertreter des Landes bei der Erteilung von Weisungen an die Anstalt letztentscheidliche Einflussmöglichkeit behalten. Die Frage aber, ob und wie dies unternehmensvertraglich – insbesondere im Hinblick auf die Bestimmungen des AktG – umgesetzt werden könne, eine Frage des einfachen Rechts sei, die soweit es um die verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzes gehe, nicht entschieden zu werden brauche. Allein entscheidend sei vielmehr, dass die Konstruktion grundsätzlich ! als geeignet erscheint, die notwendige demokratische Legitimation zu vermitteln.⁶⁵

Anm.: Erstaunlich ist, dass gerade die Realisierbarkeit der praktischen Umsetzung der von den Gerichten gestellten Forderungen einfach unterstellt bzw. die Gerichte scheinbar nicht interessiert. So hat m. E. Klaus Weisel in seiner Dissertation⁶⁶ zu Recht darauf hingewiesen, dass die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten das entscheidende Hindernis für die praktische Umsetzung einer den Vorgaben des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips genügenden Kontrolle darstellen und damit die sachlich-inhaltliche Legitima-

⁶⁰ Selbst Wolfers/Kaufmann, Private als Anstaltsträger, DVBl 2002 S. 507, 513 sehen die Fachaufsicht als sachgerecht an; vgl. Lösungsskizze der 3. Klausur im Öffentlichen Recht des Examenklausurenkurs von Prof. Dr. Alexander Blankenagel WS 2005/06; Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, Dissertation 2000 S. 2562 mwN; Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 236

⁶¹ Hans-Peter Benz, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen, Dissertation 1995 S. 164

⁶² Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 237

⁶³ Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 15. Januar 2002 – St 1/01

⁶⁴ Verfassungsgerichtshof Berlin, Urteil vom 21. Oktober 1999 – VerfGH 42/99, DVBl 2000 S. 51 ff

⁶⁵ A. A. LAG Berlin, Beschluss vom 27. Oktober 1995 – 6 TaBV 1/95, AG 1996 S. 140 f

⁶⁶ Klaus Weisel, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, Dissertation 2002 S. 250 ff

tion nicht mehr das erforderliche Niveau erreichen kann. So ist neben der Aufsicht, auch die parlamentarische Kontrolle zu gewährleisten. Dies ist nur scheinbar durch § 3 Abs. 7 SpkG erfüllt, der vorschreibt, dass dem Abgeordnetenhaus öffentlich-rechtliche Verträge, die zwischen dem Land Berlin und dem Beliehenen vereinbart werden, vor Beschlussfassung zur Kenntnisnahme zuzuleiten sind. Kann nämlich eine solche Einsichtnahme nur mit der Sicherstellung von Vertraulichkeit und Geheimhaltung auf Seiten des Abgeordnetenhauses einhergehen, ist die für die Effektivität öffentlicher Kontrolle notwendig zu führende öffentliche Debatte nicht mehr möglich, was wie Weisel zu Recht betont, insbesondere die Chancengleichheit der Opposition untergräbt. Vom Informationsbedürfnis des Bürgers ganz zu schweigen. Im übrigen gilt es zu bedenken, dass zwar theoretisch die Möglichkeit besteht, in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag der Gesellschaft den gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten vorgehende Informationspflichten aufzuerlegen, gesellschaftsrechtliche Geheimhaltungspflichten aber nicht zur Disposition der Geschäftsführung stehen.

Zudem fehlt ein eigenständiger Verwaltungsrat der Sparkasse, also ein Kontrollorgan, welches mit Vertretern aus den verschiedenen Fraktionen besetzt, die direkte Rückkopplung mit den demokratisch legitimierten Funktionsträgern gewährleisten würde.⁶⁷ Der vorgesehene Beirat kann schon allein aufgrund mangelnder Einsichtsrechte in die Geschäftspolitik keinen Ersatz für einen Verwaltungsrat darstellen. Darüber hinaus bleibt fraglich, ob die Fachaufsicht, rein praktisch gesehen, dieses Manko ausfüllen wird.⁶⁸

Nach alledem ist m.E. das erforderliche Legitimationsniveau nicht erreicht und das SpkG deshalb verfassungswidrig.

Eine andere Frage ist, ob ein Normenkontrollverfahren, was allerdings auch nicht von der Opposition angestrebt wurde, Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Die Ausführungen sowohl des Verfassungsgerichtshofs Berlin als auch des Staatsgerichtshofs Bremen lassen in ihrer Tendenz eher die Entscheidung erwarten, dass das Gesetz – wie es so schön heißt – „in der vom Gericht gegebenen Auslegung“ keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.⁶⁹

Dieses Fazit beschwört natürlich Kritik grundsätzlicher Art herauf: Angesichts der Tatsache, dass die Judikative immerhin die dritte Gewalt in unserem Staat bildet, zeugt es denn doch von allzu großer Bescheidenheit, wenn es die Gerichte nicht mehr interessiert, ob ihre Vorgaben auch tatsächlich umgesetzt werden können. Mit solchen Entscheidungen stellen sich die Gerichte aus ihrer Verantwortung, untergraben ihre Autorität und stellen damit letztendlich ihre Akzeptanz in der Bevölkerung infrage.

b) Die Vereinbarkeit des SpkG mit aktienrechtlichen Vorschriften

- Dass die Vorstände des Trägers und der Sparkasse identisch sein müssen, führt insofern zu keiner Kollision mit dem Aktiengesetz (AktG), weil der Vorstand des Trägers auch bei Differenzen mit der Aufsichtsbehörde, wirksam bestellt bleibt.

Anm.: Dennoch sind unüberbrückbare Konfliktsituationen – wie aufgezeigt – der Regelung bereits immanent. Zudem ist fraglich, ob angesichts der Verquickung der Vermögen beider Unternehmen die Trennung einer der Gewinnmaximierung verpflichteten Geschäftspolitik für den Träger von einer nicht dem Gewinnstreben verpflichteten Geschäftspolitik für die Sparkasse durchgehalten werden wird.

- Auch § 76 Abs. 1 AktG, der die eigenverantwortliche Leitung des Vorstandes regelt, ist grundsätzlich mit dem SpkG vereinbar.⁷⁰ Zwar kann weder der Vorstand noch der Aufsichtsrat des Trägers Weisungen unterworfen werden, vielmehr sind diese ausschließlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Allerdings besteht zwischen dem Land Berlin und dem Träger aufgrund der Beleihung ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis, welches eine eigenständige rechtliche Ebene bildet. Insofern kann sich das Weisungsrecht der Aufsichtsbehörde gegenüber dem Träger auch nur auf die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben, also Weisungen an die Anstalt durch den Träger, beziehen.

⁶⁷ So auch Prof. Dr. Schrader (Fachhochschule Fulda), Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005

⁶⁸ Prof. Dr. Schrader (Fachhochschule Fulda), Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: „Sie (die Fachaufsicht) wäre im Grunde neu zu erfinden, wenn sie tatsächlich das gewährleisten sollte, und da bin ich skeptisch.“

⁶⁹ Anders das LAG Berlin, Beschluss vom 27. Oktober 1995 – 6 TaBV 1/95, AG 1996 S. 140 f

⁷⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen von Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, Dissertation 2002, S. 265 ff

Anm.: Insbesondere aufgrund der Zuordnung des Vermögens der Sparkasse an den Träger lassen sich aber auch hier, rein praktisch, gesehene Konfliktsituationen nicht ausschließen.

- § 311 Abs. 1 AktG, regelt, dass ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen darf, eine abhängige Aktiengesellschaft zu für sie nachteiligen Geschäften zu veranlassen, es sei denn die Nachteile würden ausgeglichen.

Es ist schon zweifelhaft, ob aufgrund der Weisungsbefugnis der Aufsicht das Land Berlin überhaupt als herrschendes Unternehmen qualifiziert werden kann. Jedenfalls begründet die Vorschrift für das Land keine haftungsrechtlichen Folgen, denn dazu müsste die Einflussnahme gesellschaftsrechtlich vermittelt sein. Dies ist aber bei einem Weisungsrecht als Ausfluss der öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung „Beleihung“ nicht der Fall.⁷¹

- Auf die Problematik von Kollisionen mit den gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten wurde bereits unter Punkt „Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation“ ausführlich eingegangen.

c) Haftungsrechtliche Probleme

Vorweg muss man sich klarmachen, dass bei Beendigung der Beleihung, das Vermögen dennoch beim ehemaligen Träger bleibt, denn dieser hat das Vermögen der Sparkasse ja gekauft. Er kann dann zwar die Marke „Sparkasse“ nicht mehr verwenden, aber die Filialen bleiben in seinem Eigentum. Etwas anderes gilt nur dann, wenn man den Kaufvertrag rückabwickelt.⁷²

Anm.: Auch der Beliehene hat im öffentlich-rechtlichen Vertrag die Möglichkeit, seinerseits Gründe für eine Beendigung der Beleihung zu vereinbaren.⁷³ Da dies naturgemäß keine Gründe sein werden, die sich auf die Unzuverlässigkeit von Vorstandsmitgliedern oder Verschulden des Beliehenen beziehen, stellt sich die Frage nach Entschädigungszahlungen und Schadensersatzansprüchen. Immerhin wird der Erwerber der BGB AG, also dann der Beliehene, neben dem was er für das Vermögen der Sparkasse bezahlt, eine nicht zu vernachlässigende Summe für die Benutzung der Marke „Sparkasse“ aufgebracht haben.⁷⁴ Darüber, welche Gründe vom Land Berlin akzeptiert werden und wie hoch eine mögliche Entschädigung dann sein wird, lässt sich momentan nur spekulieren. Hier ging es nur darum, auch diesen Aspekt mit in die Überlegung einzubeziehen.

⁷¹ Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Staat als Mehrheitsaktionär seinen Einfluss auf die Gesellschaft zu deren Schaden geltend macht.

⁷² Vgl. Dr. Wolfers, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. März 2005

⁷³ Vgl. Dr. Wolfers, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. März 2005

⁷⁴ Auch der private Bankensektor stellt die Bedeutung der Marke „Sparkasse“ nicht in Frage, ganz im Gegenteil.

d) Die Vereinbarkeit des SpkG mit § 40 Abs. 1 Kreditwesengesetz (KWG)

aa) Der Wortlaut des Gesetzes

§ 40 KWG – Bezeichnung „Sparkasse“

- (1) Die Bezeichnung „Sparkasse“ oder eine Bezeichnung, in der das Wort „Sparkasse“ enthalten ist, dürfen in der Firma, als Zusatz zur Firma, zur Bezeichnung des Geschäftszwecks oder zu Werbezwecken nur führen
 1. öffentlich-rechtliche Sparkassen, die eine Erlaubnis nach § 32 besitzen;
 2. andere Unternehmen, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes eine solche Bezeichnung nach den bisherigen Vorschriften befugt geführt haben;
 3. Unternehmen, die durch Umwandlung der in Nummer 2 bezeichneten Unternehmen neu gegründet werden, solange sie auf Grund ihrer Satzung besondere Merkmale, insbesondere eine am Gemeinwohl orientierte Aufgabenstellung und eine Beschränkung der wesentlichen Geschäftstätigkeit auf den Wirtschaftsraum, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, in dem Umfang wie vor der Umwandlung aufweisen.
- (2) Kreditinstitute im Sinne des § 1 des Gesetzes über Bausparkassen dürfen die Bezeichnung „Bausparkasse“, eingetragene Genossenschaften, die einem Prüfungsverband angehören, die Bezeichnung „Spar- und Darlehenskasse“ führen.

bb) Die Auffassung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin)

Die Bafin⁷⁵, vertreten durch ihren Präsidenten Herrn Jochen Sanio, hatte bereits Anfang 2005, also vor Verabschiedung des Gesetzes erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des SpkG mit § 40 KWG angemeldet.⁷⁶

(Anm.) Obwohl die meisten Abgeordneten von den Bedenken der Bafin wussten, hat dies die Mehrheit nicht von einer Zustimmung abgehalten.

Die Auslegung des § 40 KWG durch die Bafin im einzelnen:

- Institute, die berechtigt sind den Namen „Sparkasse“ zu führen, seien dem Gemeinwohl verpflichtet. Die „Gemeinnützigkeit“ sei mit den öffentlich-rechtlichen Sparkassen bereits seit ihrem Entstehen verbunden. Zudem lasse sich aus der Systematik des Gesetzes, insbesondere im Hinblick auf § 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG (betreffend die freien Sparkassen), wo das Erfordernis der „am Gemeinwohl orientierten Aufgabenstellung“ ausdrücklich erwähnt sei, ein zwingendes Erfordernis gerade hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Sparkassen ableiten.
- Aus einem Vergleich mit entsprechenden Regelungen des Stiftungs- und des Steuerrechts, ergäbe sich, dass Gemeinnützigkeit vor allem den Verzicht der Sparkassen auf erwerbswirtschaftliches Gewinnstreben bedeute. Vielmehr müsse die Sparkasse ihre Aufgabe unabhängig von den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen erfüllen.
- Die Sparkassen hätten
 - den Spargedanken zu wecken und zu fördern,
 - die dafür geeigneten Einrichtungen zu schaffen, auch wenn diese unrentabel seien,
 - Gelegenheit zur sicheren/verzinslichen Anlage von Spareinlagen zu geben und diese von jedermann anzunehmen,
 - den örtlichen Kreditbedarf unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitnehmer, des Mittelstandes, der gewerblichen Wirtschaft und der öffentlichen Hand, vornehmlich der Kommunen, vertretbar zinsgünstig zu befriedigen,
 - die Verpflichtung zur flächendeckenden Bedienung,

⁷⁵ Merkwürdigerweise (oder vielleicht auch nicht) hatte es die Bafin abgelehnt, im Rechtsausschuss Stellung zu nehmen, s. Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005

⁷⁶ Schriftwechsel zwischen der Bafin und Finanzsenator Sarrazin Anfang 2005

- verbleibende Überschüsse über ihren Träger gemeinnützigen Zwecken zuzuführen oder zu thesaurieren.
- Sofern eine Sparkasse einen privatrechtlichen Träger hätte, müsse die Gemeinwohlverpflichtung im Sparkassengesetz mit aller Deutlichkeit und Ausführlichkeit geregelt sein. Es verbiete sich eine Ausschüttung von Überschüssen an den privaten Träger, da dies dem gemeinnützigen Charakter der Sparkasse zuwiderlaufe. Zwar könne die Sparkasse ihrem Träger für bestimmte Leistungen eine angemessene Vergütung zukommen lassen, allerdings nicht für die, die der Sparkasse zur Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags zugewiesenen Mitteln. Insbesondere bei einer nur teilrechtsfähig ausgestalteten Sparkasse, wo der Träger Eigentümer sämtlicher Vermögensgegenstände der Sparkasse sei, stünde eine Vergütung für die Zur-Verfügung-Stellung eben dieser Vermögensgegenstände der Gemeinnützigkeit entgegen. Würden entsprechende Regelungen im Gesetz unterbleiben sei die Berechtigung, den Namen „Sparkasse“ zu führen, in Frage gestellt.

Die Bafin sah die oben beschriebenen Grundsätze, insbesondere bei einem Verkauf des Landesanteils an der BGB AG an private Investoren, im SpkG nicht verwirklicht. Außerdem wurde moniert, dass die Sparkasse weder über eigenes Vermögen noch über eine eigene Bankerlaubnis nach § 32 KWG verfügt. Daher drohte sie, dass über die nach ihrer Auffassung unzulässigen Verwendung der Bezeichnung „Sparkasse“ eine entsprechende Meldung an das Registergericht erfolgen werde.⁷⁷ Darüber hinaus würde sie, im Falle, dass ein Gericht die Unzulässigkeit der Konstruktion feststellen würde, von ihrem Recht Gebrauch machen, einen entsprechenden Antrag an das Registergericht zu stellen (§ 43 Abs. 3 KWG).⁷⁸

Finanzsenator Thilo Sarrazin hatte hingegen die Bafin darauf hingewiesen, dass seit Schaffung der BGB AG Ausschüttungen der Berliner Sparkasse zu 100 % an die BGB erfolgt seien, ohne dass die Bafin eingeschritten wäre, die Bafin also, sollte sie an ihrer Auffassung festhalten, seit 10 Jahren rechtswidrig gehandelt habe.⁷⁹ Die Bafin sieht ihre bisherige Haltung demgegenüber durch die Mehrheitsbeteiligung des Landes an der BGB AG gerechtfertigt.

Ferner vertritt der Senator den Standpunkt, es wäre allein Sache des Landesgesetzgebers, festzulegen, wie die Gewinne der Sparkasse zu verwenden seien. Die Bafin blockiere mit ihrer „neuen“ Rechtsauffassung den von der EU geforderten diskriminierungsfreien Verkauf der BGB AG. Dürfe die BGB AG die Gewinne der Sparkasse nicht verwenden, müssten möglicherweise deutliche Teilwertabschreibungen im Hinblick auf ihre Beteiligung an der LBB erfolgen, die die gebotene Umstrukturierung der BGB AG gefährden würden.

cc) Die Auffassung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DGSV)⁸⁰

Die Konstruktion des SpkG wird vom DGSV aus folgenden Gründen abgelehnt:

- Die Sparkasse besitze keinen unabhängigen Vorstand und kein eigenes Überwachungsorgan, so dass bei Kollisionen das Land unzulässig in die Organisationsstrukturen einer Aktiengesellschaft eingreifen würde. Dem Land fehle dazu die Gesetzgebungskompetenz, da das AktG Bundesrecht sei.

Anm.: Dass dieses Argument nicht stichhaltig ist, wurde bereits aufgezeigt

- Die Sparkasse verfüge über kein eigenes Vermögen.

⁷⁷ Nach § 42 KWG obliegt zwar der Bafin die Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen zur Führung der Bezeichnung „Sparkasse“ befugt ist. Es handelt sich hierbei aber um feststellende Verwaltungsakte, die keine rechtsgestaltende oder verfügende Wirkung haben und deshalb unmittelbar keine Sanktionen nach sich ziehen können. Sanktionen obliegen vielmehr den Registergerichten. Die Bafin hat nur die Möglichkeit eine entsprechende Mitteilung an das Registergericht zu machen. (Beck/Samm, KWG, Kommentar, § 42 Rn. 20)

⁷⁸ Antrags- bzw. Beschwerdebefugnis der Bafin nach § 43 Abs. 3 KWG:

Maßgeblich sind hier Vorschriften des § 43 KWG und des FGG (Gesetz über die Angelegenheiten der freien Gerichtsbarkeit).

Soweit das Betreiben von Bankgeschäften einer Erlaubnis bedarf (nach § 32 KWG), darf eine Eintragung ins Handelsregister nur erfolgen, wenn dem Registergericht die Erlaubnis nachgewiesen ist. Führt ein Unternehmen eine Firma (also hier die Bezeichnung "Sparkasse"), deren Gebrauch nach den Vorschriften des KWG unzulässig ist, so hat ! das Registergericht die Firma (also hier die Bezeichnung "Sparkasse") von Amts ! wegen zu löschen (§ 43 Abs. 2 Satz 1 KWG).

Wenn keine Löschung von Amts wegen erfolgt, ist die Bafin berechtigt Anträge und die nach dem FGG zulässigen Rechtsmittel einzulegen (§ 43 Abs. 3 KWG).

⁷⁹ S. Fn 18.

⁸⁰ Stellungnahme zum SpkG vom 22. April 2005

- Da aus den Vertragsschlüssen der Sparkasse allein der Träger berechtigt und verpflichtet sein soll, weiche die Konstruktion von den zivilrechtlichen Rechtsvorschriften als Bundesrecht ab, was wiederum die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Landes aufwerfe.
- Dass die Sparkasse über keine eigene Banklizenz verfügen soll, verstoße gegen §§ 40, 32 KWG.⁸¹
- Bei der Konstruktion einer teilrechtsfähigen AöR handle es sich um eine bloße öffentlich-rechtliche Hülle ohne jegliche eigene personelle und sachliche Ressourcen. Insbesondere wäre die Sparkasse völlig abhängig von ihrem Träger und bei Veräußerung an einen privaten Investor in einem nicht auflösbaren Interessenkonflikt zwischen Auftragserfüllung und Renditemaximierung gefangen. Deshalb plädiert der DSGV für eine vollrechtsfähige AöR, mit eigenen Organen, eigenem Vermögen und eigener Bankerlaubnis. Die Sparkasse genieße hohes Ansehen und Vertrauen in der Bevölkerung, immerhin sei jeder zweite Berliner, Kunde der Berliner Sparkasse. Das Markenrecht diene vor allem dem Verbraucherschutz, der bei einem Verkauf an einen privaten Investor gefährdet wäre.

Nunmehr hat die LBB AG die Verwendung der Marke „Sparkasse“ vor dem Landgericht Berlin eingeklagt. Beklagter ist der DSGV als Eigentümer der Marke „Sparkasse“⁸². Wie der Presse⁸³ zu entnehmen war, geht es im Kern darum, eine Änderung der Markensatzung des DSGV von Anfang Dezember 2005 für nichtig zu erklären. Die LBB AG befürchtet, dass sie durch die Satzungsänderung – vereinfacht gesagt – die Marke „Sparkasse“ nur nutzen kann, solange sie dem öffentlichen Lager angehört.

Dieses Verfahren besitzt insofern Brisanz, als sich das Land Berlin von der Marke „Sparkasse“ ein millionenschweren höheren Verkaufserlös verspricht. Der ehemalige Präsident des DSGV Hoppenstedt⁸⁴ sieht hingegen den Verbund, der auf die Kooperation aller Institute angewiesen sei, gefährdet, sollte die „Gruppe durch unkontrollierte Verkäufe zum Rosinenpicken für Wettbewerber freigegeben“ werden.⁸⁵ Die Kommunen sollten vielmehr als Treuhänder sicherstellen, dass das Kapital der Sparkassen für Kreditangebote in ihrer jeweiligen Region eingesetzt werde; deshalb wolle der DSGV nicht, dass Sparkassen handelbar gemacht werden.⁸⁶

Zudem steht der DSGV auf dem Standpunkt, dass das von der Bankgesellschaft im Rahmen der geplanten Umstrukturierung auf die LBB übertragene Vermögen⁸⁷ nicht von der Sicherheitsreserve erfasst sei.⁸⁸ Die BGB sei niemals Mitglied im öffentlich-rechtlichen Haftungsverbund gewesen und durch die Ausgliederung des Vermögens würden nicht automatisch weitere Risiken vom Haftungsverbund der Sparkassenfinanzgruppe abgedeckt.⁸⁹ Ob der DSGV auf seiner Meinung beharren wird oder ob es – wie von BGB-Konzernchef Vetter bereits angedroht – auch in dieser Frage zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt, bleibt abzuwarten.

Um einen privaten Investor als Käufer der BGB zu verhindern, hat der Verband ferner beschlossen, dass die öffentliche Körperschaft des DSGV (DSGV ö. K.)⁹⁰ selbst als Bieter für die BGB AG auftritt.⁹¹ Unterstützt wird

⁸¹ dagegen Dr. Wolfers (Freshfields), Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: Die Sparkasse hätte bisher auch keine eigene Banklizenz gehabt (Anm.: da war die LBB aber noch eine vollrechtsfähige AöR und die Sparkasse als Abteilung nicht rechtlich verselbständigt)

⁸² Rotes „S“ als Logo, Schriftzug etc.

⁸³ N-tv.de vom 23. März 2006

⁸⁴ Dietrich Hoppenstedt wurde am 1. Mai 2006 von Heinrich Haasis abgelöst, der zuvor Präsident des baden-württembergischen Sparkassenverbandes war.

⁸⁵ So im manager-magazin mit Material von Reuters vom 29. März 2006 anlässlich des hessischen Vorhabens, innerhalb des öffentlich-rechtlichen Lagers Übernahmen zu erleichtern

⁸⁶ Dr. Schürmann, Leiter der Rechtsabteilung des DSGV, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005: „Wir wollen die Deutsche Bank sicherlich nicht in unserem Haftungsverbund haben – das ist auch naheliegend.“

Voigt vom Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverband, Wortprotokoll WiBetrTech 15/55 vom 25. Mai 2005: „Einen Wettbewerber mit unserem EDV-Know-how zu bedienen, wird aus meiner Sicht nicht gehen.“

⁸⁷ Die Hauptversammlung der BGB AG hat am 14. Juli 2006 beschlossen, nahezu das gesamte Vermögen der BGB auf die LBB auszugliedern.

⁸⁸ Börsenzeitung vom 15. Juli 2006

⁸⁹ Reuters vom 14. Juli 2006

⁹⁰ So jedenfalls ein Vertreter des DSGV bei einem Gespräch mit der Autorin am 10. August 2006

⁹¹ Beim ersten Privatisierungsversuch der mehrheitlich landeseigenen Bankgesellschaft Berlin 2003 konnte sich das Sparkassen-Lager nicht auf eine gemeinsame Offerte einigen. Die Welt vom 27. Mai 2006

der Verband dabei ausgerechnet von der US-Investmentbank Goldman Sachs⁹², einer Bank, die bereits bei Gründung der BGB AG durch eine zu hohe Bewertung der Berliner Bank unangenehm aufgefallen war.⁹³

Anm.: Das Paradoxe ist, dass der DSGV mit dem Kauf des Landesanteils an der BGB AG sowohl die LBB als auch die Berliner Sparkasse erwerben würde, also Institute die sich ja bereits in seinem Haftungsverbund befinden.

Der DSGV will auch über die DSGV ö. K. den rund 500 Mio Euro teuren Zehn-Prozent-Anteil der Norddeutschen Landesbank (NordLB) an der BGB übernehmen⁹⁴, um wie vermutet wird, potentielle private Investoren von einem Kauf der Bankgesellschaft abzuschrecken.⁹⁵ Die Wettbewerbsbehörde der EU-Kommission soll allerdings in einem Schreiben an die Bundesregierung die Transaktion als "bedenklich" bezeichnet haben, da sie andere Investoren abschrecken und dem DSGV einen Vorteil durch mehr Zugang zu Informationen verschaffen könne.⁹⁶ In dem zehnteiligen Antwortschreiben der Bundesregierung an die EU-Kommission soll die Bundesregierung hingegen bekräftigt haben, dass ein solcher Kauf, das offene und diskriminierungsfreie Verfahren zur Veräußerung der BGB nicht beeinträchtigt und beihilferechtlich unbedenklich wäre. Es werde sichergestellt, dass alle am Bieterverfahren beteiligten Investoren die gleichen Informationen erhielten. Im übrigen sei der Kaufpreis marktgerecht bestimmt worden und es sei auch mit drei weiteren Banken verhandelt worden.⁹⁷

Auch das Bundeskartellamt hat sich nach Presseberichten⁹⁸ sowohl hinsichtlich des Erwerbs des Zehn-Prozent-Anteils als auch des Landesanteils eingeschaltet. Wurden die Bedenken gegen den Kauf des NordLB-Anteils inzwischen fallengelassen, so wird noch überprüft, ob sich die Landesbanken und die Sparkassen kartellrechtswidrig dahingehend abgesprochen haben, dass nur ein Bieter aus diesem Lager für den Landesanteil antreten wird.⁹⁹ Anlass ist die Äußerung des Vorstandsvorsitzenden der BayernLB, Werner Schmidt, es gäbe eine Vereinbarung, nach der nicht die Landesbanken, sondern nur die Sparkassen für die Bankgesellschaft bieten werden.

cc) Der Streit in Brüssel um § 40 KWG

Auf Betreiben von Thilo Sarrazin¹⁰⁰ Anfang diesen Jahres wird der Streit um § 40 KWG nun wieder in Brüssel ausgetragen. Bereits 2003 hatte die Kommission aufgrund einer Beschwerde amerikanischer Investoren (u.a. Christopher Flowers¹⁰¹) wegen der gesetzlich geschützten Marke ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Der damalige, zuständige Kommissar Bolkestein sah in § 40 KWG eine Behinderung ausländischer Investoren und damit die Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt verletzt. Das Verfahren wurde allerdings auf Eis gelegt.

Eine Entscheidung über eine Wiederaufnahme des Verfahrens des derzeit zuständigen EU-Kommissars Charlie McCreevy wurde zunächst am 29. März 2006 erwartet. Finanzminister Steinbrück soll von der drohenden Klage so alarmiert gewesen sein, dass er am 9. März 2006 eine Krisensitzung zu dem Thema anberaumt habe, obwohl er zuvor einen Termin vor dem Haushaltsausschuss wegen Krankheit abgesagt hätte.¹⁰²

⁹² Handelsblatt vom 26. Mai 2006.

⁹³ Vgl. S. 3 der Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Untersuchungsausschusses

⁹⁴ FTD vom 1. August 2006

⁹⁵ Tagesspiegel vom 22. August 2006

⁹⁶ FTD vom 1. August 2006

⁹⁷ Tagesspiegel vom 10. August 2006

⁹⁸ Tagesspiegel vom 22. August 2006

⁹⁹ Tagesspiegel vom 23. August 2006

¹⁰⁰ Zu diesem Punkt hatte bereits Dr. Giesen, Rechtsanwalt der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer im Rechtsausschuss im Mai 2005 bemerkt: „Zu dem Thema EU-Kommission: Die erste Nachfrage geht auf eine Bemerkung von mir im Wirtschaftsausschuss zurück, die allerdings doch ein bißchen feinsinniger war, als sie zitiert worden ist. Ich habe bewusst gesagt: Es ist nicht empfehlenswert, zu viele Einzelfragen zu häufig nach Brüssel zu tragen. Ich habe nicht gesagt: Das Abgeordnetenhaus von Berlin möge hier auch im Lichte einer EU-Beihilfeentscheidung etwas beschließen, ohne dass man das mit Brüssel bespricht. Die Frage ist nur immer: Wann ist der richtige Zeitpunkt? – Es gibt eine eng laufende Abstimmung mit der Kommission“ (Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005) (Anm.: Jedenfalls wurde der Streit um § 40 KWG erst nach Brüssel getragen, nachdem das Gesetz vom Abgeordnetenhaus beschlossen war)

¹⁰¹ Der US-amerikanische Investor Christopher Flowers hatte bereits 2002 vergeblich versucht, die BGB erwerben

¹⁰² So spiegel-online vom 11. März 2006

Die Bundesregierung und die Sparkassen plädierten zunächst für die Beibehaltung des § 40 KWG. McCreevy soll jedoch damit gedroht haben, die Bewilligung der milliardenschweren Beihilfen des Landes Berlin zu widerrufen, sollten beim Verkauf der Sparkasse private Interessen behindert werden.¹⁰³ Der Finanzminister von Nordrhein-Westfalen Linssen sprach sich deshalb für einen konstruktiven Dialog mit Brüssel aus.¹⁰⁴ So verwies er auf den Sonderfall ! Berlin und sah die Lösung in einer abermaligen ! Interpretation der „Neuinterpretation“ der Vorschrift durch die Bafin.

Im Juni 2006 hat die Bundesregierung der EU-Kommission dann eine Ausnahmelösung für Berlin vorgeschlagen, um den Namensschutz der Sparkasse zu retten.¹⁰⁵ Danach sollte es Privatinvestoren ermöglicht werden, die Berliner Bankgesellschaft und ihre Sparkasse einschließlich des Namens zu erwerben, letzteres allerdings nur für eine Übergangszeit. Dieser Kompromiss wurde jedoch von der EU-Kommission abgelehnt und das Vertragsverletzungsverfahren am 28. Juni 2006 wieder aufgenommen.¹⁰⁶ Die Kommission betonte zwar, dass es ihr nicht darum ginge, dass Sparkassen grundsätzlich privatisiert werden sollten, sondern dass lediglich der Sparkassenname im Falle einer Privatisierung genutzt werden könne. Sie erkenne auch an, dass der Schutz des Sparkassennamens, wegen des Gemeinwohlaufrags und der Notwendigkeit, sie von anderen Banken zu unterscheiden begründet sei. Die Namensnutzung für private Käufer zu verbieten, sei aber kein geeigneter Weg, um das öffentliche Interesse zu schützen.

Um eine Klage der Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof zu vermeiden, schlug die Bundesregierung¹⁰⁷ im Juli 2006 vor, dass die Marke „Sparkasse“ zwar auch von Privaten genutzt werden dürfe, allerdings nur, wenn die Versorgung mit Finanzdienstleistungen sichergestellt wäre, das Regionalprinzip gewahrt bliebe, der Hauptzweck der Geschäftstätigkeit nicht in der Gewinnerzielung liege sowie der Überschuss für gemeinnützige Zwecke verwendet würde.¹⁰⁸ Auch dieser Vorschlag wurde von der EU-Kommission abgelehnt. Wie der Presse zu entnehmen war, wurde argumentiert, dass an den Verkauf der Berliner Sparkasse nicht so strenge Regeln geknüpft seien und diese Ungleichbehandlung gegen die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit verstoße.¹⁰⁹

Zudem seien die Bedingungen nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar, weil privatisierte Sparkassen insgesamt restriktiver behandelt würden als öffentliche Sparkassen. Die gemeinnützige Gewinnverwendung sei nach den gegenwärtigen Sparkassengesetzen der Länder für öffentliche Sparkassen freiwillig, denn die Gewinne könnten auch in Rücklagen gestellt werden. Die Einführung einer verpflichtenden Verwendung aller Gewinne für gemeinnützige Zwecke für privatisierte Sparkassen, würde daher zu einer neuen Beschränkung der Grundfreiheiten führen und auf Gewinnerzielung orientierte Privatinvestoren vom Erwerb einer Sparkasse abhalten. Hinsichtlich des Regionalprinzips reiche es außerdem aus, wenn eine Sparkasse dazu verpflichtet würde, in ausreichendem Maße Finanzdienstleistungen in ihrem Gebiet anzubieten.

Die Kommission hat außerdem darauf bestanden, dass die Rechtsstreitigkeiten zwischen dem DSGVO und der LBB beigelegt werden, bevor das Veräußerungsverfahren für den Verkauf der Beteiligung des Landes Berlin an der BGB eingeleitet wird. Der DSGVO solle in rechtlich bindender Weise erklären, dass kein privater Investor gehindert werde, die Marke „Sparkasse“ zu nutzen und zwar ohne zeitliche Begrenzung. Auch müsse sichergestellt werden, dass die Einlagen aller Kunden der Bankgesellschaft auch nach einem möglichen Verkauf an einen privaten Investor durchgehend von einem Einlagensicherungssystem erfasst werde, wobei es sich dabei allerdings nicht zwingend um das Einlagensicherungssystem der Sparkasse handeln müsse.

Die Bundesregierung hat nunmehr bis Anfang September Zeit sich zu entscheiden, entweder auf die Forderungen der EU einzugehen oder es auf ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof ankommen zu lassen.

Anm.: Inwieweit sich die Einwände der EU-Kommission mit Art. 295 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)¹¹⁰ vereinbaren lassen, wird von der Verfasserin in einem gesonderten Gutachten untersucht.

¹⁰³ Berliner Zeitung vom 25. März 2006

¹⁰⁴ Handelsblatt vom 16. März 2006

¹⁰⁵ FTD vom 26. Juni 2006

¹⁰⁶ Tagesspiegel vom 29. Juni 2006

¹⁰⁷ Dieser Kompromiss wurde von einer von der Bundesregierung aus verschiedenen Landesfinanzminister gegründeten Arbeitsgruppe erarbeitet. Wie ein Vertreter des DSGVO anlässlich eines Gesprächs mit der Autorin am 10. August 2006 betonte, war daran der DSGVO maßgeblich beteiligt.

¹⁰⁸ FTD vom 21. Juli 2006

¹⁰⁹ manager magazin vom 8. August 2006

¹¹⁰ Art 295 EGV: „Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“

V. Die Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer

Das Land Berlin wurde bei der Entwicklung des neuen Sparkassengesetzes maßgeblich von der internationalen Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer beraten und zwar durch die Rechtsanwälte Dr. Benedikt Wolfers (Öffentliches Recht), Dr. Hans-Michael Giesen (Gesellschaftsrecht), Dr. Matthias-Gabriel Kremer (Gesellschaftsrecht), Dr. Gunnar Schuster (Bankaufsichtsrecht), Dr. Thomas Müller-Bonanni (Arbeitsrecht).¹¹¹

Freshfields Bruckhaus Deringer ist im August 2000 durch Zusammenschluss der deutsch-österreichischen Sozietät Bruckhaus Westrick Heller Löber mit der englisch-deutschen Sozietät Freshfields Deringer entstanden.¹¹² Die Kanzlei hat das Land Berlin auch in dem Beihilfverfahren der EU-Kommission beraten.¹¹³ Als kleine Auswahl weiterer Aktivitäten der Kanzlei sind zu nennen:

- Die Beteiligung am Aufbau eines Public-Private-Partnership (PPP) – Kompetenzzentrums durch den Bund¹¹⁴
- Beratung der italienischen Bank UniCredito bei der Übernahme der deutschen HypoVereinsbank¹¹⁵
- Dr. Wolfgang Kirchhoff, Partner der Kanzlei und Berater beim EU-Beihilfverfahren, ist Richter am Bundesgerichtshof für Kartellrecht¹¹⁶
- Beratung der NordLB und der WestLB bei der Gründung der Joint Venture SGK - Servicegesellschaft Kreditmanagement GmbH gemeinsam mit der japanischen Shinsei Bank und der amerikanischen Investmentgesellschaft JC. Flowers, zum Erwerb, Restrukturierung sowie Verwertung notleidender Kredite¹¹⁷

Anm.: Zwar hackt eine Krähe einer anderen kein Auge aus, wie es so schön heißt. Es mutet dennoch seltsam an, dass die Schaffung eines Gesetzes und der dazu gehörenden Verträge, externen Beratern überlassen wird, eine Tendenz die sich nicht nur in Berlin, sondern auch im Rest der Republik und beim Bund mehr und mehr breit macht.

Sich in der einen oder anderen Frage externer Berater zu bedienen ist zwar nicht verboten und kann auch inhaltlich gewinnbringend sein. Es ist auch bei einer in der Öffentlichkeit hoch angesehenen Kanzlei, wie Freshfields davon auszugehen, dass sie sich die Interessen ihrer Mandanten, im Falle des Landes, also auch die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu eigen macht. Allerdings handelt es sich um ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen, so dass Interessenskollisionen hier zwar nicht unterstellt werden, aber generell nicht auszuschließen sind.

Bei der, wie es aussieht durchgängigen Inanspruchnahme der Kanzlei durch das Land Berlin, muss man sich angesichts der hohen Tagessätze der Rechtsanwälte zudem fragen, ob es das Land Berlin tatsächlich mit seinen Bemühungen um Einsparungen, insbesondere was Verwaltungsjuristen anbetrifft, ernst meint.

¹¹¹ Mitteilung der Pressestelle Nr. 52/2005; Die Berater der Bankgesellschaft Berlin waren übrigens die Rechtsanwälte John Flüh (Gesellschaftsrecht) und Dr. Wolfgang Spoerr (Öffentliches Recht) der Kanzlei Hengeler Mueller, die auch die Stadt Stralsund beim letztlich gescheiterten Verkauf ihrer Sparkasse beraten haben.

¹¹² Mitteilung der Pressestelle Nr. 6/2000

¹¹³ Mitteilung der Pressestelle Nr. 46/2003

¹¹⁴ Mitteilung der Pressestelle Nr. 2/2003

¹¹⁵ Mitteilung der Pressestelle Nr. 47/2005

¹¹⁶ Mitteilung der Pressestelle Nr. 16/2004

¹¹⁷ Mitteilung der Pressestelle Nr. 57/2005

VI. Ein kurzer geschichtlicher Überblick zur Kommerzialisierung der Sparkassen¹¹⁸

Das in den Landesgesetzen verankerte Regionalprinzip, hinderte die Sparkassen daran, ihre Tätigkeit – wie die Privat- und Genossenschaftsbanken – auf lukrative Geschäftsfelder außerhalb ihres Geschäftsbereichs auszudehnen. Dieser Wettbewerbsnachteil¹¹⁹ wurde bis 1967 dadurch ausgeglichen, dass die Sparkassen einem besonderen Steuersatz unterlagen. Ab 1967 wurden aber die Sparkassen mit einem Körperschaftsteuersatz von 35 % belastet, der 1976 auf 44 % und 1981 nochmal auf 50 % erhöht wurde.¹²⁰ Damit trugen die Sparkassen mit einem Marktanteil von 22 % etwa 40 % der Steuerlast des gesamten Kreditwesens.

Diese drastischen Steuererhöhungen reduzierten die Möglichkeit der Sparkassen ihre Eigenkapitalausstattung zu verbessern. Demzufolge waren 40 % der Sparkassen 1982 an die Grenze ihrer Kreditvergabe gestoßen.

Diskutiert wurde in der Folge den Kreditspielraum durch einen Haftungszuschlag zu erweitern. Durchgesetzt hat sich letztendlich die Zulassung von Genussscheinen, stillen Einlagen und nachrangigen Verbindlichkeiten, also von privatem Beteiligungskapital gegen angemessene Verzinsung, welches unter bestimmten Bedingungen als haftendes Eigenkapital anerkannt wird. Kritiker sahen bereits damals darin eine Teilprivatisierung, die mit dem öffentlich-rechtlichen Status und dem daraus resultierenden sozialen Auftrag unvereinbar sei. Unter diesen Voraussetzungen seien die Sparkassen gezwungen die Aufgabenorientierung in eine Gewinnorientierung umzuwandeln, die nur durch stärkere Rationalisierungsmaßnahmen zur Einsparung von Mitarbeitern, weiteres Ausdehnen der Zinsspanne, Drehen an der Gebührenschaube usw. zu realisieren sei.

Die Abschaffung der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast seit dem 19. Juli 2005 dürfte ihr übriges dazu beitragen, dass sich der Wettbewerb für die öffentlichen Kreditinstitute, insbesondere Landesbanken, verschärft.¹²¹

*(Anm.) Eine unbeschränkte staatliche Haftung ist allerdings dann nicht mehr zu rechtfertigen, wenn sich private Kapitalgeber, die mit ihren Einlagen ebenfalls haften, an den Sparkassen beteiligen, weil damit die Gewinne (teil)privatisiert, die Verluste aber (teil)sozialisiert werden. Auch der Verbleib im Stützungsfonds wäre fraglich, da ansonsten kommunale Einrichtungen über ihre Beiträge zum Ausgleich von Verlusten privatisierter Institute herangezogen werden könnten.*¹²²

VII. Fazit

Angesichts

- der aufgezeigten, bereits fortgeschrittenen Kommerzialisierung der Sparkassen und den damit, im Vergleich zu manch Privat- und Genossenschaftsbanken, einhergehenden überbeuerten Leistungen,
- der Vielzahl skandalträchtiger, verhängnisvoller Verquickungen mit der Politik und
- jenseits von der hier festgestellten Verfassungswidrigkeit des SpkG,

¹¹⁸ Die Ausführungen stützen sich zum einen auf einen in der Frankfurter Rundschau bereits am 7. November 1984 erschienenen Artikel von Bernd Ellerbrock „Bei den Sparkassen kommt die Privatisierung durch die Hintertür“ und zum anderen auf einen Auszug aus „Sparkassen und Genossenschaftsbanken im Spannungsverhältnis zwischen Moral und Ökonomie: Strukturelemente, Organisationsgrundsätze und Geschäftspolitik“ von Claus Oellerking und Manfred Hozgrabe aus dem Jahre 1990, S. 170-176; ich empfehle die beiden Auszüge ganz zu lesen; sie sind beide zu finden unter www.meinepolitik.de

¹¹⁹ Andererseits bewirkt das Regionalprinzip, dass die Sparkassen, jedenfalls miteinander nicht in Konkurrenz treten

¹²⁰ Nach Aussage von Voigt vom Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverband, Wortprotokoll WiBetrTech 15/55 vom 25. April 2005, sind die Sparkassenorganisationen deutschlandweit die größten Steuerzahler

¹²¹ Die staatlichen Garantien haben das Rating der Landesbanken/Sparkassen beeinflusst. Das Rating ist entscheidend für die Refinanzierungskonditionen auf dem Kapitalmarkt. Für die Sparkassen ist die Abschaffung der Gewährträgerhaftung insofern nicht so tragisch, weil sie sich großteils traditionell sowieso „über Kundeneinlagen refinanziert haben und über die eingesammelten Kundengelder, die dann an Unternehmen in der Region weitergegeben wurden, dafür gesorgt haben, dass sie nicht auf den Kapitalmarkt gehen mussten.“ So Dr. Schackmann-Fallis vom DSGV, Wortprotokoll WiBetrTech 15/55 vom 25.4.2005

¹²² Vgl. dazu „Sparkassen und Genossenschaftsbanken im Spannungsverhältnis zwischen Moral und Ökonomie : Strukturelemente, Organisationsgrundsätze und Geschäftspolitik“ von Claus Oellerking und Manfred Hozgrabe, 1990, S. 170-176

stellt sich die Frage, warum es sich lohnen soll, für eine vollrechtsfähige, unabhängige, am Gemeinwohl orientierten, öffentlich-rechtlichen Sparkasse einzustehen:

1. Nur durch vollrechtsfähige öffentlich-rechtliche Kreditinstitute mit ihrem sozialstaatlichen Auftrag war bisher eine flächendeckende Grundversorgung gewährleistet und kann für die Zukunft gewährleistet werden.

Die Geschäftsführung privater Institute muss vorrangig die Gewinnmaximierung im Auge behalten, d.h. sie sind nur dem Wohl des Unternehmens und den Interessen der Anteilseigner verpflichtet. So hatten sich die privaten Banken in der Vergangenheit aus dem Retailbanking weitestgehend zurückgezogen, weil andere Geschäftsfelder mehr Rendite versprachen.¹²³ Sollten sich bspw. einzelne Filialen als unrentabel erweisen, so wäre es für den privaten Sektor nur konsequent die entsprechenden Standorte zu schließen.

Was die vom privaten Sektor durchaus getätigten Ausgaben für soziale Zwecke anbetrifft, die m. E. kritisch beäugt, meist mehr der Imagepflege als sozialer Verantwortung entspringen, so ist der entscheidende Unterschied zu den öffentlich-rechtlichen Banken, dass es sich um jeweils freiwillige Leistungen handelt, auf deren Auswahl, Höhe und Dauer die staatliche Seite, also letztlich das Volk, überhaupt keinen Einfluß ausüben kann.

2. Nur die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute können einem Kontrahierungszwang (Stichwort „Girokonto für jedermann“) gesetzlich unterworfen werden. Den Privat- und Genossenschaftsbanken ist es zwar unbenommen sich selbst zu verpflichten, gesetzlich dazu gezwungen werden können sie aber aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Vertragsfreiheit nicht.¹²⁴ Zudem lässt sich eine solche freiwillige Selbstverpflichtung jederzeit zurücknehmen.

Das „Girokonto für jedermann“ ist angesichts der steigenden Zahl an überschuldeten Verbrauchern, Arbeitslosen und Hartz IV-empfangern ein immer wichtiger werdender Aspekt.¹²⁵ Ohne Bankverbindung lassen sich nur unter erheblichen psychischen Schwierigkeiten, organisatorischen und finanziellen Nachteilen Zahlungen leisten und empfangen. Lohn und Gehalt, Mietzahlungen aber auch Arbeitslosengeld werden heute fast ausnahmslos bargeldlos abgewickelt. Ratenkäufe wären gar nicht möglich. Kein Girokonto zu besitzen bedeutet also gesellschaftliche Ausgrenzung.

Zur Zeit besteht in sieben Bundesländern¹²⁶ ein gesetzlich verankertes Recht auf ein Girokonto auf Guthabenbasis¹²⁷, darunter aber nicht Berlin. Die Berliner Sparkasse hat sich vielmehr gegenüber der Senatsverwaltung für Wirtschaft freiwillig selbst verpflichtet. Diese Selbstverpflichtung entspricht wohl in ihrem Wortlaut der Empfehlung des Zentralen Kreditausschusses (ZKA) zum „Girokonto für jedermann“¹²⁸, die auch einige Privatbanken und Genossenschaftsbanken übernommen haben.

Ein gesetzlich verankerter Kontrahierungszwang ist aber umso wichtiger, weil das Oberlandesgericht Bremen¹²⁹ Ende letzten Jahres einen einklagbaren Anspruch auf ein Girokonto aus der ZKA-Empfehlung verneint hat und zunehmend sozial schwächeren Bevölkerungskreisen ein Girokonto verweigert wird, auch von Seiten der Sparkassen. Hatten das Landgericht Berlin¹³⁰ und das Landgericht Bremen¹³¹ zuvor noch einen solchen Anspruch bejaht, so hat das OLG Bremen m. E. zurecht darauf hingewiesen, dass es sich bei der Empfehlung lediglich um eine **Bitte!** des ZKA an die Mitglieder handle, die nicht darauf abziele, stellvertretend für die Banken und Sparkassen rechtsgeschäftlich verbindliche Erklärungen abzugeben.

¹²³ Diese Geschäftspolitik erwies sich allerdings letztendlich als ein Fehler.

¹²⁴ Zur Frage, ob die Schaffung eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs für privatrechtlich organisierte Banken aufgrund einer Änderung des Bundesrechts möglich ist s. „Girokonto für jedermann – Zur Problematik des Kontrahierungszwangs – Stand Mai 2006“ von Sabine Finkentheiß

¹²⁵ Vgl. dazu Sven Kaiser, Der Kontrahierungszwang beim Girokonto in Europa – ein rechtsvergleichender Überblick; findet sich im Internet

¹²⁶ Brandenburg, Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein- Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Rheinland- Pfalz

¹²⁷ Konto ohne Überziehungsmöglichkeit

¹²⁸ Der Wortlaut der Selbstverpflichtung gegenüber der Senatsverwaltung lag der Autorin nicht vor; allerdings geht aus einem Schreiben der Berliner Sparkasse bzgl. eines abgelehnten Falls hervor, dass die Berliner Sparkasse die Empfehlung des Zentralen Kreditausschusses zum „Girokonto für jedermann“ ihren Entscheidungen zugrunde legt.

¹²⁹ Urteil Hanseatisches OLG Bremen vom 22. Dezember 2005 - Az: 2-U- 67/05 = 2-O- 408/05

¹³⁰ Urteil LG Berlin vom 24. April 2003 - Az: 21 S 1/03

¹³¹ Urteil LG Bremen vom Mai 2005 - Az: 2-O-408/05

Ob sich aufgrund dieser Entwicklung das Abgeordnetenhaus des Landes Berlin dazu entschließen wird, ein „Girokonto für jedermann“ gesetzlich zu verankern bleibt allerdings abzuwarten. Auch hier könnte wieder argumentiert werden, dass dies im Hinblick auf den von der EU-Kommission geforderten diskriminierungsfreien Verkauf der Sparkasse problematisch sei¹³² und zudem dadurch der Kaufpreis gedrückt werden könnte. Auch der DSGVO sieht keinen Handlungsbedarf, da sich die Selbstverpflichtung nach seiner Einschätzung bewährt habe.¹³³

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich der von der EU-Kommission eingesetzte Verbraucherausschuss, Consumers Committee (CC) zugunsten eines Kontrahierungszwangs bei Girokonten als einem Teil der Daseinsvorsorge ausgesprochen hat. So hat er der EU-Kommission ein sogenanntes Universal Service Concept empfohlen, welches beispielsweise in der European Commission's Communication über „Services of General Interest in Europe“ beschrieben ist. Ziel dieses Konzeptes soll sein, dass jedermann Zugang zu gewissen grundlegenden Dienstleistungen von hoher Qualität hat und zwar zu einem Preis, den sich jeder leisten kann. Nach Aussage des Ausschusses muss dieses Konzept auch auf Bankdienstleistungen wie der Zugang zu einem Girokonto, als wachsendes Erfordernis Anwendung finden, um wirtschaftlich teilhaben zu können. Die EU-Kommission soll bereits angedeutet haben, dass eine gesetzliche Verankerung auf europäischer Ebene angestrebt wird. Umgesetzt wurde dieses Bestreben nach dem Erkenntnisstand der Autorin aber noch nicht.

3. Bei jeder Art von Privatisierung der Sparkassen oder Landesbanken, also auch bei dem vorliegenden Beleihungsmodell, entledigt sich der Staat mehr oder weniger eines seiner wichtigsten wirtschafts- und finanzpolitischen Steuerungsinstrumente nicht nur hinsichtlich der wirtschaftlichen Entwicklung und der Daseinsvorsorge sondern auch was seinen eigenen Kreditbedarf anbetrifft.

4. Der von verschiedener Seite angeführte Hinweis, dass die landeseigene Investitionsbank Berlin (IBB) die Aufgabe der Kreditvergabe an die kleinen und mittelständischen Unternehmen leisten könne, ist entgegenzuhalten, dass die IBB keine Hausbank ist und keine Girokonten einrichtet. Die IBB darf nach EU-rechtlichen Vorgaben nur dann ausnahmsweise wie eine Hausbank agieren, also Kredite vergeben, wenn ein sogenanntes Marktversagen vorliegt, also der Kreditnehmer bei keiner anderen Geschäftsbank einen Kredit zu erlangen vermag¹³⁴. Die IBB als Alternative zur Sparkasse anzusehen ist im übrigen angesichts des doch erheblichen Aufwands, der mit einer Kreditaufnahme bei der IBB verbunden ist, fraglich.

Abgeordneter Gram (CDU)¹³⁵:

„..... das war ganz schön harter Tobak.“

¹³² Solche Bedenken wurden jedenfalls von Klaus Lederer, Vorsitzender der PDS Berlin in einem Gespräch mit der Autorin am 10. Juli 2006 geäußert.

¹³³ Nach Aussage eines Vertreters des DSGVO anlässlich eines Gesprächs mit der Autorin am 10. August 2006

¹³⁴ So die Auskunft eines ehemaligen Mitarbeiters der IBB

¹³⁵ Vorsitzender des Rechtsausschusses, Wortprotokoll Rechtsausschuss 15/55 vom 26. Mai 2005