

HELMUT SIEKMANN

Die rechtliche Regulierung
öffentlicher Banken in Deutschland

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 48 (2011)

INSTITUTE FOR MONETARY AND FINANCIAL STABILITY (HRSG.)
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN
HOUSE OF FINANCE
GRÜNEBURGPLATZ 1
60629 FRANKFURT AM MAIN

TELEFON: (069) 798 – 34000
TELEFAX: (069) 798 – 34502
E-MAIL: OFFICE@IMFS-FRANKFURT.DE

HELMUT SIEKMANN

Die rechtliche Regulierung
öffentlicher Banken in Deutschland

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 48 (2011)

Gliederung

I. Abgrenzungen.....	3
1. Öffentliche Banken	3
2. Regulierung	8
II. Überblick über die öffentlichen Banken	10
1. Die Sparkassen	12
2. Landesbanken	14
3. Förderbanken und andere Institute mit Sonderaufgaben.....	23
4. Verflechtungen und (vertikale) Integration	27
5. DekaBank - Deutsche Girozentrale.....	30
III. Besonderheiten von Aufsicht und Kontrolle.....	32
1. Grundlagen.....	33
2. „Allgemeine“ Aufsicht.....	35
3. „Staatliche“ Aufsicht.....	36
4. Aufsicht und Kontrolle durch Parlamente und Rechnungshöfe	42
5. Kontrolle durch Sicherungseinrichtungen.....	52
6. Sonderproblem: Beleihung und Hybridstrukturen	53
IV. Überlegungen zur Neuordnung	54
1. Die unterschiedlichen Herangehensweisen	54
2. Das inhaltliche Grundproblem	56
3. Die Grundversorgung der Bevölkerung mit sicheren Bankdienstleistungen.....	58
4. Wahl der Rechtsform.....	60
5. Verbesserung von Leitung, Aufsicht und Kontrolle „öffentlicher Banken“	61
V. Zusammenfassung und Ergebnisse.....	62

Nicht erst seit der gegenwärtigen Krise sind Kreditinstitute, die ganz oder teilweise einer deutschen Gebietskörperschaft gehören, Gegenstand intensiver ökonomischer, juristischer und politischer Diskussionen gewesen.¹ Regelmäßig waren Skandale im Bereich der Landesbanken unter Beteiligung von Spitzenpolitikern und Führungspersonen dieser Institute unmittelbare Auslöser gewesen; aber auch mehr oder weniger existenzbedrohende finanzielle „Schieflagen“. Probleme mit dem EU-Recht und Visionen von Bundesministern der Finanzen über die künftige Banklandschaft in Deutschland haben die Diskussion weiter befeuert, aber regelmäßig nicht zu überzeugenden Lösungen geführt; noch nicht.² Zuletzt musste die Westdeutsche Landesbank AG erneut vor einer drohenden Zahlungsunfähigkeit gerettet werden.

Im Hintergrund haben sich regelmäßig die Sprecher der verschiedenen Bankengruppen, ihre Sympathisanten in Legislative und Exekutive sowie Verbandsvertreter jeder Couleur heftige Grabenkämpfe geliefert, teilweise, um einen für sie günstigen „status quo“ zu wahren, teilweise aber auch, um die anstehende Übernahme der Kosten von Sanierungsmaßnahmen

¹ *Dietrich Dickertmann*, Die Kreditinstitute der Länder, ZöGU 8 (1985), S. 38 ff., 164 ff.; *Georg Dörries*, Zur Rechtsstellung von Landesbanken unter besonderer Berücksichtigung der Westdeutschen Landesbank, 1988; *Helmut Siekmann*, Die deutschen Landesbanken – Einrichtungen öffentlicher Verwaltung als international agierende Großkonzerne? (2000), in: *Helmut Siekmann*, Abhandlungen zum öffentlichen Finanzrechts, Bd. 2, 2005, S. 189 ff.; *ders.*, Die Einbindung der Landesbank Berlin in die Berliner Bankgesellschaft, ebd., S. 225 ff.; *ders.*, *Jürgen Steiner*, Bankenmacht und Wirtschaftsordnung – Sparkassen und Landesbanken in der Privatisierungsdiskussion, 1994; *Hans-Werner Sinn*, Der Staat im Bankwesen - Zur Rolle der Landesbanken in der Privatisierungsdiskussion, 1994; *ders.*, Der Staat im Bankwesen - Zur Rolle der Landesbanken in Deutschland, 1997; *Michael Gruson / Uwe H. Schneider*, The German Landesbanken, Columbia Business Law Review, 1995, S.337 ff.; *Florian Becker*, Die Vernetzung der Landesbanken, 1998; *ders.*, Die landesrechtliche „Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts“ in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, DÖV 1998, S. 97; *Andreas Engels*, Landesbanken zwischen Marktsteuerung und Marktwirtschaft, 2010.

² *Heinz Hilgert / Jan Pieter Krahen / Günther Merl / Helmut Siekmann*, Streitschrift für eine grundlegende Neuordnung des Sparkassen- und Landesbankensektors in Deutschland, White Paper des House of Finance der Universität Frankfurt am Main, Februar 2011; *dies.*, Modell für eine leistungsfähige Sparkassen-Finanzgruppe – eine Replik, Kreditwesen 2011, S. 536 ff.

von sich abzuwehren. Dabei haben Sicherheit, Qualität und Preiswürdigkeit der Dienstleistungen für den Kunden eine eher untergeordnete Rolle gespielt; ganz zu schweigen von den Anforderungen der Finanzmarktstabilität insgesamt. Die Politik hat in diesem Zusammenhang kaum je eigenständige Konzepte entwickelt, sondern erschien nicht selten als lediglich ausführendes Organ der jeweiligen – hier besonders wohl organisierten – Partikularinteressen. Das hat mehr als einmal dazu geführt, dass sich Deutschland auf EU-Ebene in einer peinlichen Außenseiterposition wiedergefunden hat.

Schließlich sollte nicht vergessen werden, dass durch einige „Reformwerke“ der letzten Jahre ein handfestes Adressrisiko zu Lasten der Kunden der „öffentlichen Banken“ geschaffen worden ist, das es bis dahin nicht gegeben hatte und selbst vielen Fachleuten immer noch nicht hinreichend bewusst ist; es wird regelmäßig in Hochglanzbroschüren und Internetauftritten schamhaft verschwiegen. Zum Teil werden noch nicht einmal die Organisationsform und die Haftungsverhältnisse für die jeweilige „öffentliche Bank“ mitgeteilt. Die Sicherungseinrichtungen stellen weder juristisch noch ökonomisch auch nur annähernd einen adäquaten Ersatz für die beseitigten Staatsgarantien dar.

Die folgenden Erwägungen sind vor dem Hintergrund der skizzierten Probleme zu sehen. Sie sind in vier Abschnitte gegliedert: Nach den notwendigen Abgrenzungen und begrifflichen Klarstellungen (I) soll ein Überblick über die durchaus heterogene Landschaft der „öffentlichen Banken“ gegeben werden (II), um anschließend etwas näher auf die Besonderheiten von Aufsicht und Kontrolle in diesem Sektor einzugehen (III). Den Abschluss werden einige Überlegungen zur Neuordnung und Neustrukturierung der „öffentlichen Banken“ bilden (IV).

I. Abgrenzungen

Bisher sind die Begriffe „Regulierung“, „öffentlichen Banken“ und „Träger“ eher unbefangen verwendet worden. Sie bedürfen der Abgrenzung und Präzisierung.

1. Öffentliche Banken

In der gegenwärtigen Diskussion hat sich seit kurzem fast durchgängig der Begriff „öffentlich-rechtliche“ Banken eingebürgert, vor allem wenn von den Landesbanken die Rede ist. Das ist erstaunlich. Diese Bezeichnung wäre noch vor wenigen Jahren zutreffend gewesen, doch damals wurde er – zu Unrecht – meist nicht verwendet.³

³ Anders dagegen schon *Helmut Siekmann*, Corporate Governance und öffentlich-rechtliche Unternehmen, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 15. Bd. (1996), S. 282 ff.

Mittlerweile sind die Mehrzahl der Landesbanken und einige Sonderkreditinstitute aber nicht mehr öffentlich-rechtlich organisiert, so dass die Bezeichnung „öffentlich-rechtliche“ Banken den Gegenstand nicht mehr zutreffend erfasst, auch wenn die Sparkassen - mit Ausnahme der „freien“ Sparkassen⁴ - weiterhin juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Da es einen erheblichen Unterschied macht, ob eine Einheit als juristische

⁴ Es handelt sich um folgende Institute:

Sparkassen	Bilanzsumme	Kreditvolumen		Gesamteinlagen		Eigenkapital	Anzahl	Anzahl
	Mio. Euro	Mio. Euro (1)	Eu-	Mio. Euro (2)	Eu-	Mio. Euro (3)	Mitarbeiter (4)	Bankstellen (5)
Aktiengesellschaften:								
Bordesholmer Sparkasse AG	711	388		364		48	164	8
Spar- und Leihkasse zu Bredstedt AG	481	433		175		21	84	2
Die Sparkasse Bremen AG	10.850	7.626		7.118		539	1.444	60
Hamburger Sparkasse AG	37.514	24.213		29.961		1.597	5.547	180
Sparkasse zu Lübeck AG	2.214	1.547		1.439		138	469	15
Sparkasse Mittelholstein AG	1.907	1.382		1.070		85	268	11
Rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts:								
Sparkasse Westholstein	2.688	2.018		2.036		154	678	28
Insgesamt 7 Institute	56.365	37.607		42.163		2.582	8.654	304

Stand: 31.12.2009

- (1) Forderungen an Nichtbanken, Wechselkredite, Durchlaufende Kredite, Avale
- (2) Verbindlichkeiten gegenüber Nichtbanken, Inhaberschuldverschreibungen und Sparkassenobligationen, ohne nachrangige Verbindlichkeiten
- (3) Rücklagen gem. § 10 KWG, ohne Genussrechtskapital und nachrangige Verbindlichkeiten sowie ohne Zuführung aus Gewinnverwendung
- (4) ohne Konzernmitarbeiter
- (5) ohne Selbstbedienungs-Service-Stellen

Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts organisiert ist, handelt es sich nicht nur um eine umgangssprachliche Ungenauigkeit, die tolerabel wäre. Der Begriff „öffentlich-rechtliche“ Banken als Oberbegriff für Banken in staatlicher Trägerschaft ist nunmehr also zumindest irreführend, wenn nicht gar falsch. Das gilt auch dann, wenn gemeint sein sollte, dass Träger der Bank eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Das wird durch die Bezeichnung öffentlich-rechtliche Bank aber nicht zum Ausdruck gebracht.

Allerdings haben sich die Kreditinstitute in der Trägerschaft der öffentlichen Hand neben der Organisationsform noch durch ein weiteres gemeinsames Merkmal ausgezeichnet: die *Haftung der Trägergemeinwesen*. Sie ergab sich meist aus Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, die fast flächendeckend gesetzlich angeordnet war. Mit leichten Modifikationen bestand sie auch für die Kreditinstitute des Bundes und vor allem auch die Postscheckämter. Wegen dieser gesetzlich angeordneten Haftung braucht an dieser Stelle nicht weiter der lange Zeit umstrittenen Frage nachgegangen zu werden, ob sich eine derartige Haftung auch ohne gesetzliche Regelung aus dem Wesen der Anstalt oder dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.⁵ Sowohl in der Staatspraxis als auch in Rechtsprechung und Schrifttum wird mittlerweile aber davon ausgegangen, dass es auch Anstalten des öffentlichen Rechts ohne Haftung des Trägergemeinwesens gibt.⁶ Das hat erhebliche Konsequenzen beispielsweise für die Frage einer

⁵ Dafür *Hannes Schneider / Torsten Busch*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, *EuZW* 1995, S. 602 (603); *Peter Scherer / Martin Schödermeier*, Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, *ZBB* 1996, S. 165 (178); dagegen mit weiteren Einzelheiten *Christian Koenig*, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV, *EuZW* 1995, S. 595 (596-598). Die Rechtsprechung des BVerwG (*BVerwGE* 64, 248 [257]; 75, 318 [324 f.]); wird dabei kontrovers gedeutet (*Schneider/Busch*, S. 603 Fn. 8).

⁶ *Janbernd Oebbecke*, Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, 1980, S. 43 ff., *ders.* DVBl. 1981, S. 960; *Helmut Siekmann*, Die verwaltungsrechtliche Anstalt, - eine Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts? *NWVBl.* 1992, S. 361 (366); *Matthias Herdegen*, Die vom Bundesrat angestrebte Festschreibung der Privilegien öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute: Gefahr für die EG-

Haftung des Bundes für möglicherweise entstehende Schulden der Bundesbank, die überwiegend von Ökonomen und Politikern ohne Problembewusstsein unterstellt wird.

Ob die Regelungen über die (begrenzte) Haftungskontinuität nach Beseitigung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstitute verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, dürfte zu bezweifeln sein.⁷ Auch aus diesem Grunde wäre eine Insolvenz der WestLB AG für die ehemaligen Träger der Anstalt des öffentlichen Rechts Westdeutsche Landesbank - Girozentrale, sehr gefährlich gewesen.

Die Frage einer Haftung ist zwar überwiegend unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten behandelt worden. Auslöser waren die Auseinandersetzungen um die Spitzennoten, welche die Ratingagenturen den öffentlichen Banken verliehen, die aber angeblich fundamental nicht gerechtfertigt gewesen seien.⁸ Die Haftung des Staates hat aber nicht nur wettbewerbsrechtliche und Verbraucherschützende Auswirkungen. Sie ist vielmehr von großer Bedeutung für die Sicherheit des (bargeldlosen) Zahlungsverkehrs und damit unmittelbar auch für die Finanzmarktstabilität insgesamt. Da diese explizite Haftung aber, von wenigen Ausnahmen abgesehen, beseitigt worden ist, kann die Staatshaftung auch nicht mehr als das entschei-

Wettbewerbsordnung, WM 1997, S. 1130 (1130 f.); *Christian Koenig*, Die Privilegien öffentlich-rechtlicher Einstandspflichten zugunsten der Landesbanken vor den Schranken der EG-Beihilfeaufsicht, EWS 1998, S. 149 (151); *ders.* (Fn. 5), S. 598).

⁷ Vgl. *Torsten Busch*, Die Nachhaftung des Anstalts- bzw. Gewährträgers bei Privatisierung der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, AG 1997, S. 357 (361 f.); *Michael Gruson*, Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen von Landesbanken, EuZW 1997, S. 357 (263); *ders.*, Noch einmal zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Sicherung von Anleihen von Landesbanken, EuZW 1997, S. 429: z.T. anders *Christian Koenig / Claude Sander*, Zur Beihilfeaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Art. 93 EGV, EuZW 1997, S. 363 (369 f.).

⁸ *Sinn* (Fn. 1), S. 40 f., 43.

dende Kennzeichen der Banken in staatlicher Trägerschaft verwendet werden. Die vielfach beschworene „implizite“ Haftung des Staates für angeblich oder tatsächlich „systemrelevante“ Finanzinstitute bezieht sich auf alle Banken und nicht nur auf diejenigen in staatlicher Trägerschaft. Sie ist also ebenfalls als Abgrenzungskriterium ungeeignet.

Es bleibt daher nur die Bezeichnung „öffentliche Banken“. Da sie aber nicht sehr trennscharf ist und Anlass für Missverständnisse geben kann, bedarf sie der Konkretisierung. Unter „öffentlichen Banken“ sollen Kreditinstitute im Sinne von § 1 Abs. 1 KWG verstanden werden, deren Träger Gebietskörperschaften oder eine von Gebietskörperschaften getragene juristische Person sind. Es muss sich aber nicht um ein Institut handeln, das Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums entgegen nimmt (Einlagenkreditinstitut im Sinne von § 1 Abs. 3d KWG).

Finanzdienstleistungsunternehmen (§ 1 Abs. 1a KWG), Finanzholding-Gesellschaften (§ 1 Abs. 3a KWG) und Finanzkonglomerate (§ 1 Abs. 20 KWG) mögen auch bei den öffentlichen Banken vorkommen, sind aber nicht charakteristisch. Die Deutsche Bundesbank gehört nicht zu den „öffentlichen Banken“. Sie darf zwar Bankgeschäfte fast jeder Art durchführen (§ 19 BBankG) – auch mit Privatpersonen (§ 22 BBankG),⁹ doch sie ist integraler Bestandteil des Europäischen Systems der Zentralbanken und damit mitverantwortlich für die Geldpolitik und hat sich an erster Stelle am Erfordernis der Geldwertstabilität zu orientieren. Die unmittelbare Versorgung der Bevölkerung und der Unternehmen mit Bankdienstleistungen ist dieser Ausrichtung untergeordnet. Allerdings gehört die sichere Abwicklung des Zahlungsverkehrs zu ihren Hauptaufgaben. Dafür muss sie aber kein Kreditinstitut sein. Sie ist staatsrechtlich ein Teil der Exekutive des

⁹ Die unmittelbare oder mittelbare Gewährung von Krediten an private Nichtbanken ist allerdings nicht zulässig.

Bundes; allerdings mit einem verfassungsrechtlich und europarechtlich verbürgten Sonderstatus.¹⁰

Eine Gebietskörperschaft ist dann Träger eines Kreditinstituts, wenn sie – bei öffentlich-rechtlicher Organisation – Anstaltsträger in verwaltungsrechtlichem Sinne ist oder – bei privatrechtlicher Organisation – einen beherrschenden Einfluss auf das Institut ausüben kann,¹¹ also Inhaber einer Anzahl von Geschäfts- oder Gesellschaftsanteilen ist, die ausreicht, um die Gesellschafter- oder Hauptversammlung zu dominieren. Sonderfragen treten bei stillen Beteiligungen und Hybridstrukturen auf, namentlich bei der Einschaltung Beliehener. Derartige Konstrukte der Kautelarjurisprudenz sind aber – noch – die große Ausnahme.

2. Regulierung

Der Begriff „Regulierung“ bedarf ebenfalls der Konkretisierung. Er ist zunächst im Wesentlichen von angelsächsisch geschulten Ökonomen verwendet worden und beruhte meist auf einer fragwürdigen Verwendung und Übersetzung des Begriffs „regulation“. Mittlerweile hat er aber auch Verbreitung in der Rechtssprache gefunden. Zwar wird auch der englische

¹⁰ *Helmut Siekmann*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage, 2011, Art. 88 Rdn. 8, 47, 68 ff.

¹¹ *Volker Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 59 f., mit zahlr. Nachw. aus dem älteren Schrifttum; *Theo Thiemeyer*, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, 1975; *Stefan Machura*, Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen, S. 10 f.; *ders.*, Besonderheiten des Managements öffentlicher Unternehmen, ZögU Bd. 16 (1993), S. 169; *Siekmann* (Fn. 3), S. 287 f.; *Werner Schroeder*, Vernünftige Investition oder Beihilfe? ZHR, Bd. 161 (1997), S. 805 (816); *Kathrin Schmidt / Thomas Vollmöller*, Öffentliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, NJW 1998, S. 716 (718), unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 der Transparenzrichtlinie, ABIEG 1980 Nr. L 195, S. 35; *Nora Dittmer*, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, 2008, S. 29, unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2000/52/EG, ABI. L 193, S. 75; enger unter vollständigem Ausschluss gemischtwirtschaftlicher Unternehmen: *Günter Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 26; *Dirk Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 9; weiter unter Einschluss der gesamten wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand: *Hubertus Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratieprinzip und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 22 f.

Begriff nicht selten sehr unspezifisch verwendet, aber in anspruchsvolleren Texten wird doch deutlich unterschieden zwischen „regulation“ als der Gesamtheit der Vorschriften, die für einen Sachbereich einschlägig sind, und „supervision“ als die Ausübung von Kontrolle, die sicher stellen soll, dass die Vorschriften auch eingehalten werden.¹² Es handelt sich also um die altbekannte Unterscheidung zwischen Normgebung und Normanwendung. Allerdings werden bei dieser Abgrenzung auch mehr oder weniger private Werke mit einbezogen („standards“ „codices“). Dem ist aber entgegen zu halten, dass bei genauem Hinsehen auch im amerikanischen Verwaltungsrecht der Staat als Quelle der anzuwendenden Vorschriften im Vordergrund steht.¹³

Die dabei noch fehlende Unterscheidung zwischen dem Erlass von Normen und dem Erlass von Einzelakten entspricht aber wohl dem – dogmatisch wenig ausgeformten – amerikanischen Verwaltungsrecht, das eher prozedural und nicht materiellrechtlich denkt. Eine „regulation“ kann dort sowohl eine (Rechts-)Vorschrift als auch eine (Allgemein-)Verfügung der Exekutive sein. Diese Unterscheidung, die sehr vielen Autoren, die über „regulation“ schreiben, unbekannt sein dürfte, ist aber auch dem amerikanischen Recht nicht fremd; nur hat sie wegen der prozeduralen Ausrichtung des Verwaltungsrechts nicht dieselbe dogmatische Bedeutung wie im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken.

Hinzu kommt, dass im amerikanischen juristischen Sprachgebrauch mit „regulation“ vor allem die exekutive Normgebung gemeint ist, die in Deutschland nur sehr eingeschränkt zulässig ist, während im wirtschafts-

¹² *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, chaired by Jacques de Larosière, Report, Brussels, 25 February 2009, S. 13.

¹³ Merriam Webster's Dictionary of Law, 1996 „regulation“. „an authoritative rule; specif: a rule or order issued by a government agency and often having the force of law“; *Gifis*, Law Dictionary, regulations: rules or other directives issued by administrative agencies that must have specific authorization to issue directives...“.

wissenschaftlichen Sprachgebrauch oder von Seiten der Politik auch undifferenziert förmliche Gesetze von dem Begriff erfasst werden. Eindeutig ist allerdings das EU-Recht. Eine „regulation“ ist nur eine EU-Verordnung und nichts anderes. Das hindert indes den wissenschaftlichen Diskurs nicht daran, auch in diesem Zusammenhang von „Regulierung“ zu reden und gleich den Erlass von Richtlinien mit einzubeziehen, die dann auch regelmäßig falsch als „Direktiven“ bezeichnet werden, wenn sie denn überhaupt als eigenständige Kategorie von „Regulierung“ anerkannt werden.

Wegen dieser vielfältigen Unklarheiten, Abgrenzungsunsicherheiten und semantischer Fehler sollen im Folgenden statt des Begriffs „Regulierung“ die jeweils zutreffenden konkreten juristischen Fachtermini verwendet werden.

II. Überblick über die öffentlichen Banken

Die „öffentlichen Banken“ können grob in drei Gruppen eingeteilt werden:

- die Sparkassen
- die Landesbanken
- Förderbanken und andere Institute mit Sonderaufgaben.

Diese Institute stehen aber nicht isoliert nebeneinander, sondern sind teilweise horizontal und vertikal miteinander verflochten. Zum Teil bestehen auch Kooperationsabsprachen, die nicht die Dichte einer organisationsrechtlichen Verflechtung erreichen. Einzelne Institute fungieren auch als Holdingeinrichtungen, wie beispielsweise die NRW.Bank für die Westdeutsche Landesbank AG. Eine Sondergruppe stellen die Banken dar, die im Verlauf der Krise ganz oder teilweise vom Bund übernommen worden sind, um sie vor der Insolvenz zu bewahren. Auch sie müssten nunmehr - streng genommen - zu den „öffentlichen Banken“ gerechnet werden, ob-

wohl das dem Management nicht gefällt und auch Zweifel im Hinblick auf den notwendigen öffentlichen Auftrag bestehen.

Sparkassen und die zuständigen Girozentralen, die später zu den Landesbanken entwickelt worden sind, waren zumindest ursprünglich als eine wirtschaftlich Einheit anzusehen, die zum Teil auch juristisch miteinander verflochten waren. Sie haben mit verteilten Rollen im Kern denselben öffentlichen Auftrag erfüllt: Versorgung der nicht so wohlhabenden Bevölkerung, der kommunalen Träger und der regionalen Wirtschaft mit einem streng begrenzten Angebot an Bankdienstleistungen. Das war im Wesentlichen die Abwicklung des (bargeldlosen) Zahlungsverkehrs, absolut sichere Anlagemöglichkeit für die Ersparnisse der Bevölkerung und Ausreichung von Krediten aus den Einlagen für den gegenständlich und regional begrenzten Immobilienerwerb, für die örtliche Wirtschaft und zum Teil auch für ihre Träger.¹⁴

Schon lange vor Ausbruch der gegenwärtigen Krise haben die Girozentralen, später Landesbanken, diesen gegenständlich und regional sehr begrenzten Auftrag überschritten. Die kommunalen Sparkassen blieben aber in der Regel maßgebende Träger und Eigentümer der Landesbanken und sollten ihren typischen Passivüberhang bei ihnen anlegen. Ein Risiko für die Masse der Bevölkerung war damit nicht verbunden, da sämtliche Landesbanken durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vor der Insolvenz mit höchstmöglicher Sicherheit geschützt waren. Mit dem wachsenden

¹⁴ Deutlich zu erkennen in der Dritten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6. Oktober 1931, durch welche den kommunalen Sparkassen Rechtsfähigkeit verliehen worden ist (Fünfter Teil, Kapitel I, § 2 Abs. 1), RGBl. I, S. 537 (554). Bis dahin waren sie rechtlich unselbständige Teile der Kommunalverwaltung; in Preußen nach dem Reglement, die Einrichtung des Sparkassenwesens betreffend, vom 12. Dezember 1838, Gesetzes-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten 1838, S. 5 (No. 1956). Nach § 5 Abs. 2 war die Liquiditätsreserve der Sparkassen bei den „zuständigen“ Girozentralen, den Vorläufern der Landesbanken, anzulegen. Organisation und Geschäftsbetrieb der Girozentralen waren so zu regeln, wie es die Liquidität der Sparkassen erforderte, § 8 der Verordnung.

Konsolidierungsbedarf bei den Landesbanken auf Grund von zum Teil grotesken Fehlinvestitionen haben sich die Sparkassen immer mehr aus ihrer Eigentümerstellung entfernt und statt dessen den Ländern im Wesentlichen die Konsolidierungslasten zugeschoben. Zuletzt musste der Bund sogar einspringen (WestLB AG), obwohl er jahrelang die Landesbanken als ein Problem behandelt hatte, dass ausschließlich die Länder und ihre Kommunalkörperschaften als Träger der Banken zu lösen hätten.

1. Die Sparkassen

Die Sparkassen sind mit wenigen Ausnahmen¹⁵ als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert. Sie besitzen Rechtsfähigkeit und werden von Kommunalkörperschaften¹⁶ getragen. Sie können daher immer noch als „kommunale“ Sparkassen bezeichnet werden. Dies gilt allerdings nicht für einige der größten Sparkassen Deutschlands, die sich nicht in der Hand von Kommunen befinden.

(1) Die *Baden-Württembergische Bank* ist eine rechtlich unselbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts innerhalb der Landesbank Baden-Württemberg. Sie nimmt für den Bereich *Stuttgart* die Aufgaben einer Sparkasse wahr.¹⁷ Die *Berliner Sparkasse* ist dagegen eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts in der Trägerschaft der Landesbank Berlin AG¹⁸. Die *Braunschweigische Landessparkasse* (BLSK) ist eine teil-

¹⁵ Oben Fn. 4.

¹⁶ Das sind traditionell Gemeinden, Kreise und Zweckverbände. Teilweise ist aber neuerdings auch die Möglichkeit zur Gründung von Sparkassenholdings als Anstalten des öffentlichen Recht eingeräumt worden, beispielsweise § 17c Hessischer Sparkassengesetz vom 24. Februar 1991 (GVBl. Hessen I, S. 78), eingefügt durch Gesetz vom 29. September 2008 (GVBl. Hessen I, S. 875). In Hessen ist auch Möglichkeit einer Trägerschaft durch Stiftungen des öffentlichen Rechts eröffnet worden. Dagegen sieht § 1 Abs. 1 Satz 1 SpkG NRW die Errichtung einer Sparkasse nur durch Gemeinden oder Gemeindeverbände vor.

¹⁷ Näher unten S. 28.

¹⁸ Näher unten S. 22, 29.

rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts innerhalb der Nord/LB.¹⁹ Die *Frankfurter Sparkasse* von 1822 ist erst vor wenigen Jahren in eine Anstalt des öffentlichen Rechts umgewandelt worden. Sie besitzt Rechtsfähigkeit wie die anderen Sparkassen. Sie ist jedoch eine „landesunmittelbare Anstalt“ des Landes Hessen. Ihre Trägerin ist die Landesbank Hessen-Thüringen.²⁰ In diesen Fällen ist die vieldiskutierte vertikale Integration also bereits verwirklicht worden, wenn auch in unterschiedlichen Formen.²¹

(2) Wieder eine andere Rolle war den Sparkassen in Sachsen durch Schaffung des sächsischen Finanzverbandes zugewiesen worden, der eine Beteiligung der kommunalen Sparkassen vorsah – aber nur auf freiwilliger Basis.²² Diese ungewöhnliche Konstruktion war zwar vom Verfassungsgerichtshof des Freistaats Sachsen grundsätzlich gebilligt worden,²³ ist aber im Zusammenhang mit einem dagegen gerichteten Volksbegehren, kurze Zeit später wieder beseitigt worden.²⁴ Der Verfassungsgerichtshof hatte den Weg dafür frei gemacht und den ablehnenden Bescheid der Staatsregierung auf Zulassung des Volksbegehrens aufgehoben.²⁵ An die Stelle des Verbandes ist die Sachsen-Finanzgruppe als rechtsfähige Kör-

¹⁹ Näher unten S. 29.

²⁰ Näher unten S. 29.

²¹ Näher unten S. 23.

²² Gesetz über den Sachsen-Finanzverband (VerbG) und Sparkassengesetz des Freistaates Sachsen (SächsSparkG) [Neuregelung], die als Art. 1 und 2 des Gesetzes zur Neuordnung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Freistaat Sachsen einschließlich der Sächsischen Aufbaubank GmbH vom 3. Mai 1999 (SächsGVBl., S. 190, 195) erlassen worden waren.

²³ Urteil vom 23. November 2000 – Vf. 62-II-99.

²⁴ Artikel 9, § 2 des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Kreditwesen im Freistaat Sachsen vom 13. Dezember 2002 (GVBl. Sachsen, S. 333, 351).

²⁵ Urteil vom 15. März 2001 - Vf. 59-X-00. Zuvor war aber ein Antrag auf einstweilige Anordnung abgelehnt worden, Beschluss vom 26. August 1999 - Vf. 59-I-99.

perschaft des öffentlichen Rechts getreten,²⁶ an der einige große Sparkassen und das Land Sachsen beteiligt sind.²⁷ Bis zur Übernahme der Landesbank Sachsen-Girozentrale durch die Landesbank Baden-Württemberg zur Abwendung der Insolvenz dieses Instituts im April 2008²⁸ war die Gruppe auch Träger der Landesbank, die noch im Verlauf der Krise in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden ist.²⁹

2. Landesbanken

Die Landesbankenlandschaft ist mittlerweile sehr heterogen. Schon die grundlegenden Organisationsformen weisen erhebliche Unterschiede auf. Davon unabhängig sind aber alle Institute auf Wettbewerbsmärkten tätig; teilweise immer noch weit über das Territorium der sie tragenden Gebietskörperschaften hinaus. Ein Teil der Landesbanken übt immer noch hoheitliche Funktionen aus.

Im Einzelnen sind verschiedene Ordnungsmerkmale zu beachten. Teilweise, aber nicht mehrheitlich, sind die Landesbanken dergestalt *vertikal integriert*, dass sie unmittelbar oder über Tochterinstitute in nennenswertem Umfang mit Verbrauchern Bankgeschäfte abwickeln. Teilweise sind sie Einrichtungen nur eines Bundeslandes unter Einschluss seiner Kommunalkörperschaften. Teilweise sind *zwei oder mehr Bundesländer* Träger

²⁶ § 49 Abs. 1 des Gesetzes über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Freistaat Sachsen und die Sachsen-Finanzgruppe, erlassen als Artikel 1 des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Kreditwesen im Freistaat Sachsen vom 13. Dezember 2002 (GVBl. Sachsen, S. 333).

²⁷ Weitere Einzelheiten: *Dino Uhle*, Der Sachsen-Finanzverband und die Sachsen-Finanzgruppe: Über die Umstrukturierung des öffentlich-rechtlichen Kreditsektors im Freistaat Sachsen, 2005.

²⁸ Vgl. *Martin Fischer*, Die Ursachen der Immobilienkrise und ihre Auswirkungen auf den Finanzmarkt Deutschland, 2009, S. 39.

²⁹ Gesetz zur Umwandlung der Landesbank Sachsen Girozentrale in eine Aktiengesellschaft (Landesbank Sachsen Umwandlungsgesetz – SachsenLBUmwG) = Artikel 1 des Gesetzes zur Umwandlung der Landesbank Sachsen Girozentrale in eine Aktiengesellschaft und zur Änderung anderer Gesetze vom 4. Juli 2007, SächsGVBl. S. 303.

oder Eigentümer. Soweit es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt, ist in jedem Fall ein Staatsvertrag als Grundlage erforderlich, wie bei der Landesbank Hessen-Thüringen. Die Beteiligung des Bundes an Anstalten des öffentlichen Rechts ist eindeutig unzulässig, während sie bei Privatrechtssubjekten, wie der WestLB AG, gesellschaftsrechtlich möglich ist; wenn auch verbunden mit einer Reihe öffentlich-rechtlicher Zweifelsfragen. Überwiegend nehmen die Landesbanken noch Aufgaben als *Förderbanken* wahr, vereinzelt sind aber auch selbstständige Institute als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gegründet worden, wie die NRW.BANK in Nordrhein-Westfalen. Ob die NRW.Bank zur Gruppe der Landesbanken gerechnet werden sollte, ist eine offene Frage.

Auch ist die gesellschaftsrechtliche oder organisationsrechtliche *Beteiligung der (kommunalen) Sparkassen* und ihrer (öffentlich-rechtlichen) Verbände an den Instituten nach Art und Umfang von sehr unterschiedlichem Gewicht und hat sich zum Teil im Verlauf der Krisenbewältigung dramatisch gewandelt. Schließlich gibt es auch Ansätze zur Bildung von vertikalen *Konzernen* innerhalb des Landesbankensektors wie in Bremen und Oldenburg. Wenn also über Landesbanken gesprochen wird, ist es regelmäßig angezeigt, nach folgenden Kriterien zu differenzieren:

- Rechtsform
- vertikale Integration
- staatliche Trägerschaft
- Beteiligung kommunaler Sparkassen oder ihrer Verbände
- Ausgliederung von Förderbanken
- Konzernbildung.

Wesentlich ist aber in jedem Fall die Unterteilung anhand der Rechtsform, in der sie organisiert sind:

- Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts (1)
- Aktiengesellschaften (2)

- Mischformen (3).

(1) Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts:

Landesbank Baden-Württemberg (LBBW)

Die Landesbank Baden-Württemberg ist zum 1. Januar 1999 durch Vereinigung der Südwestdeutschen Landesbank Girozentrale, der Landesgirokasse und des Marktteils der Landeskreditbank Baden-Württemberg entstanden. Das Vermögen der Landsgirokasse und der Landeskreditbank Baden-Württemberg gingen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Südwestdeutsche Landesbank über. Die neu gegründete Landesbank wurde als *rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts* organisiert.³⁰

An ihr sind der Sparkassenverband Baden-Württemberg mit 40,534 %, das Land Baden-Württemberg mit 19,570 %, die Landeshauptstadt Stuttgart mit 18,932 %, die Landesbeteiligungen Baden-Württemberg GmbH mit 18,258 % und die L-Bank (Landeskreditbank Baden-Württemberg) mit 2,706 % beteiligt.³¹

Landesbank Hessen-Thüringen (Helaba)

Die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale wurde 1992 durch Staatsvertrag über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen zwischen dem Land Hessen und dem Freistaat Thüringen gegründet.³² Sie ist eine *rechtsfähige Anstalt des öffentlichen*

³⁰ § 1 Abs. 1 Satz 1, § 34 Gesetz über die Landesbank Baden-Württemberg vom 11. November 1998 (GBl. BW, S. 589), zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Landesbankgesetzes vom 14. August 2010 (GBl. BW, S. 201).

³¹ § 3 Abs. 3 der Satzung der LBBW i.d.F. vom 14. August 2010.

³² Staatsvertrag über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen vom 10. März 1992 (Ratifikation durch Hessen, Gesetz vom 20. Mai 1992, GVBl. Hessen I, S. 189; Ratifikation durch Thüringen, Gesetz vom 26. Juni 1992, GVBl. Thüringen, S. 291); zuletzt geändert durch Staatsvertrag vom 18. Juni 2008 (Ratifikation durch Hessen, Gesetz zu dem Staatsvertrag zwischen dem Land Hessen und dem Freistaat Thüringen zur Änderung des Staatsvertrages über die Bildung einer gemeinsamen Sparkassenorganisation Hessen-Thüringen vom 19. November

*Rechts.*³³ An ihr sind der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen zu 85 %, das Land Hessen zu 10 % sowie der Freistaat Thüringen zu 5 % beteiligt. Hinzu kommt aber noch eine stille Beteiligung des Landes Hessen.

Norddeutsche Landesbank (NordLB)

Ebenso wie die Landesbank Hessen-Thüringen handelt es sich bei der bereits im Jahre 1970 errichteten Norddeutschen Landesbank³⁴ um eine *rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts*,³⁵ deren Trägerkreis und Tätigkeitsbereich die Landesgrenzen überschreitet. Rechtsgrundlage ist ein Staatsvertrag zwischen den Ländern Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg Vorpommern.

Gegenwärtig hält das Land Niedersachsen mit 41,75 % den größten Anteil an der Landesbank. Das Land Mecklenburg-Vorpommern ist im Juli 2005 als Träger ausgeschieden. Es besteht aber eine indirekte regionale Beteiligung über den Sparkassenbeteiligungszweckverband Mecklenburg-Vorpommern mit 5,22 % der Anteile. Die restlichen Anteile sind in der Hand des Sparkassenverbandes Niedersachsen mit 37,25 %, des Landes Sachsen-Anhalt mit 8,25 % und des Sparkassenbeteiligungsverbandes

2008, GVBl. Hessen I, S. 983; Ratifikation Thüringen, Gesetz vom 16. Juli 2008, GVBl. Thüringen, S. 217).

³³ Art. 4 Satz 2 des Staatsvertrages.

³⁴ Geschäftsbericht der Norddeutschen Landesbank 2010, S. 290.

³⁵ § 1 Abs. 1 des Staatsvertrages zwischen dem Land Niedersachsen, dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Mecklenburg-Vorpommern über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale – vom 22. August 2007 (Ratifikation durch Niedersachsen, Gesetz vom 16. November 2007, Nds. GVBl. S. 631; Ratifikation durch Mecklenburg-Vorpommern, Gesetz vom 3. Dezember 2007, GVBl. Mecklenburg-Vorpommern, S. 373; Ratifikation durch Sachsen-Anhalt, Gesetz vom 7. Dezember 2007, GVBl. Sachsen-Anhalt, S. 393). Der Staatsvertrag ist zuletzt durch Staatsvertrag vom 12. Juli 2011 geändert worden, durch den § 15 aufgehoben worden ist (Nds. GVBl. S. 291).

Sachsen-Anhalt mit 7,53 %.³⁶ Das Land Niedersachsen hat zum Zwecke einer getrennten Darstellung der für Kapitalisierungsmaßnahmen erforderlichen Kreditaufnahme ein nichtrechtsfähiges Sondervermögen gebildet („Sondervermögen NORD/LB“).³⁷

Landesbank Saar (SaarLB)

Bei der Landesbank Saar handelt es sich ebenfalls um eine *rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts*.³⁸ Ihre Träger sind die Bayerische Landesbank, der Sparkassenverband Saar und das Saarland.³⁹ Noch bis zum 20. Juni 2010 gehörte die Landesbank Saar zum Konzern der Bayerischen Landesbank. Bis dahin hielt die Bayerische Landesbank 75,1 % der Anteile. Mit Vertrag vom 18./21. Dezember 2009 vereinbarte die Bayerische Landesbank mit dem Saarland die Übertragung von Anteilen im Umfang von 25,2 %. Mit Wirkung zum 21. Juni 2010 waren alle vertraglichen Bedingungen erfüllt und die Landesbank Saar schied aus dem Konzern der Bayerischen Landesbank aus. Gleichzeitig widerrief die Bayerische Landesbank mit Wirkung zum 21. Juni 2010 ihre Patronatserklärungen zu Gunsten der Landesbank Saar für alle Verbindlichkeiten, die nach dem 21. Juni 2010 begründet werden würden.

(2) Aktiengesellschaften

HSH Nordbank AG

Die HSH Nordbank AG ist durch die Fusion der Landesbank Hamburg und der Landesbank Schleswig-Holstein im Jahr 2003 entstanden. Sie wurde

³⁶ § 6 Abs. 1 des Gesetzes zum Staatsvertrag vom 16. November 2007 (GVBl. 2007, S. 632) i.V.m. § 3 Abs. 1 der Satzung der Norddeutschen Landesbank i.d.F. vom 13. Dezember 2010.

³⁷ § 1 des Gesetzes über Kapitalmaßnahmen zugunsten der Norddeutschen Landesbank vom 26. Mai 2011, Nds. GVBl. S. 155.

³⁸ § 32 Abs. 1 des Saarländischen Sparkassengesetzes – SSpkG vom 8. August 2006 (Abl. Saarland, S. 1534).

³⁹ § 32 SSpkG.

durch Staatsvertrag vom 4. Februar 2003 rückwirkend auf den 1. Januar 2003 vereinbart.⁴⁰ Die Fusion wurde durch eine die Rechtsform ändernde Verschmelzung der beiden Anstalten auf die neu gegründete Aktiengesellschaft zum 2. Juni 2003 vollzogen.⁴¹

Im Zusammenhang mit den im Verlauf der gegenwärtigen Krise erforderlichen Stützungsmaßnahmen ist ein Finanzfonds als gemeinsame Anstalt des öffentlichen Rechts der Länder Schleswig-Holstein und Hamburg geschaffen worden. Er ist mit 59,92 % an der HSH Nordbank beteiligt. Die Freie und Hansestadt Hamburg hält unmittelbar 12,37 % der Anteile an der Bank, das Land Schleswig-Holstein 10,98 % und der Sparkassen- und Giroverband Schleswig-Holstein 6,08 %. Mit einem Anteil von 10,66 % weist die HSH Nordbank AG als einzige Landesbank eine direkte private Beteiligung auf. Es handelt sich um neun Trusts, die von J.C. Flowers & Co. LLC verwaltet werden. Auf Grund der Rekapitalisierungsmaßnahmen von Seiten der Länder hat sich ihr Anteil von ursprünglich 25,67 % (2008) auf 10,66 % (2010) reduziert.⁴²

Westdeutsche Landesbank AG

Die Westdeutsche Landesbank AG ist im Jahre 2002 als Folge der Neustrukturierung der Westdeutschen Landesbank Girozentrale, Anstalt des öffentlichen Rechts, entstanden.⁴³ Im Wesentlichen wurden die Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen, der Geschäftsbereich

⁴⁰ Gesetz zur Fusion der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale – mit der Landesbank Schleswig-Holstein vom 22. Mai 2003 (GVBl. Schleswig-Holstein, S. 216; GVBl. Hamburg, S. 119).

⁴¹ Der Rechtsformenwechsel wurde dabei rückwirkend mit Staatsvertrag vom 4. Februar 2003 zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Land Schleswig-Holstein über die Verschmelzung der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale und der Hamburgischen Landesbank - Girozentrale - auf eine Aktiengesellschaft vollzogen, (GVBl. Schleswig-Holstein, S. 216; GVBl. Hamburg, S. 119).

⁴² Geschäftsberichte der HSH Nordbank AG 2010, S. 53 sowie 2008, S. 181.

⁴³ Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen vom 3. Juli 2002 (GVBl. NRW, S. 284).

„Investitionsbank“ Nordrhein-Westfalen sowie der Geschäftsbereich „Öffentlicher Pfandbrief“ von der Anstalt abgespalten.⁴⁴ Die abgespaltenen Aufgabenbereiche wurden auf die neu gegründete Landesbank Nordrhein-Westfalen übertragen, die als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert worden war. Nach Vollzug der Abspaltung wurde die Westdeutsche Landesbank Girozentrale in eine Aktiengesellschaft umgewandelt.⁴⁵ Sämtliche Anteile der Gewährträger an der Westdeutschen Landesbank Girozentrale gingen auf die Landesbank Nordrhein-Westfalen über.⁴⁶ Die Landesbank Nordrhein-Westfalen wurde schließlich in die jetzige NRW.BANK umgewandelt.⁴⁷

Danach ergaben sich folgende Beteiligungsverhältnisse an der WestLB AG: NRW.BANK 30,862 %, Rheinischer Sparkassen- und Giroverband sowie Sparkassenverband Westfalen-Lippe jeweils 25,032 %, das Land Nordrhein-Westfalen unmittelbar 17,766 %, der Landschaftsverband Rheinland sowie der Landschaftsverband Westfalen-Lippe jeweils 0,654 %.⁴⁸ Träger der NRW.BANK sind das Land und die beiden Landschaftsverbände.⁴⁹ Die Landschaftsverbände haben ihre Anteile an der NRW.BANK vor kurzem in unmittelbare Beteiligungen an der WestLB AG umgewandelt.

Erhebliche Aktiva der Bank im Umfang von 77 Mrd. Euro (2009 Teilportfolio von 6 Mrd. Euro; 2011 Hauptportfolio von 71 Mrd. Euro) sind bereits auf eine öffentlich-rechtliche Sanierungsanstalt („bad bank“) unter dem Dach

⁴⁴ Art. 1, § 2 Abs. 1 des Neuregelungsgesetzes vom 3. Juli 2002 (GVBl. NRW, S. 284).

⁴⁵ Art. 1, §§ 1 und 2 Abs. 2, 8 Abs. 1 des Neuregelungsgesetzes vom 3. Juli 2002 (GVBl. NRW, S. 284 f.).

⁴⁶ Art. 1, § 6 Satz 1 des Neuregelungsgesetzes vom 3. Juli 2002 (GVBl. NRW, S. 285).

⁴⁷ Näher unten S. 25.

⁴⁸ Art. 1, § 8 Abs. 2 des Neuregelungsgesetzes vom 3. Juli 2002 (GVBl. NRW, S. 285).

⁴⁹ Näher unten S. 25.

der Finanzmarktstabilisierungsanstalt des Bundes (Erste Abwicklungsanstalt - EAA) ausgelagert worden. Dadurch ist das wirtschaftliche Risiko insoweit vollständig auf den Bund übergegangen.⁵⁰ Der Bund hat sich in Gestalt des Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung („Soffin“) in Höhe von 3 Mrd. Euro mit einer stillen Einlage an der Bank beteiligt.⁵¹ Da die Einlage handelsrechtlich als Eigenkapital (und aufsichtsrechtlich als Kernkapital) gewertet wird, sind die Beteiligungsverhältnisse entsprechend anzupassen.

Im Bescheid zur Billigung der Maßnahmen des Landes und seiner Sparkassen zur Stützung der WestLB AG hat die EU-Kommission zur Auflage gemacht, dass die Bank zur Übernahme durch Private bis Ende 2011 angeboten wird.

(3) Mischformen

BayernLB Holding AG

Im Gegensatz zu den anderen Landesbanken sind unmittelbare Träger der Bayerischen Landesbank nicht die Gebietskörperschaften oder ein Sparkassenverband. Die Bayerische Landesbank Holding AG ist vielmehr als Finanzholding zwischengeschaltet und mit der Trägerschaft der Bayerischen Landesbank beliehen, die nach wie vor eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts ist.⁵² In diesem Zusammenhang übertragen der Bayerische Sparkassen- und Giroverband und das Land Bayern als Träger der damaligen Landesbank ihre Anteile in Höhe von jeweils 50 % auf die neu errichtete Bayerische Landesbank Holding AG, an der sie im Gegenzug Anteile zu jeweils 50 % übernahmen.

⁵⁰ Geschäftsbericht 2010, S. 16.

⁵¹ Geschäftsbericht 2010, S. 97 f.

⁵² Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Bayerische Landesbank vom 1. Februar 2003 (GVBl. Bayern, S. 54), zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Bayerischen Landesbank-Gesetzes vom 27. Juli 2009 (GVBl. Bayern, S. 397).

Die Beteiligung des Bayerischen Sparkassen- und Giroverbandes ist im Verlauf der Krise auf 5,97 % geschrumpft. Der Freistaat Bayern hält nunmehr 97,03 % der Anteile an der Bayerischen Landesbank Holding AG. Diese Verschiebung ist Folge der Kapitalzuführung durch das Land Bayern in Höhe von 10 Mrd., die notwendig war, um das Institut wegen fehlerhafter Geschäftsentscheidungen vor der Insolvenz zu retten.

Landesbank Berlin Holding AG

Die Landesbank Berlin ist als Folge der Skandale um die Berliner Bank AG und die Berliner Bankgesellschaft nunmehr als Aktiengesellschaft organisiert. Das entsprach einer Auflage der EU-Kommission. Sie ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Landesbank Berlin Holding AG und ist als beliehenes Unternehmen Träger der Berliner Sparkasse. Die Landesbank Berlin (LBB) ist zum 1. Januar 2006 von einer Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Aktiengesellschaft (LBB AG) umgewandelt worden.⁵³

Im Einzelnen ist so verfahren worden: Die Bankgesellschaft Berlin AG (BGB) hat das gesamte Grundkapital der Landesbank Berlin AG übernommen.⁵⁴ Das Vermögen der Bankgesellschaft Berlin AG wurde durch Beschluss der Hauptversammlung im Wege der Ausgliederung vollständig auf die Landesbank Berlin AG übertragen. Gleichzeitig wurde die Berliner Sparkasse, die bis zu diesem Zeitpunkt eine unselbstständige Abteilung der Landesbank Berlin (LBB) war, zu einer teilrechtsfähigen Anstalt⁵⁵ ohne eigenes vom Träger getrenntes Vermögen. Mit Umwandlung der Landes-

⁵³ § 10 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über die Berliner Sparkasse und die Umwandlung der Landesbank Berlin – Girozentrale – in eine Aktiengesellschaft (Berliner Sparkassengesetz – SpkG) vom 28. Juni 2005 (GVBl. Berlin, S. 346). Durch dieses Gesetz wurde auch die Möglichkeit zur Übernahme einer Sparkasse durch Private geschaffen, ein Novum in der deutschen Sparkassengeschichte.

⁵⁴ § 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. Juni 2005 (GVBl. Berlin, S. 348).

⁵⁵ § 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Juni 2005 (GVBl. Berlin, S. 346).

bank Berlin Girozentrale trat die Landesbank Berlin AG (LBB AG) an ihre Stelle und wurde - im Wege der Beleihung – Träger der Berliner Sparkasse.⁵⁶ Am 14. Juli 2006 wurde die Bankgesellschaft Berlin (BGB) durch Beschluss der Hauptversammlung in Landesbank Berlin Holding AG umbenannt. Sie hält alle Anteile an der Landesbank Berlin AG (LBB AG).⁵⁷ Sie ist eine Finanzholding im Sinne des Kreditwesengesetzes.

Anders als die Landesbank Berlin Holding AG ist die Landesbank Berlin AG nicht börsennotiert. Sie ist in ein komplexeres Beteiligungsgeflecht eingebettet, das im Wesentlichen vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband finanziert worden ist und von ihm beherrscht wird. Ihre Mehrheitsaktionärin ist die Erwerbsgesellschaft der S-Finanzgruppe mbH & Co. KG (S-Erwerbsgesellschaft), die einen Anteil von 88,03 % hält. 10,63 % der Anteile hält die S-Finanzgruppe mbH & Co. KG (S-Beteiligungsgesellschaft), deren Komplementärin die S-Erwerbsgesellschaft ist. Die Funktion als Komplementärin der S-Erwerbsgesellschaft übernimmt wiederum die Regionalverbandsgesellschaft der S-Finanzgruppe mbH, die sowohl für die S-Erwerbsgesellschaft als auch S-Beteiligungsgesellschaft die Geschäftsführung wahrnimmt. 1,34 % der Anteile an der Landesbank Berlin Holding AG befinden sich im Streubesitz.⁵⁸

3. Förderbanken und andere Institute mit Sonderaufgaben

a) Bundesebene

Auf Bundesebene⁵⁹ ist mittlerweile mit Abstand die wichtigste „öffentliche Bank“ die KfW-Bank, wenn man zunächst einmal von der Commerzbank

⁵⁶ Siehe § 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. Juni 2005 (GVBl. Berlin, S. 346).

⁵⁷ Geschäftsbericht der Landesbank Berlin Holding AG 2006, S. 50.

⁵⁸ Geschäftsbericht der Landesbank Berlin Holding AG 2010, S. 36.

⁵⁹ Überblick über die Förderbanken des Bundes bei *Helko Ueberschär*, Haushalte ohne Kontrolle, 2007, S. 40 ff.

und der Hypo-Real-Estate (HRE)⁶⁰ absieht. Sie ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts⁶¹ mit unbegrenzter Haftung des Bundes⁶². Obwohl sie vom Gesetzgeber als reine Förderbank ausgestaltet worden ist, hat sie – wie schon so häufig im Bereich der „öffentlichen Banken“ – zahlreiche Tochterunternehmen gegründet, mit denen sie vielfältige andere Aktivitäten entfaltet. Öffentlich tritt sie als „KfW-Bankengruppe“ auf.⁶³ Ihr Status als Träger öffentlicher Verwaltung mit unbegrenzter Staatshaftung wird nur gelegentlich kund getan, wenn es dem Management opportun erscheint. Ihre Aufsichtsgremien sind aber unmittelbar von Spitzenpolitikern aus Bund und Ländern besetzt worden. Auch ihre (frühere) Vorstandsvorsitzende war eine ehemalige Spitzenpolitikerin.

⁶⁰ Nach Abspaltung der „toxischen“ Vermögenswerte und Geschäftsbereiche und Übertragung auf eine Abwicklungsanstalt im Rahmen der Finanzmarktstabilisierungsanstalt („FMS Wertmanagement“) zum 1. Oktober 2010 ist sie in die „Deutsche Pfandbriefbank AG“ umgewandelt worden. Sie ist im Juni 2009 durch die Verschmelzung der beiden Pfandbriefbanken Hypo Real Estate Bank AG und DEPFA Deutsche Pfandbriefbank AG und anschließende Umfirmierung entstanden. Als Holding besteht die HRE aber weiter. Vorausgegangen war im November 2008 der Zusammenschluss der beiden Immobilienbanken im HRE-Konzern, der Hypo Real Estate Bank International AG und der Hypo Real Estate Bank AG. Der HRE-Konzern selbst war im September 2003 aus der Abspaltung von Teilen des gewerblichen Immobilienfinanzierungsgeschäfts der damaligen HVB Group entstanden. Im Oktober 2007 hatte die HRE Holding die irische DEPFA Bank plc samt ihrer Tochtergesellschaften, unter anderem die DEPFA Deutsche Pfandbriefbank AG, übernommen. Die problematischen Aktiva stammten im Wesentlichen von der „Depfa plc.“. Diese war auf dem Höhepunkt der Krise von der HRE übernommen worden, als sich ihre Gefährlichkeit für das Gesamtinstitut schon klar abzeichnete. Das Management wollte aber unbedingt sein „empire building“ fortsetzen. Die „Depfa plc.“ ist aus einem soliden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, der deutschen Pfandbriefanstalt in Wiesbaden, hervorgegangen, das verlässlich einen öffentlichen Auftrag erfüllt hatte. Nach seiner Privatisierung ist es zu einem hochgefährlichen Instrument umgewandelt worden, das ohne Eingreifen des Bundes fast die gesamte Bankenlandschaft in den Abgrund gerissen hätte; ein weiteres Beispiel für eine im Ansatz verfehlte und im Einzelnen schlecht durchgeführte Privatisierung.

⁶¹ § 1 Abs. 1 Gesetz über die KfW vom 5. November 1948 (WiGBl. S. 123) in der Fassung vom 23. Juni 1969 (BGBl. I S. 573), zuletzt geändert durch die Neunte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2427).

⁶² § 1a Gesetz über die KfW.

⁶³ Weitere Einzelheiten bei *Ueberschär* (Fn. 59), S. 48 ff., allerdings eine in nicht allen Details juristisch korrekte Darstellung.

b) Landesebene

Auf Landesebene nehmen häufig die Landesbanken die Aufgaben einer Förderbank wahr. Das ist auch im Hinblick auf das europäische Wettbewerbsrecht zulässig, solange und soweit eine klare organisatorische und rechnungsmäßige Trennung von den Aktivitäten der Bank im Wettbewerbsgeschäft vorhanden ist. Es muss ausgeschlossen sein, dass eine Quersubventionierung stattfindet. Das wäre eine europarechtlich grundsätzlich unzulässige Beihilfe. Einen anderen Weg ist das Land Nordrhein-Westfalen gegangen. Dort ist im Jahre 2004 eine rechtlich selbständige Förderbank im Rahmen der Neuordnung der Westdeutschen Landesbank Girozentrale gegründet worden, die NRW.BANK.⁶⁴

Die Bank ist ein Kreditinstitut in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts.⁶⁵ Ihre Träger waren von ihrer Gründung bis zum 1. Juni 2011 das Land Nordrhein-Westfalen sowie die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe;⁶⁶ diese allerdings nur mit einem minimalen Anteil. Die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe sind vor kurzem entsprechend einer vertraglichen Vereinbarung auf der Grundlage von § 4 Abs. 5 NRW.BANK G mit Wirkung zum 31. Mai 2011 aus dem Kreis der Gewährträger ausgeschieden und haben ihre Anteile von jeweils 0,69 Prozent in direkte Anteile an der WestLB AG umgewandelt.⁶⁷

In § 4 Abs. 2 NRW.BANK G sind Anstaltslast und in § 4 Abs. 3 NRW.BANK G Gewährträgerhaftung des Landes angeordnet. Sowohl die

⁶⁴ Gesetz über die NRW.BANK (NRW.BANK G) vom 16. März 2004 (GV NRW, S. 126). Der Titel war mit Wirkung vom 15. November 2007 geändert worden (GV NRW, S. 443).

⁶⁵ § 1 NRW.BANK G.

⁶⁶ § 4 Abs. 1 NRW.BANK G.

⁶⁷ GV. NRW vom 3. Juni 2011, S. 764.

Anstaltslast als auch die Gewährträgerhaftung sind in ihrer Höhe nicht begrenzt. Die Gewährträgerhaftung hat eine unmittelbare Haftung gegenüber Dritten zum Inhalt. Sie ist im Grundsatz auch unbedingt, also nicht von vorher zu erfüllenden Bedingungen, wie eine vorherige Inanspruchnahme der Bank, abhängig, und unbefristet. Zwar enthält § 4 Abs. 3 Satz 2 NRW.BANK G die Bedingung, dass „eine Befriedigung aus dem Vermögen der NRW.BANK nicht zu erlangen ist“. Diese Bedingung wird aber anschließend für nahezu alle risikoträchtigen Geschäfte wieder beseitigt, da die Gewährträger nach § 4 Abs. 3 Satz 3 NRW.BANK G „unmittelbar gesamtschuldnerisch“ für die von der Bank aufgenommenen Darlehen und begebenen Schuldverschreibungen, die als Festgeschäfte ausgestalteten Termingeschäfte, die Rechte aus Optionen und andere Kredite an die NRW.BANK sowie für Kredite, soweit sie von der Bank ausdrücklich gewährleistet werden, haften. Namentlich begründet die letzte Variante eine unbegrenzte Haftung des Landes, deren Begründung in der Hand der Anstaltsleitung liegt. Es besteht also eine unmittelbare, unbegrenzte, unbedingte und unbefristete Haftung des Landes.⁶⁸

Diese „öffentliche Bank“ ist nach der gesetzlichen Aufgabenbeschreibung strikt auf einen eng begrenzten Geschäftskreis beschränkt worden. Sie sollte – auch aus europarechtlichen Gründen – kein „Wettbewerbsgeschäft“ betreiben dürfen. Das sollte allein der neuen Westdeutschen Landesbank AG überlassen bleiben. Das Gesetz hat deshalb ihren Auftrag explizit als „staatlich“ bezeichnet und auf die Unterstützung des Landes und seiner Kommunalkörperschaften bei der Erfüllung ihrer Aufgaben beschränkt.⁶⁹ Gleichwohl hat das Management das Institut mit Billigung der

⁶⁸ Ausdrücklich festgestellt im Schreiben des Finanzministeriums an den Vorstand der Bank vom 1. März 2005 – Az. J 1002 – 265 – IV 3. Dementsprechend hat die Bundesbank eine „Solva 0“ Erklärung abgegeben, nach der alle Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute Forderungen gegen die Bank entsprechend behandeln, Schreiben vom 21. April 2004 – Az. laufende Aufsicht 1 – 200.

⁶⁹ § 3 Abs. 1 NRW.BANK G.

Landesregierung schon wieder zu einem der größten deutschen Kreditinstitute ausgedehnt.⁷⁰

4. Verflechtungen und (vertikale) Integration

Schon seit vielen Jahren ist ein Prozess der Verflechtung zwischen den Landesbanken zu beobachten.⁷¹ Teilweise wurden Eingliederungen in Konzerne vorgenommen, wie bei der Landesbank Saar, der Landesbank Rheinland-Pfalz und der Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale. Es hat aber nicht zu der vielfach geforderten „Konsolidierung“ des Landesbankensektors geführt. Im Gegenteil hat mit dem Ausscheiden der Landesbank Saar aus dem Konzernverbund der BayernLB jüngst eine „Entkonsolidierung“ statt gefunden. Erst mit der Aufteilung der WestLB und der Gründung einer von der Sparkassen-Finanzgruppe etablierten und kapitalisierten Verbundbank⁷² sowie deren mögliche Übernahme durch die HeLaBa würde ein derartiger Prozess in Gang kommen.

Hinzu kommt aber noch die Diskussion um eine „vertikale“ Integration der Landesbanken mit den (kommunalen) Sparkassen, da nur dies ein zukunftsfähiges Geschäftsmodell für die Landesbanken sei. Dies entsprach auch lange Zeit der Sicht der EU-Kommission. Als erfolgreiches und zukunftsträchtiges Modell wird in diesem Zusammenhang die Übernahme (und Sanierung) der Frankfurter Sparkasse von 1822 durch die Landesbank Hessen-Thüringen angesehen.

⁷⁰ Nach eigenen Angaben größte Förderbank in Deutschland und Rang 16 aller deutschen Kreditinstitute.

⁷¹ Zuerst *Siekmann* (Fn. 6), S. 362; später eingehend *Becker* (Fn. 1).

⁷² Verständigung der Eigentümer der WestLB vom 23. Juni 2011 mit der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA), der Ersten Abwicklungsanstalt (EAA) und der WestLB auf verbindliche Eckpunkte zum Restrukturierungsplan der WestLB, Zwischenbericht der WestLB zum 1. Halbjahr 2011, S. 7 f.; ad-hoc Meldung der WestLB gem. § 15 WpHG vom 24. Juni 2011; die kontroverse und nicht einheitlich entschiedene parlamentarisch Behandlung fand in der 37. Sitzung der 15. WP des Landtags am 30. Juni 2011 statt, Plenarprotokoll 15/37, S. 3647, 3676 f.

Im Einzelnen sind folgende Verbindungen erwähnenswert:

a) Landesbank Baden-Württemberg

Zum 1. Januar 2005 hat die Landesbank Baden-Württemberg die Landesbank Rheinland-Pfalz vollständig übernommen.⁷³ Sie wurde zum 1. Januar 2008 unter dem neuen Namen Rheinland-Pfalz Bank als rechtlich unselbstständige Anstalt in den LBBW-Konzern eingegliedert.⁷⁴

Im August 2005 wurde auch die Baden-Württembergische Bank in die Landesbank Baden-Württemberg eingegliedert. Sie ist eine rechtlich unselbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts innerhalb der Landesbank und betreut als operativ selbstständige Einheit die Geschäftsfelder des Privat- und Unternehmenskundengeschäfts mit einem besonderen Fokus auf das Mittelstandsgeschäft in Baden-Württemberg. Auf dem Gebiet der Landeshauptstadt Stuttgart erfüllt sie auch für die Landesbank die *Aufgabe einer Sparkasse* (vertikale Integration). Im Rahmen dieser Aufgaben bietet die BW-Bank alle Arten von Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäften an.

Zum 1. April 2008 wurde auch die Landesbank Sachsen AG in die Landesbank Baden-Württemberg eingegliedert und wird nun als unselbstständige Anstalt unter dem Namen Sachsen Bank weitergeführt (horizontale Integration).⁷⁵ Die sächsische Landesbank war erst im Verlauf der Krise von einer Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden.⁷⁶

⁷³ Geschäftsbericht der Landesbank Baden-Württemberg 2005, S. 2.

⁷⁴ Geschäftsbericht der Landesbank Baden-Württemberg 2008, S. 67.

⁷⁵ Geschäftsbericht der Landesbank Baden-Württemberg 2008, S. 67.

⁷⁶ Oben S. 14.

b) Bayerische Landesbank

Durch die Veräußerung von 25,2 % ihrer Anteile an das Saarland hat die BayernLB ihre Beteiligung an der Landesbank Saar von 75,1 % auf 49,9 % mit Wirkung zum 21. Juni 2010 verringert.

c) Landesbank Berlin AG

Die Landesbank Berlin AG ist Träger der teilrechtsfähigen Anstalt Berliner Sparkasse.⁷⁷ Da die Landesbank als Privatrechtssubjekt nicht Träger einer verwaltungsrechtlichen Anstalt sein kann, ist man wieder auf die Idee einer „Beleihung“ verfallen.⁷⁸ Sie hatte schon bei der alten Bankgesellschaft Berlin eine fragwürdige Rolle gespielt.

d) Landesbank Hessen-Thüringen

Die Landesbank Hessen-Thüringen hat am 8. September 2005 sämtliche Anteile an der Frankfurter Sparkasse AG erworben (vertikale Integration). Zum 1. Juli 2007 wurde durch formwechselnde Umwandlung dieser Aktiengesellschaft die Frankfurter Sparkasse als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet.⁷⁹

e) Norddeutsche Landesbank

Die Norddeutsche Landesbank hält 92,5 % an der Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale. Sie ist Trägerin der Braunschweigischen Landessparkasse, die als eine besondere Abteilung der Norddeutschen Landesbank – Girozentrale – (NORD/LB) geführt worden war

⁷⁷ § 3 Abs. 1 und 2 Satz 1 Gesetz über die Berliner Sparkasse und die Umwandlung der Landesbank Berlin – Girozentrale – in eine Aktiengesellschaft (Berliner Sparkassengesetz – SpkG) vom 28. Juni 2005 (GVBl. Berlin, S. 346).

⁷⁸ § 3 Abs. 2 Satz 2 Berliner SpkG; oben S. 22.

⁷⁹ § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Errichtung der Frankfurter Sparkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts (Fraspa-Gesetz) vom 14. Mai 2007 (GVBl. I S. 283).

und in eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts der NORD/LB umgewandelt worden ist.⁸⁰

f) NRW.BANK

Die Bank übt Holdingfunktionen aus und hält 30,862 % der Anteile an der Westdeutschen Landesbank AG. Die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe haben ihre Trägerschaft aufgegeben und in unmittelbare Beteiligungen an der WestLB umgewandelt.⁸¹

g) Landesbank Saar

Die Bayerische Landesbank ist seit diesem Jahr nur noch in Höhe von 49,9 % an der Landesbank Saar beteiligt (horizontale Verflechtung). Das Saarland ist Träger in Höhe von 35,2 % sowie der Sparkassenverband Saar in Höhe von 14,9 %. Vor diesem Hintergrund hat sich die Anzahl der Landesbanken entgegen den Konsolidierungsforderungen aus Bankwirtschaft und Politik noch von sieben auf acht erhöht.

5. DekaBank - Deutsche Girozentrale

Die DekaBank - Deutsche Girozentrale ist das Zentralinstitut und die Investmentgesellschaft der deutschen Sparkassen. Die DekaBank ging 1999 aus der Fusion der Deutschen Girozentrale Deutsche Kommunalbank und der DekaBank GmbH hervor. Sie hat unter anderem Tochterunternehmen in Luxemburg, Irland und der Schweiz. Sie ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts des Bundes, die bis vor kurzem gemeinsam von sechs

⁸⁰ § 1 des Statuts der Braunschweigischen Landessparkasse, beschlossen von der Trägerversammlung der Norddeutschen Landesbank - Girozentrale am 12. Dezember 2007.

⁸¹ Oben S. 25.

Landesbanken und dem deutschen Sparkassen- und Giroverband getragen wurde.⁸²

Der deutsche Sparkassen- und Giroverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (DSGV ök) und ist leicht mit dem namensgleichen Verein zu verwechseln, der eine Interessenvertretung der Sparkassen ist. Er wurde 1924 gegründet. Seine Hauptaufgabe ist gegenwärtig die Trägerschaft der DekaBank (gemeinsam mit den Landesbanken). Die übrigen Aufgaben und Funktionen ruhen mit Genehmigung der Staatsaufsicht seit dem Jahr 1955 und werden seit dieser Zeit vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V. wahrgenommen. Einige Landesbanken sind nicht mehr juristische Personen des öffentlichen Rechts. Es ist rechtlich außerordentlich fragwürdig, ob sie als Privatrechtssubjekte noch Träger der DekaBank, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, sein können. Die dafür gelegentlich herangezogene Figur der Beleihung ist ebenfalls problematisch. Die Rechtsaufsicht hätte schon seit längerem einschreiten müssen. Im Januar 2011 ist eine Einigung erzielt worden, dass die Landesbanken als Träger der Anstalt ausscheiden. Am 8. Juni 2011 ist der Übergang vollzogen worden.⁸³

Die Bank tritt als der „zentrale Asset Manager der Sparkassen-Finanzgruppe“ und als „DekaBank Konzern“ auf. Während bei der KfW das Gesetz einen derartigen Auftritt toleriert, ist es bei einer derartigen Einrichtung öffentlicher Verwaltung rechtlich nicht akzeptabel. Der Begriff „Finanzgruppe“ hat keinen nennenswerten Inhalt und ist kein Rechtsbe-

⁸² Die Anteile der Landesbanken wurden mittelbar über die GLB GmbH & Co OHG (49,17 %) sowie die NIEBA GmbH (0,83 %), einer Tochtergesellschaft der NORD/LB, gehalten, Geschäftsbericht 2010, S. 19. Die Trägerschaft einer Anstalt des öffentlichen Rechts durch zwei juristische Personen des Privatrechts ist aber grundsätzlich nicht zulässig, auch wenn die Kautelarjurisprudenz immer wieder versucht, derartige Konstruktionen zu entwerfen, die als Steuersparmodell vielleicht einen gewissen Charme haben, aber nicht geeignet sind, Einrichtungen der Staatsverwaltung zu organisieren.

⁸³ Deutscher Sparkassen- und Giroverband, 8. Juni 2011 – Pressemitteilung Nr. 55.

griff. Rechtsform, Aufsicht und Haftungsverhältnisse werden in den Publikationen der Bank (Geschäftsbericht und Internetauftritt) nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht. Neben einem Wust irrelevanter Phrasen werden diese entscheidenden Informationen von der Geschäftsleitung und ihren Beratern wohl lieber verschwiegen.

Die Aktivitäten der Bank sind in drei Geschäftsfeldern und einer zentralen Vertriebseinheit gebündelt:

- Asset Management Kapitalmarkt (AMK)
- Asset Management Immobilien (AMI)
- Corporates & Markets (C&M)
- Vertrieb Sparkassen

III. Besonderheiten von Aufsicht und Kontrolle

Dem brennenden Problem einer effektiven Kontrolle des Managements der „öffentlichen Banken“ ist bisher kaum die notwendige Aufmerksamkeit gewidmet worden. Bis in die allerjüngste Zeit hat es vielfachen Anlass gegeben, sich sehr viel intensiver mit dem Geschäftsgebaren dieser Institute auf allen Ebenen des gegliederten Staatswesens zu befassen, als das bisher der Fall war. Es genügt, hier nur die Namen einiger „öffentlichen Banken“ zu nennen: Kreditanstalt für Wiederaufbau – KfW, Sachsen LB, Bayern LB, WestLB, HSH Nordbank AG, Sparkasse Köln-Bonn. Noch größere Defizite bestehen im Hinblick auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags der „öffentlichen Banken“ und ihres Verhaltens gegenüber den Bürgern, denen sie doch letztlich zu dienen bestimmt sind.

Diese Feststellung gilt ungeachtet der Tatsache, dass sich vor allem die kommunalen Sparkassen im Verlauf der gegenwärtigen Krise als überdurchschnittlich stabil erwiesen haben. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass dies teilweise nur deswegen möglich war, weil die riskanten

internationalen Aktivgeschäfte von den jeweiligen Zentralinstituten wahrgenommen worden sind, also regelmäßig von den jeweiligen Landesbanken.⁸⁴

1. Grundlagen

Aufsicht und Kontrolle von „öffentlichen Banken“ sind mit einem Dilemma konfrontiert, das sich in dieser Form bei privatwirtschaftlichen Instituten nicht stellt. Einerseits sind diese Einrichtungen geschaffen worden, um sie dem unmittelbaren Einfluss der Politik zu entziehen. Damit sollte eine möglichst effiziente, sachbezogene Erfüllung von öffentlichen Aufgaben gewährleistet werden. Die Einmischung der Politik insgesamt oder einzelner einflussreicher Politiker in die laufenden Geschäfte ist nicht selten von sachfremden Erwägungen gesteuert und kann der Aufgabenerfüllung zuwiderlaufen. Andererseits handelt es sich aber um staatliche Einrichtungen und die Erfüllung öffentlicher oder staatlicher Aufgaben, die den demokratisch-parlamentarischen Kontrollmechanismen nicht entzogen sein dürfen. Es darf keine öffentlichen Unternehmen geben, die - wie in der Privatwirtschaft - lediglich der Erzielung von Einnahmen dienen.⁸⁵ Sie müssen immer auch der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags dienen.⁸⁶

⁸⁴ Näher *Hilgert/Krahen/Merl/Siekmann* (Fn. 2), S. 4 ff.

⁸⁵ *Püttner* (Fn. 11), S. 131; *Dirk Ehlers*, Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137 (142); *Johannes Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 207; *Ulrich Hösch*, Der öffentliche Zweck als Voraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, Gewerbe Archiv, 2000, S. 1 (3); *Martin Pagenkopf*, Einige Betrachtungen zu den Grenzen für privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden – Grenzen für die Grenzzieher?, Gewerbe Archiv, 2000, S. 177 (180); *Michael Brenner*, Gesellschaftsrechtliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete Unternehmen, AöR 127 (2002), S. 222 (238).

⁸⁶ Vgl. nur VGH Baden-Württemberg, Betriebs-Berater 1994, S. 1957; *Janson*, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, 1980, S. 37-41; *Theo Thiemeyer*, Öffentliche Bindung von öffentlichen Unternehmen, 1983; *Siekmann* (Fn. 3), S. 295 f.; noch strenger *Gersdorf* (Fn. 11), S. 491, der von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ausgeht, wenn nicht die Erfüllung der Aufgabe von Verfassungs wegen zu gewährleisten ist; *Florian Becker*, Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, S. 1032; *Thomas*

Eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates, ohne Verfolgung eines öffentlichen Zwecks, stößt auf erhebliche (verfassungsrechtliche) Bedenken.⁸⁷

Wegen der Zugehörigkeit zum Staat darf es insoweit auch keine „kontrollfreien“ Räume geben. „Öffentliche Banken“ müssen der Aufsicht und Kontrolle durch ihr Trägergemeinwesen unterliegen. Das gilt uneingeschränkt für alle öffentlich-rechtlich organisierten Institute, da sie letztlich eine Einrichtung öffentlicher Verwaltung sind, auch wenn es sich überwiegend um leistende Verwaltung handelt. Andernfalls dürfte diese Rechtsform nicht verwendet werden. Aber auch für privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen muss es Aufsicht und Kontrolle geben. Das haben sowohl der bayerische Verfassungsgerichtshof⁸⁸ als auch der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen⁸⁹ in neueren Entscheidungen mit der notwendigen Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht. Art und Umfang hängen aber maßgebend davon ab, ob hoheitlich oder marktwirtschaftlich gehandelt wird und welche Gegenrechte möglicherweise bestehen. Der

Mann, in: Peter J. Tettinger / Wilfried Erbguth / Thomas Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2007, Rdn. 301.

⁸⁷ *Dirk Ehlers*, Verwaltung, S. 92 ff.; *ders.*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 2000, S. 1089 (1091); *Gersdorf* (Fn. 11), S. 500: „... verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen“; gegen Verfassungswidrigkeit aber: *Emmerich* (Fn. 11), S. 86 ff., 119: „Das Grundgesetz enthält – von wenigen Ausnahmen abgesehen – keine Aussagen über die Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen.“

⁸⁸ BayVGH, NVwZ 1996, S. 822; BayVerfGH, Urteil v. 26.7.2006 – Vf. 11-IVa-05, S. 48, ausdrücklich auch für „gemischtwirtschaftliche“ Unternehmen, wenn sie von der öffentlichen Hand „beherrscht“ werden. Dabei haben bundesrechtlich geregelte Geheimhaltungspflichten auch im Verfassungsraum der Länder nicht „zwangsläufig“ Vorrang (S. 50); im Grundsatz ebenso BVerfGE 98, 145 (161).

⁸⁹ VerfGH NW, NVwZ 1994, 678; NWVBl. 2004, S. 419 (425); ähnlich auch VerfGH Rh.-Pf. 25, 387 (403).

pauschale Verweis auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sowie die Persönlichkeitsrechte der Entscheidungsträger reichen keinesfalls aus.⁹⁰

Eine besonders strikte Kontrolle ist aber verfassungsrechtlich geboten, soweit irgendeine Form von Haftung des Trägergemeinwesens für die Verbindlichkeiten des Instituts besteht. Die rechtsgeschäftliche Übernahme von Bürgschaften und Garantien unterliegt den staatsschuldenrechtlichen Vorgaben. Die gesetzliche Anordnung von Anstaltslast oder Gewährträgerhaftung berührt den Kern des parlamentarischen Budgetrechts und den verfassungsrechtlich verbürgten Kontrollauftrag der Rechnungshöfe. Sie erfordern eine weitreichende und strenge Kontrolle, da sie das Budgetrecht des Parlaments weitgehend relativieren und das Trägergemeinwesen finanziell ruinieren können.

2. „Allgemeine“ Aufsicht

Aufsicht und Kontrolle von „öffentliche Banken“ kann unternehmensintern oder durch externe Kontrolleinrichtungen erfolgen.

a) Aufsicht und Kontrolle durch unternehmensinterne Einrichtungen

Unternehmensintern erfolgen Aufsicht und Kontrolle der „öffentlichen Banken“ wie in den privatwirtschaftlich tätigen Banken in den Vertretungsorganen der Eigentümer (Gesellschafterversammlung, [Gewähr]Trägerversammlung, Generalversammlung) und in Aufsichtorganen, wie Aufsichtsrat und Verwaltungsrat.

b) Aufsicht und Kontrolle durch unternehmensexterne Einrichtungen

Darüber hinaus unterliegen öffentliche Unternehmen regelmäßig, aber nicht notwendig der Aufsicht durch die jeweils sachlich-gegenständlich zuständigen *Aufsichtbehörden*. Das bedeutet, dass die „öffentlichen Ban-

⁹⁰ VerfGH NW, 2004, S. 419; näher unten S. 45.

ken“ grundsätzlich auch der Bankenaufsicht durch die Bundesbank und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unterworfen sind. Sie benötigen ebenso wie privatwirtschaftlich tätige Institute die für ihren Betrieb erforderlichen Erlaubnisse, beispielsweise nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Es gibt allerdings Ausnahmen, wie für die Kreditanstalt für Wiederaufbau. Das ist auch sinnvoll, da grundsätzlich eine Bundesbehörde nicht eine andere Bundesbehörde zu kontrollieren hat.⁹¹

Soweit „öffentliche Banken“ privatrechtlich organisiert sind, unterliegen sie darüber hinaus - wie privatwirtschaftlich arbeitende Unternehmen - den allgemeinen Kontrollmechanismen des Handels- und Gesellschaftsrechts, vor allem der Kontrolle durch *Wirtschaftsprüfer*. Diese Art der Kontrolle ist nicht selten auch für öffentlich-rechtlich organisierte Banken gesetzlich vorgeschrieben; zum Beispiel für die Landesbank Hessen-Thüringen und die NRW.BANK⁹². Diese Regelungen erfreuen sich beim jeweiligen Management großer Beliebtheit, da es maßgebenden Einfluss auf die Auswahl der Prüfer ausüben kann und von den Wirtschaftsprüfern weder eine Wirtschaftlichkeitskontrolle noch eine Kontrolle der Aufgabenerfüllung durchgeführt wird.

3. „Staatliche“ Aufsicht

a) Abgrenzung

Die Aufsicht über „öffentliche Banken“ im Sinne des Verwaltungsrechts erfolgt funktional durch die demokratisch legitimierte Exekutive. In neueren Gesetzen wird sie deshalb auch explizit als „staatliche“ Aufsicht bezeich-

⁹¹ Das Gegenargument ist die besondere Sachkunde der Aufsichtsbehörde. Dieses wird aber wieder dadurch relativiert, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht der Weisungsbefugnis des Bundesministers der Finanzen unterliegt, der Mitglied des Verwaltungsrates der KfW ist.

⁹² § 10 NRW.BANK G.

net.⁹³ Sie entspricht dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass es keine „ministerialfreien“ Räume geben darf. Ausnahmen müssen sich aus der Verfassung selbst ergeben, wie bei der EZB und der Bundesbank aus Art. 88 Satz 2 GG. Aber selbst wenn das der Fall ist, werden immer wieder Bedenken aus Art. 79 Abs. 3 GG angemeldet.⁹⁴

Die Bezeichnung „staatliche“ Aufsicht ist indes irreführend und entspricht nicht der eingeführten Begrifflichkeit des allgemeinen Verwaltungsrechts. Auch die Aufsicht durch Sonderaufsichtsbehörden, wie die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, ist staatliche Aufsicht. Sie muss das auch sein, selbst wenn die beteiligten Wirtschaftskreise sie gerne als „Selbstregulierung“⁹⁵ nach Art einer berufsständischen Selbstverwaltung, aber ohne deren rechtliche Bindungen und Grenzen, verstanden wissen wollten. Zum Teil waren sie dabei schon recht erfolgreich; ganz im Sinne der „capture“-Theorie der Wirtschaftswissenschaften. Die äußerst negativen Folgen für die Allgemeinheit liegen mittlerweile auf der Hand.

⁹³ Beispielsweise § 11 Abs. 1 NRW.BANK G.

⁹⁴ Vgl. *Heiko Faber*, in: AK GG, 2. Aufl. 2002, Art. 88 Rdn. 31; *Christian Waigel*, Die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank. Gemessen am Kriterium demokratischer Legitimation, 1999, S. 215 ff., 243, 269, 283; *Laurence Gormley/Jakob de Haan*, The Democratic Deficit of the European Central Bank, *European Law Review*, 21 (1996), S. 95 (95); *Ines Dornedde*, Autonomie der Europäischen Zentralbank: Im Spannungsfeld zwischen demokratischer Legitimation der Europäischen Union und Währungsstabilität, 2002, S. 137, 314. „Demokratische Defizite“ werden geltend gemacht von: *Barbara Dutzler*, The European System of Central Banks: An Autonomous Actor?, 2003, S. 88 ff.; *Andreas Wagener*, Die Europäische Zentralbank, 2001, S. 152 ff., 194.

⁹⁵ Vgl. die Beiträge in dem Beiheft zu „Die Verwaltung“: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, 2001; *Wolfgang Schulz / Thorsten Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien Endbericht Mai 2002 (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 10); aus historischer Perspektive: *Peter Collin*, „Gesellschaftliche Selbstregulierung“ und „Regulierte Selbstregulierung“ - ertragreiche Analysekatoren für eine (rechts-)historische Perspektive?, in: Peter Collin/Gerd Bender/Stefan Ruppert/Margrit Seckelmann/Michael Stolleis (Hrsg.): *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, 2011, S. 3-31.

b) Anstaltsaufsicht

Die Aufsicht über selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgt entweder als *Rechtsaufsicht* oder als *Fachaufsicht*. Grundsätzlich ist zur Wahrung des vom Bundesverfassungsgericht geforderten „hinreichenden Gehalts an demokratischer Legitimation“ Fachweisungsbezug erforderlich. Es muss danach im Regelfall zumindest eine Fachaufsicht für alles „amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ geben.⁹⁶ Es muss ein „bestimmtes Legitimationsniveau“ gesichert sein.⁹⁷ Eine bloße Rechtsaufsicht genügt dagegen nicht. Neben der personellen demokratischen Legitimation müssen dem Staat hinreichende Einfluss-, Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten über die Tätigkeit der Amtsträger und somit auch über Körperschaften des öffentlichen Rechts zukommen.⁹⁸ Die Amtsträger müssen „im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln“, wodurch diese in die Lage versetzt wird, „die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen“.⁹⁹ Neben dieser Weisungsgebundenheit darf grundsätzlich keine Bindung des Amtsträgers an die Willensentschließung einer außerhalb der parlamentarischen Verantwortung stehenden Stelle treten.¹⁰⁰ Gesichert sein muss demnach zwar nicht die Vornahme jeder einzelnen Entscheidung durch eine in parlamentarischer Verantwortung stehende Stelle, sondern nur das Letztentscheidungsrecht des dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträgers.

⁹⁶ BVerfGE 107, 59 (87).

⁹⁷ BVerfGE 107, 59 (87); *Helmut Siekmann*, Welche Aufsicht braucht das Kammerwesen? – Anforderungen an staatliche Aufsicht und interne Kontrolle der Kammern, in: *Jahrbuch Recht und Ökonomik des Dritten Sektors 2009/2010 (RÖDS)*, 2010, S. 94 ff.

⁹⁸ BVerfGE 83, 268 (281 f.); BVerfG, DVBl. 1995, 1291 (1292); *Püttner* (Fn. 11), S. 136 f., 141.

⁹⁹ BVerfGE 107, 59 (88).

¹⁰⁰ So BVerfG, DVBl. 1995, 1291 (1292).

Lediglich bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit dem Recht der Selbstverwaltung ist eine Abweichung von diesen Grundsätzen verfassungsrechtlich erlaubt. Sie müssen aber über eine eigene demokratische Legitimation verfügen¹⁰¹ und ihre Entscheidungen dürfen nur die Personen betreffen, von denen die verfassungsrechtliche Legitimation abgeleitet ist.¹⁰²

Insoweit weisen fast alle Gesetze, die Grundlage und Rechtsrahmen für Errichtung und Tätigkeit „öffentlicher Banken“ bilden, gravierende Defizite auf. Meist ist die Aufsicht nach dem Gesetzeswortlaut darauf beschränkt, dass die „Tätigkeit“ der Bank im Einklang mit Gesetz und Recht steht.¹⁰³ Zumindest ist in solchen Fällen eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend erforderlich, dass bei allen „amtlichen“ Maßnahmen mit „Entscheidungscharakter“¹⁰⁴ eine Fachweisungsbefugnis im Einzelfall bestehen muss, und zwar nicht nur bei Eingriffen in die Rechte der Bürger. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Einhaltung der gesetzlich festgelegten Aufgaben, also wie im Gesellschaftsrecht der Einhaltung des Unternehmenszwecks.¹⁰⁵ Bei allen öffentlich-rechtlich organisierten Banken ist nicht

¹⁰¹ BVerfGE 107, 59 (94): „Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter“ im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung ist „aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahr, indem es maßgebenden Einfluss auf dieses Handeln behält“; ähnlich BVerfGE 111, 191 (217 f).

¹⁰² BVerfGE 111, 191 (217).

¹⁰³ Paradigmatisch § 11 Abs. 1 Satz 2 NRW.BANK G im Ergebnis wohl ebenso § 12 Abs. 1 Gesetz über die KfW: „Das Bundesministerium der Finanzen übt die Aufsicht über die Anstalt im Benehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie aus. Die Aufsichtsbehörde ist befugt, alle Anordnungen zu treffen, um den Geschäftsbetrieb der Anstalt mit den Gesetzen, der Satzung und den sonstigen Bestimmungen im Einklang zu halten.“

¹⁰⁴ In diesen Fällen liegt jedenfalls „Ausübung von Staatsgewalt“ vor; vgl. BVerfGE 107, 59 (87) unter Berufung auf BVerfGE 38, 258 (271); 47, 253 (272); 77, 1 (40); 83, 60 (71); 93, 37 (66).

¹⁰⁵ *Thomas Mayen* hält die Weisungsfreiheit von Sparkassenorganen allerdings für unbedenklich, Anhörung zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung aufsichts-

ausgeschlossen, dass sie „amtlich“ handeln. Das hängt jedoch von einer Beurteilung im Einzelfall ab. Die ausnahmslose Beschränkung auf eine reine Rechtsaufsicht ist in jedem Fall bedenklich.

Die notwendige Einflussnahme des Trägers der „öffentlichen Bank“ könnte möglicherweise aber auch durch *Entscheidungsteilhabe in den Gremien* der Bank ([Gewährträger -]Versammlung, Verwaltungsrat)¹⁰⁶ erfolgen. Sie ist regelmäßig in den gesetzlichen Grundlagen dieser Institute vorgesehen,¹⁰⁷ bedarf aber einer eingehenden Prüfung im Einzelnen, ob sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Dazu zählt insbesondere das Erfordernis der doppelten Mehrheit.¹⁰⁸ In jedem Fall ist zu beachten, dass eine einseitig zu erlassende Aufsichtsmaßnahme strukturell etwas völlig anderes ist, als die Mitwirkung einzelner Vertreter der Aufsichtsbehörde in Gremien, die heterogen zusammengesetzt sind und in denen durch Mehrheitsbeschluss entschieden wird.

Die Erfahrungen der Vergangenheit haben zudem gezeigt, dass sich die Vertretung in den Unternehmensorganen bei „öffentlichen Banken“ zur Wahrung ihres gesetzlichen Auftrags und zur Sicherung des Gemeinwohls tatsächlich als wenig geeignet erwiesen hat.

rechtlicher, insbesondere sparkassenrechtlicher Vorschriften (LT-Drucks. 14/6831), LT-Stellungnahme 14/2074 vom 8. September 2008, S. 4 m.Nachw.

¹⁰⁶ Oben S. 35.

¹⁰⁷ Paradigmatisch § 8 NRW.BANK G für die Gewährträgersammlung, § 9 NRW.BANK G für den Verwaltungsrat.

¹⁰⁸ Das entsprechende Gremium muss mehrheitlich mit Vertretern des Trägergemeinwehens besetzt sein und die Entscheidungen müssen mit der Mehrheit der Stimmen dieser Vertreter getroffen werden, vgl. BVerfGE 93, 37 (70): Mitbestimmung von Personalräten; Verfassungsgerichtshof für Nordrhein-Westfalen, OVG 39, 292 (294): Bestellung von Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsräten von öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen.

Da diese Gremien regelmäßig der überbetrieblichen Mitbestimmung unterliegen und ihre Mitglieder meist über geringe Sachkunde verfügen, ist ihre Aufsicht und Kontrolle wenig effektiv.¹⁰⁹ Vor allem werden die Mehrheitsverhältnisse im Trägergemeinwesen nicht korrekt wieder gegeben, da die Arbeitnehmervereine regelmäßig bestimmten Parteien zuneigen. Auch wenn diese im Trägergemeinwesen nicht über die Mehrheit verfügen, können sie gemeinsam mit Vertretern des Trägers ein öffentliches Unternehmen in ihrem Sinne steuern. Das ist selbstverständlich dem Management bekannt, das ohnehin nicht selten aus ehemaligen Politikern besteht, so dass sich leicht eine Selbstbedienungsmentalität zu Lasten des demokratisch legitimierten Trägergemeinwesens und der Erfüllung des öffentlichen Auftrags etablieren kann.¹¹⁰

Die Vertreter der Träger von „öffentliche Banken“ haben zudem parteiübergreifend keinen Anreiz, sich mit dem Management dieser Institute anzulegen, wenn sich dieses halbwegs geschickt verhält. Im Gegenteil ist ein Zusammenwirken zu Lasten der Destinatäre der Anstalt und der Allgemeinheit sehr verlockend, da das Management dieser Institute über große (finanzielle) Ressourcen verfügt, mit denen am zentralen Budget des Trägers vorbei, viele Anliegen von Politikern verwirklicht werden können. Gern wird dafür das Instrument der Stiftung gewählt. Viele Sparkassen haben deshalb Sparkassenstiftungen gegründet. Auch damit können geräuschlos und weitgehend unkontrolliert Mittel eingesetzt werden, die entweder entsprechend dem öffentlichen Auftrag der Institute zur *Verbilligung*

¹⁰⁹ Vgl. für die SachsenLB: *Sächsischer Rechnungshof*, Sonderbericht nach § 99 SäHO, Landesbank Sachsen Girozentrale, Az. 120308/64, März 2009, S. 13 f., 30 f.; Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Sachsen, Urteil vom 28. August 2009, Az. Vf. 41-I-08; S. 6–8; für die IKB: *Tim Florstedt*, Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, Die Aktiengesellschaft, 2010, S. 315 ff.; s.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.2.2010 – I-6 W 45/09, die Aktiengesellschaft, 2010, S. 126.

¹¹⁰ Näher *Helmut Siekmann*, Die Erweiterung der Unternehmensmitbestimmung in privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmen, ZögU 2004, S. 394 ff.

ihrer Leistungen oder zur Finanzierung des demokratisch kontrollierten *Haushalts* zu verwenden gewesen wären.

Schließlich gibt es im Bereich der „öffentlichen Banken“ manche wohl dotierte Posten, die zur Versorgung von (ehemaligen) Politikern sehr interessant sind.

Bei diesen Schwachstellen handelt es sich um ganz spezifische Besonderheiten der „öffentlichen Banken“. Sie sind bei anderen Kreditinstituten nicht zu beobachten und müssen sauber von den gegenwärtig viel diskutierten Anreizen für das Management „systemrelevanter“ Banken unterschieden werden, riskante Geschäfte zu tätigen, deren Lasten bei Fehlschlägen von der Allgemeinheit der Steuerzahler getragen werden.

4. Aufsicht und Kontrolle durch Parlamente und Rechnungshöfe

Die bisher behandelten Instrumente von Aufsicht und Kontrolle entbinden keinesfalls *Parlamente* und *Rechnungsprüfungseinrichtungen* von ihren Kontrollaufgaben. Es ist klar zu erkennen, dass das Management „öffentlicher Banken“ vor allem die Kontrolle durch Rechnungshöfe zu verhindern versucht. Das hat sich vor allem bei der Beratung des Gesetzes über die NRW.BANK mit aller Deutlichkeit gezeigt.¹¹¹ Entsprechendes gilt für die

¹¹¹ So hatte der Regierungsentwurf für das „Gesetz zur Umstrukturierung der Landesbank Nordrhein-Westfalen zur Förderbank des Landes Nordrhein-Westfalen und zur Änderung anderer Gesetze“ (LT-Drucksache 13/4578) zunächst keine Kontrolle durch den Landesrechnungshof vorgesehen. Erst in der parlamentarischen Beratung wurde auf Grund von Sachverständigenäußerungen § 13 NRW.BANK G gegen den erbitterten Widerstand des Managements in das Gesetz eingefügt. Im Rahmen einer Anhörung wurde fraktionsübergreifend erkannt, welche Kontrolldefizite im Hinblick auf die „öffentlichen Banken“ des Landes bestanden, vgl. *Landesrechnungshof Nordrhein-Westfalen*, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 13/2453, S. 2; Vorlage 13/2527, S. 12; *Helmut Siekmann*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Umstrukturierung der Landesbank Nordrhein-Westfalen zur Förderbank des Landes Nordrhein-Westfalen und zur Änderung anderer Gesetze, Landtag Nordrhein-Westfalen, *Zuschrift* 13/3744, S. 15; Protokoll der 76. Sitzung des Haushalts- und Finanzausschusses am 13. Februar 2004, Ausschussprotokoll 13/1143, S. 2 (*Präsidentin des Landesrechnungshofs Scholle*), S. 8 (*Siekmann*), S. 10), S. 18, 23 f. (*Scholle*), S. 54 f. (*Siekmann*).

Exekutive des Trägergemeinwesens, die ebenfalls der Kontrolle durch Parlamente und Rechnungshöfe sehr reserviert gegenüber steht. Dabei wird die Prüfung durch Wirtschaftsprüfer gerne als Argument verwendet, um eine (effektivere) Kontrolle durch Parlamente und Rechnungshöfe für überflüssig zu erklären. Das ist indes nicht richtig.

Nach § 340a HGB haben Kreditinstitute, auch wenn sie nicht in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft betrieben werden, einen Jahresabschluss nach den Vorschriften für große Kapitalgesellschaften aufzustellen. Dieser Jahresabschluss muss nach § 316 Abs. 1 HGB durch einen Abschlussprüfer geprüft werden. Auch ein Konzernabschluss ist einer solchen Prüfung zu unterziehen, § 316 Abs. 2 HGB.¹¹² Unter Einbeziehung der Buchführung sind Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung daraufhin zu prüfen, ob die gesetzlichen Vorschriften und sie ergänzende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und der Satzung beachtet worden sind, § 317 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 242 Abs. 3 HGB. Es wird geprüft, ob die Eintragungen in den Büchern vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet vorgenommen worden sind, § 239 Abs. 2 HGB. Diese Prüfung ist im Wesentlichen nur formaler Natur. Das gilt auch für die Prüfung des Lageberichts, § 317 Abs. 2 HGB. Im Kern geht es dort um die Frage, ob die Lage des Unternehmens und die Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. Es wird geprüft, ob der Jahresbericht ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt, § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB. Die Prüfung erstreckt sich dagegen nicht auf die allgemeine Geschäftsführung des Unternehmens.¹¹³

¹¹² Als Beispiel für eine landesrechtliche Bestimmung kann § 10 NRW.BankG genannt werden.

¹¹³ *Klaus Hopt /Hanno Merkt*, in: Baumbach/Hopt/Merkt, Handelsgesetzbuch, 34. Auflage 2010, § 317 Rdn. 5.

Die Prüfung durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ist zwar notwendig, aber keinesfalls hinreichend, wie die zahlreichen spektakulären Zusammenbrüche zeigen, bei denen noch wenige Tage vor der Insolvenz ein uneingeschränktes Testat erteilt worden war (ENRON, Lehman-Brothers, SachsenLB). Auch zeigen die Erfahrungen der deutschen Praxis, dass die Prüfung durch Wirtschaftsprüfer nicht ausreicht, um allfällige Gefahren oder Verschwendungen aufzudecken.¹¹⁴ Selbst bei den Prüfungen, die von staatlichen Einrichtungen bei Wirtschaftsprüfern in Auftrag gegeben werden, ist nicht sicher, dass sie tatsächlich mit dem Ausmaß an kritischer Distanz und Durchsetzungsvermögen durchgeführt werden, das erforderlich ist, um wesentliche Risiken aufzudecken.¹¹⁵

Speziell bezogen auf „öffentliche Banken“ leidet die Kontrolle durch Wirtschaftsprüfer vor allem an drei gravierenden Schwächen:

Die *Auswahl der Prüfer* wird entscheidend von den Prüfungsunterworfenen beeinflusst.¹¹⁶

Die Prüfung erstreckt sich nicht auf die *Wirtschaftlichkeit* des Geschäftsbarens.

Die Prüfung befasst sich nicht mit der *Einhaltung der gesetzlichen Aufgabenbestimmung* und dem Ausmaß seiner *Erfüllung*.

¹¹⁴ Einen kleinen Einblick gewähren die Tätigkeitsberichte der *Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung*, die punktuell Rechenwerke überprüft, die von großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften testiert worden sind. Sie muss erhebliche Fehlerquoten selbst bei größeren Unternehmen und auch bei Finanzinstituten registrieren, vgl. Jahresbericht 2009, S. 4 f.

¹¹⁵ Die Prüfung der Landesbank Sachsen Girozentrale durch eine Prüfungsgesellschaft im Auftrag der BaFin förderte zwar erhebliche Mängel zu Tage, erkannte aber nicht das ganze Ausmaß der Risiken für den Freistaat Sachsen, die in „special purpose vehicles“ (außerbilanziell) versteckt waren, vgl. *Sächsischer Rechnungshof*, Sonderbericht nach § 99 SÄHO, Landesbank Sachsen Girozentrale, S. 43; ferner bereits *Bernhard Bank*, Zur Neuordnung des Haushaltswesens und der öffentlichen Finanzkontrolle bei den juristischen Personen des öffentl. Rechts, DÖH Jg. 8 (1966/67), S. 204 (213-215).

¹¹⁶ Bei der NRW.BANK erfolgt die Beauftragung durch die Gewährträgerversammlung, § 10 NRW.BANK G.

Hinzu kommt, dass die Ergebnisse der Prüfung durch Wirtschaftsprüfer regelmäßig als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse behandelt werden, die vor den Augen der Öffentlichkeit, aber auch der Parlamentarier, zu verbergen seien. Eine öffentliche Diskussion über die aufgedeckten Schwächen und Pflichtverstöße kann nicht stattfinden, auch wenn es letztlich um die ordnungsmäßige und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel geht.

a) Parlamentarische Kontrolle

Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen durch die Parlamente bis hin zu Auskunftsansprüchen einzelner Parlamentarier ist ein vieldiskutiertes Problem. Im Kern richten sich diese Ansprüche gegen die Regierung und nicht unmittelbar gegen das Unternehmen.¹¹⁷ Die Praxis zeigt, dass sich die Regierung aber bei wirklich delikaten Fragen gerne auf Nichtwissen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder Persönlichkeitsrechte der betreffenden Manager beruft. Das gilt vor allem dann, wenn hochrangige Regierungsmitglieder in den Gremien des Unternehmens die entsprechenden Beschlüsse mitgetragen haben, die zum Teil zu Schäden in Milliardenhöhe für die öffentlichen Haushalte geführt haben. Allerdings gehen die Rechte von Untersuchungsausschüssen des Parlaments deutlich darüber hinaus.¹¹⁸ Auch das Unternehmen selbst kann Gegenstand eines parlamentarischen Untersuchungsverfahrens sein, wie im Hinblick auf verschiedene Landesbanken gegenwärtig zu beobachten ist.

Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zeigt eine deutliche Tendenz, die verfassungsrechtlich fundierten Auskunftsansprüche der Parlamentarier zu stärken. Den gewählten Vertretern des Volkes sollen diejeni-

¹¹⁷ Vgl. nur *Christian Teuber*, *Parlamentarische Informationsrechte*, 2007, S. 182 f., der aber zutreffend eine Ausweitung der Adressaten zur Aufklärung von Missständen im Bereich der Regierung anerkennt.

¹¹⁸ Weitere Einzelheiten bei *Teuber* (Fn. 117), S. 123-134.

gen Informationen verschafft werden, die erforderlich sind, um verantwortlich Entscheidungen in Bezug auf öffentliche Unternehmen oder aus Steuermitteln finanzierte Unternehmen und ihr Finanzgebaren treffen können. Das Budgetrecht des Parlaments schließt einen „Anspruch des Parlaments wie der einzelnen Abgeordneten darauf ein, dass ihnen die für eine sachverständige Beurteilung des Haushaltsplans erforderlichen Informationen nicht vorenthalten werden“.¹¹⁹ Die Regierung muss sich notfalls auch die notwendigen Informationen verschaffen.¹²⁰ Sie darf sich nicht pauschal auf Nichtwissen, Persönlichkeitsschutz oder Geschäftsgeheimnisse der von ihr beherrschten Unternehmen stützen, um ihr unangenehme Tatsachen auf diese Weise vor der Parlamentsöffentlichkeit zu verbergen.¹²¹ Entsprechendes muss für Informationen aus Einrichtungen und Unternehmen gelten, die maßgebend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, wenn das Parlament für die Entscheidung über die Bewilligung der betreffenden Mittel die Umstände der Subventionsgewährung aufklären will.¹²²

¹¹⁹ BVerfGE 110, 199 (225), unter Berufung auf BVerfGE 70, 324 (355), wo dieses Ergebnis ebenfalls schon festgestellt wird, allerdings – anders als in der jüngeren Entscheidung – noch auf die Statusgewährleistung nach Art. 38 Abs. 1 abgestellt wird; ähnlich Ableitung von Ansprüchen der einzelnen Abgeordneten auf Beantwortung ihrer Fragen durch die Verfassungsgerichte auf Landesebene VerfGH NW, OVG Münster-Lüneburg 43, 274 (277f.); NWVBl. 2004, S. 419; BayVerfGH, VerfGHE 54, 62 (73); BayVerfGH NVwZ 2007, 204 (205); positiv zu einer ausdrücklichen Normierung in den Verfassungen *Bodo Pieroth/Katrin Haghu*, Stärkung der Rechte der Abgeordneten und der Opposition im Landesverfassungsrecht, 2004. S. 69, 76.

¹²⁰ BayVerfGH NVwZ 2007, 204 (206): zu Nachforschungen verpflichtet, soweit ihr Verantwortungsbereich geht.

¹²¹ Vgl. BVerfGE 98, 145 (161): Die Regierung ist auch „hinsichtlich der Betätigung in privatwirtschaftlichen Unternehmen zur Rechnungslegung verpflichtet und hat sich der Überprüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung zu unterziehen“; ebenso BayVerfGH NVwZ 2007, 204 (206), ausdrücklich auch für „gemischtwirtschaftliche“ Unternehmen, wenn sie von der öffentlichen Hand „beherrscht“ werden. Dabei haben bundesrechtlich geregelte Geheimhaltungspflichten auch im Verfassungsraum der Länder nicht „zwangsläufig“ Vorrang (207); deutlich *Teuber* (Fn. 117), S. 215 f.; andernfalls „...würde der Informationsanspruch des Parlaments weitgehend leer laufen...“; vgl. auch *Holger Poppenhäger*, Parlamentarisches Fragerecht und Verantwortlichkeit der Landesregierung in Thüringen, ThürVBl 2000, S. 152 (155).

¹²² BayVerfGH NVwZ 2007, 204 (206); *Manuela Rottmann*, Die Rückkehr des Öffentlichen in die öffentlichen Unternehmen, ZögU Bd. 29 (2006), S. 259 (272); *Johannes Masing*, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, 1998, S. 328f., 335; allg. zu Frage- und Informationsrechten der Abgeordneten *Julia Plattner*, Das

Das Parlament darf sich nicht seiner Verantwortung für das gesamte Finanzwesen des Staates entziehen, indem es durch Gesetz öffentliche Unternehmen schafft und mit weitgehender Autonomie ausstattet.¹²³ Das gilt auch für Einheiten in Privatrechtsform. Auch sie müssen vom Inhaber der „Zentralbudgetgewalt“ gesteuert und überwacht werden.¹²⁴ Andernfalls würde sich das Parlament (teilweise) selbst entmachten und die Haushaltspläne verkämen zu bloßen Rahmenplänen.¹²⁵ Kontrollbefugnisse des Parlaments sind nicht bloß Rechte, die nach Belieben wahrgenommen werden dürfen, sondern auch Pflichten, die nicht übertragen werden dürfen.¹²⁶

In der Staatspraxis wird zunehmend dazu übergegangen, Abgeordnete in die Aufsichtsorgane von öffentlichen Unternehmen zu entsenden. Die Mitgliedschaft in derartigen Gremien ist jedoch *keine parlamentarische Kontrolle*, sondern Teilhabe an der Exekutive.¹²⁷ Sie kann allenfalls als „parlamentsbeeinflusste“ Kontrolle gelten, „die zudem noch Gefahr läuft, die Unabhängigkeit der parlamentarischen Finanzkontrolle zu gefährden und

Frage- und Informationsrecht des Abgeordneten in den neuen Ländern, LKV 2005, S. 99.

¹²³ *Thomas Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 210.

¹²⁴ *Michael Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 876; *Paul Kirchhof*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ, 1983, S. 506 f.; *Paul J. Glaben*, Privatisierung als Preisgabe parlamentarischer Hausgüter, Zeitschrift für Parlamentsfragen, 1998, S. 496 (507).

¹²⁵ *Kilian* (Fn. 124), S. 888.

¹²⁶ Deutlich hervorgehoben nunmehr vom BVerfG in seinem Urteil zu den Rettungsmaßnahmen zugunsten von Staaten auf europäischer Ebene, Urteil vom 7. September 2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10 – Rdn. 125, 128 f.

¹²⁷ *Görg Haverkate*, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL, Heft 46 (1987), S. 217 (233).

zwangsläufig Interessenkollisionen mit sich bringt“.¹²⁸ Zudem unterliegen die Vertreter des Trägergemeinwesens den üblichen Bindungen des Gesellschaftsrechts,¹²⁹ da regelmäßig „vergessen“ wird, entsprechende Ausnahmeklauseln in Gesellschaftsverträge oder Satzungen aufzunehmen. Die entsprechenden Entwürfe werden auch meist von Anwaltskanzleien erstellt, welche vom Management beauftragt werden, das kein Interesse an einer intensiven Leitung und Kontrolle durch den Träger hat. Eine gesetzliche Ausnahme ist lediglich in § 394 AktG bezüglich der Berichterstattung und der Verschwiegenheitspflicht vorgesehen. Die Entsendung von Parlamentariern in die Organe einer „öffentlichen Bank“ vermag also nicht, die Kontrolle durch das Parlament und seine Mitglieder zu ersetzen.

b) Rechnungshofskontrolle

Die Rechnungshofskontrolle erfolgt durch staatliche Institutionen, die von Verfassungen wegen Unabhängigkeit genießen; entweder weil die Unabhängigkeit der Institution garantiert ist oder weil ihren Mitgliedern (richterliche) Unabhängigkeit verliehen worden ist.¹³⁰ Das unterscheidet sie maßgebend von Wirtschaftsprüfern als bezahlten Auftragsnehmern des zu prüfenden Unternehmens. Der Prüfungsauftrag der Rechnungshöfe ist umfassend. „Prüfungsfreie“ Räume darf es im Bereich ihrer Prüfungsgegenstände nicht geben. Ihr Prüfungsmaßstab ist nicht nur die Ordnungsmä-

¹²⁸ *Glauben* (Fn. 124), S. 508; ebenso: *Haverkate* (Fn. 127), S. 234; *R. Peter Dach*, Verwaltungs-, Aufsichts- und Mitwirkungsorgane mit parlamentarischer Beteiligung, in: Hans Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, 62 Rdn. 17; *Kilian* (Fn. 124), S. 894.

¹²⁹ H.M. vgl. *Franz Jürgen Säcker*, Behördenvertreter im Aufsichtsrat, in: *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, 1989, S. 781 (791), mit Nachweisen auch für die Gegenmeinung in Fn. 24. Die Verpflichtung alleine auf das „Unternehmenswohl“ bleibe auch dann erhalten, wenn die Anteile an der Gesellschaft voll in öffentlicher Hand liegen (S. 793). Wenn dem gefolgt wird, darf sich eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht an einer Aktiengesellschaft beteiligen.

¹³⁰ Zusammenfassende Darstellung bei *Klaus Stern*, Der verfassungsrechtliche Status der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, in: *Wolfgang Böning und Albert von Mutius* (Hrsg.), *Finanzkontrolle im repräsentativ-demokratischen System*, 1990, S. 11 (29-32).

ßigkeit, sondern auch die Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Staates. Auch das unterscheidet sie von der Prüfung durch Wirtschaftsprüfer.

Nicht sicher ist jedoch, ob sich ihr Prüfungsauftrag auch auf öffentliche Unternehmen erstreckt, soweit ihre Wirtschaftsführung aus dem zentralen Etat ausgegliedert ist. Das betrifft fast alle „öffentliche Banken“. In diesem Zusammenhang ist zwischen der Prüfung „der“ verselbständigten Einheit und der Prüfung „bei“ ihr aus Anlass der Prüfung einer übergeordneten Einheit, beispielsweise des die Aufsicht führenden Ministeriums, zu unterscheiden. Die zuletzt genannte Prüfung muss immer möglich sein. Fraglich ist aber, ob auch die Prüfung „des“ Unternehmens, also auch der „öffentlichen Bank“, von Verfassungs wegen möglich sein muss.

Im Schrifttum wurde schon frühzeitig gefordert, dass die Finanzkontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen den verbreiteten Bestrebungen entgegenwirken müsse, durch die „Abzweigungen in öffentliche Gesellschaften, Anstalten, Körperschaften und Stiftungen“ ein von der Kontrolle schwer oder überhaupt nicht mehr erfassbares Wirtschaften zu ermöglichen.¹³¹ Eine umfassende Rechnungshofskontrolle müsse an die Stelle einer fehlenden unmittelbaren Steuerung der Haushalte der verselbständigten juristischer Personen des öffentlichen Rechts treten. Sie müsse sich auf die Gesamtheit der staatlichen Finanzbetätigung erstrecken und es dürfe keine „rechnungskontrollfreien“ Haushalte außerhalb des Zentralhaushaltes des Bundes und der Länder geben.¹³² Für diese Auffassung

¹³¹ *Hans Reger*, Bemerkungen zur Finanzkontrolle – Theorie, allgemeine Sach- und Rechtsfragen, Reform, *VerwArch*, Band 66 (1975), S. 195 (241).

¹³² *Susanne Tiemann*, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, 1974, S. 102, 118; *Kilian* (Fn. 124), S. 761 f. m.w.N.; ähnlich *Puhl* (Fn. 123), S. 347 ff.; *Görg Haverkate*, Prüfungsfreie Räume – Welche Türen in der öffentlichen Verwaltung bleiben dem Rechnungshof verschlossen?, in : Heinz Günter Zavelberg (Hrsg.), Die Kontrolle der Staatsfinanzen, Festschrift zur 275. Wiederkehr der Errichtung der Preußischen General-Rechenkammer, Berlin, 1989, S. 197 (230), der das Postulat

spricht, dass andernfalls die verfassungsrechtlich gebotene „Lückenlosigkeit“ der Rechnungshofskontrolle leicht durch den einfachen Gesetzgeber unterlaufen werden könnte.¹³³

Einschränkungen des Prüfungsrechts der Rechnungshöfe durch das einfache Landesrecht, also die Landeshaushaltsordnung und Gesetze über „öffentliche Banken“ sind auch dann unwirksam, wenn sie gegen (einfaches) Bundesrecht verstoßen. Näher in Betracht kommen die Vorgaben des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG). Die Regelungen in Teil II dieses Gesetzes gelten einheitlich und unmittelbar – auch für die Länder, § 49 HGrG. Nach Art. 31 GG gehen sie kollidierendem Landesrecht vor. Das gilt selbst für Landesverfassungsrecht.¹³⁴

Soweit eine juristische Person des öffentlichen Rechts vom Bund oder einem Land Zuschüsse erhält, die dem Grund oder der Höhe nach gesetzlich begründet sind, unterliegt ihre gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung der Prüfung durch die Rechnungshöfe, § 55 Abs. 1 Satz 1 HGrG. Diese Rechtsfolge tritt auch ein, wenn eine gesetzlich begründete Garantieverpflichtung des Bundes oder des Landes besteht, § 55 Abs. 1 Satz 1 HGrG. Das betrifft alle „öffentliche Banken“, für die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung besteht oder sonstige Garantien übernommen worden sind.

aus dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG herleitet. *Puhl* (Fn. 123), S. 338, 345, lehnt die Herleitung einer umfassenden Prüfungspflicht aus Art. 114 Abs. 2 GG ab und bezeichnet diese Meinung als herrschend. Gleichwohl will er aber den Gesetzgeber verpflichten, für eine wirksame Kontrolle zu sorgen, die aber letztlich wohl nur der Bundesrechnungshof leisten könne (S. 348). Im Ergebnis soll Art. 114 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG „Grundsatznorm für die Finanzkontrolle rechtsfähiger Nebenhaushalte“ sein (S. 354).

¹³³ In diesem Sinne deutlich auch: *Puhl* (Fn. 123), S. 249; *Schwarz*, in: Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Auflage, 2010, Art. 114 Rdn. 52.

¹³⁴ BVerfGE 96, 345 (364), unter Berufung auf BVerfGE 26, 116 (135); 36, 342 (363), wo das aber nicht ausdrücklich für das Landesverfassungsrecht steht; *Huber*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Auflage, 2011, Art. 31 Rdn. 14.

Allerdings erlaubt § 55 Abs. 2 HGrG, dass „auf Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts“ § 53 HGrG entsprechend anzuwenden ist. § 53 HGrG regelt die Prüfung von privatrechtlich organisierten Unternehmen, an denen eine Gebietskörperschaft maßgeblich beteiligt ist. Die Unterwerfung unter die Prüfung nach Maßgabe von § 53 HGrG steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass ein Unternehmen nicht nach § 48 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGrG von der Rechnungsprüfung freigestellt ist. § 48 Abs. 2 Satz 2 HGrG gestattet dem Landesgesetzgeber, Einheiten von der Prüfung durch den Rechnungshof freizustellen. Diese Regelung wäre vor allem für die Sparkassen und Landesbanken von Bedeutung.

Teilweise wird § 55 Abs. 2 HGrG als (abschließende) Sonderregelung für diejenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts angesehen, die Unternehmen sind. Die Vorschrift ginge als *lex specialis* der allgemeinen Regelung der Prüfungsrechte vor. § 55 Abs. 1 HGrG wäre auf sie dann nicht anzuwenden.¹³⁵ Überwiegend wird jedoch angenommen, dass die beiden Vorschriften unterschiedliche Regelungsgegenstände haben und nebeneinander anzuwenden seien. Soweit § 55 Abs. 1 HGrG jedoch strengere Anforderungen enthalte, seien diese maßgebend. Sie müssten auch für diejenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts beachtet werden, die Unternehmen seien.¹³⁶ Systematik und Wortlaut der Vor-

¹³⁵ *Hans Adolf Giesen und Eberhard Fricke*, Das Haushaltsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1972, § 112 Rdn. 5; *Dörries* (Fn. 2), S. 203 f.; *Nebel*, in: Erwin Adolf Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2. Auflage (Loseblatt, Stand: Dezember 2008), § 111 BHO Rdn. 8 (1998).

¹³⁶ *Reinhold Lohl*, Möglichkeiten und Grenzen der Prüfung der staatlichen Beteiligung bei Unternehmen, DÖH 12. Jg. (1971), S. 24 (42), der ausdrücklich feststellt, dass derartige öffentlich-rechtliche Unternehmen auch dann der Prüfung durch den Rechnungshof unterlägen, wenn sie nach § 48 Abs. 2 Satz 2 oder 3 von der Rechnungsprüfung freigestellt seien; *Helmut Karehnke*, Die Unternehmen in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts und ihre Prüfung, DÖH 16. Jahrgang (1975), S. 27 (36, 65); *Siekmann* (Fn. 10), Art. 114 Rdn. 29; *Puhl* (Fn. 123), S. 360 Fn. 438 und S. 362 Fn. 452; *Haverkate* (Fn. 132), S. 200; *Manfred*

schrift sprechen dafür, dass § 55 Abs. 2 HGrG *nicht* lex specialis gegenüber § 55 Abs. 1 HGrG ist.

5. Kontrolle durch Sicherungseinrichtungen

Kreditinstitute und andere Finanzdienstleistungsunternehmen unterliegen regelmäßig auch der Kontrolle durch die gesetzlich vorgeschriebenen und die freiwilligen Sicherungseinrichtungen. Die Kontrolle durch die gesetzlich vorgeschriebenen Sicherungseinrichtungen ist insoweit eine mittelbare Kontrolle des Staates, als die entsprechenden Einrichtungen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau angesiedelt (§ 6 Abs. 1 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz)¹³⁷ oder Beliehene (§ 7 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz) sind. Entgegen weit verbreiteter Vorstellungen ist damit aber keine Haftung des Staates verbunden. Auch gesetzliche Sicherungseinrichtungen können insolvent werden, wie es im Falle des Einlagensicherungsfonds der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) manifest geworden ist. Insoweit besteht in Deutschland ein gravierender Unterschied zur Einlagensicherung durch die Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) in den USA. Die gegenwärtige Krise hat deutlich gemacht, dass die Aufsicht durch die FDIC über die ihr angeschlossenen Institute in der verwirrenden und unkoordinierten Vielzahl der Aufsichts- und Kontrollgremien und -einrichtungen auf Bundes- und Einzelstaatsebene in den USA wohl diejenige war, die mit Abstand noch am ehesten funktioniert hat.

Entsprechende Anzeichen gibt es auch für die Sicherungseinrichtungen der Genossenschaftsbanken und der Sparkassen, da diese nicht nur Ein-

Eibelshäuser/Hugo von Wallis, in: Ernst Heuer, Dieter Engels und Manfred Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht (Loseblatt, Stand: September 2009), § 55 Anm. 3 (1999); nicht eindeutig *Engels* (Fn. 1), S. 125.

¹³⁷ Vom 16. Juli 1998, BGBl I S. 1842.

lagen, sondern Institute sichern und deshalb sehr genau auch deren Geschäftstätigkeit überprüfen. Eine genaue Kontrolle ist aber generell erforderlich, sobald echte risikoadjustierte Prämien oder Beiträge auferlegt werden. Künftige Reformwerke, wie der neue Richtlinienentwurf der EU-Kommission berücksichtigen das bereits ansatzweise.¹³⁸

6. Sonderproblem: Beleihung und Hybridstrukturen

Besonderen Schwierigkeiten bereitet die Kontrolle der zunehmend verwendeten Hybridkonstruktionen. Bei ihnen werden öffentlich-rechtliche Organisationsformen mit denen des Privatrechts vermischt. Unabhängig von allen Detailfragen darf die Verwendung derartiger Strukturen nicht zu einer Kontrollausdünnung führen, auch wenn das ihren Schöpfern und der Leitung der betroffenen Einrichtungen durchaus nicht unerwünscht wäre. Vor allem ist sehr viel größere Vorsicht bei der Verwendung des Rechtsinstituts der Beleihung angebracht. Auch wenn es grundsätzlich anerkannt ist, darf seine Verwendung nicht zur Unterbrechung von Aufsichts- und Leitungssträngen führen. Es muss *gesetzlich* festgelegt sein, dass auch dem Beliehenen gegenüber Fachweisungen von parlamentarisch Verantwortlichen im Einzelfall erteilt werden dürfen. Das Parlament muss auch insoweit eine „letztentscheidende“ Einflussmöglichkeit behalten.¹³⁹

¹³⁸ Art. 11 Abs. 1 und 2 des Richtlinienvorschlags, EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine RICHTLINIE .../.../EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Einlagensicherungssysteme [Neufassung], vom 12. Juli 2010, KOM(2010) 368/2, 2010/xxxx (COD) {KOM(2010) 369}, {SEK(2010) 834}, {SEK(2010) 835}.

¹³⁹ Vgl. BremStGH, LVerfG 13, 209 (224 ff); BerlVerfGH 10, 96 (105); *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz, 11. Auflage, 2011, Art. 20 Rdn. 10.

IV. Überlegungen zur Neuordnung

1. Die unterschiedlichen Herangehensweisen

Für die Überlegungen zur Neuordnung der „öffentlichen Banken“ in Deutschland kommen zwei grundsätzlich unterschiedliche Vorgehensweisen in Betracht:

Ausgehend von dem oben skizzierten Ist-Zustand kann untersucht werden, welche Änderungen besonders dringlich sind, namentlich um Schwierigkeiten einzelner Institute oder Institutsgruppen schnell zu beseitigen.

Es kann aber auch grundsätzlich überlegt werden, wie ein rationales System „öffentlicher Banken“ in Deutschland im Rahmen der Vorgaben des EU-Rechts und des deutschen Verfassungsrechts aussehen sollte.

Die zuerst genannte Vorgehensweise hat den Vorteil, dass Teilziele angegangen werden können, die in einem überschaubaren Zeitrahmen auch realisiert werden können. Ihr Nachteil ist jedoch, dass die Einzelprobleme miteinander verknüpft sind und selten wirklich isoliert gelöst werden können. Eine Reform oder „Konsolidierung“ des Landesbankensektor macht beispielsweise keinen rechten Sinn, ohne die Funktion der Landesbanken als Zentralinstitut für die kommunalen Sparkassen in die Überlegungen mit einzubeziehen. Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Sparkassen noch immer zu einem nennenswerten Teil Eigentümer und Hauptgläubiger dieser Institute sind.¹⁴⁰ Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass ihre Anteile im Verlauf der Krise abgenommen haben, weil sie die immensen Lasten, die zur Rettung der meisten Landesbanken erforderlich waren, nicht mehr tragen konnten, ohne selbst in Gefahr zu geraten. Zudem wird bei jeder Teilreform auf der Basis der bestehenden Gesamtstrukturen von den Betroffenen versucht werden, von ihrem isolierten Standpunkt aus nachteilig erscheinende Konsequenzen zu vermeiden.

¹⁴⁰ Hilgert/Krahn/Merl/Siekman (Fn. 2), S. 4 ff.

Diese Abläufe sind gegenwärtig wieder besonders anschaulich bei den Auseinandersetzungen um die Reform der Einlagensicherung¹⁴¹ zu beobachten, deren juristische und ökonomische Insuffizienz in Deutschland auf der Hand liegt, auch wenn Bankenvertreter aus allen Lagern jahrelang etwas anderes behauptet haben. Von einer aktiven Gestaltung dieses wichtigen Problemfeldes durch die deutsche Politik ist fast nichts zu sehen; ganz zu schweigen von einem in die Zukunft gerichteten Gesamtkonzept, das durchaus auch von nationaler Seite erarbeitet und – *horribile dictu* – auch einmal im Alleingang als nationale Lösung erprobt werden könnte. Auch hierbei spielen die „öffentlichen Banken“ mit ihrer besonderen „Institutssicherung“ eine wichtige Rolle.

Entsprechendes gilt für die Erarbeitung neuer Regeln zum aufsichtsrechtlich erforderlichen Eigenkapital und zur Sicherung der Liquidität von Banken durch den Ausschuss für Bankenaufsicht in Basel; umgangssprachlich nunmehr meist als Basel III bezeichnet. Auch hier hat Deutschland wieder eine ungute Rolle zum Schutz seiner „öffentlichen Banken“ gespielt, aber auch um privatwirtschaftlich agierenden nationalen „Champions“ oder verstaatlichten Versagern entgegen zu kommen. Ob ihnen damit aber wirklich ein Gefallen getan wird, ist eher zweifelhaft.

Die Schweiz hat jedenfalls vorgemacht, was ökonomisch und juristisch möglich ist, selbst wenn die dort beschlossenen Regeln für ihre beiden nationalen „Champions“ durchaus schmerzhaft sind.¹⁴² Mittelfristig dürften

¹⁴¹ Oben Fn. 138.

¹⁴² Eigenkapitalquote von 19 %, vgl. Financial Time Deutschland vom 16. Juni 2011; Verringerung von Systemrisiken durch die Ausgabe von Contingent Convertible Bonds („Coco Bonds“). Ein entsprechender Vorschlag für Deutschland (*Jan Pieter Krahn* / *Helmut Siekmann*, Rettungsstrategie ohne Moral Hazard – Versuch eines Gesamtkonzepts zur Bankkrisenvermeidung, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 38 [2010], S. 11) wurde nicht umgesetzt, sondern statt dessen ein Restrukturierungsfonds geschaffen, der durch eine ebenfalls vorgeschlagene Sonderabgabe der Banken („Bankenabgabe“) gespeist wird, nähere Einzelheiten bei *Helmut Siekmann*, Die Bankenabgabe in Deutschland, Der Betrieb 2011, S. 29 (= Po-

sie sich aber als einen großen Vorteil für den dortigen Finanzplatz erweisen. Strenge oder sogar sehr strenge bankenaufsichtsrechtliche Anforderungen schützen nämlich nicht nur die Steuerzahler vor weiteren Zumutungen aus der Bankwirtschaft, sondern schaffen etwas, was in diesem Gewerbe von unschätzbarem Wert sein sollte: Vertrauen. Vor allem hat die Schweiz auch gezeigt, dass nicht erst abgewartet werden muss, was letztlich auf internationaler oder supranationaler Ebene beschlossen wird, sondern dass auch ein einzelnes Land, das ebenfalls in nennenswertem Umfang „öffentliche Banken“ kennt, eine Vorreiterrolle einnehmen kann. Davon ist aber in Deutschland fast nichts zu sehen.

2. Das inhaltliche Grundproblem

Die wirklich entscheidende Frage, ob und in welcher Form Gebietskörperschaften unmittelbar oder durch verselbständigte Einheiten Bankdienstleistungen anbieten sollten, ist bei den Auseinandersetzungen um drängende Teilreformen nie ernsthaft und umfassend diskutiert worden. Die Antwort ist keinesfalls trivial. Es handelt sich nicht um das von der Wirtschaftspublizistik und von Betriebswirten gerne diskutierte Problem des fehlenden „Geschäftsmodells“ „öffentlicher Banken“, sondern ist ihm vorgelagert. Wenn entschieden ist, ob und welche Bankdienstleistungen vom Staat angeboten werden sollten, ergibt sich das „Geschäftsmodell“ zwanglos von selbst. Vor allem verbietet eine solche Entscheidung die Kreation immer neuer sogenannter Finanzprodukte für Endverbraucher, die im Wesentlichen nur den Instituten und ihrem Management einen Nutzen bereiten, für die große Mehrheit der Bevölkerung aber nutzlos oder gar schädlich sind.

Diese Entscheidung ist vor dem Hintergrund der noch wenig verbreiteten Erkenntnis zu treffen, dass es die vormals mit höchster Sicherheit ausgestatteten öffentlich-rechtlichen Institute zur bequemen Versorgung der Bevölkerung mit den wirklich notwendigen Bankdienstleistungen in dieser Form nicht mehr gibt. Die darüber in der Öffentlichkeit und den Parlamenten eigentlich zu führende Diskussion hat niemals stattgefunden. Weder die Privatisierung der Deutschen Pfandbriefanstalt (Depfa) noch der Bankdienste der Post noch der Wegfall der Staatsgarantie für Landesbanken und Sparkassen ist in ihren wirklichen Auswirkungen der Bevölkerung jemals wirklich klar gemacht worden. Stattdessen wird an unzulänglichen Ersatzinstrumenten, wie Ratings und Einlagensicherung durch gesonderte Einrichtungen mit rechtlich und ökonomisch dubioser Leistungsfähigkeit laboriert.

Entsprechendes gilt für die weitgehende Beseitigung der öffentlich-rechtlichen Hypothekenbanken und die Aufweichung des „mündelsicheren“ deutschen „Pfandbriefs“ zu einem „covered bond“ angelsächsischer Prägung, der zwar ein AAA-rating trägt, sich im Krisenfall aber schnell als wertlos herausstellen kann. Um die wirkliche Sicherheit auch nur eines dieser Papiere verlässlich beurteilen zu können, müssen tausendseitige „covenants“ nach irischem Recht gelesen und auch verstanden werden, während zur Beurteilung der Sicherheit aller Pfandbriefe entweder nur auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung des emittierenden Instituts zu achten war oder wenige, kurze Vorschriften eines Gesetzes, das für alle Pfandbriefe, also eine ganze „Produktklasse“, galt, zu lesen waren.

Ob es aber die Vielzahl von Landesbanken geben muss, ist durchaus fraglich. Nur werden aus der Zusammenfassung aller Landesbanken oder von WestLB AG und BayernLB nicht automatisch leistungsfähige Institute. Vor allem entsteht ein Größenproblem auf dem deutschen Bankenmarkt, denn es würde ein oder mehrere Institute entstehen, die mit Abstand das größte Bilanzvolumen aufweisen würden.

3. Die Grundversorgung der Bevölkerung mit sicheren Bankdienstleistungen

In der Folge der Privatisierung und tiefgreifenden Umorganisation fast aller „öffentlichen Banken“ ist die Sicherung der Einlagen und des Zahlungsverkehrs zu einem der brennendsten Probleme der Finanzwirtschaft in Deutschland geworden; von der Politik allerdings erst auf dem Höhepunkt der Krise, als ein Zusammenbruch des Banksystems kurz bevorstand, mit einer staatsrechtlich überaus fragwürdigen Garantieerklärung von Bundeskanzlerin und Bundesfinanzminister nur kurzfristig entschärft.

Es gibt weiterhin gute Gründe, Kreditinstitute mit unmittelbarer Staatshaftung als Einrichtungen der Daseinsvorsorge zu betreiben.¹⁴³ Wie dringend erforderlich sie sein können, zeigt die Klage des drittgrößten deutschen Versicherungskonzerns Talanx, der die Deutsche Bundesbank auf Einrichtung eines Girokontos verklagt hatte.¹⁴⁴ Hier ging es nicht um die mehr oder weniger riskante Anlage von Geld, sondern schlicht um die wirtschaftlich dringend erforderliche sichere Abwicklung des Zahlungsverkehrs. Das klagende Unternehmen hatte im Gegensatz zur breiten Bevölkerung zutreffend die schamhaft verschwiegene *drastische Verschlechterung* der Stellung der Endkunden durch Deregulierung und Privatisierung erkannt. Eine solche Klage wäre noch vor wenigen Jahren überflüssig gewesen. Ein schlichter Verweis auf die Konten bei den kommunalen Sparkassen, Landesbanken oder den Postscheckämtern hätte das Unternehmen klaglos stellen können. Das geht nun nicht mehr. Daran ändert auch die in diesen Tagen von Verbandsvertretern wortreich beschworene „Institutssicherung“ im Bereich der Sparkassen nichts. In diesem Zusammen-

¹⁴³ Dieser Aspekt ist in dem Reformvorschlag von *Hilgert/Krahnen/Merl/Siekmann* (Fn. 2), S. 11 ff. bewusst noch nicht weiter vertieft worden.

¹⁴⁴ VG Frankfurt Urteil vom 11.2.2010 – Az. 1 K 2319/09.F (Abweisung). Berufung wurde aus unbekanntem Gründen nicht eingelegt.

hang wird weiterhin verschwiegen, dass „Institutssicherung“ heute ein völlig anderes ökonomisches und juristisches Gewicht hat als noch vor zehn Jahren.

Die Haftung des Staates war aus guten Gründen eingeführt worden und machte die Einführung einer umfassenden Einlagensicherung oder genauer: einer Versicherung der Einlagen durch den Staat, wie bei der Federal Deposit Insurance Corporation – FDIC in den USA, weitgehend überflüssig. Eine nicht hinreichend bedachte Folge der weitgehenden Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Bereich der „öffentlichen Banken“ hat die Gefahr eines „bank-runs“, der das gesamte Bankensystem in den Abgrund stoßen kann, sehr real werden lassen und die Reform der Einlagensicherung so wichtig werden lassen, aber auch eine faktische Geiselhaft des Staates durch die Finanzinstitute zur Folge. Keine Regierung wagt mehr den Zusammenbruch des bargeldlosen Zahlungsverkehrs durch die Insolvenz auch nur eines mittelgroßen Instituts in Kauf zu nehmen.

Auch die von der EU-Kommission angestoßene Reform der Einlagensicherung¹⁴⁵ droht wieder im Gestrüpp der heterogenen Bankenstruktur und den Sonderinteressen der „öffentlichen Banken“ zu versanden oder verwässert zu werden. Die nunmehr dringend erforderlich gewordene staatliche Garantie für die Zahlungsfähigkeit der Sicherungssysteme ist auch im Entwurf der Kommission nicht vorgesehen, obschon es sie in den USA für die FDIC schon seit Jahrzehnten gibt – bei jeweils deutlich höheren abgesicherten Beträgen.

¹⁴⁵ Oben Fn. 141.

4. Wahl der Rechtsform

Wenn es aber „öffentliche Banken“ geben soll, spielt die Wahl der geeigneten Rechtsform eine wichtige Rolle. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts unterliegt einem völlig anderen Rechtsregime als eine juristische Person des Privatrechts, auch wenn die öffentlich-rechtlichen Rechtsformen vom Management und seinen Beratern immer mehr für gesellschaftsähnliche Gestaltungen missbraucht werden. Nicht zuletzt sind ihre Leitungspersonen Amtsträger im strafrechtlichen Sinne. Die Entscheidung über die *Rechtsform* einer Bank in der Trägerschaft des Staates (im weiteren Sinne) darf auch nicht zum Spielmaterial in der Hand von Unternehmensberatern und Kautelarjuristen mutieren, das beliebig zur „Steueroptimierung“, Konzernbildung, Schaffung kontrollfreier Räume, Arbeitnehmermitbestimmung oder anderen sachfremden Zwecken eingesetzt werden kann.

In jedem Fall ist es aber angezeigt, sich wieder darauf zu besinnen, dass die Anstalt des öffentlichen Rechts ein Instrument des Verwaltungsorganisationsrechts ist, wenn man „öffentliche Banken“ in dieser Rechtsform betreiben will. Politik und Kautelarjurisprudenz haben zunehmend versucht, die Anstalt des öffentlichen Rechts als eine fast beliebig ausformbare Rechtsform zur Organisation „öffentlicher Banken“ zu etablieren, die sich weitgehend am privaten Gesellschaftsrecht orientiert. Hochrangige Rechtsberater und Ökonomen sprechen nicht selten von Gesellschaftern und Gesellschaftsanteilen, wenn von öffentlich-rechtlich organisierten Banken die Rede ist.

Zumindest auf Landesebene ist es aber nicht zulässig, verwaltungsrechtliche Anstalten zu „Kapitalgesellschaften des öffentlichen Rechts“ umzuformen. Es bestehen sowohl kompetenzrechtlich Bedenken als auch Vorbehalte im Hinblick auf die Wahrung des institutionellen Gesetzesvorbe-

halts.¹⁴⁶ Zahlreiche Detailregelungen in den gesetzlichen Rahmenbedingungen für „öffentliche Banken“ gehen gleichwohl in diese Richtung (Übertragbarkeit der Trägerschaft, gesellschafterähnliche Stellung der Träger, „Beleihung“ von privatrechtlichen Trägern, Bildung von Stammkapital, Beteiligung von Privatkapital), sind aber verfassungsrechtlich angreifbar. Vor allem die Beteiligung von Privatkapital an Anstalten des öffentlichen Rechts ist nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch staatsrechtlich heikel. Privatrechtssubjekte als Träger von Anstalten des öffentlichen Rechts sind aber in jedem Fall rechtlich fragwürdig.

5. Verbesserung von Leitung, Aufsicht und Kontrolle „öffentlicher Banken“

Wenn und solange es aber „öffentliche Banken“ gibt, stellt sich die weitere grundlegende Frage, wie sie geleitet, beaufsichtigt und kontrolliert werden sollen. Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass hier auf allen Ebenen des gegliederten Staatswesens dringender Handlungsbedarf besteht. Der Staat hat sich in der Vergangenheit keineswegs als ein durchwegs guter „Bankier“ erwiesen. Er hat aber auch nicht immer schlechter gearbeitet als rein privatwirtschaftlich arbeitende Institute, wie die Hypo-Real-Estate und die Commerzbank. Es gibt neben der großen Mehrzahl der Sparkassen durchaus auch andere öffentlich-rechtlich organisierte Kreditinstitute, welche die Krise ordentlich gemeistert haben.

Das Spannungsfeld zwischen politisch-demokratischer Einflussnahme und fachlich-ökonomischer Eigenständigkeit ist aber in jedem Einzelfall neu auszuloten. Dabei wird wohl zwischen den Sparkassen, den Landesbanken und den Förderbanken des Bundes und der Länder zu unterscheiden sein und vor allem den Bedürfnissen der Endkunden wieder viel mehr Aufmerksamkeit zu widmen sein.

¹⁴⁶ Siekmann (Fn. 6), S. 369 f.; Becker (Fn. 1), S. 254 ff.

V. Zusammenfassung und Ergebnisse

- (1) Unter „öffentlichen Banken“ sind Kreditinstitute in unmittelbarer oder mittelbarer Trägerschaft einer Gebietskörperschaft zu verstehen.
- (2) Eine Bestandsaufnahme ergibt, dass ein nennenswerter Teil der „öffentlichen Banken“ materiell privatisiert oder stark umgeformt worden ist.
- (3) Die Sicherung der Kunden durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ist weitgehend beseitigt worden, ohne dass dies den Betroffenen hinreichend deutlich gemacht worden ist.
- (4) Die bestehenden „öffentlichen Banken“ sind deutlich vielgestaltiger organisiert als noch vor wenigen Jahren.
- (5) Auch „öffentliche Banken“ unterliegen regelmäßig der „allgemeinen“ Aufsicht und Kontrolle, wie sie für privatwirtschaftliche Institute in ihrer jeweiligen Rechtsform gelten.
- (6) Darüber hinaus ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine besondere Leitung, Aufsicht und Kontrolle der „öffentliche Banken“ durch ihr Trägergemeinwesen erforderlich; nicht zuletzt um die Einhaltung ihres besonderen öffentlichen Auftrags kontrollieren zu können.
- (7) Die Prüfung durch Wirtschaftsprüfer kann diese Aufgaben nicht erfüllen.
- (8) Sie ist an erster Stelle Aufgabe der Exekutive des Trägergemeinwesens.
- (9) Eine bloße Rechtsaufsicht ist verfassungsrechtlich problematisch, jedenfalls dann wenn eine Einstandspflicht des Trägergemeinwesens besteht.
- (10) Die Mitwirkung in Aufsichtsgremien der „öffentliche Banken“ ist keine hinreichende Aufsicht in diesem Sinne.

- (11) Darüber hinaus sind die parlamentarische Kontrolle und die Kontrolle durch die Rechnungshöfe ganz wesentlich.
- (12) Die Kontrolle durch Sicherungseinrichtungen kann wirksam und sinnvoll sein.
- (13) Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Mischformen dürfen nicht zu einer Ausdünnung von Aufsicht und Kontrolle führen.
- (14) Der Einsatz des Instituts der Beleihung ist nur dann rechtlich akzeptabel, wenn ein durchgehender Aufsichts- und Leitungsstrang auch gegenüber dem Beliehenen gesichert ist.
- (15) Überlegungen zur Neuordnung der „öffentlichen Banken“ müssen zuerst die Frage beantworten, ob und welche Bankdienstleistungen der Staat unmittelbar oder mittelbar anbieten sollte.
- (16) Eine Grundversorgung der Bevölkerung mit einfachen Bankdienstleistungen, die sicher, einfach, kostengünstig und leicht erreichbar sind, ist eine staatliche Aufgabe. Hier liegt in weitem Umfang Marktversagen vor.
- (17) Ob ein reformiertes Einlagensicherungssystem die notwendige Sicherheit bieten kann, ist zweifelhaft, solange keine Staatsgarantie für die Sicherungseinrichtungen besteht.
- (18) Es ist an eine Reaktivierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für einfache Institute zur Grundversorgung der Bevölkerung zu denken.
- (19) Leitung und Kontrolle des Managements „öffentlicher Banken“ müssen wesentlich strenger werden, um jegliche Risiken für die öffentlichen Haushalte auszuschließen. Gehaltsmäßig muss ihre Leitung so uninteressant sein, dass sie weder für Politiker noch für „Finanzingenieure“ attraktiv ist.

Working Papers

48 (2011)	Helmut Siekmann	Die rechtliche Regulierung öffentlicher Banken in Deutschland
47 (2011)	Helmut Siekmann	Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht
46 (2011)	Christos Koulovatianos Volker Wieland	Asset Pricing under Rational Learning about Rare Disasters
45 (2011)	Helmut Siekmann	Law and Economics of the Monetary Union
44 (2011)	Heinz Hilgert Jan Pieter Krahn Günther Merl Helmut Siekmann	On a Fundamental Reorganisation of the Landesbanks and Savings Banks Sector in Germany
43 (2011)	Helmut Siekmann	Die Bankenabgabe in Deutschland - ein geeignetes Instrument zur Prävention von Finanzkrisen?
42 (2011)	Heinz Hilgert Jan Pieter Krahn Günther Merl Helmut Siekmann	Streitschrift für eine grundlegende Neuordnung des Sparkassen- und Landesbankensektors in Deutschland
41 (2010)	Helmut Siekmann	Die Finanzmarktaufsicht in der Krise
40 (2010)	Helmut Siekmann	Die Entstehung des neuen Europäischen Finanzaufsichtssystems
39 (2010)	Ludger Michael Migge	Wirtschaftsjournalismus vs. Finanzanalyse? Zur ‚regulierten‘ Selbstregulierung von Presse und Telemedien in der Finanzmarktberichterstattung nach §§ 34b Abs. 4 und 34c S. 6 des Wertpapierhandelsgesetzes
38 (2010)	Jan Pieter Krahn Helmut Siekmann	Rettungsstrategie ohne Moral Hazard - Versuch eines Gesamtkonzepts zur Bankkrisenvermeidung
36 (2009)	Roman Inderst Marco Ottaviani	Misselling through Agents
37 (2010)	Y. Emilie Yoo	Capital Adequacy Regulation of Financial Conglomerates in the European Union
35 (2009)	Roman Inderst	Misselling (Financial) Products: The Limits for Internal Compliance

34 (2009)	Roman Inderst Holger Müller Felix Münnich	Financing a Portfolio of Projects
33 (2009)	Roman Inderst Manuel Klein	Innovation, endogenous overinvestment, and incentive pay
32 (2009)	Roman Inderst	“Irresponsible Lending” with a better informed lender
31 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	Bank capital structure and credit decisions
30 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	Early-Stage Financing and Firm Growth in New Industries
29 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	CEO Replacement under Private Information
28 (2009)	Hasan Doluca Roman Inderst Ufuk Otag	Bank Competition and Risk-Taking When Borrowers Care about Financial Prudence
27 (2009)	Roman Inderst	Loan Origination under Soft- and Hard-Information Lending
26 (2009)	Helmut Siekmann	Stabilisierung der WestLB AG durch Garantien des Landes NRW Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen am 29. Oktober 2009
25 (2009)	Helmut Siekmann	Die Neuordnung der Finanzmarktaufsicht (veröffentlicht in: Die Verwaltung, 43. Band, Heft 1, S. 95 – 115)
24 (2009)	Helmut Siekmann	Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jacques de Larosière
23 (2009)	Melanie Döge Stefan Jobst	Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz

22 (2009)	Tim Oliver Berg	Cross-country evidence on the relation between equity prices and the current account
21 (2009)	Stefan Gerlach	The Risk of Deflation
20 (2009)	Chun-Yu Ho Wai-Yip Alex Ho	On the Sustainability of Currency Boards: Evidence from Argentina and Hong Kong
18 (2008)	Hans Genberg Cho-Hoi Hui	The credibility of The Link from the perspective of modern financial theory
19 (2009)	Helmut Siekmann	Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Energie und des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen Keine Hilfe für Banken ohne einen neuen Ordnungsrahmen für die Finanzmärkte
17 (2008)	Helmut Siekmann	Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und Bündnis 90/Die Grünen für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung
16 (2008)	Katrin Assenmacher-Wesche Stefan Gerlach	Ensuring Financial Stability: Financial Structure and the Impact of Monetary Policy on Asset Prices
14 (2007)	Guntram B. Wolff	Schuldenanstieg und Haftungsausschluss im deutschen Föderalstaat: Zur Rolle des Moral Hazard
15 (2008)	Helmut Siekmann	Föderalismuskommission II für eine zukunftsfähige Gestaltung der Finanzsystem nutzen
13 (2007)	Katrin Assenmacher-Wesche Stefan Gerlach Toshitaka Sekine	Monetary Factors and Inflation in Japan
12 (2007)	Stefan Gerlach Peter Kugler	Deflation and Relative Prices: Evidence from Japan and Hong Kong

11 (2007)	Symposium am 26.11.2007 in Frankfurt am Main	Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen
10 (2007)	Helmut Siekmann	Die Spielbankabgabe und die Beteiligung der Gemeinden an ihrem Aufkommen – zugleich ein Beitrag zu den finanzverfassungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden (veröffentlicht in: Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hermann Butzer, Markus Kaltenborn, Wolfgang Meyer, 2008, S.319-345)
9 (2007)	Henry Ordower	Demystifying Hedge Funds: A Design Primer (veröffentlicht in: UC Davis Business Law Journal 2007 (7/2), S. 323-372)
7 (2006)	Joachim Wieland	Staatsverschuldung als Herausforderung für die Finanzverfassung (veröffentlicht in: JZ 2006, S. 751 ff.)
8 (2007)	Helmut Siekmann	Der Anspruch auf Herstellung von Transparenz im Hinblick auf die Kosten und Folgekosten der Steinkohlesubventionierung und den Börsengang der RAG AG
6 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller	A Lender-Based Theory of Collateral
5 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller Felix Münnich	Financing A Portfolio of Projects
4 (2006)	Reinhard H. Schmidt Aneta Hryckiewicz	Financial Systems - Importance, Differences and Convergence
3 (2006)	Helmut Siekmann	Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
2 (2006)	Helmut Siekmann	Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach geltendem Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
1 (2006)	Helmut Siekmann	The Burden of an Ageing Society as a Public Debt

(veröffentlicht in: European Public Law 2007 (13/3))