

# Abhandlungen

Horst Müller

## Fortentwicklung des Sparkassensektors

### Notwendigkeit – Bedingungen – Gestaltungsmuster

*Anstalt des öffentlichen Rechts; Öffentliche Banken; öffentlich-rechtliche, privatrechtliche und hybride Organisationsformen; Privatisierung; Sparkassen; Sparkassenrecht*

*Die öffentlichen Banken, insbesondere die Sparkassen sind seit langem Gegenstand kontroverser rechts- und wirtschaftspolitischer Diskussionen. Die Konkurrenzsituation zu privaten Kreditbanken in den regionalen Märkten und ordnungspolitische Vorstellungen induzieren immer wieder Privatisierungsforderungen. Die mit dem europäischen Beihilferecht konfligierende Organisationsstruktur hat zum Wegfall der Gewährträgerhaftung und zur Modifikation der Anstaltslast geführt. Der Bedeutungsverlust des deutschen Banksystems im internationalen Vergleich, seine gegenwärtige Ertragsschwäche und die starke Fragmentierung werden zudem auf die „Versteinerung“ des Drei-Säulen-Systems zurückgeführt. Als Ursache wird die mit dem Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht inkompatible Organisationsform gesehen. Die Kommunen, die Sparkassenverbände und die Landesgesetzgeber halten jedoch insbesondere bei den Sparkassen am tradierten rechtlichen Rahmen fest. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass wirtschaftliche und rechtliche Gründe zu einer Erneuerung des Organisationsrechts der Sparkassen zwingen und dass dafür öffentlich-rechtliche, privatrechtliche sowie hybride Gestaltungsmuster zur Verfügung stehen. Sie ermöglichen sowohl die Aufrechterhaltung des öffentlichen Auftrags der Sparkassen als auch die Fortentwicklung des Banksystems insgesamt.*

### I. Sparkassen – Landesbanken – Sparkassen-Finanzgruppe

Sparkassen<sup>1</sup> sind kommunale wirtschaftliche Unternehmen in der Organisationsform von Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR). Anfang 2005 gab es in der Bundesrepublik 477 Institute in sehr differenzierten Unternehmensgrößen. Nach ihrem Selbstverständnis nehmen sie Aufgaben der Daseinsvorsorge im Bankensektor wahr. Ihr zentraler öffentli-

1 Der Begriff „Sparkasse“ ist in dieser Untersuchung ausschließlich auf Sparkassen in kommunaler Trägerschaft bezogen. Daneben gibt es sieben freie, historisch gewachsene Institute mit dieser Bezeichnung in verschiedenen Organisationsformen (Wirtschaftliche Vereine, Stiftungen, Aktiengesellschaft, Juristische Person des Alten Hamburger Rechts). Sie sind gemeinnützig, gehören den Sparkassen- und Giroverbänden an und sind als „öffentliche Sparkassen“ i.S.d. § 40 I KWG anerkannt.

cher Auftrag ist die Förderung der lokalen und regionalen Entwicklung. Dabei agieren sie als Universalbanken<sup>2</sup> nach kaufmännischen Grundsätzen. Die Bankdienstleistungen erbringen sie entweder selbst oder im Verbund mit den Landesbanken sowie spezialisierten Einrichtungen der Sparkassen-Finanzgruppe.

Unterschiedlicher als bei den Sparkassen sind Organisationsstruktur und Aufgabenstellung der gegenwärtig noch elf Landesbanken.<sup>3</sup> Ihre Träger sind meist<sup>4</sup> die Bundesländer und Sparkassen oder körperschaftlich strukturierte Sparkassenverbände<sup>5</sup>. Landesbanken sind zum Teil auch wechselseitig verflochten. Häufig sind sie zwar noch als AöR organisiert, doch ermöglichen neuere Gesetze auch Privatrechtsformen oder sehen hybride Organisationen<sup>6</sup> vor. Die Landesbanken sind ebenfalls Universalbanken. Sie fungieren zugleich als Staats- und Kommunalbanken sowie als Sparkassenzentralbanken. Weiterhin unterstützen sie die Sparkassen auf Geschäftsfeldern, die deren Leistungsfähigkeit überfordern (z.B. Auslands- und Wertpapiergeschäfte, Konsortialkredite, Investment Banking).

Die Sparkassen-Finanzgruppe umfasst neben den Sparkassen und Landesbanken die DekaBank, elf Landesbausparkassen, 13 regionale öffentliche Erstversicherungsgruppen, sieben Leasinggesellschaften, zahlreiche Kapitalbeteiligungsgesellschaften sowie Spezialkreditinstitute. Es ist ein Verbund ohne eigene Rechtsfähigkeit aus gegenwärtig 670 Institutionen, die wiederum in Subsystemen organisiert sind (Sparkassen-Finanzgruppen in den Ländern).

## II. Sparkassen im Bankenumfeld

Private Kreditbanken, Banken in öffentlicher Hand und Genossenschaftsbanken sind die zentralen Segmente des deutschen Bankensystems. Traditionell kennzeichnet man diese Struktur plastisch und vereinfachend als „Drei-Säulen-System“. Es ist die Beschreibung des Stands einer historischen Entwicklung und kein rechtlich oder ökonomisch begründetes Gestaltungsmuster, dem die Bedeutung eines zwingenden Entscheidungskriteriums bei der Fortentwicklung des Bankensystems zukäme.

- 
- 2 Das Sparkassenrecht bestimmt – in den Ländern unterschiedlich – i.d.R. Einschränkungen bei riskanten Geschäften (z.B. Spekulationsverbot, Höchstkreditgrenzen) oder einzelne Vorbehalte für Verbundinstitute.
  - 3 Die Landesbanken sind Gegenstand dieser Abhandlung nur im Hinblick auf das Zusammenwirken mit den Sparkassen und auf ihre Ergänzungsfunktion. Auf sie sind zwar eine Reihe der angesprochenen organisationsrechtlichen Aspekte übertragbar, im Großen und Ganzen bestehen für sie aber andere und gesondert zu beurteilende rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen.
  - 4 In NRW sind auch die Landschaftsverbände beteiligt (§ 39 I NRWSpkG).
  - 5 Gegenwärtig bestehen neun Sparkassen- und Giroverbände, in denen die Sparkassen und ihre Träger zusammengeschlossen sind.
  - 6 So hält z.B. nach bayerischem Recht eine Aktiengesellschaft (Bayern LB Holding AG) im Wege der Beleihung die als AöR strukturierte Landesbank (Art. 3 I 2 BayLBG; „Finanzholding-Modell“). NRW kennt eine zweistufige Organisationsform in der Weise, dass die NRW.BANK als öffentlich-rechtliches Institut (AöR) mit Förderaufgaben (§§ 36 ff. NRWSpkG) vollständig die WestLB AG hält, die im Wettbewerbsgeschäft tätig ist; beide Institute zusammen nehmen die klassischen Landesbankaufgaben wahr.

Eine Analyse des Systems greift zweckmäßigerweise auf die Kategorien zurück, die den europäischen Statistiken und den Bankenstatistiken der Deutschen Bundesbank zugrunde liegen. Als Banken gelten danach folgende Kategorien von Instituten:

- Kreditbanken mit Untergliederungen in Großbanken, Regionalbanken, sonstige Kreditbanken sowie in Zweigstellen ausländischer Banken („private Kreditbanken“),
- Landesbanken,
- Sparkassen,
- Genossenschaftliche Zentralbanken,
- Kreditgenossenschaften,
- Realkreditinstitute,
- Banken mit Sonderaufgaben.

Signifikant für die Stellung der Sparkassen in diesem Umfeld sind folgende Daten<sup>7</sup>:

- Die Sparkassen unterhalten 42,3 v.H. der Bankstellen<sup>8</sup> (Kreditgenossenschaften 40,5 v.H.; Kreditbanken 15,1 v.H.). Bezieht man die Deutsche Postbank AG mit ein, dann verschieben sich die Relationen nicht unerheblich (Sparkassen 32,7 v.H.; Kreditgenossenschaften 31,3 v.H.; Postbank 22,8 v.H.; Kreditbanken 11,7 v.H.).
- Der Anteil der Sparkassen an der kumulierten durchschnittlichen Bilanzsumme aller Banken beträgt 13,9 v.H. (Kreditgenossenschaften 7,6 v.H.; Kreditbanken 32,1 v.H.). Während der Anteil der Sparkassen seit 1999 um 0,9 Prozentpunkte und der der Kreditgenossenschaften um 1,0 Prozentpunkte gefallen ist, ist der Anteil der Kreditbanken im gleichen Zeitraum um 2,4 Prozentpunkte gestiegen. Das zeigt mittelfristig eine deutliche Veränderung der relativen Gewichte.
- Bei der Vergabe von Krediten an inländische Nichtbanken<sup>9</sup> liegen – gemessen an der Gesamtsumme – die Kreditbanken (24,9 v.H.) nur geringfügig vor den Sparkassen (23,7 v.H.). Bezieht man die Landesbanken mit ein, dann kommt den öffentlichen Banken mit 39,8 v.H. ein deutliches Übergewicht zu. Die Kreditgenossenschaften erreichen mit ihren genossenschaftlichen Zentralbanken (1 v.H.) nur einen Anteil von 13,9 v.H..
- Bei den Einlagen und aufgenommenen Krediten von Nichtbanken nehmen die Sparkassen mit einem Anteil von 30,1 v.H. die erste Rangstelle ein (Kreditbanken 27,0 v.H.; Kreditgenossenschaften 19,4 v.H.). Hier dominiert der Bereich der öffentlichen Banken mit insgesamt 42,3 v.H. deutlich. Ausschlaggebend dafür sind die hohen Anteile der Spareinlagen bei den Sparkassen (52,7 v.H.) sowie der Termineinlagen bei den Landesbanken (26,8 v.H.), die wiederum zu einem erheblichen Umfang von den Sparkassen vermittelt werden.

<sup>7</sup> Quellen: Deutsche Bundesbank (2003), S. 5 ff.; (2004a), S. 15 ff.; (2004b); (2004c), S. 5 ff.

<sup>8</sup> Institute und Zweigstellen.

<sup>9</sup> Zeitpunkt: Ende Juli 2004.

- Diese Zahlen sowie ein Vergleich betriebswirtschaftlicher Kennziffern des Jahres 2003<sup>10</sup> kennzeichnen die starke Stellung der Sparkassen im klassischen Bankgeschäft. Sie ergibt sich v.a. aus der großen Zahl der Kundenbeziehungen zu privaten Haushalten sowie zu kleinen und mittelständischen Unternehmen.

### III. Risiken und Dysfunktionen

Die aufgezeigten Daten vermitteln zunächst einen recht positiven Eindruck des Sparkassensektors. Das große Kundenpotenzial, die starke Stellung in wichtigen Segmenten des Marktes und akzeptable Erträge in einer schwierigen gesamtwirtschaftlichen Lage weisen auf Solidität hin und legen auch künftige Stabilität nahe. Weil es sich dabei um ein „Gruppenfoto“ und eine „Momentaufnahme“<sup>11</sup> handelt, sind solche Erwartung jedoch nicht zwingend. Sparkassen weisen eine sehr heterogene Struktur auf.<sup>12</sup> Größe und wirtschaftliches Umfeld differieren deutlich. Die Ertragssituation zeigt eine ganz erhebliche Streubreite. Vor allem aber sagen Trends, die aus Daten der Vergangenheit errechnet wurden, nur wenig über die Zukunft aus, wenn die Voraussetzung des „ceteris paribus“ nicht mehr gegeben ist. Und das ist der Fall. Die Rahmenbedingungen ändern sich für die Sparkassen gegenwärtig deutlich.<sup>13</sup> Die Institute sind erheblichen Risiken und Dysfunktionen ausgesetzt.

#### 1. Erosion des Kundenstamms

Die Stärke der Sparkassen beruht bisher auf ihren tradierten und festen Kundenbeziehungen bei den alltäglichen und üblichen Bankgeschäften (Retail Banking). Es ist eine Ertragsquelle, die von Konjunkturzyklen und den Schwankungen der Finanzmärkten nur bedingt beeinflusst wird und beherrschbare Risiken aufweist. Die Erosion dieses Kerngeschäfts hat aber nicht nur begonnen, sie wird sich vielmehr beschleunigt fortsetzen. Dafür

---

10 Die Kennziffern zeigen jeweils die Relationen zu den durchschnittlichen Bilanzsummen (v.H. der Bilanzsumme): Die Sparkassen weisen bei den Teilbetriebsergebnissen den günstigsten Wert auf (0,96; Kreditgenossenschaften 0,83; Kreditbanken 0,23), wobei die Zinsüberschüsse (2,42) den entscheidenden Anteil liefern (Kreditgenossenschaften 2,53; Kreditbanken 1,17). Die hohen Verwaltungsaufwendungen (1,99), vornehmlich durch die große Zahl der Zweigstellen, beeinträchtigen aber wiederum diese positiven Ergebnisse im Vergleich zu den Kreditbanken (Kreditbanken 1,53; Kreditgenossenschaften 2,33). Keine Bedeutung für die Erträge der Sparkassen haben die Finanzgeschäfte (0,02). Sie sind eindeutig eine Domäne der Großbanken (0,32). Die Relevanz des Kreditgeschäfts bei den Sparkassen hat in der ungünstigen konjunkturellen Situation durch den deutlichen Anstieg der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenzen eine erhebliche Risikovorsorge gefordert (-0,54; Kreditgenossenschaften -0,56; Kreditbanken -0,33). Beim Ranking der Betriebsergebnisse konnte der Sparkassensektor nach den Regionalbanken und sonstigen Kreditbanken (0,58) den zweiten Rang einnehmen (0,47), knapp gefolgt von den Kreditgenossenschaften (0,46). Die Ertragsschwäche des gesamten Sektors der Kreditbanken (0,21) war entscheidend auf die vier Großbanken zurückzuführen (0,04). Den Jahresüberschüssen nach Steuern kommt für das Jahr 2003 unter dem hier interessierenden Aspekt der Struktur des Bankensystems keine Aussagekraft zu. Hier haben Sondereinflüsse bei den „Salden der anderen und außerordentlichen Erträge und Aufwendungen“ zu für eine längerfristige Betrachtung untypischen Ergebnissen geführt.

11 Zur längerfristigen Entwicklung vgl. Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (2004), S. 25 ff.

12 Vgl. Deutscher Sparkassen- und Giroverband (17. August 2005), [http://www.dsgv.de/owx\\_medien/media12/1243.pdf](http://www.dsgv.de/owx_medien/media12/1243.pdf).

13 Vgl. Fricke (2003), S. 224 ff.

gibt es zwei wesentliche Ursachen. Das Interesse der Konkurrenz an diesem Marktsegment ist ganz erheblich gestiegen und die Kundenbindung nimmt ab. Waren bis vor kurzem die Kreditgenossenschaften die primären Konkurrenten, so verschieben sich die Gewichte tendenziell zu den Privaten Banken, seitdem diese die ertragsstabilisierende Bedeutung des Massengeschäfts wieder erkannt haben. Vor allem Tochterunternehmen ausländischer Banken sowie Direktbanken waren bis jetzt außerordentlich erfolgreich. Nicht zuletzt hat auch die Postbank seit ihrer Privatisierung erheblich an Marktanteilen gewonnen. Aktuell wenden sich die Großbanken intensiv dem Geschäftsfeld zu. Die Vorteile der Sparkassen für ihre Kunden werden immer geringer. Die Konditionen unterscheiden sich nicht mehr wesentlich vom Bankenumfeld, denn die Geschäftsziele werden zunehmend kongruent. Der Nutzen ortsnaher Zweigstellen nimmt als Folge des Internetbanking und der Verfügbarkeit von Geldautomaten ab.

## 2. Wachstumshindernis Regionalprinzip

Sparkassen sind nach dem Regionalprinzip organisiert. Ihre aktive Geschäftstätigkeit ist grundsätzlich auf das Gebiet ihrer Gewährträger beschränkt. Verwaltungsgrenzen und nicht Wirtschaftsräume bestimmen ihre Aktionsräume und das dort lokalisierte Potenzial an Kunden begrenzt ihre Handlungsmöglichkeiten und Ertragschancen. Institute in schwach strukturierten Räumen, die häufig noch Bevölkerungsverluste aufweisen, können sich nicht so gut entwickeln wie solche in prosperierenden Gebieten. Die großen und nach absoluten Zahlen ertragsstärkeren Sparkassen befinden sich meist in Verdichtungsgebieten. Die Tendenz zur Konzentration der Wirtschaftskraft auf diese Räume verstärkt die Unterschiede. Zwar weisen auch kleinere Sparkassen und solche in weniger gut strukturierten Regionen gar nicht selten eine überdurchschnittliche Ertragskraft und Eigenkapitalbasis auf. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass solchen Bewertungen relative Kennziffern und keine absoluten Zahlen zugrunde liegen. Auch begünstigt dort die Konkurrenzsituation herkömmlich die Sparkassen.

Das Regionalprinzip in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung erweist sich damit als Wachstumshindernis, das die einzelne Sparkasse aus eigener Kraft meist nicht überwinden kann. Wachsen zu Lasten einer wachen Konkurrenz auf überkommenen Geschäftsfeldern im begrenzten Raum ist nur im Einzelfall möglich. Was bleibt, ist (unechtes) Wachstum durch Fusionen. Synergieeffekte sind bei gut durchgeführten Verschmelzungen wahrscheinlich und erkennbar, sie bringen aber nicht unbedingt eine neue Qualität. Fusionen sind zwar Überlebens- aber keine echten Wachstumsstrategien.

### 3. Zusätzliche Kosten

Anstaltslast<sup>14</sup> und Gewährträgerhaftung<sup>15</sup>, neben dem Regionalprinzip zwei weitere herkömmliche Strukturmerkmale von Banken in der Rechtsform von AöR, wurden zum 19. Juli 2005 weitgehend aufgegeben oder abgelöst.<sup>16</sup> Die Anstaltslast ist zu einem allgemeinen Unterstützungsauftrag der Träger für ihre Sparkassen mutiert, wobei eine Finanzierungspflicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Gewährträgerhaftung reduziert sich in unterschiedlichem zeitlichen Rahmen auf bestehende Haftungsverhältnisse.<sup>17</sup>

Diese Änderungen wirken sich auf die Kostenstruktur der Sparkassen aus. Zum Ersten treten an die Stelle der Trägerhaftung, für die kein Entgelt zu leisten war, vermehrt die Gewährleistungen der Sparkassenstützungsfonds, für die Beiträge zu entrichten sind. Die daraus entstehende Kostenlast bringt eine bemerkbare Belastung der Betriebsergebnisse mit sich. Zum Zweiten verschlechtert sich das Rating der Landesbanken, wenn auch unterschiedlich und nicht im zunächst befürchteten Ausmaß. Das erhöht aber dennoch den Refinanzierungsaufwand der Sparkassen, der, auch wenn man die gute Einlagensituation berücksichtigt, in einem gewissen Umfang besteht.

### 4. Knappheit an Eigenmitteln

Das Kreditwesengesetz<sup>18</sup> (KWG) verpflichtet die Banken, angemessene Eigenmittel im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden vorzuhalten (§ 10). Die Ausstattung mit Eigenmitteln bestimmt den potenziellen Umfang ihrer Geschäftstätigkeit. Wachstum bedingt eine entsprechende Erhöhung des haftenden Kapitals und der Drittangmittel. Sie können zugeführt oder verdient werden. Die Schüttung beider Quellen ist bei den Sparkassen nicht allzu ergiebig. Die Finanznot der Kommunen schließt die Zuführung von Eigenkapital durch die Träger praktisch aus. Die Ausgabe von Genussrechten oder die Entgegennahme von stillen Vermögenseinlagen ist zwar zulässig, aber nicht essentiell. Günstiger stellt sich die Situation bei der Betrachtung der Möglichkeit dar, Eigenkapital zu thesaurieren. So hat sich die Eigenkapitalausstattung der Sparkassen im Zeitraum 1992 bis 2004 wie bei den Kreditbanken etwa verdoppelt. Dazu hat v.a. ein weitgehender Verzicht auf Ausschüttungen beigetragen. So lag dieaufsichtsrechtliche Eigenkapitalquote Ende 2004 mit durchschnittlich 12,1 Prozent der anrechnungspflichtigen Positionen deutlich über der Mindestnorm von acht Prozent. Bezo-

14 Anstaltslast bedeutet die Verpflichtung der Träger, die Sparkassen mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen finanziellen Mitteln auszustatten und sie für die Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten.

15 Gewährträgerhaftung ist die unbeschränkte Haftung der Träger für die Verbindlichkeiten ihrer Sparkasse.

16 Anstaltslast und Gewährträgerhaftung werden von der EU-Kommission als Beihilfen, die mit dem Europarecht nicht vereinbar sind (Art. 87 ff. EGV), angesehen. Über ihre Ablösung haben sich Bund und Länder mit der Kommission am 17. Juli 2001 verständigt. In der Zwischenzeit sind die nationalen Rechtsvorschriften (Sparkassengesetze, Landesbankgesetze) angepasst worden.

17 Für Verbindlichkeiten, die am 18. Juli 2001 bestanden haben, gilt die Gewährträgerhaftung weiter. Die Haftung für Verbindlichkeiten, die von da an bis zum 18. Juli 2005 begründet wurden, gilt längstens bis zum 31. Dezember 2015.

18 KWG i.d.F. der Bekanntmachung v. 9. September 1998 (BGBl. I S. 2276), zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 22. Mai 2005 (BGBl. I S. 1373).

gen auf die Bilanzsumme liegt das Eigenkapital aber nach wie vor bei der Fünfprozentmarke. Bei den Kreditbanken stellt sich die Relation dagegen deutlich günstiger dar. Diese haben im Vergleich also absolut besser verdient. Betrachtet man die Eigenkapitalrentabilität über den Zeitraum 1994 bis 2002, so liegt sie bei den Sparkassen im Mittel zwar deutlich über der anderer Institute, man muss hier jedoch den Basiseffekt sehen. Eine niedrigere Bezugsgröße führt automatisch zu einer besseren Kennziffer. Bedenklich stimmt aber die Entwicklung der Eigenkapitalrentabilität. Während sie Mitte der 90er Jahre noch um 20 v.H. gelegen hat, liegt sie jetzt etwa bei der Hälfte. Die mangelnde Fähigkeit vieler Sparkassen, für Wachstum erforderliches Eigenkapital zu generieren, ist trotz des im Durchschnitt noch vorhandenen Spielraums nicht zu übersehen. Hier befinden sich die anderen Bankengruppen in einer besseren Lage, weil sie Zugang zu den Finanzmärkten haben.

## 5. Verlust der tradierten Funktion

Die für den öffentlichen Bankensektor von den Spitzenverbänden der Institute formulierte Strategie zur Verbesserung der Ertragssituation zielt dezidiert auf Arbeitsteilung und Intensivierung der Zusammenarbeit im Verbund der Sparkassen-Finanzgruppe(n).<sup>19</sup> Danach sollen die Sparkassen ihren Kunden die volle Breite des Dienstleistungsportefeuilles einer modernen Universalbank bieten. Aufgaben, die lokal oder regional nicht wirtschaftlich, nicht schnell genug oder nicht mit ausreichender Marktdurchdringung oder genügenden Geschäftsvolumina erfüllt werden können, sollen intern in gemeinsamen Einheiten (Gemeinschaftsunternehmen, Kooperationen oder Kompetenzcentern) gebündelt werden. Die Landesbanken sollen verstärkt Produktentwicklungs- und Abwicklungsaufgaben übernehmen und erster Partner der Sparkassen bei operativen Aufgaben sein, die deren Kräfte übersteigen. Neben größeren Kreditengagements soll das vor allem für das Investment Banking und das Asset Management gelten. Diese Arbeitsteilung soll es den Sparkassen erlauben, sich auf Vertriebs- und Steuerungsfunktionen zu fokussieren.

Diese Vorstellung zielt auf einen bemerkenswerten Wandel der Rolle der Sparkassen. Die Umsetzung bedeutet eine Beschränkung ihrer Funktion und einen grundsätzlichen Wandel im Selbstverständnis. Sie werden in erheblichem Umfang als Vertriebsstellen für ein Konglomerat anderer Institutionen mit Eigeninteressen instrumentalisiert. Verloren geht damit der unternehmerische Impetus und die eigene Gestaltungsfähigkeit. Ein solches austauschbares Allfinanzsystem entfernt sich zudem von seiner Basis, nämlich den kommunalen Trägern und damit auch von der kommunalen Aufgabenstellung.

---

19 Vgl. Deutscher Sparkassen- und Giroverband DSGV (2002), S. 8 ff.; ders. (18. August 2005), [http://www.dsgv.de/owx\\_medien/media12/1264.pdf](http://www.dsgv.de/owx_medien/media12/1264.pdf).

## 6. Zunehmende Distanz zwischen den Sparkassen und ihren Trägern

Die Notwendigkeit, die Handlungsfähigkeit oder gar das Überleben durch Fusionen, gemeinsame Institutionen und die verstärkte Einbindung in die Finanzgruppe zu sichern, hat Folgen für die inneren Systemstrukturen. Das Management orientiert Geschäftspolitik und Verhaltensmuster zunehmend am Leitbild der renditeorientierten Steuerung, das dem der Geschäftsbanken entspricht.<sup>20</sup> Die Einbindung in das professionelle Umfeld wird dichter, die Beziehungen zu den kommunalen Trägern gestalten sich formaler. Deren Einflussmöglichkeiten gehen zurück. Das betrifft mit jeder Fusionsstufe sowohl das Gewicht der einzelnen Gemeinde oder des einzelnen Landkreises in den Kollegialorganen als auch die Möglichkeiten der legitimen Einwirkung auf die Geschäftspolitik vor Ort, also für den eigenen Raum. Der Koordinationsbedarf und das Konfliktpotenzial erhöhen sich mit der Zahl der Träger, die hinter einer Sparkasse stehen. Die Unmittelbarkeit der Beziehung zwischen der Kommune und „ihrer“ Sparkasse wandelt sich zur Distanz. Das verändert die Einstellung zum Institut und umgekehrt die Einstellung des Instituts zum Träger. Der „Anteil“ an einer Sparkasse wird zunehmend weniger als Instrument der Kommunalpolitik betrachtet und immer mehr als Finanzbeteiligung mit geringem Nutzen. Gering deshalb, weil Erträge wegen der Sicherung der Eigenkapitalbasis, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt ausgeschüttet werden können und meist mit Verwendungsbeschränkungen verbunden sind. Der Gedanke, sich von diesem Investment zu trennen, liegt dann nahe; besonders wenn man wirtschaftlichere Verwendungsmöglichkeiten für das im Unternehmen Sparkasse gebundene Kapital sieht oder wenn die kommunale Finanznot dazu zwingt.<sup>21</sup>

## 7. Dominium imperfectum – res extra commercium

Als wirtschaftliche Unternehmen besitzen Sparkassen einen Vermögenswert, der den kommunalen Trägern als Zweckvermögen zuzurechnen ist. Die Rechtsfigur der AöR vermittelt ihren Trägern nicht nur Ingerenz-, sondern auch Zuordnungsrechte. Anstalten können sich ja nicht selbst gehören. Der Vermögenswert lässt sich sowohl als Ertragswert als auch als Substanzwert ermitteln. Selbst für die bestverdienende Sparkasse gibt es jedoch keinen Marktwert, denn es gibt keinen Markt.

Die prinzipielle Beschränkung der Fähigkeit, Träger einer Sparkasse zu sein (Sparkassenträgerschaft) auf Gemeinden, Landkreise und kommunale Zweckverbände, das Regional-

20 So hat z.B. der Vorstand des DSGV beim 21. Sparkassentag 2004 am 04. Mai 2004 eine Erklärung verabschiedet, die als betriebswirtschaftliches Ziel der Sparkassen eine Eigenkapitalrendite von 15 v.H. vor Steuern und eine Aufwands-/Ertragsrelation von höchstens 60 Prozent vorsieht (Frankfurter Erklärung „Gut für Deutschland“). Das entspricht den Vorstellungen der privaten Kreditbanken.

21 Solche Überlegungen sind zunehmend erkennbar, sie werden aber aus vielerlei Gründen nur selten ausgesprochen. Es lässt sich vermuten, dass eine latente Veräußerungsbereitschaft in wesentlich größerem Umfang besteht, als es die Sparkassenverbände und die kommunalen Spitzenverbände einräumen. Deren Abwehrverhalten ist wiederum ganz normal. Zum einen ist die Politik solcher Zusammenschlüsse „natürgemäß“ am Erhalt des „status quo“ und nicht an seiner Fortschreibung oder Überwindung orientiert, zum andern schließen Organisationen die Reihen, wenn Wettbewerber Angriffe starten, wie es die Geschäftsbanken mit der Privatisierungsdebatte und den Angriffen auf die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung getan haben.

prinzip sowie die Formentypik der Sparkassengesetze und des Zweckverbandsrechts geben nur einen ganz engen Spielraum für die Verwertung von Zuordnungsrechten.<sup>22</sup> Es bestehen nur die Möglichkeiten der Fusion benachbarter Institute oder der Auflösung und Liquidation<sup>23</sup> ihrer Vermögensbestandteile („asset deal“). Bei der erstgenannten Alternative wird die Trägerstellung durch eine mittelbare „Beteiligung“ (i.d.R. über einen Zweckverband) ersetzt. Ein anderweitig verwertbarer Erlös lässt sich damit typischerweise nicht erzielen. Die Liquidation als zweite Möglichkeit ist nicht besonders praktikabel und im Normalfall wohl auch nicht wirtschaftlich. Bei Zweckverbandssparkassen ist – abhängig vom jeweiligen Landesrecht – statt der Auflösung die Kündigung der Mitgliedschaft aus wichtigem Grund denkbar. Auch das ist nur in Ausnahmefällen eine realisierbare Option<sup>24</sup> und nicht notwendig mit einem Ausgleichsanspruch verbunden.

Diese Rechtslage ist bemerkenswert, wenn man sieht, dass die Trägerschaft an einer Sparkasse keine Pflicht, sondern eine freiwillige Aufgabe ist. Die einfachgesetzlichen Regeln verhindern, dass sich eine Kommune einer solchen Aufgabe, der zudem für die Daseinsvorsorge bei der heutigen Ausformung des Bankensystems keine besondere Relevanz zukommt, überhaupt<sup>25</sup> oder zu wirtschaftlich akzeptablen Bedingungen entledigen kann. Es gibt kein anderes Feld der Daseinsvorsorge oder der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen mit vergleichbaren Einschränkungen. Selbst bei Pflichtaufgaben gibt es Möglichkeiten der Realisierung von Vermögenswerten, wenn die Wahrnehmung der Aufgabe im Übrigen gewährleistet ist.<sup>26</sup>

#### IV. Neue Leitbilder

Die Frage der Verwertbarkeit von „Rechten an Sparkassen“ bzw. deren Transformation in marktgängige Rechtspositionen gehört seit längerem zu den am meisten und außerordentlich kontrovers erörterten Themen zur Fortentwicklung des Bankensystems. Letztlich geht es dabei um den weiteren Bestand des „Drei-Säulen-Systems“ oder um seine Ablösung. Die Diskussion dazu beschränkt sich aber vielfach auf den Aspekt der (formellen oder materiellen<sup>27</sup>) Privatisierung, denn als Veränderungsinstrumente stehen privatrechtliche Gestaltungsformen im Vordergrund. Nicht erörtert wird dagegen die Frage, ob nicht

22 Vgl. Kost/Geerling (2003).

23 Auch diese Möglichkeit wird neuerdings nicht nur durch übliche Genehmigungsvorbehalte eingeschränkt. So sieht § 28 VI MVSpkG im Falle der Aufgabe der Trägerschaft die Vereinigung mit einer anderen Sparkasse durch die Aufsichtsbehörde vor, ohne dass ein Entgeltanspruch entsteht.

24 Häufig wird angenommen, dass für eine Kündigung nur Gründe in Betracht kommen, die entweder direkt eine Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch den Zweckverband oder indirekt eine Gefährdung der Wahrnehmung der eigenen öffentlichen Aufgaben der Mitgliedskörperschaft bei einem weiteren Verbleib im Zweckverband herbeiführen würden. Vgl. Berg (2003), S. 292.

25 In § 8 III BaWÜSpkG ist für den (dort zulässigen) Fall, dass eine Sparkasse unmittelbar mehrere Träger hat, das Recht eingeräumt, durch Erklärung als Träger auszuscheiden. Ein Ausgleichsanspruch wird jedoch nicht begründet.

26 Vgl. Libbe/Trapp/Tomerius (2004), S. 90 ff. m.w.N.

27 Bei der formellen Privatisierung geht es nur um die Umwandlung einer öffentlich-rechtlich verfassten Institution in eine zivilrechtliche Rechtsform. Dabei bleibt die Zuordnung zum öffentlichen Bereich bestehen. Die materielle Privatisierung schließt die Zuordnung der Rechtszuständigkeit auf Privatrechtssubjekte außerhalb des öffentlichen Bereichs ein; es handelt sich also zugleich um eine „Dereliktion“ der öffentlichen Aufgabe.

auch bei der Aufrechterhaltung der öffentlich-rechtlichen Grundform eine Neugestaltung der Struktur möglich, zweckmäßig oder gar geboten ist.

## 1. Kontroverse Privatisierungsdiskussion

Die Argumentationsmuster für eine Privatisierung sind sehr vielfältig. Sie reichen von grundsätzlichen ordnungspolitischen Vorstellungen über das Argument der erforderlichen Stärkung des deutschen Bankensektors im internationalen Wettbewerb bis hin zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit unter europarechtlichen Aspekten. Die Befürworter der öffentlich-rechtlichen Struktur berufen sich dagegen auf eine nach wie vor bestehende Gemeinwohlfunktion der Sparkassen sowie auf ihre Bedeutung bei der Sicherung des Wettbewerbs.<sup>28</sup> Neben den „edlen“ Motiven gibt es natürlich eine Fülle von unausgesprochenen Beweggründen für die jeweilige Haltung. Die gegenwärtigen Fronten lassen sich wie folgt zeichnen:

- Die privaten Banken plädieren seit Jahren vehement für die Privatisierung der öffentlichen Banken und hier insbesondere der Sparkassen. Ihre Strategie war bis jetzt insofern erfolgreich, als sie den Wegfall der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung erreicht haben. Ihre Bestrebungen sehen sie bereits mittelfristig durch Erosionsprozesse wirtschaftlicher Art und durch die Lockerung der Beziehung zwischen den Sparkassen und ihren Trägern unterstützt.
- Die Genossenschaftsbanken verhalten sich abwartend. Die Möglichkeit künftiger Verflechtungen mit Sparkassen wäre vielen jedoch nicht unangenehm.
- Bei den Landesbanken besteht eine latente Neigung, das Sparkassenrecht so „aufzubrechen“, dass für sie die Übernahme von Sparkassen oder die Beteiligung über Einzelfälle<sup>29</sup> hinaus möglich wird. Diese Politik wird aber nicht offiziell verfolgt. Dagegen stehen zunächst die institutionellen Verflechtungen zwischen Landesbanken und Sparkassen, die man nicht belasten will. Zum andern bemüht man sich gegenwärtig intensiv um die Neugestaltung und Verdichtung der Verbundstruktur. In dieser Situation ist es nicht opportun, Ziele offen zu verfolgen, die den artikulierten Interessen der Sparkassen zuwider laufen.
- Die Sicherung des gegenwärtigen Zustands ist vorrangiges Ziel der Sparkassenverbände und der kommunalen Spitzenverbände<sup>30</sup> auf Bundes- und Landesebene. Die Weiterentwicklung der Sparkassen sehen sie in intensiven Kooperationen, in der Verdichtung der Beziehungen im Verbund und nicht zuletzt auch in Sparkassenfusionen. Das hauptberufliche Management der Sparkassen stimmt dieser Politik weitgehend zu.

28 Paradigmatisch hierzu die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1998).

29 So erfüllt z.B. die Landesbank Baden-Württemberg in Stuttgart die Aufgaben einer Sparkasse und die Berliner Sparkasse gehört zur Berliner Landesbank.

30 Vgl. Deutscher Städte- und Gemeindebund (2004); Deutscher Städtetag (2001); Deutscher Landkreistag (10. September 2004). Der Konsens ist allerdings nicht umfassend. Manche Spitzenverbände bestehen zwar nach wie vor auf der öffentlich-rechtlichen Organisationsform, neigen aber einer künftigen Ausgestaltung zu, welche die Rechtsstellung der Träger erweitert (vgl. Bayerischer Städtetag (2002), S. 3).

- In ihren Bestrebungen werden die Verbände und Sparkassen gegenwärtig noch von den meisten Landesregierungen unterstützt; eine Tendenz zur Meinungsänderung ist jedoch unverkennbar. Zunehmend fraglich erscheint die „Linientreue“ der kommunalen Träger. Abweichende Auffassungen dringen aber selten an die Öffentlichkeit. Mehrheitlich will man wohl am bestehenden Zustand festhalten, wenn auch die Motive dafür sehr unterschiedlich sein dürften.
- Eine überwiegend neutrale Haltung hat bis jetzt die Bundesregierung eingenommen. Die Neigung zur Unterstützung der Auffassung der privaten Banken ist allerdings im Bereich des Bundesministers der Finanzen<sup>31</sup> festzustellen.
- Die Deutsche Bundesbank bezeichnet ihre Haltung zwar ebenfalls als neutral, hält die „Drei-Säulen-Diskussion“ aber nach wie vor für relevant. Insofern vertritt sie die Auffassung, dass „Lösungen jenseits des ‚status quo‘ gefunden werden“ müssen. Sie will Marktentwicklungen unterstützen, die die Stabilität und den Wettbewerb nicht behindern, plädiert aber für säulenübergreifende Kooperationen, sofern diese betriebswirtschaftlich für alle Seiten sinnvoll erscheinen.<sup>32</sup>
- Die EU sieht nach der Verständigung vom 17. Juli 2001 und den Erfolgen bei Abschaffung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung keinen aktuellen Handlungsbedarf. Nicht unwahrscheinlich ist aber, dass diese Verständigung bei genauer Be trachtung noch Risiken birgt. Zumindest eine Position erscheint zum Teil noch offen. So soll „die finanzielle Beziehung zwischen dem öffentlichen Eigner und dem öffentlichen Kreditinstitut“ so gestaltet werden, dass sie „sich nicht von einer normalen wirtschaftlichen Eigentümerbeziehung gemäß marktwirtschaftlichen Grundsätzen unterscheidet, so wie der zwischen einem privaten Anteilseigner und einem Unternehmen in einer Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung“.<sup>33</sup> Die Eigentümerbeziehung wurde jedoch nur in einzelnen Elementen angeglichen.<sup>34</sup> Eine von der EU-Kommission eingesetzte Expertengruppe hat in der Zwischenzeit auch dafür plädiert, privaten Investoren den Kauf von Sparkassen zu ermöglichen.<sup>35</sup> Die im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der Beihilfeproblematik bei den Landesbanken erhobene Forderung zur Beteiligung privater Kapitalgeber zielt in die gleiche Richtung.
- Stimmen für eine Privatisierung sind aus dem Bereich internationaler Organisationen hörbar. So fordert der Internationale Währungsfond die private Kapitalbeteiligung an öffentlichen Kreditinstituten.<sup>36</sup>

31 Vgl. Koch-Weser (30. Oktober 2003).

32 Vgl. Rede des Präsidenten der Deutschen Bundesbank Weber auf dem Eurobörsentag 2004 (8. Juli 2004).

33 Abschnitt 2.2 Buchstabe a der Verständigung.

34 Nicht von der Hand zu weisen ist, dass der Begriff „finanzielle Beziehung“ eine Einschränkung festlegen wollte oder unterschiedlich verstanden wurde.

35 Hagelüken/Einecke (15. April 2004).

36 Brunner (2004); IMF (5. Juli 2004), Punkt 12 und IMF (28. Juni 2005), Punkt 16, <http://www.imf.org>.

## 2. Notwendigkeit der Fortentwicklung des Sparkassensystems

Die Fortentwicklung des Sparkassensystems ist Aufgabe der Länder, denn das Sparkassenrecht gilt als Teil des Kommunalrechts. Das Gesetzgebungsrecht des Bundes aus seinen konkurrierenden Zuständigkeiten, insbesondere für das Recht der Wirtschaft, zu dem das Banken- und Börsenwesen gehört (Art. 74 Nr. 11 GG), beschränkt sich auf Regelungsgegenstände, die das Bankensystem übergreifend und materiell betreffen.<sup>37</sup> Strukturelle Änderungen des in den meisten Ländern im Großen und Ganzen nach wie vor einheitlichen Sparkassenrechts sind gegenwärtig nicht abzusehen. Bei der Anpassung der Sparkassengesetze an die Verständigung mit der EU hat man sich auf die notwendigen Änderungen beschränkt. Selbst wo man zunächst weitergehende Neuerungen ins Auge gefasst hat, ist es im Ergebnis in den Kernpunkten meist bei der tradierten und antiquierten Rechtslage geblieben<sup>38</sup>. Lediglich Sachsen hat die Sparkassenstruktur geändert, ohne allerdings das Tor zu privatrechtlichen Organisationsformen zu öffnen.<sup>39</sup>

Die Gründe für dieses Festhalten am überkommenen Ordnungsrahmen sind vornehmlich in den Funktionsmechanismen des politisch-administrativen Systems im Sparkassenumfeld zu sehen. Es tendiert zur Stabilität und Abgrenzung; die handelnden und betroffenen Institutionen sind personell und strukturell stark verflochten, v.a. hat man auch feste Leitbilder von ideologischer Kraft (Gemeinwohl, Daseinsvorsorge, Wettbewerbssicherung, regionale Verwurzelung, Wachstum aus eigener Kraft, Stärke durch vertikale und horizontale Kooperation), die einen vorzüglichen Schutzwall gegen die Anfechtungen der privaten Banken zu bieten scheinen. Deren Angriffe führen dazu, dass man zusammenrückt und gemeinsam abwehrt, auch dann, wenn das System im Innern gar nicht mehr so stabil ist, wie es sich nach außen darstellt. Dabei gibt es gewichtige wirtschaftliche Überlegungen, die eine Änderung dieser Leitbilder sinnvoll erscheinen lassen und rechtliche Argumente, die ihre Fortschreibung gebieten. Wenn sich Rahmenbedingungen verändern und Anpassungen unterbleiben, läuft man Gefahr, dass Dämme brechen, die man bei rechtzeitigem Handeln stabilisieren könnte.

### a) Ökonomische Aspekte

Ende 2004 hat es in Deutschland 2.276 Banken gegeben, darunter 25 Realkreditinstitute und 18 Banken mit Sonderaufgaben. Bei allen Unterschieden zwischen den Geschäftsfeldern und Kundenstrukturen handelt es sich insgesamt um einen Markt mit nahezu vollständiger Konkurrenz und mit geringen bis überwiegend marginalen Marktanteilen der einzelnen Institute. Selbst die vier Großbanken (ohne Deutsche Postbank AG) kommen

37 Vgl. Schlierbach/Püttner (2003), S. 31 ff.

38 Die im 19. Jahrhundert als unselbständige kommunale Einrichtungen gegründeten Sparkassen wurden durch die Dritte (Reichs-)Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. Oktober 1931 (RGBI I, S. 537) zu AöR ver selbständigt. Das heutige Sparkassenrecht geht in wesentlichen Ausprägungen noch auf die damaligen reichs- und landesrechtlichen Regelungen zurück (vgl. Schlierbach/Püttner (2003), S. 22 ff.). Die ostdeutschen Bundesländer haben zunächst weitgehend die Sparkassengesetze „alter“ Länder übernommen.

39 Gesetz über das öffentlich-rechtliche Kreditwesen im Freistaat Sachsen vom 13. Dezember 2002 (SächsGVBl. 2002, S. 333).

(gemessen am Verhältnis ihrer Bilanzsummen zur aggregierten Bilanzsumme aller Banken) im Jahr 2003 zusammen nur auf einen Anteil von 21,9 v.H., knapp unter dem Anteil der elf Landesbanken (23,4 v.H.). Die größte Sparkasse mit öffentlich-rechtlicher Struktur belegt den 47. Rang unter den hundert größten Banken.<sup>40</sup> Die Sparkassen sind in diesem Ranking nur mit 22 Instituten und hier überwiegend im letzten Drittel vertreten. Unter den 25 größten Banken der Welt (gemessen am Kernkapital) ist nur noch die Deutsche Bank auf dem 12. Rang zu finden; vier weitere europäische Banken weisen ein besseres Ranking auf.<sup>41</sup> Unter den 1000 größten Instituten finden sich nur 82 deutsche Banken. Die Kapitalrenditen liegen in Frankreich, Großbritannien, Spanien und Italien in den letzten Jahren deutlich über denen in Deutschland. Ein weltweiter Wachstumstrend bei den Erträgen nach einer Ertragskrise in den Vorjahren hat sich bei den deutschen Banken nur sehr abgeschwächt ausgewirkt. Allerdings belegen die aktuellen Zahlen wieder eine günstigere Entwicklung, wenn auch deutlich unterschiedlich bei den einzelnen Instituten. Es lässt sich aber nicht annehmen, dass sich die Situation in nächster Zeit grundlegend ändern wird. Das deutsche Bankensystem hat zwar in einer schwierigen Zeit eine erhebliche Stressresistenz bewiesen<sup>42</sup>, seine Bedeutung im europäischen und weltweiten Bankenumfeld geht jedoch zurück. Ursachen dafür sind nicht nur die aktuellen Schwächen der Volkswirtschaft, sondern auch eine Stagnation bei der Konsolidierung der segmentierten Struktur. Während man international von einem Megatrend bei den Fusionen spricht<sup>43</sup>, finden sie in Deutschland nur am Rande statt. Im Gegenteil, deutsche Banken geraten zunehmend ins Blickfeld und auch in die Hand ausländischer Investoren.

Verengt man die Betrachtung auf die Sparkassen, dann spricht wenig dafür, dass sie sich mit der Strategie der verdichteten horizontalen und vertikalen Kooperation im öffentlichen Sektor nachhaltig auf den Wachstumspfad begeben. Die angestrebte Kostenreduktion kann die wirtschaftlichen Risiken nur abfedern und nicht ausgleichen. Die relevanten Erträge des Verbunds fallen nicht bei den Sparkassen an und mit Vertriebsprovisionen lässt sich kaum neue Substanz erarbeiten. Ein entscheidendes Wachstum der deutschen Volkswirtschaft verbunden mit dem des Bankenmarktes ist nicht absehbar. Marktanteile lassen sich im nationalen Markt und v.a. im engen Betätigungsfeld der einzelnen Sparkasse nur von der Konkurrenz gewinnen und hier sind die Sparkassen in einer ungünstigen Lage, weil sich die Konkurrenz zum Ziel gesetzt hat, gerade die Felder der Sparkassen zu bestellen. Die erkennbaren Tendenzen zum relativen Bedeutungsverlust der Sparkassen und zur Reduktion ihrer Ertragskraft werden durch die Konservierung ihrer Strukturen nicht gebrochen, sondern verstärkt. Die Konsolidierung durch Fusionen mit benachbarten Instituten geht zu langsam. Zwar bewirkt Größe nicht von selbst Ertragskraft<sup>44</sup> und Marktstärke, aber Stärke setzt Größe voraus.<sup>45</sup>

40 Vgl. Karsch (2005), S. 32 f.

41 Vgl. Franke (2004), S. 29 ff.

42 Vgl. Deutsche Bundesbank (2003) und (2004c).

43 Vgl. Franke (2004), S. 30.

44 Vgl. Herz (1999a, 1999b).

45 Zum betriebswirtschaftlichen Nutzen von Fusionen vgl. Haasis (2002). Vgl. auch Kositzki (2004).

## b) Gebot eines verfassungskonformen Sparkassenrechts

Mit dem Wegfall der klassischen Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung erhalten Sparkassen den Status „normaler“ wirtschaftlicher Unternehmen der Kommunen, allerdings mit einem wenig modernen und zudem rigiden Unternehmensrecht. Vergleicht man damit andere kommunale Aufgaben, bei denen der Zweck der Daseinsvorsorge noch wesentlich deutlicher erkennbar ist (z.B. Wasser- und Energieversorgung, Krankenhäuser), so sieht man, dass für deren Wahrnehmung eine Fülle von Gestaltungsalternativen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art gegeben ist. Damit stellt sich die Frage, ob es beim bisherigen Sparkassenrecht, das seine Rechtfertigung nicht zuletzt in den besonderen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und im darauf begründeten Vertrauen in die Stabilität der Sparkassen gefunden hat, bleiben kann. Als Beurteilungsmaßstab stehen dafür (allein<sup>46</sup>) die verfassungsrechtlichen Garantien der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz (Art. 28 Abs. 2 GG) und in den Landesverfassungen zur Verfügung.

Die Trägerschaft an Sparkassen gehört zu den geschichtlich gewachsenen kommunalen Aufgaben im eigenen Wirkungskreis und wird deshalb vom Selbstverwaltungsrecht erfasst.<sup>47</sup> Als institutionelle Garantie gebietet es nicht nur den Bestand von Kommunen als Teile der staatlichen Organisation, sondern auch eine rechtliche Ordnung, welche die eigenverantwortliche Gestaltung der Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises ermöglicht.<sup>48</sup> Ausprägungen sind u.a. die Organisations- und Finanzhoheit<sup>49</sup> kommunaler Körperschaften. Weiterhin vermittelt das Selbstverwaltungsrecht eine subjektive öffentlich-rechtliche Position<sup>50</sup>, aus der sich Unterlassungs-, Beseitigungs-, Teilhabe-, gegebenenfalls auch Leistungsansprüche ergeben können.

Die Verfassungen eröffnen den kommunalen Trägern damit einen prinzipiellen Anspruch auf ein Sparkassenrecht, das den Rechtspositionen, die vom Selbstverwaltungsrecht umfasst werden, Rechnung trägt. Das Selbstverwaltungsrecht unterliegt aber sowohl im Grundgesetz als auch nach den Landesverfassungen dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt; es ist nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet. Diesem Zugriffsrecht der Gesetzgeber sind jedoch ebenfalls Grenzen gesetzt. Weder darf der Gesetzgeber den Kern- oder Wesensgehalt der Garantie aushöhlen, noch ist er in seinen Eingriffserwägungen frei. Zum Kern gehört v.a. die eigenverantwortliche Führung der Geschäfte im eigenen Wirkungskreis<sup>51</sup>, also auch die der Übernahme einer freiwilligen Aufgabe und ihre Beendigung.

46 Grundrechte des GG scheiden als Prüfungsmaßstäbe aus, denn bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben besteht keine Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 19 III GG). Die Verständigung mit der EU vom 17. Juli 2001 und die sich eventuell daraus ergebenden weiteren Anpassungspflichten stellen nur eine politische Verpflichtung und keine Rechtspflicht dar. Ein Verstoß gegen die europarechtliche Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 43, 49, 56 EGV) dürfte nicht vorliegen; vgl. Koch (2004).

47 BVerfG v. 23. September 1994, NVwZ 1995, 370, 371; BVerfG v. 14. April 1987, BVerfGE 75, 192, 199 f. m.w.N.; BVerwGE 41, 195; BayVerfGHE 38, 118, 126 ff. m.w.N.; BbgVerfGH, LKV 1995, 40 = DVBl. 1994, 857, 858; SächsVerfGH, LKV 2001, 216, 217.

48 Vgl. Rennert (2002); BVerfGE 21, 117, 128 f.; 91, 228, 236.

49 Die Finanzhoheit wird in Art. 28 II 3 GG besonders herausgehoben und verstärkt.

50 Der Bayerische Verfassungsgerichtshof bezeichnet die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung als „subjektives verfassungsmäßiges Recht“ (BayVerfGH, BayVBl. 1978, 426, 428) und popularklagefähige Rechtsposition.

51 BVerfG v. 23. November 1988, BVerfGE 79, 127, 143; BVerfG v. 7. Februar 1991, NVwZ 1992, 365, 366.

Eine Grenze der Eingriffserwägungen ergibt sich generell aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausformung des Rechtsstaatsprinzips. So verbietet er sachlich nicht gebotene Eingriffe. Die vom Gesetzgeber gewählte Regelung muss sowohl geeignet als auch erforderlich sein, um übergeordnete Gemeinwohlinteressen zu sichern, weiterhin muss eine Zweck-Mittel-Relation zwischen Regelungszweck und Regelungsinhalt gewahrt sein. Die Beschränkung darf also nicht übermäßig belasten und unzumutbar sein. Vereinfacht ausgedrückt: Der Gesetzeszweck muss die Regelung „tragen“. Bei dieser Einschätzung besteht ein Beurteilungsspielraum der Gesetzgeber.

c) Einschränkungen der kommunalen Organisations- und Finanzhoheit lassen sich nicht mehr begründen

Wendet man diese Grundsätze auf das geltende Recht an, dann ist es notwendig, dass jede das gegenwärtige Sparkassensystem prägende Regel diesen Maßstäben entspricht. Gemeinwohlaspekte, welche die Freiheiten des Selbstverwaltungsrechts überlagern können, müssen also jeweils für sich

- die öffentlich-rechtliche Organisationsform,
  - das Regionalprinzip,
  - die Beschränkungen der Ingerenzrechte der Träger,
  - die Beschränkungen der Ertragsverwendung,
  - die Beschränkungen bei der Verfügbarkeit von Zuordnungsrechten
- rechtfertigen.

Tragen Gemeinwohlinteressen einzelne dieser Positionen, so ist das nicht notwendigerweise auch bei den anderen der Fall. Gründe, welche die Organisation der Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts ermöglichen, legitimieren also nicht automatisch auch die Ausformung des Regionalprinzips oder die Beschränkung der Ingerenz-, Ertrags- und Zuordnungsrechte. Eine solche differenzierende Bewertung wird jedoch in der gegenwärtigen Diskussion nicht vorgenommen. Gemeinwohlinteressen, welche die gegenwärtige Sparkassenstruktur legitimieren sollen, werden vielmehr übergreifend und pauschal wie folgt artikuliert.<sup>52</sup>

- Die Sparkassen sichern die Aufrechterhaltung einer umfassenden und flächendeckenden Versorgung aller Bevölkerungskreise mit finanzwirtschaftlichen Dienstleistungen.
- Sie gewährleisten eine gleichmäßige wirtschaftliche Entwicklung auch jenseits der Wirtschaftszentren, weil das Regionalprinzip die Konzentration auf den lokalen und regionalen Raum erzwingt und ein wirtschaftlicher Erfolg der Sparkassen vom Geidehen des wirtschaftlichen Umfelds abhängt.
- Sie tragen zur Herausbildung eines starken Mittelstandes bei.
- Sie sichern zum Wohle des Verbrauchers den Wettbewerb der Kreditinstitute in allen Regionen.

<sup>52</sup> Deutscher Landkreistag und Deutscher Sparkassen- und Giroverband (20. Januar 2004); Deutscher Städte- und Gemeindebund (2004).

An diesen Argumenten ist vieles richtig und sie reichen dafür aus, die Errichtung und den Betrieb von Sparkassen in kommunaler Hand zu rechtfertigen (s.u. V.1.).<sup>53</sup> Sie können zudem die öffentlich-rechtliche Organisationsform legitimieren, aber sie erzwingen sie nicht. Sie geben Hinweise auf positive Wirkungen des Regionalprinzips, aber sie tragen es nicht in einer extensiven Ausformung. Sie liefern keine Gründe für die Stringenz, mit der das geltende Recht Kommunen an die Trägerschaft bindet und die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Unternehmens Sparkasse ausschließt. Das entscheidende Defizit des geltenden Sparkassenrechts besteht also darin, dass es den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einer differenzierenden Ausgestaltung seiner zentralen Elemente nicht gerecht wird.

## V. Rahmenbedingungen

Die Freiheit der Landesgesetzgeber bei einer Novellierung des Sparkassenrechts geht recht weit. Sie wird nur durch das europäische Gemeinschaftsrecht und höherrangiges nationales Recht eingeschränkt.<sup>54</sup> Beide Rechtsmaterien enthalten aber keine systematischen, sondern nur punktuelle Vorgaben.<sup>55</sup> Im Kern sind es vier Rahmenbedingungen.

### 1. Gemeinwohlbezogene Organisationsfreiheit

Staatliches Handeln bedarf seiner Rechtfertigung durch das Gemeinwohl.<sup>56</sup> Die Teilnahme öffentlicher Institutionen am Wirtschaftsverkehr hat nur instrumentellen Charakter und muss Gemeinwohlzielen dienen. Sind solche Ziele gegeben, dann liegt es grundsätzlich in der Entscheidungsmacht der legitimierten staatlichen Organe, zu bestimmen, ob, in welchem Umfang und in welcher Organisationsform es Unternehmen geben soll, die ganz oder teilweise von der öffentlichen Hand getragen werden. Weder die europarechtlichen<sup>57</sup> noch die verfassungsrechtlichen Vorgaben legen einen Vorrang privater Unternehmen vor öffentlichen Unternehmen fest.<sup>58</sup> Es gibt weder ein Gebot zur materiellen Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, noch ist es andererseits erforderlich, dass

---

53 Vgl. auch Oebbecke (2002).

54 Rechtsstoff völkerrechtlicher Herkunft (z.B. bi- und multilaterale Wirtschaftsabkommen) hat über das Europarecht hinaus für den Themenkreis keine Bedeutung.

55 Eine gründliche, das Recht der öffentlichen Unternehmen übergreifende Darstellung dieser Rahmenbedingungen mit umfassenden Literaturhinweisen enthält das Gutachten von Ehlers (2002), E 33 ff.; vgl. auch Berg (2000).

56 Positivrechtlich wird diese Auffassung aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. den Grundrechten abgeleitet. Vgl. Isensee (1988), § 57 Rdnrs. 41 ff.; Ehlers (2002), E 34.

57 Art. 86 II 1 EGV v. 25. März 1957 (BGBl. II S. 766) in der Fassung des Vertrags von Amsterdam v. 2. Oktober 1997, zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte 2003 v. 16. April 2003 (ABl. Nr. L 236 S. 33) ermöglicht es den Mitgliedsstaaten sowohl ihre Unternehmen als auch private Unternehmen mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ zu betrauen. Dazu gehören wirtschaftliche Tätigkeiten, die in Deutschland der Daseinsvorsorge zugerechnet werden. Sie unterliegen allerdings den europarechtlichen Wettbewerbsbestimmungen.

58 Das für die Kommunalwirtschaft in den meisten Ländern eingeführte Subsidiaritätsprinzip hat den Rang von Landesrecht und gilt nicht für die speziellen Sparkassengesetze.

das Gemeinwohl die Festlegung einer Dienstleistung als öffentliche Aufgabe geradezu erzwingen muss. Die Gemeinwohlziele werden vielmehr durch die Gesetzgeber oder die von ihnen ermächtigten Verwaltungen im Rahmen ihres Ermessens selbst bestimmt. Das Grundgesetz enthält zwar einzelne positive und negative Vorgaben<sup>59</sup>, den Landesgesetzgebern bleibt aber ein erheblicher Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. So können sie bspw. die Erzielung von Gewinn im Rahmen gemeinwohlorientierter wirtschaftlicher Tätigkeit zulassen, selbst wenn davon auszugehen ist, dass die vorrangig Erwerbszwecken dienende wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hände nicht durch das Gemeinwohl getragen wird.

Für die Gestaltung des Systems der öffentlichen Banken folgt daraus:

- Die überkommenen Aufgabenstellungen der Sparkassen und Landesbanken sind verfassungskonforme Konkretisierungen des Gemeinwohlprinzips. Ihnen liegen zumindest vertretbare Zielvorstellungen und Erwägungen zu Grunde. Selbst wenn die nichtstaatlichen Banken in der Lage wären, den Gemeinwohlzielen in vergleichbarer Weise gerecht zu werden, wie das vielfach angenommen wird<sup>60</sup>, können die Gesetzgeber an ihren Vorstellungen festhalten.
- Es besteht die Möglichkeit, aber kein Gebot, Sparkassen und Landesbanken in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform zu betreiben. Privatrechtliche oder hybride Organisationsstrukturen, die dem Bankenrecht entsprechen (§ 2a KWG), sind prinzipiell zulässig. Für sie gelten allerdings zusätzliche öffentlich-rechtliche Bindungen.

## 2. Demokratische Legitimation

Das demokratietheoretische Grundverständnis, dass *alle* Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 GG), erfordert die Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen durch die (unmittelbar oder mittelbar) demokratisch legitimierten Organe ihrer öffentlichen Träger.<sup>61</sup> Die erforderliche Reichweite dieser Ingerenzrechte ist im Einzelnen zwar nicht definitiv geklärt<sup>62</sup>, notwendig ist aber zumindest die Möglichkeit zur Grobsteuerung und zur Letztentscheidung in grundlegenden Fragen, wenn ein Unternehmen durch öffentliche Träger beherrscht<sup>63</sup> wird. Zur Durchsetzbarkeit dieser Ingerenzen bedarf es zudem ergänzender Informationsrechte und Berichtspflichten. Tendenziell wird man die Ausgestaltung der Einwirkungsmöglichkeiten vom Verhältnis der Unterneh-

59 Z.B. das Sozialstaats- und Umweltschutzprinzip (Art. 20 I, 20 a, 28 I 1 GG). Die wirtschaftspolitische Neutralität des GG zwingt aber nicht zu einer rein marktwirtschaftlich orientierten Gestaltung des Bankensektors.

60 Vgl. z.B. Monopolkommission (2000), Abschnitte 122-128 (Staatstätigkeit im Bankensektor); Donges u.a. (2001), S. 28 ff.

61 Näher BVerfG v. 24. Mai 1995, BVerfGE 93, 37; VerfGH Berlin, JR 2001, 320.

62 Ehlers (2002), E 44 f., E 109.

63 Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen mit einer Minderheitsbeteiligung öffentlicher Träger wird man diese institutionellen Ingerenz- und Kontrollrechte weder verlangen noch durchsetzen können. Hier wird man auf die Bindung und Verantwortung der Personen rekurrieren müssen, die von den öffentlichen Trägern in die Organe der Unternehmen entsandt werden. Aber auch hier kann es zu Einschränkungen kommen (Verschwiegenheitspflichten, gesetzlich vorgesehene Unabhängigkeit von Unternehmensorganen).

mensziele zu der Bedeutung der davon berührten öffentlichen Aufgaben (z.B. Pflichtaufgabe oder freiwillige Aufgabe), von der Organisationsform des Unternehmens sowie von den Spielräumen abhängig machen müssen, die das rechtliche Umfeld zulässt (z.B. KWG, AktG, GmbHG). Beschränken steuerungsfeindliche Unternehmensformen die Ingerenzmöglichkeiten, wie das z.B. im Aktienrecht der Fall ist (§ 76 Abs. 1, § 116 i.V.m. § 93 AktG), dann besteht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis für ihre Inanspruchnahme.<sup>64</sup>

### 3. Regionale Bindung

Träger öffentlicher Verwaltung dürfen grundsätzlich nur innerhalb ihres sachlichen und örtlichen Kompetenzbereichs tätig werden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine hoheitliche oder um eine wirtschaftliche Betätigung handelt. Wirtschaften und Marktteilnahme erschließen keinen neuen Handlungsraum. Die Funktion ist entscheidend und nicht die Rechtsform oder das Handeln im Wettbewerb.<sup>65</sup> Diese örtliche Bindung besteht aber weder absolut, noch ist sie unverrückbar. Der Gesetzgeber kann die Gebietsbezogenheit rechtsgestaltend ausformen und dem wirtschaftlichen Handeln einen größeren Wirkungskreis zugestehen. So hat es schon bisher beim sparkassenrechtlichen Regionalprinzip einzelne Durchbrechungen gegeben. Auch das allgemeine Kommunalwirtschaftsrecht lässt solche Erweiterungen zu.<sup>66</sup> Die Lockerung des Gebietsbezugs unterliegt aber wiederum Grenzen.<sup>67</sup> So hindert das Demokratieprinzip, dass der Gebietsbezug beliebig aufgegeben wird<sup>68</sup>, und das Selbstverwaltungsrecht verlangt, die berechtigten Interessen der durch das Übergreifen betroffenen Kommunen zu berücksichtigen. Das Regionalprinzip des Sparkassenrechts hat damit im Kern zwar eine verfassungsrechtliche Verankerung, nicht erforderlich ist aber die weite Ausformung, die es gefunden hat und die gerne als unabdingbar dargestellt wird. So ist seiner Durchbrechung im Einverständnis kaum etwas entgegen zu setzen.<sup>69</sup> Das Sparkassenrecht kann also so ausgestaltet werden, dass weit mehr Möglichkeiten für Zusammenschlüsse und Beteiligungen verfügbar sind, als das gegenwärtig der Fall ist.

<sup>64</sup> Vgl. Ehlers (2002), E 106 ff.

<sup>65</sup> Die Thematik ist rechtsdogmatisch und rechtspolitisch nach wie vor außerordentlich umstritten. Vgl. Ehlers (2002), E 41 ff., E 94 ff. m.w.N. und die Beschlüsse des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, Abteilung Öffentliches Recht.

<sup>66</sup> Vgl. z.B. Art. 87 II BayGO, § 107 III GO NW, § 71 IV ThürKO.

<sup>67</sup> Ehlers (2002), E 100 ff. m.w.N.

<sup>68</sup> Ehlers (2002), E 101; vgl. auch Löwer (2000); Oebbecke (2000), S. 389.

<sup>69</sup> Vgl. Tomerius (2004), S. 24 ff.

#### 4. Konsistenzgebote

Eine Ergänzung erfahren diese organisationsgestaltenden Rahmenbedingungen durch das Gebot zur Widerspruchsfreiheit des Sparkassenrechts mit sonstigem höherrangigem Recht. Vornehmlich geht es um die Konsistenz mit dem Europarecht, mit weiterem Verfassungsrecht und mit einfachem Bundesrecht. Bei Letzterem stehen die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Bankenrecht, insbesondere mit dem Kreditwesengesetz, sowie mit dem Wettbewerbs- und Kartellrecht im Vordergrund.

Primärrechtliche Vorgaben des Europarechts sind in erster Linie die vertragsrechtlichen Grundfreiheiten, die sich auf den Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beziehen (Art. 28, 39, 43, 49, 56 EGV), weiterhin die Wettbewerbs- und Beihilfebestimmungen (Art. 81 ff., 87 ff. EGV) sowie die Vorgaben für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EGV). Die Relevanz dieser Vertragsbestimmungen für den Bereich der öffentlichen Banken haben die Entwicklungen der letzten Jahre verdeutlicht. Dazu kommt die Flut des Sekundärrechts mit seinen unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen. Zunehmende Bedeutung gewinnen hier die vielfältigen Transparenzgebote, die nicht zuletzt im Sparkassenrecht nur unvollständig umgesetzt sind und mit deren Erweiterung zu rechnen ist.

Die Grundrechtsbindung öffentlicher Institutionen sowie der Vorbehalt des Gesetzes sind ergänzende verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Ausgestaltung des Sparkassenrechts. Grundrechtsrelevant sind vorrangig der Gleichheitssatz und die Berufsfreiheit. Ersterer hat Relevanz bei der Gestaltung der Kundenbeziehungen (z.B. Zugang zu einem Girokonto auf Guthabensbasis für jedermann). Der Berufsfreiheit kommt Bedeutung beim Wettbewerb zu, denn die Teilnahme am Marktgeschehen kann den Schutzbereich der Berufsfreiheit von Konkurrenten berühren.<sup>70</sup> Einen mittelbaren Grundrechtseingriff wird man aber nur bei besonderen Fallgestaltungen einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung (z.B. Verdrängungswettbewerb durch Konditionendumping) annehmen können, denn die Berufsfreiheit schützt nicht vor normalen Nachteilen des Wettbewerbs.<sup>71</sup> Gesetzliche Regelungen zu Aufgabe und Funktion von Sparkassen, zur fachlichen Breite ihres Geschäftsfelds und zu den möglichen Formen ihrer Organisation können nicht nur den zulässigen Wettbewerbsraum verfassungskonform abgrenzen und die Privilegierung des Art. 86 Abs. 2 EGV rechtfertigen, sie sind weitgehend auch erforderlich, um dem Vorbehalt des Gesetzes zu genügen, wenn es um die Errichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder um die Verwendung von Privatrechtsformen durch die öffentlichen Hände geht.

70 Löwer (2001), S. 444 ff.; Hösch (2000), S. 56 ff.

71 BVerwGE 39, 329, 336; BVerwG, NJW 1978, 1539, 1540.

## VI. Gestaltungsmuster

Vorstellungen zur Erneuerung des Sparkassenrechts lassen sich unter zwei gedanklichen Ansätzen entwickeln. Zum einen: Man konstruiert und bewertet losgelöst vom Ist-Zustand Gestaltungsmöglichkeiten, wobei sich eine Vielzahl von Organisationsmustern erschließen lässt. Zum anderen: Man geht vom „status quo“ aus und sucht nach Bewegungsräumen für die Modernisierung. Realistisch ist nur die zweite Alternative; die erste bleibt ein reizvolles Glasperlenspiel. Die folgenden Ausführungen stellen deshalb auf die Möglichkeiten einer organischen Fortentwicklung der Sparkassenstruktur ab. Diese kann in drei Richtungen geschehen: Im Wechsel zu privatrechtlichen Organisationsformen, in der Neujustierung der Rechtsfigur der sparkassenrechtlichen Anstalt und schließlich in der Hinwendung zu hybriden Organisationen.

### 1. Organisationsformen des privaten Rechts

Die Möglichkeiten zur Transformation existierender öffentlich-rechtlicher Sparkassen in privatrechtliche Organisationsformen sind im Umwandlungsgesetz vorgegeben und begrenzt (§ 1 UmwG). Von den Umwandlungsarten steht nur der Formwechsel (§ 191 UmwG) zur Verfügung.<sup>72</sup> Voraussetzung ist, dass ihn das Landesrecht vorsieht oder zulässt (§ 301 Abs. 2 UmwG). Zielrechtsform kann nur eine Kapitalgesellschaft sein (§ 301 Abs. 1 UmwG). Verfügbar sind damit zunächst nur die Rechtsformen der AG, der GmbH und der KGaA.<sup>73</sup> Eine landesgesetzliche Erweiterung der Zielrechtsformen ist allerdings im Rahmen des im Gesellschaftsrecht bestehenden Typenzwangs möglich.<sup>74</sup> Das KWG schließt nur den Einzelkaufmann aus (§ 2a KWG). Die Umwandlung in eine private Rechtsform führt allerdings zum Verlust der Bezeichnung Sparkasse (§ 40 Abs. 1 KWG) es sei denn, es käme zu einer Änderung des KWG, die wiederum durch die Länder initiiert werden könnte.

Die öffentlich-rechtlichen Bindungen (s.o. V.) stehen der Umwandlung in eine GmbH oder AG nicht entgegen. Die flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten der GmbH und die Durchgriffsmöglichkeiten der Gesellschafter ermöglichen eine komplikationslose Sicherung dieser Prinzipien. Die Wahl der Rechtsform der AG lässt sich mit der Offenheit dieser Gesellschaftsform für den Kapitalmarkt rechtfertigen, v.a. aber auch mit den ohnehin starken Regulierungen durch das KWG und die Bankenaufsicht. Nicht zuletzt können auch eine entsprechende Gestaltung der Satzung der AG und Sonderregelungen des Aktienrechts (§§ 23 Abs. 5 Satz 2, 394, 395 AktG) den Anforderungen des öffentlichen Rechts Rechnung tragen. Nicht unmittelbar geeignet ist dagegen die Zielrechtsform der

72 Sparkassen sind weder verschmelzungsfähig (§ 3 UmwG) noch spaltungsfähig (§ 124 UmwG) noch gibt es die Möglichkeit der Vermögensübertragung (§ 175 UmwG). Nur Änderungen des UmwG könnten hier weitere Alternativen eröffnen.

73 Die Europarechtliche Gesellschaft (Societas Europaea) scheitert zudem an den europarechtlichen Voraussetzungen (Vgl. Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 vom 10. November 2001 S. 1-21).

74 Denkbar aber nur begrenzt praktikabel wäre z.B. auch die Umwandlung in eingetragene Kreditgenossenschaften. Hierzu Beuthien (2003).

KGaA, denn die unbeschränkte Haftung des kommunalen Gesellschafters führt wiederum zu Konflikten mit den Art. 86, 87 EGV.<sup>75</sup>

Die Umwandlung allein stellt sich nur als formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung) dar, denn die Gesellschaftsanteile bzw. die Aktien bleiben in öffentlicher Hand. Die Wege zum gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen oder zur materiellen Privatisierung sind dann aber relativ einfach gangbar. Bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen lassen sich die entscheidenden Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Seite sichern, so lange die Mehrheit der Gesellschaftsanteile bei ihr liegt. Kommt es zur Mehrheit Privater, dann können die Bindungen entfallen, ohne dass sich die öffentlichen Gesellschafter von ihren Anteilen trennen müssten, wenn das Gesetz das zulässt. Es handelt sich dann aber nicht mehr um eine Sparkasse, sondern um eine Bank gem. §§ 32, 39 KWG.

## 2. Fortentwicklung der Anstaltsform

Für die Gestaltung von Sparkassen in öffentlich-rechtlicher Form sind im Prinzip alle organisationsrechtlichen Grundtypen verfügbar, also Körperschaft, Anstalt oder Stiftung. Besonders geeignet ist nach wie vor die Rechtsfigur der Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR). Im Gegensatz zur Stiftung ist sie eine offene, vielfältig gestaltbare Rechtsform, für die es nur wenige und unscharfe Vorgaben gibt, allenfalls ein im Kern übereinstimmendes organisationsrechtliches Vorverständnis.<sup>76</sup> Die AöR ist juristische Person, sie nimmt öffentliche Aufgaben wahr und ist einem Träger öffentlicher Verwaltung zugeordnet, dem Ingerenzrechte zustehen (müssen). Die Rechtswirklichkeit weist bei Bund und Ländern eine Fülle unterschiedlich ausgestalteter AöR aus, v.a. auch als Unternehmensformen. Die Landesgesetzgeber haben weitgehende Freiheit bei der Ausformung und sie können bei Aufrechterhaltung der Anstaltseigenschaft die Struktur der Sparkassen umfassend modernisieren. Dabei gibt es drei zentrale Ansatzpunkte: die Erweiterung der Sparkassenfähigkeit, ergänzende Gestaltungsalternativen für die Träger-Sparkassen-Beziehung sowie Modifikationen der Struktur und Funktionsbedingungen der Sparkassen selbst.

### a) Erweiterung der Sparkassenfähigkeit

Zur Fähigkeit, Träger einer Sparkasse in der Gestalt einer AöR zu sein (Sparkassenfähigkeit), besteht herkömmlich ein festes Vorstellungsbild. Sie wird primär den Gemeinden<sup>77</sup> und Landkreisen zugeordnet. Mehrere dieser Gebietskörperschaften können eine Sparkasse gemeinsam meist nur betreiben, wenn sie sich zunächst zu einem Zweckverband

75 Möglich ist es allerdings, diese Rechtsform in einem zweistufigen Prozess anzustreben, wobei die erste Stufe die Umwandlung in eine haftungsbeschränkte GmbH oder AG wäre.

76 Vgl. Müller, in: Wolff/Bachof/Stober (2004), § 88, S. 352 ff.; Rüfner (1985); Löwer (1985); Berg (1985); Breuer (1986); Lange (1986).

77 Sachsen hat die gemeindliche Sparkassenfähigkeit auf die kreisfreien Städte beschränkt (§ 1 SächsSpkG).

zusammenschließen.<sup>78</sup> Zudem besteht die Auffassung, dass ein Träger nur eine Sparkasse halten kann (monistische Trägerstruktur).

Dieses Muster hat vornehmlich in der jüngeren Rechtsentwicklung eine punktuelle Ausweitung in mehrfacher Richtung erfahren. Einzelne Gesetze gestehen die Sparkassenfähigkeit auch weiteren juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Stiftungen<sup>79</sup>, Sparkassenverbänden<sup>80</sup>) zu, weiterhin anderen Sparkassen<sup>81</sup> sowie sonstigen „Mitgliedern der Sparkassenorganisation“<sup>82</sup> und nicht zuletzt – mediatisiert über eine mit Stammkapital ausgestattete Körperschaft des öffentlichen Rechts – dem Land sowie als Minderheitsbeteiligung auch Privaten<sup>83</sup>. In Berlin fungiert die Landesbank, eine AöR, zugleich als Berliner Sparkasse<sup>84</sup> und die Sachsen-Finanzgruppe ist funktional als Holding organisiert, die nicht nur mehrere Sparkassen trägt, sondern auch die Landesbank Sachsen. Es ist also ein sehr buntes Bild, das sich in Ansätzen entwickelt hat und das die konstruktive Offenheit der Rechtsform belegt.

Die strukturelle Fortentwicklung des Sparkassensystems in öffentlich-rechtlicher Organisationsform muss notwendig an einer neuen Bestimmung der Sparkassenfähigkeit ansetzen, denn die verfügbaren Fusionsmechanismen besitzen zu wenig Beweglichkeit für den erforderlichen Wandel. Dabei kommt es nicht auf das Recht zur Errichtung von Sparkassen an (originäre umfassende Sparkassenfähigkeit), die bei den Kommunen verbleiben kann und wohl auch muss, sondern auf die Berechtigung, vorhandene Sparkassen als Träger zu übernehmen oder sich an vorhandenen Instituten zu beteiligen (abgeleitete eingeschränkte Sparkassenfähigkeit).

Für eine solche Ausweitung bieten sich zunächst Institutionen in öffentlicher Hand an, deren Aufgabenstellung mit der der Sparkassen in Übereinstimmung steht oder sie ergänzt. Das können andere Glieder der Sparkassen-Finanzgruppen sein, andere öffentliche Banken oder andere staatliche und nichtstaatliche Einrichtungen mit Förderaufgaben, wenn deren eigenes Organisationsrecht die Beteiligung an einer Sparkasse zulässt, und nicht zuletzt auch Stiftungen des öffentlichen Rechts, wie das z.B. das Land Bremen zulässt.<sup>85</sup> Auch die Mitträgerschaft Privater ist prinzipiell denkbar. Eine solche Erweiterung der Sparkassenfähigkeit bedeutet nicht zugleich die Auflösung der kommunalen Verortung. Durch die Ausgestaltung der Anstaltsform können die Grenzen des Einflusses anderer bestimmt und die erforderliche kommunale Einwirkung gesichert werden sowie Mechanismen zur Verfügung über Trägerstellungen festgelegt werden.

---

78 Eine unmittelbare Mehrfachträgerschaft kennt nur das baden-württembergische Sparkassenrecht (§§ 2, 3 BaWüSpkG).

79 §§ 1, 2 V BremSpkG.

80 Art. 26, 28 BaySpkG.

81 § 3 IV RhIPfSpkG.

82 § 2 IV BremSpkG.

83 §§ 49 I, 53 I SächsSpkG.

84 § 3 VI Gesetz über die Landesbank Berlin – Girozentrale.

85 Zu unterscheiden ist zwischen einer Stiftung als Träger einer Sparkasse und der Stiftung als Rechtsform der Sparkasse. In § 2 IV BremSpkG geht es um die Trägerstellung.

## b) Trägerpluralität und Mehrfachträgerschaft

Das aktuelle Recht bietet in der Regel nur die Möglichkeit, über die Bildung eines kommunalen Zweckverbands mehrere sparkassenfähige Institutionen zu einem Träger zu vereinen. Die Fähigkeit, einem Zweckverband anzugehören, bestimmt sich aber nach eigenen Normen, sodass zwischen ihr und der (erweiterten) Sparkassenfähigkeit eine Divergenz bestehen kann. Ein solcher Verband stellt zudem eine sehr aufwändige Rechtsform dar, um die wenigen Entscheidungen treffen zu können, die ihm zugeordnet sind. Als formaler Sparkassenträger vermittelt er letztlich nur zu und zwischen den Körperschaften, um deren Aufgabe es originär geht. Die Mitgliedschaft in Zweckverbänden ist zudem nicht unmittelbar übertragbar und die Änderungsmechanismen sind meist kompliziert. Nicht zuletzt kann eine Kommune einen solchen Verband kaum verlassen. Diese Organisationsform ist damit in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung nur wenig brauchbar, wenn es darum geht, die Verfügbarkeit von Zuordnungsrechten an Sparkassen zu erhöhen.

Lösungsmöglichkeiten gibt es in zwei Richtungen. Entweder stellt man eine eigenständige, unkomplizierte und auf die Aufgabenstellung zugeschnittene Trägerkonstruktion zur Verfügung, die dann wohl ebenfalls eine Körperschaft des öffentlichen Rechts wäre. Oder, man verzichtet auf eine solche eigenständige Organisation und bündelt die Willensbildung der Träger in einem Organ der Sparkasse. Ein solches „Eignerorgan“ (z.B. Trägerversammlung oder Anteilseignerversammlung) müsste das Sparkassengesetz nur in den Grundzügen vorsehen<sup>86</sup>; die Ausgestaltung kann der Satzung vorbehalten bleiben. Für diese Alternative muss man sich nur von der nirgends festgeschriebenen Vorstellung trennen, dass eine AöR nur einen Träger und nicht auch eine Mehrheit von Trägern haben kann. Damit wäre eine wesentliche Vereinfachung des anzuwendenden Rechts verbunden. Die Funktionsfähigkeit einer solchen Lösung bestätigt der Blick auf die Rechtsformen der GmbH und AG.

Eine Gestaltungsalternativen ausblendende Denkgrenze besteht ebenfalls zur Frage, ob sich einem Träger mehrere Sparkassen zuordnen lassen. Dabei ist eine solche Lösung in Gestalt der sächsischen Verbundsparkassen bereits realisiert<sup>87</sup>, allerdings noch nicht breiter ins Bewusstsein gedrungen. Das Modell ist im Prinzip einfach. Das Sparkassenrecht sieht vor, dass sich die Träger bestehender Sparkassen zu einer neuen Verbandskörperschaft des öffentlichen Rechts zusammenschließen. Mit dem Zusammenschluss geht die Trägerschaft an den vorhandenen Sparkassen, welche AöR bleiben und deren Organstrukturen grundsätzlich aufrechterhalten werden, auf die neue Körperschaft über. Ergänzende gesetzliche Regelungen mit Analogien zum privaten Konzernrecht, insbesondere Ingerenz- und Mitwirkungsbefugnisse (Anteilseignerfunktionen), sowie Organverflechtungen verdichten die Beziehungen zwischen der Trägerorganisation und den Sparkassen und überlagern das „normale“ Sparkassenrecht. Letztlich entsteht eine konzernartige Struktur. Dieses Modell hat Vorteile. Es ermöglicht die Synergieeffekte der „economies of scale“ und der engen Kooperation, ohne die regionale Verbundenheit zu lösen, und es

86 Z.B. § 8 VII BaWüSpkG.

87 Vgl. §§ 49 ff. SächsSpkG.

erlaubt eine einfache Anpassung der Sparkassenstruktur an die Wirtschaftsräume. Hindernisse subjektiver Art, die der Verschmelzung zu großen Einheiten häufig entgegenstehen, können leichter überwunden werden, ohne dass sinnvolle Fusionen auf der Ebene der Mitgliedssparkassen dadurch ausgeschlossen werden.

### c) Neubestimmung der regionalen Bindung

Das Regionalprinzip hat zwei Aspekte. Zum einen begrenzt es die Geschäftstätigkeit der Sparkassen, indem es das Übergreifen in die Geschäftsbezirke anderer Sparkassen beschränkt. Diese Begrenzung ist in den einzelnen Bundesländern uneinheitlich ausgestaltet. Kern ist das übereinstimmend normierte grundsätzliche Verbot zur Errichtung von Zweigstellen im Gebiet anderer Träger<sup>88</sup>, im Übrigen besteht eine erhebliche Grauzone mit unterschiedlichen Schattierungen. Tendenziell zielen die Einschränkungen auf die Aktivgeschäfte, auf Beteiligungen an Unternehmen sowie auf eine Beschränkung der Werbung. Diese Ausformungen des Regionalprinzips hindern und begünstigen zugleich. Als Gebot der interkommunalen Rücksichtnahme und als Verbot eines verdrängenden Wettbewerbs sind sie zu rechtfertigen.

Zum andern beschränkt das Regionalprinzip die Träger selbst. Sie können sich nicht an anderen Sparkassen beteiligen und sie können sie auch nicht von einem anderen Träger übernehmen. Konsequent stellt das Sparkassenrecht dafür auch keine Handlungsformen zur Verfügung.<sup>89</sup> Gerade diese Facette beeinträchtigt die Kommunen entscheidend, denn ohne Marktteilnehmer gibt es keinen Markt. Auch die vorgeschlagene Erweiterung der Sparkassenfähigkeit würde diese Problematik nur zum Teil lösen. Diese strikte Ausgestaltung des Regionalprinzips ist aber nicht notwendig (s.o. V.3.). Unter der Voraussetzung, dass ein Konsens zwischen den betroffenen Gebietskörperschaften besteht, erscheint es unbedenklich, Sparkassenfusionen auch dann zu ermöglichen, wenn ein bisheriger Träger ausscheiden will, sowie gebietsüberschreitende Beteiligungen und wechselseitige Beteiligungen von Sparkassen zuzulassen.

### d) Übertragbare Geschäftsanteile

Das Recht der meisten Bundesländer kennt weder Geschäftsanteile an Sparkassen noch weisen diese ein Stamm- oder Grundkapital auf, denn es besteht ja die ausschließliche Zuordnung der AöR an nur einen Träger. Diese Zuordnung vermittelt auch die Zurech-

88 Ausnahmen lassen die Sparkassengesetze für besondere Situationen zu (z.B. bei kommunalen Gebietsänderungen oder bei Sparkassen einer kreisfreien Stadt und eines umliegenden Landkreises). Meist bedarf es dann noch der Zustimmung der Aufsichtsbehörde.

89 Atypische rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten sind denkbar. So kann man z.B. in einer ersten Stufe einen Zweckverband bilden und die vorhandenen Sparkassen fusionieren. In einer zweiten Stufe löst man den Zweckverband wieder auf und gestaltet die Auseinandersetzung in der Weise, dass eine Gebietskörperschaft die Sparkasse allein übernimmt. Bei den noch üblichen Zustimmungsvorbehalten für die Aufsichtsbehörden, dürfte das aber nur selten gelingen.

nung des Werts einer Sparkasse<sup>90</sup>, obwohl der nirgends angesprochen oder gar als Kapital ausgedrückt wird. Nur neuere Gesetze sehen im Zusammenhang mit der Erweiterung der Sparkassenfähigkeit fakultativ die Ausweisung von Stammkapital vor.<sup>91</sup> Es kann aus Einlagen und/oder Rücklagen gebildet werden. Damit verbunden ist dann auch die Möglichkeit, einen Trägerwechsel durch die Übertragung des Stammkapitals oder von Anteilen am Stammkapital durch (öffentlich-rechtlichen) Vertrag herbeizuführen.

Die generelle Einführung von Stamm- oder Grundkapital<sup>92</sup> sowie der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen durch die Verfügung über Anteile an diesem Kapital, wie sie sich im Gesellschaftsrecht bewährt hat, ist auch im Sparkassenrecht von Vorteil. In Träger- oder Anteilseignerversammlungen könnten die den Trägern vorzubehaltenden Entscheidungen mit von den Anteilen abhängigen Stimmgewichten beschlossen werden. Die Übertragbarkeit würde Kommunen, die sich von ihren Sparkassen oder Anteilen an ihnen lösen wollen, einen einfachen Weg eröffnen. Privaten und anderen öffentlichen Kapitalgebern können Mitentscheidungsrechte als Anteilseigner eingeräumt werden, solange den kommunalen Trägern hinreichende Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten verbleiben.

#### e) Ergänzende Modifikationen

Die aufgezeigten Gesichtspunkte zielen auf die Fortentwicklung der Sparkassenstruktur und auf ein Sparkassenrecht, das Elemente eines modernen Gesellschaftsrechts in den öffentlich-rechtlichen Rechtskreis integriert. Es ist ein sehr breiter Rahmen, den der Wettbewerbsföderalismus unterschiedlich ausformen kann. Abhängig von den Basisentscheidungen ergeben sich dann auch Folgewirkungen für andere Rechtsinstitutionen (z.B. für das Fusionsrecht oder ein spezifisches Konzernrecht).

Unabhängig davon gibt es eine Reihe weiterer Aspekte, die eine umfassende Neugestaltung des Sparkassenrechts nahe legen. Der Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sowie die nun gegebene Insolvenzfähigkeit legen es nahe, zum Schutz von Gläubigern ergänzende Vorschriften zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung vorzusehen sowie eine deutliche Verstärkung der Transparenz anzustreben. Unter den europarechtlichen Vorgaben für den Wettbewerb und den Kapitalverkehr sind kritisch zu hinterfragen die gar nicht seltenen gesetzlichen Verpflichtungen für Sparkassen, Geschäfte vornehmlich mit Verbundinstituten abzuschließen oder bestimmte Geschäfte auf inländische Vertragspartner zu beschränken. Weil Themen der Corporate Governance bis jetzt nur sehr rudimentär behandelt werden, ließen sich auch Aufgaben, Rechte und Zusammensetzung

90 Davon zu unterscheiden ist das Sparkassenvermögen, dessen Rechtsträger die Sparkasse als juristische Person ist. Davon wiederum abzugrenzen sind die bilanzielle Kapitalstruktur der Sparkasse und das haftende Eigenkapital (Kernkapital und Ergänzungskapital) als Bestandteil der erforderlichen Eigenmittelausstattung einer Bank (§ 10 KWG). Das Kernkapital ergibt sich bei den Sparkassen aus den Rücklagen (§ 10 II a Nr. 4 KWG). Der bankrechtliche Begriff des Eigenkapitals ist also sowohl vom bilanzrechtlichen Begriff als auch von gesellschaftsrechtlichen Kapitalbegriffen zu unterscheiden.

91 § 3a BremSpkG, § 3 III RhLPFSpkG. Stammkapital ist auch im sächsischen Recht für die auf der Holding-Ebene eingerichtete KöR (Sachsen-Finanzgruppe) vorgesehen (§§ 49 I, 53 II SächsSpkG).

92 Zum Begriff und zur rechtlichen Problematik von „Kapitalgesellschaften des öffentlichen Rechts“ vgl. Siekmann (1993); Koenig (1995), S. 827; Becker (1998); Hecker (2001), S. 270 f.

der Verwaltungsräte neu durchdenken. Zu überprüfen wären die Zustimmungs- und Genehmigungsvorbehalte der Aufsichtsbehörde, die noch in einer Dichte vorhanden sind, wie sie das Kommunalrecht sonst nicht mehr kennt. Nicht zuletzt bedarf der Status der Sparkassen- und Giroverbände einer neuen Würdigung. Im Hinblick auf ihre sonstigen Interessen, Beteiligungen und Aktivitäten stellt sich deren Verhältnis zu den Sparkassen und ihren Trägern (die ja ihre Basis sind) als sehr ambivalent dar.

### 3. Hybride Formen

Merkmal der bisher angesprochenen Strukturen war immer eine organisatorische Verknüpfung zwischen „Eigner“ und Sparkasse, die entweder über die Trägerstellung (klassische AöR) oder ein „Eignerorgan“ (Anteilseigner-, Trägerversammlung) hergestellt wird. Mit dem Institut der Beleihung eröffnet das öffentliche Recht zusätzliche Gestaltungsalternativen, durch die öffentlich-rechtliche Bindungen in den Bereich der materiellen Organisationsprivatisierung hinein gesichert werden können. Beleihung bedeutet die isolierte Zuordnung öffentlicher Aufgaben (Verwaltungsaufgaben) und Befugnisse auf private Rechtsträger<sup>93</sup>, ohne dass zugleich eine personelle, finanzielle oder organisatorische Verknüpfung mit dem ursprünglichen öffentlichen Aufgabenträger bestehen muss. Sie bedarf immer einer gesetzlichen Grundlage<sup>94</sup> und wird durch oder aufgrund eines Gesetzes (z.B. durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag) vorgenommen. Mit dem Beleihungsakt werden auch die „Auftragsbedingungen“ (öffentlichte Bindungen) festgelegt. Es entsteht also eine hybride Organisation: die Gestalt ist privatrechtlich, die Funktion (zumindest zum Teil) öffentlich-rechtlich.

Eröffnet man diesen Weg, dann könnten aus dem Set möglicher Beleihungskonstruktionen zwei praktische Relevanz erhalten, nämlich die materielle Privatisierung unter Aufrechterhaltung der Sparkasseneigenschaft der Bank und die Beleihung einer privatrechtlichen Gesellschaft mit der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlich organisierten Sparkasse.

#### a) Aufgabenbeleihung

Lässt der Gesetzgeber die Umwandlung einer Sparkasse in eine Privatrechtsform zu (z. B. AG oder GmbH), dann muss ein bestimmender Einfluss der sparkassenfähigen Kommunen bestehen bleiben (s.o. V.2.). Ist das nicht mehr der Fall, weil z. B. die Kommune nur noch Minderheitsgesellschafterin ohne besondere Rechte ist, dann steht die Eigenschaft der Bank als Sparkasse in Frage. Diese Folge lässt sich aber vermeiden, wenn der öffentliche Einfluss über eine Beleihung und die dabei festgelegten Bedingungen gesichert bleibt (Aufgabenbeleihung).

93 Vgl. Stober, in: Wolff/Bachof/Stober (2004) § 90 I, S. 508 ff.; BVerwG, DVBl. 1990, 712.

94 Vgl. z.B. BayVerfGHE 13, 53 ff.; OVG Münster OVGE 34, 201 ff.

## b) Organisationsbeleihung

Über diese „klassische“ Fallgestaltung hinaus geht die Beleihung eines Privatrechtssubjekts mit der Trägerstellung, also mit der Eigenschaft, Träger einer rechtlich selbständigen Sparkasse in der Gestalt einer AöR zu sein (Organisationsbeleihung). Wenn man dabei die dargestellten Rahmenbedingungen im Auge behält (s.o. V.), wird diese Organisationsform ebenfalls vom gesetzgeberischen Ermessen getragen.<sup>95</sup> Eine solche Konstruktion gibt es seit 2003 für die Bayerische Landesbank, die als AöR von einer AG (Bayern LB Holding AG) gehalten wird. Hier besteht gegenwärtig noch eine doppelte Sicherung des öffentlichen Einflusses. Zum einen sind an der AG der Freistaat Bayern und der Sparkassenverband jeweils mit 50 v.H. beteiligt. Zum andern sieht das Gesetz die Beleihung der AG zwingend vor.<sup>96</sup> Problematischer ist die nun in Berlin verabschiedete Konstruktion, weil es nicht nur um die Landesbank Berlin, sondern zugleich um die Berliner Sparkasse geht. Diese soll zum 1. Januar 2006 aus ihrer bisherigen Stellung als organisatorischer Teil der Landesbank partiell herausgelöst und als teilrechtsfähige AöR weiter betrieben werden. Vermögensträger bleibt jedoch die Landesbank, die auch für Verbindlichkeiten der Sparkasse haftet. Die Landesbank wird zugleich kraft Gesetzes mit der Trägerschaft beliehen. Das wäre nicht kritisch, wenn die Landesbank ihren bisherigen Status als AöR des Landes behielte. Vorgesehen ist jedoch eine formwechselnde Umwandlung in eine AG, die wiederum mit der Bankgesellschaft Berlin AG verschmolzen und dann auch materiell privatisiert werden soll.<sup>97</sup> Der Landesgesetzgeber sieht dann den gebotenen Einfluss des Landes Berlin allein durch die Bindung der Träger-AG an das Sparkassengesetz, durch die Bedingungen einer erneuten förmlichen Beleihung sowie durch die Sparkassenaufsicht gewahrt. Formal ist das eine mögliche Konstruktion. Ob sie trägt wird entscheidend durch den materiellen Handlungsrahmen bestimmt, der dann für diese Sparkasse durch Gesetz und Beleihungsmodalitäten vorgegeben ist. Nur wenn dadurch die notwendigen Bedingungen (Gemeinwohlbezogenheit, demokratische Legitimation, unabdingbare Elemente der regionalen Bindung, Konsistenzgebote) gewahrt bleiben, kann man letztlich diesen Weg gehen. Das lässt sich nur bei einer sorgfältigen Gesamtbetrachtung des Gesetzes und der Beleihungsbedingungen beurteilen, die aber über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen würde.<sup>98</sup> Dabei muss man sehen, dass die Merkmale einer Sparkasse nicht einheitlich und abschließend vorgegeben sind und ein, wenn auch begrenzter, Gestaltungsspielraum der Landesgesetzgeber besteht.<sup>99</sup>

95 Vgl. Helmrich/Schick (2003); zur Problematik: Wolfers/Kaufmann (2002).

96 Art. 3 I 2 BayLBG. Das Gesetz legt allerdings keine Beleihungsbedingungen fest.

97 §§ 3, 8, 9 und 10 des Gesetzes über die Berliner Sparkasse und die Umwandlung der Landesbank Berlin – Girozentrale – in eine Aktiengesellschaft (Berliner Sparkassengesetz - SpkG) v. 28. Juni 2005 (GVBl. S. 346)

98 Vgl. hierzu Schmidt (2005).

99 Die Rechtmäßigkeit der Konstruktion wird vom Bundesaufsichtsamt für Finanzdienstleistungen (BaFin) und vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband bezweifelt, weil für die Gewinnverwendung keine Schranken bestehen. Die Firmierung als Sparkasse bliebe nur möglich, wenn ausgeschüttete Gewinne ausschließlich für gemeinnützige Zwecke verwendet werden dürften. Vgl. Fahrn (10. Juni 2005) <http://www.welt.de> und Drost (8. August 2005). Dagegen kann vorgebracht werden, dass der Sparkassenbegriff des § 40 KWG nach Maßgabe des Landesrechts zu verstehen ist und nicht umgekehrt das Landesrecht nach einem aufsichtlichen Verständnis des Sparkassenbegriffs. Es gibt zudem auch andere Gemeinwohlziele als die gemeinnützige Gewinnverwendung. Dieses Ziel ist ohnehin seit langem mehr theoretisches Postulat als praktische Realität, weil es nur

## VII. Zusammenfassendes Ergebnis

Die öffentlichen Sparkassen bilden als Kern der Sparkassen-Finanzgruppe(n) neben den privaten Banken und Kreditgenossenschaften eine tragende Säule des deutschen Bankensystems. Dieses System bedarf aus volkswirtschaftlichen und einzelbetrieblichen Gründen der Konsolidierung. Das gelingt nur, wenn die durch die rechtlichen Organisationsformen bedingten starren Grenzen sowohl zwischen den einzelnen Segmenten als auch innerhalb des öffentlichen Bereichs geöffnet werden.

Für eine materielle Privatisierung der Sparkassen besteht weder eine zwingende wirtschaftliche Notwendigkeit, noch ein rechtliches Gebot, noch sind die politischen Bedingungen dafür gegeben. Das Recht, Sparkassen zu errichten und zu unterhalten, ist den Gemeinden und Landkreisen verfassungsrechtlich gesichert und es gibt nach wie vor vertretbare Gründe des Gemeinwohls, welche den Fortbestand von Sparkassen erlauben. Ökonomische und rechtliche Gründe erfordern jedoch die Fortentwicklung des im Kern antiquierten und starren Sparkassenrechts zu einem modernen öffentlichen Unternehmensrecht, wie es für die Privatwirtschaft zur Verfügung steht, und das es den Kommunen erlaubt, ihre Berechtigungen an Sparkassen gegen Entgelt zumindest auf einem begrenzten Markt zu übertragen.

Sparkassen können grundsätzlich in öffentlich-rechtlicher und in privatrechtlicher Form betrieben werden. Die tradierte Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts kann so variabel umgestaltet werden, dass sie jeder marktwirtschaftlichen Unternehmensform entspricht und (begrenzt) auch die Beteiligung privaten Kapitals mit Unternehmerrechten ermöglicht. Die Landesgesetzgeber können es zulassen, dass Sparkassen in Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder in Aktiengesellschaften umgewandelt werden. Nicht zuletzt sind Formen der Beleihung privater Rechtsträger denkbar.

### Abstract

*Horst Müller, Future Development of Savings Banks under Public Ownership, Necessary Innovations – Legal Framework – Alternative Structures*

*banks under public ownership; institution incorporated under public law; legal forms; organizational shapes; privatization; public body; public sector bank; savings banks*

*Public sector banks, especially Sparkassen (savings banks under public ownership), have been the object of controversial discussion for a long time. Competition with private banks on regional markets as well as fundamental political and economic ideas induce demands for privatization continually. Loss in importance of German banks in a cross-country perspective, small earnings and the extraordinary fragmentation are attributed*

---

selten zu Ausschüttungen kommt. Im Übrigen kann die Beleihung auch mit Konzessionsabgaben verbunden werden, die Gewinne substituieren könnten.

*to the fossilization of the “three-pillar banking system”. Reason is seen in incompatible organizational shapes of commercial banks, public sector banks and cooperatives. Local governments, associations of Sparkassen and Landesbanken and lawmakers are actually not interested in change. Findings of this essay are, that for economic reasons as well as legal obligations call for innovations, especially regarding the organizational shapes and the organizational law. Available are structures belonging to civil law, to public law and hybrid forms. They may achieve both, savings banks under public mandate with less regional barriers opened up to private capital and a restructured and reinforced domestic banking system.*

## Literaturverzeichnis

- Bayerischer Städetag (2002), Informationsbrief 1/2002, München; auch: <http://www.bay-staedtetag.de/ib2002/ib01-2002.pdf>
- Becker, Florian (1998), Die landesrechtliche „Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts“ in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV), 51. Jg. Heft 3, S. 97-106
- Berg, Wilfried (1985), Die öffentlichrechtliche Anstalt, in: NJW, 38. Jg., Heft 39, S. 2294-2301
- Berg, Wilfried (2000), Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – kommunale Selbstverwaltung und Wettbewerb, in: Wirtschaft und Verwaltung, o. Jg., Heft 3, S. 141-158
- Berg, Wilfried (2003), Zur Kündigung der Mitgliedschaft in einem Sparkassenzweckverband, in: Bayerische Verwaltungsbücher, 49. Jg. n.F., Heft 10, S. 289-294
- Beuthien, Volker (2003), Inwieweit können Sparkassen und Genossenschaftsbanken zusammenwirken?, in: Wertpapiermitteilungen (WM), 57. Jg., Heft 39, S. 1881-1885
- Breuer, Rüdiger (1986), Die öffentlichrechtliche Anstalt, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL), Bd. 44, S. 211-247
- Brunner, Allan D. u.a. (2004), Germany’s three-pillar banking system, cross-country perspectives in Europe, hrsg. vom International Monetary Fund, Washington, D.C.; siehe auch: <http://www.imf.org/external/pubs/nft/op/233/op233.pdf>
- Deutsche Bundesbank (2003), Bericht zur Stabilität des deutschen Finanzsystems, in: Monatsbericht, Dezember 2003, S. 5-53
- Deutsche Bundesbank (2004a), Die Ertragslage der deutschen Kreditinstitute im Jahr 2003, in: Monatsbericht, September 2004, S. 15-41
- Deutsche Bundesbank (2004b), Bankenstatistik September 2004, in: Statistisches Beiheft zum Monatsbericht 1
- Deutsche Bundesbank (2004c), Bericht zur Stabilität des deutschen Finanzsystems, in: Monatsbericht, Oktober 2004, S. 5-77
- Deutscher Landkreistag (10. September 2004), Pressemitteilung vom 10. September 2004, (5. November 2004), <http://www.kreisnavigator.de/landkreistag/dlt-aktuell/pressetexte/pt-04-09-10d.pdf>
- Deutscher Landkreistag und Deutscher Sparkassen- und Giroverband (20. Januar 2004), Gemeinsame Erklärung des Deutschen Landkreistages (DLT) und des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zur Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Struktur der kommunalen Sparkassen, <http://www.kreise.de/landkreistag/dlt-aktuell/pressetexte/pt-04-01-20a-anlage.htm>
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband (2002), Strategie der Sparkassen-Finanzgruppe – Strategische Leitlinien und konkrete Handlungsfelder, Berlin; auch (16. August 2005), [http://www.dsgv.de/owx\\_medien/media3/374.pdf](http://www.dsgv.de/owx_medien/media3/374.pdf)
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband (17. August 2005), Sparkassenrangliste 2004, [http://www.dsgv.de/owx\\_medien/media12/1243.pdf](http://www.dsgv.de/owx_medien/media12/1243.pdf)
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband (18. August 2005), Strategie der Sparkassen-Finanzgruppe – Grundlagen für den betriebswirtschaftlichen Erfolg und die Erfüllung des öffentlichen Auftrags, [http://www.dsgv.de/owx\\_medien/media12/1264.pdf](http://www.dsgv.de/owx_medien/media12/1264.pdf)
- Deutscher Städte- und Gemeindebund (2004), Was spricht aus kommunaler Sicht gegen eine Privatisierung der Sparkassen?, (17. August 2005), [http://www.dstgb.de/index\\_inhalt/homepage/top\\_themen/inhalt/newsitem00819](http://www.dstgb.de/index_inhalt/homepage/top_themen/inhalt/newsitem00819)
- Deutscher Städetag (2001), Zukunft der Sparkassen, Beschluss des Präsidiums vom 19. September 2001, (5. November 2004), [http://www.staedtetag.de/10/pressecke/dst\\_beschluesse/artikel/2001/09/19/66/](http://www.staedtetag.de/10/pressecke/dst_beschluesse/artikel/2001/09/19/66/)

- Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (2004), Untersuchung der Grundlagen und Entwicklungsperspektiven des Bankensektors in Deutschland (Dreisäulensystem), Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen, aktualisiert Juni 2004, Berlin, [http://www.diw.de/deutsch/produkte/publikationen/gutachten/docs/DIW\\_Bankenreform\\_Endbericht20040415.pdf](http://www.diw.de/deutsch/produkte/publikationen/gutachten/docs/DIW_Bankenreform_Endbericht20040415.pdf)
- Donges, Juergen B. u.a. (Kronberger Kreis) (2001), Privatisierung von Landesbanken und Sparkassen, Bad Homburg
- Drost, Frank Matthias (8. August 2005), Aufsicht blockiert Sparkassen-Verkauf, in: Handelsblatt, Nr. 151, S. 17
- Ehlers, Dirk (2002), Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags Berlin 2002, München, Band 1 Gutachten, Teil E
- Engerer, Hella und Mechthild Schrooten (2005), Deutschlands Bankensektor, Perspektiven des Dreisäulensystems, Baden-Baden
- Fahrnun, Joachim (10. Juni 2005), Bankenaufsicht stellt Verkauf der Berliner Sparkasse an Private in Frage, in: Die Welt, <http://www.welt.de/data/2005/06/10/730107.html>
- Franke, Dirk (2004), Die 1000 größten Banken der Welt: Wieder auf Kurs, in: die bank, Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis, Heft 11, S. 29-32
- Fricke, Dieter (2003), Sparkassenstrategien unter Kostendruck: Wettbewerb oder Kooperation?, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/I, Kreditinstitute und Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand, öffentlicher Auftrag und Wettbewerb, hrsg. von der Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik Trier u.a., München, S. 221-234
- Haasis, Heinrich (2002), Fusionen zur Gestaltung eines zukunftsfähigen Sparkassensektors – Notwendigkeit und Grenzen, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 55. Jg., S. 29-32
- Hagelüken, Alexander und Helga Einecke (15. April 2004), Brüssel will sich Sparkassen vorknöpfen, in: SZ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/244/30214/>
- Hecker, Jan (2001), Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, in: Verwaltungsarchiv, Bd. 92, S. 261-291
- Helmrich, Klaus und Olaf Schick (2003), Die beliebte Sparkassen-Holding AG – Ein Modell für die Zukunft, in: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR), 3. Jg., Heft 22, S. 882-888
- Henneke, Hans-Günter (2001), Weiterentwicklung des kommunalen Wirtschafts- und Sparkassenrechts im Lichte des EG-Vertrages, in: Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Max-Emanuel Geis und Dieter Lorenz, München, S. 1137-1146
- Herz, Bernhard (1999a), Größe und Effizienz von Kreditinstituten, in: Sparkasse, Zeitschrift des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes, o. Jg., Heft 4, S. 176-178
- Herz, Bernhard (1999b), Größe und Effizienz von Banken, in: Jahresbericht 1999 der Forschungsstelle Bankrecht und Bankpolitik an der Universität Bayreuth, S. 33-43
- Hösch, Ulrich (2000), Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge, Tübingen
- International Monetary Fund (IMF) (5. Juli 2004), Germany—2004 Article IV Consultation Concluding Statement of the Mission, <http://www.imf.org/external/np/ms/2004/070504.htm>
- International Monetary Fund (IMF) (28. Juni 2005), Germany—2005 Article IV Consultation Concluding Statement of the Mission, <http://www.imf.org/external/np/ms/2005/062805.htm>
- Isensee, Josef (1988), Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts (HStR) Bd. III, hrsg. von Josef Isensee/Kirchhof, Heidelberg, § 57
- Karsch, Werner (2005), Bewegte Bankenwelt, TOP 100 der deutschen Kreditwirtschaft, in: die bank, Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis, o. Jg., Heft 8, S. 31-33.; auch: <http://www.die-bank.de/media/082005/top100-082005.pdf>
- Kirchhof, Ferdinand (2000), Sparkasse und Kommune – Daseinsvorsorge oder shareholder-value?, in: Perspektiven der kommunalen Sparkassen, Symposium des Freiherr-vom-Stein-Instituts am 24. Februar 2000, hrsg. von Oebbecke/Bauer/Pündter, Köln, S. 1-16
- Kirchhof, Ferdinand und Hans-Günter Henneke (2000), Entwicklungsperspektiven kommunaler Sparkassen in Deutschland, Stuttgart
- Koch, Thorsten (2004), Kommunale Finanzkrise und Verkauf kommunaler Sparkassen, in: NVwZ, 23. Jg., Heft 5, S. 578-580
- Koch-Weser, Caio (30. Oktober 2003), Finanzplatz Deutschland in Europa – Strategische Positionierung für die Zukunft, in: Börsen-Zeitung, Nr. 209, S. 1
- Koenig, Christian (1995), Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute?, in: WM, 49. Jg., Heft 19, S. 821-828
- Kositzki, Andrea (2004), Das öffentlich-rechtliche Kreditgewerbe – Eine empirische Analyse zur Struktureffizienz und zur Unternehmensgröße im Sparkassensektor, Wiesbaden
- Kost, Sebastian und Tobias Geerling (2003), Rechtliche Vorgaben für die Restrukturierungen im Sparkassensektor, in: BKR, 3. Jg., Heft 17, S. 690-696
- Lange, Klaus (1986), Die öffentlichrechtliche Anstalt, in: VVDStRL, Bd. 44, S. 169-204

- Libbe, Jens, Jan Hendrik Trapp und Stephan Tomerius (2004), Gemeinwohlsicherung als Herausforderung – umweltpolitisches Handeln in der Gewährleistungskommune, Theoretische Verortung der Druckpunkte und Veränderungen in Kommunen, Berlin; auch (17. August 2005) <http://www.networks-group.de/veroeffentlichungen/DF8627.pdf>
- Löwer, Wolfgang (1985), Die öffentliche Anstalt, in: DVBl., 100. Jg., Heft 17, S. 928-939
- Löwer, Wolfgang (2000), Die Stellung der Kommunen im liberalisierten Strommarkt, in: Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl.), Heft 7, S. 241-246
- Löwer, Wolfgang (2001), Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrl), Bd. 60, S. 416-452
- Monopolkommission (2000), Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen – 13. Hauptgutachten 1998/1999, BT-Drucksache 14/4002, auch: <http://dip.bundestag.de/btd/14/040/1404002.pdf>
- Oebbecke, Janbernd (2000), Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), 164. Jg., S. 375-393.
- Oebbecke, Janbernd (2002), Kommunen und Sparkassen: Zur Zukunft der kreditwirtschaftlichen Versorgung, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 55. Jg., S. 734-744.
- Rennert, Klaus (2002), Kommunalwirtschaft und Selbstverwaltungsgarantie, in: Die Verwaltung, 35. Jg., Heft 3, S. 319-348.
- Rüfner, Wolfgang (1985), Zur Lehre von der öffentlichen Anstalt, in: DÖV, 38. Jg., Heft 15, S. 605-610
- Schlierbach, Helmut und Günter Püttner (2003), Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Stuttgart
- Schmidt, Dirk (2005), Gefahr für die Sparkasse Berlin, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 58. Jg., S. 556-557
- Siekmann, Helmut (1993), Die verwaltungsrechtliche Anstalt – eine Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts?, in: NWVBl., S. 361-370
- Tomerius, Stephan (2004), Örtliche und überörtliche wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, Zum aktuellen Diskussionsstand über die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen in Literatur und Rechtsprechung, Berlin, auch: <http://www.networks-group.de/veroeffentlichungen/DF8538.pdf>
- Weber, Axel A. (8. Juli 2004), Finanzstandort Deutschland, Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven, [http://www.bundesbank.de/download/presse/reden/20040708weber\\_%20euroboersntag.pdf](http://www.bundesbank.de/download/presse/reden/20040708weber_%20euroboersntag.pdf)
- Wiesel, Ernst (2002), Sparkassen und Landesbanken auf dem Prüfstand des europäischen Wettbewerbsrechts, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB), 14. Jg., Heft 4, S. 288-299
- Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1998), Sparkassen und Landesbanken in der Wettbewerbs- und Privatisierungsdiskussion, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft, hrsg. von der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Berlin, Heft 17
- Wolfers, Benedikt und Marcel Kaufmann (2002), Private als Anstaltsträger, DVBl., 117. Jg., Heft 8, S. 507-514
- Wolff, Hans J., Otto Bachof und Rolf Stober (2004) Verwaltungsrecht Band 3, 5. Aufl., München