

*Andreas Weber-Schwidrowski*

*Anstaltslast und Gewährträgerhaftung  
als staatliche Beihilfe i.S.d. EG-Vertrages.*

*Konsequenzen für Geschäftspartner  
öffentlichrechtlicher Finanzinstitute.*

## **Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfe i.S.d. EG-Vertrages.**

Konsequenzen für Geschäftspartner öffentlichrechtlicher  
Finanzinstitute.

<b><u>A) Einführung.</u></b>	5
I) Relevanz der Fragestellung.	
a) Wirtschaftliche Bedeutung.	
b) Politische Situation.	7
II) Grundlagen.	9
a) Begrifflichkeiten und Entstehungsgründe von	
- Anstaltslast, und	
- Gewährträgerhaftung.	11
b) Die Struktur öffentlichrechtlicher Kreditinstitute	13
im Hinblick auf	
- ihre Finanzierung, und	
- ihr Aufgabenspektrum.	
 <b><u>B) Staatliche Beihilfe</u></b>	 18
I) Der EG-Vertrag.	
a) Art. 90 II EGV.	
b) Art. 92 I EGV.	20
II) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfe.	31
a) Der Market-Economy-Investor-Test.	
b) Wettbewerbsverfälschung/ Handelsbeeinträchtigung.	35

<b><u>C) Konsequenzen.</u></b>	44
I) Mögliche hoheitliche und gerichtliche Maßnahmen.	
a) Kommission und Gerichtshof.	
b) Nationale Behörden und Gerichte.	50
II) Empfohlene vertragliche Vorkehrungen.	54
a) Kredit-, Wertpapier- und Derivativerträge im Hinblick auf	
- Kündigungsrechte, sowie	
- Anpassung und Absicherung.	
b) Kapitalmarktdokumentationen im Hinblick auf	60
- Rechtsgutachten (legal opinion), und	
- Mitteilungen (disclosure).	
<b><u>D) Summary</u></b>	65
I) State Aid.	
a) Anstaltslast, Gewährträgerhaftung and Public Law Financial Institutions.	
b) State Aid and Anstaltslast/ Gewährträgerhaftung.	66
II) Consequences.	68
a) Restitution.	
b) Drafting of Agreements.	69

**Anlagen:**

71

Wortlaut einschlägiger Vorschriften  
zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.

Vergleich von Bank Ratings mit und ohne  
Einbeziehung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.

83

**Literaturverzeichnis.**

85

## **Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfe i.S.d. EG-Vertrages.**

Konsequenzen für Geschäftspartner öffentlichrechtlicher  
Finanzinstitute<sup>1</sup>.

### **A) Einführung**

#### **I) Relevanz der Fragestellung**

##### **a) Wirtschaftliche Bedeutung<sup>2</sup>.**

Kreditinstitute des öffentlichen Rechts (Landesbanken, Sparkassen und Spezialinstitute, wie z.B. die Kreditanstalt für Wiederaufbau) stillen ihren Kapitalbedarf durch direkte Aufnahme von Krediten, teilweise in Schuldscheinform, sowie die Emission von Wertpapieren der inländischen und ausländischen Kapitalmärkte, insbesondere von Schuldverschreibungen und Medium Term Note Programmen<sup>3</sup>. Nach Wegfall der Mindestreservebestimmungen mit Eintritt in die Wirtschafts- und Währungsunion kann die Auflegung von Commercial Paper Programmen erwartet werden.

Investoren verlangen regelmäßig eine Bewertung von Verbindlichkeiten aus Kapitalmarktgeschäften, wie sie durch Rating Agenturen wie Standard &

---

<sup>1</sup> Die Untersuchung gibt nur die persönliche Meinung des Autors wieder.

<sup>2</sup> Dazu im einzelnen s.u., unter B-I (b).

<sup>3</sup> Nach EG-Kommission, Non-paper, 6, ist die Anleihenemission die wichtigste Finanzierungsquelle der Landesbanken, die sich auf 37% der Verbindlichkeiten der Landesbanken beläuft, verglichen mit 21% im Bankensektor insgesamt.

Moody's Investor Services, Inc., geleistet wird<sup>4</sup>. Unbewertete Verbindlichkeiten sind entweder garantiert durch eine ihrerseits hinreichend bewertete Institution, oder aber sie sind attraktiv aufgrund einer ungewöhnlich hohen Verzinsung ("junk bond"). Maßgebliche Kriterien für die Bewertung durch Rating-Agenturen sind Schnelligkeit und Eintrittswahrscheinlichkeit einer Ausfallhaftung<sup>5</sup>. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung führen dazu, daß die Bewertung der Verbindlichkeiten einer Anstalt derjenigen von Verbindlichkeiten des jeweiligen Anstaltsträgers angenähert oder angeglichen wird<sup>6</sup>.

Je besser die Bewertung, desto leichter die Aufnahme von Kredit in den Märkten und desto günstiger für den Kreditnehmer die Konditionen.

Zur Absicherung, Ertragssteigerung oder Spekulation werden Erträge aus Kapitalmarktemissionen vielfach durch Derivatengeschäfte komplementiert. Die Bewertung der Verbindlichkeiten ist auch im Hinblick auf Derivatengeschäfte maßgeblich dafür, wie leicht sich Geschäftspartner finden lassen oder wie die Preisgestaltung am Markt zu sein hat.

<sup>4</sup> Die EG-Kommission, Non-paper, 7, hält Kredit-Ratings für eine der Hauptinformationsquellen, aus denen die Marktteilnehmer ihr Investitionsrisiko entnehmen können.

<sup>5</sup> S & P (A - 1): "The degree of safety regarding timely payment is either overwhelming or very strong...." Moody's (AAA): "... Capacity to pay interest and repay principal is extremely strong".

<sup>6</sup> Vgl. Moody's Financial Strength Rating für Landesbanken von "B" bis "D", wohingegen ein Rating unter Einbeziehung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sich zwischen "AAA" und "A" bewegt; S&P Ratings Report Deutschland, August 1995, 5: "Der einzige Grund für die hohen Investment-Grade-Ratings der Landesbanken ist die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bundesländer, die als Garantiegeber der Banken fungieren"; EG-Kommission, Non-paper, 9: "Selbst wenn kein Bundesland als Garantiegeber ... fungiert, gibt es keinen Grund, die Investition in eine Landesbank als riskant anzusehen, da das Bundesland rechtlich verpflichtet ist, die Städte, Gemeinden etc. im Falle finanzieller Defizite zu unterstützen".

## b) Politische Situation

Die Einordnung staatlicher Absicherungen unter die Regelungen des EG-Vertrages geriet in den Blickpunkt der deutschen Öffentlichkeit spätestens mit der Beschwerde des Bundesverbandes Deutscher Banken bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen die Übertragung von Wohnungsbauvermögen an die WestLB<sup>7</sup>. Jüngster Kritikpunkt ist die Einführung von Gewährträgerhaftung in der KfW-Novelle bei gleichzeitiger Ausweitung der Geschäftsmöglichkeiten<sup>8</sup>. Die europaweite Autorität der Kommission scheint grundsätzlich in Frage gestellt zu werden von der sächsischen Landesregierung im Falle der von der Kommission nicht genehmigten Subventionen an VW in Mosel und Chemnitz.

Die Bundesbank stellte sich jüngst ebenso wie Bundeskanzler Kohl und wie die Länder hinter die "Gewährträgerhaftung"<sup>9</sup>. Politische Stellungnahmen sind angesichts des Rechtes des Rates gem. Art. 93 II 3 EG-Vertrag, sich gegen eine Entscheidung der Kommission zu beschließen, von Bedeutung. Einigkeit besteht dahingehend, daß der EG-Vertrag eine faire Konkurrenz von Wettbewerbern auf Basis gleichartiger Rahmenbedingungen (harmonisiertes "Level Playing Field") intendiert<sup>10</sup>, Uneinigkeit besteht in der Beurteilung, ob solche gleichartigen Rahmenbedingungen nun gerade durch oder ohne die Institute der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bestehen.

EU-Kommissar Karel Van Miert erklärte, aus Wettbewerbsgründen sehe die Kommission bei Sparkassen derzeit keinen Handlungsbedarf; anders sehe die Situation aber bei Landesbanken aus, weil die Landesbanken beim internationalen Geschäft viel mehr mitmischten als die Sparkassen<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> S. Börsenzeitung v. 31.1.1995, 7.

<sup>8</sup> Vgl. Börsenzeitung v. 26.7.1996.

<sup>9</sup> Direktoriumsmitglied Meister, Handelsblatt v. 21.3.1996, 39; Handelsblatt v. 8.3.1996, 5, 33; Börsenzeitung v. 8.3.1995.

<sup>10</sup> Vgl. Klanten, 537.

<sup>11</sup> Handelsblatt v. 15.3.1996, 37; FAZ, 9.7.1996, B 4 (Kloepfer), Monopolkommission, 60; vgl auch Mitteilung der Kommission vom 12.4.1994 über die Rückforderung nicht notifizierter unrechtmäßig gewährter Beihilfen - unveröffentlicht-; Entwurf einer Mitteilung der Kommission vom 7.3.1995 über die Anwendung der Art. 92 und 93

Van Miert hält für essentiell, daß jede ("alle") öffentliche Haftungszusage, die Beihilfeelemente enthalten könnte ("möglicherweise"), ordnungsgemäß der Kommission notifiziert und von ihr genehmigt wird. Ansonsten bleibe sie, ipso facto, illegal<sup>12</sup>. Darauf hat die Kommission schon 1983 ausdrücklich hingewiesen<sup>13</sup>.

Van Mierts Äußerungen geben besonderen Anlaß, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Hinblick auf Landesbanken zu untersuchen. Im Lager der "Öffentlichrechtlichen" herrscht offensichtlich eine gewisse Aufgeregtheit<sup>14</sup>. Die Diskussion ist mittlerweile sehr belebt:

"Sparkassenorganisationen und einzelne Ministerpräsidenten wittern einen Versuch der privaten Großbanken, das Sparkassenlager zu spalten und damit zu schwächen<sup>15</sup>." Die Monopolkommission hat sich gegen eine Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Vertrag ausgesprochen<sup>16</sup>.

Eine Entscheidung der Kommission steht für 1997 zu erwarten, nachdem eine Entscheidung zur Finanzausstattung der WestLB gefallen ist.

---

EGV auf staatliche Beihilfen in der Form von Bürgschaften - unveröffentlicht -; Vgl. a. Non-paper der Kommission, 12, Anleihen machten bei Sparkassen nur 6% und Interbank-Verbindlichkeiten nur 14% der gesamten Verbindlichkeiten aus, wohingegen 68% der Verbindlichkeiten Einlagen von Nichtbanken seien.

<sup>12</sup> Van Miert, Vortrag, 7.

<sup>13</sup> AbIEG 1983, C 318/3.

<sup>14</sup> Vgl. Spiegel v. 8.4.1996, 104 f: in der Krisensitzung am 30.1. im Bonner Wirtschaftsministerium sei laut Protokoll von "Bestürzung" die Rede, und, daß es schwer werde, das ungeheuerliche Vorhaben mit "Sachargumenten abzublocken". Der EU-Vorstoß sei "nachvollziehbar", derweil die "eigene Argumentation Schwachstellen aufweise".

<sup>15</sup> FAZ (Kloepfer), a.a.O..

<sup>16</sup> Vgl. Hauptgutachten, 60 ff.

## II) Grundlagen.

### a) Begrifflichkeiten und Entstehungsgründe von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.

Eine öffentliche *Anstalt* als organisatorisch verselbständigte Einheit zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ist eine von einem Anstaltsträger<sup>17</sup> eingerichtete, in der Regel mit Hoheitsgewalt ausgestattete und mit Personal- und Sachmitteln versehene Organisation, durch die der Träger -der Anstaltsherr- eigene oder ihm gesetzlich auferlegte öffentliche Aufgaben wahrnimmt und auf deren Erfüllung er dauernd maßgeblich Einfluß ausübt<sup>18</sup>.

*Anstaltslast* ist die im Innenverhältnis einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zu ihrer Errichtungskörperschaft als Anstaltsträger bestehende kommunalrechtliche Verpflichtung, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten, ihre wirtschaftliche Basis zu sichern, etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen<sup>19</sup>. Anstaltslast ist mit einer (schwachen, d.h., nicht bilanzierungspflichtigen,) Patronatserklärung vergleichbar. Der ökonomische Wert einer Anstaltslast hängt von der Kreditwürdigkeit des jeweiligen Anstaltsträgers und von den jeweiligen Beteiligungsverhältnissen ab: Der Markt nimmt an, daß ein Träger, der lediglich einen Minderheitsanteil hält, auch im Falle von gesamtschuldnerischer Verpflichtung gegenüber der Anstalt, versuchen wird, einen Mehrheitsanteilsinhaber<sup>20</sup> in die Pflicht zu rufen oder allenfalls pro rata einzuschießen.

<sup>17</sup> Wolff/ Bachof, VerwR II, § 98, Rn 8

<sup>18</sup> Peine, 20, RN 36; Wolff/ Bachof, VerwR II, § 98, Rn 1ff.

<sup>19</sup> vgl. BGH, NJW 1984, 1681 (1683); vgl. auch Bericht der Wettbewerbsenquete von 1968, BT-Dr V/ 3500, S. 47.

<sup>20</sup> Ob dieser Mehrheitsanteilsinhaber Anstaltsträger ist oder nicht: An der Landesbank Berlin ist die Bankgesellschaft Berlin zu 75,1% beteiligt und das Land Berlin als Anstaltsträger zu 24,9%. (An der Bankgesellschaft wiederum ist das Land nur knapper Mehrheitsgesellschafter).

Ob Anstaltslast zu ihrer Entstehung und Wirksamkeit sich auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung<sup>21</sup> stützen muß<sup>22</sup> oder ihren Geltungsgrund in allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder in Gewohnheitsrecht findet<sup>23</sup>, ist in Lehre und Rechtsberatung streitig<sup>24</sup>; von der Rechtsprechung war diese Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht zu entscheiden.

Aus der Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 4.6.1897 zum Preußischen Sparkassenreglement<sup>25</sup> läßt sich ein generell geltender Grundsatz spätestens seit dem Außerkrafttreten des Sparkassenreglements nicht mehr entnehmen<sup>26</sup>.

Für Sparkassen wäre ein allgemein geltender Grundsatz mit der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen gem. Art. 28 II GG nicht vereinbar, da eine Ausstattungspflicht die vormals freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe zu einer Pflichtaufgabe mutierte<sup>27</sup>.

Gewohnheitsrecht setzt Übung und Rechtsüberzeugung voraus<sup>28</sup>, für Sparkassen in den jeweiligen Bundesländern<sup>29</sup>: Eine gemeinsame Rechtsüberzeugung setzt voraus, daß ein Zahlungswille kraft gewohnheitsrechtlicher, nicht gesetzlicher Verpflichtung besteht<sup>30</sup>, und nicht

<sup>21</sup> so §§ 3 II, 26 II rheinland-pfälzisches Sparkassengesetz.

<sup>22</sup> so Koenig, Anstaltslastbegründung, WM 95, 821 ff; BVerwG 64, 248 ff (obiter dictum); bestätigend (obiter dictum) in 75, 318 ff; Oebecke, Die Anstaltslast, 961; unentschieden Wolff/ Bachof, § 100, Rn 18; Stern/ Nierhaus, 107 (Institut der Anstaltslast begründet nur Obliegenheit der Errichtungskörperschaft gegenüber dem Staate); unklar: Bericht der Wettbewerbsenquete von 1968, BT-Dr V/ 3500, S. 48, 50.

<sup>23</sup> Stern/ Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, 27; Kurze, Probleme, 218; Gruson/ Schneider, Landesbanken, 391, m.w. Nachw.; Schneider/ Busch, Anstaltslast, 603, m.w. Nachw.; Schlierbach, Anstaltslast, 447; Schmidt, Aufgabenlast, 766; Scherer/ Schödermeier, 56 ff; Fischer/ Alisch, Bank- und Kreditsicherungsrecht, 10, m.w. Nachw..

<sup>24</sup> Für hilfreiche Anregungen hierzu bin ich Frau Referendarin Dr. Christina Ungeheuer, Herrn RA Dr. Torsten Busch, und Herrn RA Dr. Andreas König zu Dank verpflichtet.

<sup>25</sup> PreußVBL. 19, 1897/ 1898, S. 280 ff.

<sup>26</sup> Koenig, Anstaltslastbegründung, 825, m.w. Nachw..

<sup>27</sup> Oebecke, a.a.O., 964 f.

<sup>28</sup> Vgl. Tomuschat, 44 ff; Freitag, 169 f.

<sup>29</sup> Koenig, a.a.O., 826, m.w.Nachw..

<sup>30</sup> Larenz, Methodenlehre, 345.

auf politischen Erwägungen beruht. Dieser Nachweis muß in Anbetracht vielfacher gesetzlicher Normierung erst noch geführt werden. Im Hinblick auf eine Mehrzahl kritischer Stimmen in Literatur, Rechtsberatung und Rechtsprechung ist die Annahme einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung ohnehin problematisch<sup>31</sup>.

Allgemeine Rechtsgrundsätze bedürfen wegen ihres hohen Abstraktionsgrades richterlicher Konkretisierung<sup>32</sup>, woran es im Hinblick auf Anstaltslast fehlt: Der Bundesgerichtshof hat den Inhalt des Rechtsinstituts der Anstaltslast zwar allgemein beschrieben<sup>33</sup>, ohne daß diese für den damals konkret zu entscheidenden Fall gesetzlich normiert gewesen wäre<sup>34</sup>.

Allerdings verweist der BGH auf die "Wettbewerbsenquôte", die ihrerseits von einer gesetzlichen Normierung ausgeht<sup>35</sup>.

Jedenfalls dann, wenn unter Beibehaltung des öffentlichen Anstaltsstatus bei gleichzeitiger Beteiligung einer privaten Holding-Aktiengesellschaft<sup>36</sup> eine "Quasi-Kapitalgesellschaft öffentlichen Rechts"<sup>37</sup> geschaffen wird, bedarf die Anstaltslast eines geschriebenen Rechtsgrundes, um dem Vorwurf des Rechtsformenmißbrauchs vorzubeugen: Das Stammkapital hat die Funktion von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung übernommen<sup>38</sup>.

*Gewährträgerhaftung* bezeichnet eine Haftung des Gewährträgers der Anstalt gegenüber ihren Gläubigern im Außenverhältnis kraft Haftungsnorm<sup>39</sup>.

<sup>31</sup> Vgl. o. FN 7,8.

<sup>32</sup> Wolff, Rechtsgrundsätze, 43 ff.

<sup>33</sup> BGH, NJW 1984, 1683.

<sup>34</sup> In Nordrhein-Westfalen wurde das Sparkassengesetz erst zum 1.1.1995 um eine gesetzliche Regelung der Anstaltslast ergänzt (§ 5,3 n.F.).

<sup>35</sup> a.a.O., 48.

<sup>36</sup> Vgl. Schmidt, DSL-Bank, 208 f.

<sup>37</sup> Vgl. Koenig, Anstaltslastbegründung, 823; zur Zwitterstellung der Sparkassen als autonome Wettbewerbsunternehmen einerseits und als Teil der kommunalen Selbstverwaltung andererseits vgl. Wolff/Bachof, § 100, Rn 14f..

<sup>38</sup> Siekmann, 369.

<sup>39</sup> Schneider/Busch, Anstaltslast, EuZW 1995, 602 (603); im Ergebnis auch Koenig, Anstaltslastbegründung, WM 1995, 821; der Hinweis Scherer/ Schödermeiers, 57, auf das Urteil des preußischen OVG v.

Regelmäßig setzt die Gewährträgerhaftung voraus, daß eine Befriedigung aus dem Vermögen der Bank nicht zu erlangen ist<sup>40</sup>. Dies ist der Fall, wenn<sup>41</sup> die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldner erfolglos betrieben wurde oder wenn der Schuldner offensichtlich zahlungsunfähig ist (etwa im Falle eines Antrages auf Konkurseröffnung oder bei einer Anstalt in Liquidation). Eine Garantie oder eine Bürgschaft auf erstes Anfordern bieten daher die Möglichkeit, Rechte schneller und leichter geltend zu machen als die Gewährträgerhaftung. Der ökonomische Wert einer Gewährträgerhaftung hängt von der Kreditwürdigkeit des jeweiligen Gewährträgers und von der Länge<sup>42</sup> und Stärke<sup>43</sup> der Kette ab, die zu durchlaufen ist, bevor der jeweilige Gewährträger in Anspruch genommen werden kann.

Gewährträgerhaftung ist für Gläubiger wegen der direkten Einklagbarkeit wichtig, Anstaltslast wegen der Verpflichtung eines Trägers, schon im Vorfeld einer Krise tätig zu werden<sup>44</sup>. Gewährträgerhaftung mag als Druckmittel gegenüber einem Anstaltsträger dienen, einer Verpflichtung aus Anstaltslast gerecht zu werden. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ergänzen sich daher gegenseitig und stellen in dieser Kombination eine

---

4.6.1897 und die dritte Reichsnotverordnung v. 6.10.1931 ist wohl historisch beschreibend zu verstehen..

<sup>40</sup> Ausnahme z.B. Gesetz über die Hamburgische Landesbank.

<sup>41</sup> Herrn Dr. Torsten Busch, RA in Frankfurt, bin ich für wertvolle Hinweise zu dieser Frage zu Dank verpflichtet.

<sup>42</sup> So haften den Gläubigern der Helaba für deren Neuverbindlichkeiten der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, der Verband kann auf seine Mitgliedsparkassen zurückgreifen, diese sind durch die jeweiligen Gemeinden in Hessen und Thüringen abgesichert und die Gemeinden können die jeweiligen Länder in Anspruch nehmen.

<sup>43</sup> Der Durchgriff der Länder auf den Bund aufgrund Bundes- und Ländertreue ist als Grundsatz unangetastet, mangels eines konkretisierten anzuwendenden Verfahrens läßt sich die genaue Zeitdauer bis zum tatsächlichen Einschießen von Mitteln aber kaum abschätzen. Ein Entsprechendes gilt im Verhältnis von Ländern und Gemeinden als Ausfluß deren Bestandsgarantie. Daher ist die Bewertung von Verbindlichkeiten eines Landes nicht automatisch gleich derjenigen des Bundes, und die der Gemeinden nicht gleich derjenigen des jeweiligen Landes.

<sup>44</sup> Nach EG-Kommission, unter Verweis auf das AAA-Rating der DSL-Bank, im non-paper, 2, gehen die Märkte davon aus, daß die öffentlichen Träger ihren Verpflichtungen nachgehen.

wertvolle Absicherung eines Gläubigers dar. Daher gibt es grundsätzlich<sup>45</sup> keine Kreditinstitute, für deren Verbindlichkeiten ein Gewährträger haftet, ohne daß diesen Anstaltslast trifft<sup>46</sup>.

**b) Die Struktur öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute im Hinblick auf ihre Finanzierung und ihr Aufgabenspektrum.**

Die Sparkassengesetze beschreiben den gesetzlichen Auftrag der *Sparkassen*, der kreditwirtschaftlichen Versorgung (insbesondere des Mittelstandes und der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise) des Geschäftsgebiets ("Regionalprinzip") und des jeweiligen Gewährträgers zu dienen und den Sparsinn und die Vermögensbildung zu fördern. Soweit zur Eigenkapitalbildung erforderlich, ist Gewinnorientierung zulässig<sup>47</sup>. Geschäftsbeschränkungen qualitativer und quantitativer Art engen den Kreis möglicher Geschäftsarten ein.

Dies sei verdeutlicht anhand §§ 6, 41 Sparkassengesetz für Baden-Württemberg i.d.F.v. 23.1.1992, geändert durch Gesetz v. 28.6.1993:

Unternehmenszweck, öffentlicher Auftrag.

(1) Die Sparkassen sind Wirtschaftsunternehmen mit der Aufgabe, vorrangig in ihrem Geschäftsgebiet die Versorgung mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sicherzustellen.

(2) Die Sparkassen stärken den Wettbewerb im Kreditgewerbe. Sie erbringen ihre Leistungen für die Bevölkerung, die Wirtschaft und die öffentliche Hand unter Berücksichtigung der Markterfordernisse. Die Sparkassen fördern den Sparsinn und die Vermögensbildung breiter Bevölkerungskreise und die Wirtschaftserziehung der Jugend.

<sup>45</sup> Ausnahmen z.B. Niedersächsische Wohnungskreditanstalt - Stadtschaft- Hannover; Berliner Pfandbriefamt (Berliner Stadtschaft), KöR.

<sup>46</sup> BT-Dr, a.a.O.

<sup>47</sup> Vgl. Wolff/ Bachof, § 100, Rn 14f.

(3) Die Sparkassen dürfen alle Geschäfte betreiben, soweit dieses Gesetz, die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen oder die Satzung keine Einschränkungen vorsehen. Das Bauspargeschäft, das Investmentgeschäft und das Versicherungsgeschäft werden im Verbund mit den bestehenden Unternehmen der Sparkassenorganisation betrieben.

(4) Der Verwaltungsrat kann bestimmen, daß einzelne Arten von Geschäften unbeschadet der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht, nicht mehr, nur in begrenztem Umfang oder nur mit seiner allgemeinen Zustimmung betrieben werden dürfen. Er kann Höchstbeträge für einzelne Anlagen und für Anlagearten festlegen und bestimmen, welche Mindestanforderungen an die Sicherheiten zu stellen sind. ...

...

#### Zweiter Teil. Landesgirokasse

§ 41 Die Bank ist Zentralbank der Sparkassen. Sie betreibt ihre Geschäfte unter Berücksichtigung der Belange der Sparkassen. Sie ist Geschäfts- Außenhandels- und Kommunalbank und betreibt Bankgeschäfte aller Art sowie sonstige Geschäfte, die ihren Zwecken dienen. Die Bank ist berechtigt, Pfandbriefe, Kommunalobligationen und sonstige Schuldverschreibungen auszugeben.

§§ 2, 4 Sparkassengeschäftsverordnung v. 12.2.1992:

(1) Der Gesamtbetrag der ungesicherten Kredite darf das Neunfache des haftenden Eigenkapitals der Sparkasse nicht übersteigen. ....

...

§ 4 (1) Die Sparkasse darf für eigene Rechnung erwerben

1. Schuldverschreibungen, die an einer Börse in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften zum amtlichen Handel zugelassen oder in einen anderen organisierten Markt in einem Mitgliedstaat einbezogen sind,....

(3) 1. Kaufoptionen und Verkaufsoptionen auf Schuldverschreibungen i.S.v. Absatz 1 Nr. 1 und 2 kaufen und verkaufen; ...

2. ohne die Beschränkungen nach Nummer 1 Kaufoptionen und Verkaufsoptionen kaufen und verkaufen sowie am Handel mit standardisierten Finanzterminkontrakten an der Deutschen Terminbörse GmbH, Frankfurt am Main, teilnehmen. ...

§ 3 Grundbestimmungen der Landesgirokasse öffentliche Bank und Landessparkasse,  
Fassung September 1992:

Aufgaben

(1) Die Landesgirokasse stärkt den Wettbewerb im Kreditgewerbe. Sie erbringt geld- und kreditwirtschaftliche Leistungen für die Bevölkerung, die Wirtschaft und die öffentliche Hand unter Berücksichtigung der Markterfordernisse. Vor allem widmet sie sich den Belangen der Arbeitnehmer, des selbständigen Mittelstands und der Gemeinden, besonders der Landeshauptstadt Stuttgart. Sie fördert den Sparsinn und die Vermögensbildung breiter Bevölkerungskreise und die Wirtschaftserziehung der Jugend.

(2) Die Landesgirokasse betreibt alle banküblichen Geschäfte, soweit das Sparkassengesetz, die Sparkassengeschäftsverordnung oder diese Grundbestimmungen keine Einschränkungen vorsehen.

§ 31 Deckungsmasse

...

*Landesbanken/ Girozentralen*<sup>48</sup> sind Sparkassenzentralbanken oder Staats- und Kommunalbanken in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts kraft Sparkassengesetzen, Errichtungs- oder Fusionsgesetzen. Schwerpunkte der Geschäftstätigkeit sind je nach maßgebender Rechtsnorm die Aufgabenwahrnehmung einer Sparkassenzentralbank, einer Staats- oder Kommunalbank ("Hausbankfunktion"), Pfandbriefanstalt (Emissionsgeschäft) oder Bausparkasse. Daneben darf eine Landesbank aber Bankgeschäfte aller Art betreiben.

Dies sei verdeutlicht anhand § 5 der Satzung der Südwestdeutschen Landesbank Girozentrale, Stand 27.8.1992:

(1) Die SüdwestLB ist Zentralbank der Sparkassen. Sie betreibt ihre Geschäfte unter Berücksichtigung der Belange der Sparkassen. Sie ist Geschäfts-, Außenhandels- und Kommunalbank und betreibt Bankgeschäfte aller Art sowie sonstige Geschäfte, die ihren Zwecken dienen. Die SüdwestLB ist berechtigt, Pfandbriefe, Kommunalobligationen und sonstige Schuldverschreibungen auszugeben.

<sup>48</sup> Vgl. Fischer/ Alisch, 15 ff.

...

(3) Die SüdwestLB kann Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte erwerben, veräußern und belasten sowie Wirtschaftsgüter erwerben, vermieten, verpachten und veräußern, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

...

*Öffentlichrechtliche Spezialbanken* erfüllen staatliche Sonderaufgaben, die ihnen durch bundes- oder landesrechtliche Spezialgesetze zugewiesen sind, haben daneben aber universelle Befugnisse.

Dies sei verdeutlicht anhand § 3 des Gesetzes über die Landeskreditbank Baden-Württemberg vom 11.4.1972, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.3.1993:

(1) Die Bank hat das Land bei der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben zu unterstützen; sie hat dabei die Grundsätze und Ziele der staatlichen Förderungspolitik zu beachten. Insbesondere wirkt sie mit bei der Förderung des Wohnungs- und Siedlungswesens, der Gemeindesanierung und -entwicklung, der gewerblichen Wirtschaft und der Land- und Forstwirtschaft sowie der Verbesserung der Infrastruktur. Die Landesregierung oder das von ihr bestimmte Ministerium kann Aufgaben der Bank im Rahmen der Sätze 1 und 2 durch Rechtsverordnung im einzelnen festlegen.

(2) Weiter Aufgaben der Bank sind die Finanzierung sonstiger öffentlicher und privater Vorhaben, insbesondere wenn diese der Verbesserung der wirtschaftlichen oder strukturellen Verhältnisse in Baden-Württemberg dienen, sowie die Bereitstellung sonstiger Bankleistungen.

...

(4) Die Bank kann alle Geschäfte betreiben, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben zweckmäßig erscheinen. Insbesondere kann sie Pfandbriefe, Kommunalobligationen und sonstige Schuldverschreibungen ausgeben.

Die in § 6 II Baden-Württembergisches Sparkassengesetz zum Ausdruck kommende Wettbewerbssicherungsfunktion besteht als gemeinwirtschaftliche

Aufgabe aller öffentlichrechtlichen Banken<sup>49</sup>, als Ausdruck des Gruppenwettbewerbs zwischen den Bankformen<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Koenig, Anstaltslast, 596; VerfGH NW, DVBl 1986, 1198; OLG Hamm, DVBl 1981, 229.

<sup>50</sup> Obst/ Hintner (Scheidl), 219 ff,

## **B) Staatliche Beihilfe.**

### **I) Der EG-Vertrag.**

#### **a) Art. 90 II EGV.**

Die Bereichsausnahme des Art. 90 II EG-Vertrag gilt nach ihrem Absatz I auch für öffentliche Unternehmen.

“Unternehmen” i.S.v. Absatz II sind durch eine auf Dauer angelegte Verfolgung allgemeiner wirtschaftlicher Zwecke gekennzeichnet<sup>51</sup>.

“Öffentlich” sind Unternehmen, wenn ein Mitgliedstaat in der Lage ist, einen beherrschenden Einfluß auf das betroffene Unternehmen auszuüben<sup>52</sup>. Nach Art. 2 der Transparenzrichtlinie<sup>53</sup> ist Voraussetzung, daß die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oders sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Für die vorliegend zu untersuchenden Institutionen kann dahingestellt bleiben, ob der Transparenzrichtlinie zu dieser Auslegungsfrage vorliegend Autorität zukommt, da für öffentlichrechtliche Banken diese Kriterien unfraglich erfüllt sind<sup>54</sup>.

Öffentlichrechtliche Banken sind mit “Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut”, da ihnen öffentliche Aufgaben durch Gesetz zugewiesen sind<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Grabitz/ Hilf (v. Wallenberg), Komm., Art. 92 EGV, RN 20; Lenz (Grill), Komm., Art. 90, RN 18.

<sup>52</sup> Lenz (Grill), a.a.O., RN 5.

<sup>53</sup> RL Nr. 80/ 723/ EWG v. 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, Abl. 1980 L 195, 35, erw. durch RL Nr. 85/ 413/ EWG, Abl. 1985 L 229, 20, geändert durch RL 93/ 84/ EWG, Abl. 1993 L 254, 16.

<sup>54</sup> Vgl. Koenig, Anstaltslast, 596, m.w. Nachw..

<sup>55</sup> Geiger, EGV, Art. 90, RN 10.

Schwieriger ist eine Antwort auf die Frage, ob und inwieweit (“soweit”) die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere im Hinblick auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, nicht die Erfüllung der den öffentlichrechtlichen Banken übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Das Kriterium der Verhinderung ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen<sup>56</sup>: Eine bloße Erschwer genügt nicht<sup>57</sup>. Die Nichtanwendung des Art. 92 EG-Vertrag muß für die Erfüllung der Aufgaben des öffentlichen Bankensektors “unerläßlich” sein<sup>58</sup>.

Zur Prüfung der Einschlägigkeit des Art. 90 II EG-Vertrag muß unterstellt werden, daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in einem konkreten Fall gegen Art. 92 EG-Vertrag verstoßen, weil ansonsten die Anwendung dieser Norm die Aufgabenerfüllung der öffentlichrechtlichen Banken nicht verhindern könnte. Die Prüfung von Art. 92 EG-Vertrag setzt wiederum die Geltung der Vorschriften des Vertrages, also die Nichteinschlägigkeit des Art. 90 II EG-Vertrag voraus - ein Ringschluß, der womöglich erklärt, daß der EuGH bisher, soweit ersichtlich, die Norm des Art. 90 II EG-Vertrag nicht angewendet hat.

Unabhängig davon greift im Ergebnis die Ausnahmenvorschrift des Art. 90 II EG-Vertrag nicht ein:

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sollen dazu beitragen, ein Ungleichgewicht<sup>59</sup> zu korrigieren, das dadurch entsteht, daß öffentlichrechtliche Banken außer in rentablen Geschäftssektoren auch in unrentablen aktiv sein müssen<sup>60</sup>, um ihrem Auftrag, etwa zur

<sup>56</sup> EuGH, EuZW 1992, 248, Tz. 27 - *Merci convenzionali Porto di Genova*; EuZW 1992, 250 - Tz 21f. - *GB-Inno-BM*.

<sup>57</sup> Koenig, a.a.O., 597.

<sup>58</sup> Vgl. EuGH, NJW 1989, 2192, Tz.58 - *Ahmed Saeed*.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1993, 422 Tz. 18 - *Corbeau*.

<sup>60</sup> Lenz (Grill), a.a.O., FN 22.

flächendeckenden Kreditversorgung oder zur Gemeindesanierung, gerecht zu werden. “Rosinenpicken” (bloße Tätigkeit in rentablen Geschäftsfeldern) durch private Mitbewerber soll begegnet werden<sup>61</sup>.

Als sektorielle Ausgleichsmaßnahme zum Ausgleich einer Tätigkeit in unrentablen Geschäftsfeldern wären Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Bereichsausnahme nicht der Prüfung nach Art. 92 EG-Vertrag unterworfen.. Eine Differenzierung nach Aufgabenfeldern ist allerdings praktisch nicht durchführbar<sup>62</sup>. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommen undifferenziert auch rentablen Geschäftsfeldern zugute, etwa im Bereich der Kapitalmarktemissionen (“Gießkannenprinzip”)<sup>63</sup>.

Für die Annahme einer Bereichsausnahme nach Art. 90 II EG-Vertrag liefert die Ausstattung öffentlichrechtlicher Banken mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung demnach keine hinreichende Begründung.

#### **b) Art. 92 I EGV**

“*Beihilfen gleich welcher Art*” i.S.d. Art. 92 EG-Vertrag treten auf als Zuwendungen, die verschiedenste Formen annehmen können: Zuschüsse, Befreiungen von Lasten oder Verpflichtungen, Übernahme von Sicherheiten, Lieferung von Gegenständen zu Vorzugsbedingungen oder jede andere Maßnahme gleicher Wirkung<sup>64</sup>. Nicht der Zweck einer Begünstigung ist entscheidend, sondern ihre Wirkung<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> grundlegend EuGH, a.a.O., vgl. hierzu Schlußanträge GA Darmon, 8.2.1994, C-393/92, Energiebedrijf Ijsselmij, Ziff. 144 ff.

<sup>62</sup> Schneider/ Busch, Anstaltslast, EuZW 1995, 604.

<sup>63</sup> Koenig, a.a.O., 598.

<sup>64</sup> Vgl. Antwort auf schriftliche Anfrage, Abl. 1963, 2235.

<sup>65</sup> EuGH, 2.7.1974, 173/ 73, Italien/ Kommission, Slg. 1974, 709, 718-719, Rn. 13; EuGH, 24.2.1987, 310/ 85, Deufil, Slg. 1987, 901, 923-924, Rn 7f.

Gemeinsames Merkmal von Beihilfen ist, daß sie dem Begünstigten einen unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen<sup>66</sup>. Eine Staatsbürgschaft oder Staatsgarantie<sup>67</sup> enthält ein Beihilfeelement, wenn der Begünstigte ohne eine solche Sicherung nicht oder nur zu ungünstigeren Konditionen an die kreditierten Mittel gelangt wäre<sup>68</sup>. Das Beihilfeelement läßt sich dann beziffern als Unterschiedsbetrag zwischen einer Finanzierung mit und einer ohne Absicherung durch eine solche Bürgschaft<sup>69</sup>.

Langfristige Ansprüche aus Derivatgeschäften<sup>70</sup> gegen *private* Vertragspartner<sup>71</sup> werden teilweise durch Sicherheitenklauseln<sup>72</sup> (mark to

<sup>66</sup> EuGH, 22.3.1977, 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 611, Rn. 22.

<sup>67</sup> EFIM, Abl. 1993 C 349, 2; Friedel Neuber für den Verband öffentlicher Banken verweist auf die Rechtsbestandsgarantie nach EG-Recht, Börsenzeitung v. 16.4.1996; zutreffenderweise ist die Eigentumsgarantie in Art. 222 EG-Vertrag die Grundlage dafür, an dem öffentlichen Bankensektor als einer Säule des gemischten Bankensystems der Bundesrepublik Deutschland festzuhalten. Die Eigentumsgarantie bedeutet aber nicht, daß die Regelungen des Art. 92 EG-Vertrag für öffentlichrechtliche Unternehmen nicht gelten; arg. e Art. 90 EG-Vertrag (Gleichbehandlung öffentlicher und privater Eigentümer) unterliegt die organisatorische Ausgestaltung der Eigentumsgarantie den Regelungen des Vertrages, Komm., ABIEG 1993, Nr. C 307, S. 3 Tz. 4; EuGH, C-305/ 89, Italienische Republik/Kommission, I-1641, Fn 24; Koenig, Anstaltslast, 595 f; Schneider/Busch, Anstaltslast, 604f. Kommission, Non-paper, 22 ff: " .... zwingt die Kommission keinen ihrer Mitgliedstaaten, seine Beteiligungen ... zu verkaufen. Sie wird lediglich sicherstellen, daß öffentliche Unternehmen bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht gegen primäres Gemeinschaftsrecht ... verstoßen." Nach Ansicht der Kommission, a.a.O., kann eine Aufhebung der Garantien nicht als Verstoß gegen Art. 222 EG-Vertrag angesehen werden, da in Deutschland kein rechtlicher Grundsatz die Einführung beschränkter Haftung bei öffentlichrechtlichen Unternehmen untersagt, und somit die Mitgliedstaaten zu einer Privatisierung nicht gezwungen seien. Im übrigen würde eine Privatisierung aber zu einer Aufhebung des Wettbewerbsvorteils Anstaltslast und Gewährträgerhaftung führen. Privatrechtliche Gesellschaften könne die öffentliche Hand als Alleingesellschafter voll beeinflussen, weshalb ihr Interesse an der Beibehaltung des öffentlichrechtlichen Status objektiv gering sei; Vgl. a. Ehlermann, State Aid Control, 1224, the viability criterion may justify privatisation even in light of the neutrality principle.

<sup>68</sup> s. NL/ Regelung Bijzondere Financiering, Abl. 1992 C 22, 6; vgl. Grabitz/ Hilf (v. Wallenberg), Art. 92, Rn. 13.

<sup>69</sup> Mitteilung über öffentliche Unternehmen, Abl. 1993 C 307,3,13 Ziff. 38.

<sup>70</sup> D.h. Potentielle Forderungen mit einer Laufzeit von zumeist 10 Jahren und mehr.

market provisions oder collateral annexes) abgesichert oder das erhöhte Risiko wird durch einen Aufschlag<sup>73</sup> auf den Referenzzinssatz ("spread")<sup>74</sup> ausgeglichen. Teilweise werden Sicherheitenklauseln neben einem Aufschlag vereinbart<sup>75</sup>, wodurch der ansonsten zu fordernde Zinssatz erheblich reduziert werden kann. Die Ausgestaltung des auslösenden Momentes<sup>76</sup> in Sicherheitenklauseln<sup>77</sup> kann präzise die Einschätzung des Risikos

<sup>71</sup> Auch Forderungen gegen Geschäftsbanken mit der höchstmöglichen Bewertung von "Aaa" (Moody's) bzw. "AAA" (S&P) unterfallen grundsätzlich einer differenzierten Risikobewertung.

<sup>72</sup> Diese Klauseln sind teuer für Banken ohne hochentwickelte Berechnungssysteme, weil sie einen administrativen Aufwand für die Berechnung der Marktäquivalente bzw. für eine Kontrolle der vom Vertragspartner vorgenommenen Berechnung erfordern. Eine solche Berechnung bzw. Kontrolle kann von vielen Marktteilnehmern derzeit technisch nicht geleistet werden.

Bereits das Verhandeln von solchen Klauseln oder von Zusatzabreden/ Zusatzverträgen erfordert eine besondere juristische Expertise, weil die Formulierungsmuster oder Musterverträge dem Common-law-Rechtskreis entstammen und deutschrechtliche Fassungen erst in Entwurfsfassungen bestehen, geschweige denn ein Dokumentationsstandard entwickelt wurde. Problematisch ist insbesondere eine Situation, in der Sicherheiten physisch in einem anderen Rechtskreis belegen sind als demjenigen, der die Vertragswirkungen bestimmt oder demjenigen des Konkursstatuts.

<sup>73</sup> Bereits ein Aufschlag von einem Basispunkt (Ein Basispunkt entspricht 1/100%) stellt angesichts großer Transaktionsvolumina eine relevante Verteuerung dar.

<sup>74</sup> Der Aufschlag stellt eine Vergütung des Ausfallrisikos dar: Das Ausfallrisiko beinhaltet die Wahrscheinlichkeit eines Totalausfalles bei Konkurs oder Liquidation bzw. die Wiedererlangungsquote ("recovery rate") als Konkursquote und berücksichtigt den Zeitraum, der erwartungsgemäß verstreichen wird, bis Zahlungen auf die Sicherheiten geleistet werden. Das Ausfallrisiko wird zur Berechnung des im Einzelfall angemessenen Aufschlages ausgedrückt in Kreditäquivalenten und klassifiziert durch Zuordnung zu einer Bewertungsklasse ("rating").

<sup>75</sup> Häufig bei sog. Cross-Currency-Swaps zu finden: Ein ohne Sicherheitenklauseln zu fordernder Aufschlag wäre teilweise so hoch, daß die Transaktion nur für einen Geschäftspartner lohnend erscheint, der über die notwendigen administrativen Vorkehrungen bereits verfügt, Marktpreisäquivalente i.R.v. Sicherheitenklauseln berechnen zu können.

<sup>76</sup> z.B. durch Festsetzung eines Grenzbetrages ("threshold") oder Einbeziehung von im Konzernverbund stehenden Gesellschaften ("Specified Entity") im Hinblick auf eine Vorfälligkeit einer Verbindlichkeit gegenüber Dritten ("Cross Default", "Default under Specified Transaction") oder Verkürzung der Zeiträume zwischen möglichen Kündigungsterminen ("sog. "credit put events") oder Veränderung der kritischen Schwelle bei Rating-Klauseln (z.B. von "below investment grade" zu "investment grade or below").

<sup>77</sup> Je nach Marktstärke der Parteien durchaus auch als einseitige Verpflichtung.

widergespiegeln. Banken, die Sicherheitenklauseln oder einen Aufschlag grundsätzlich von keinem Vertragspartner verlangen, entschließen sich gegebenenfalls -im Falle erhöhter Risikobewertung- ein entsprechendes Geschäft gar nicht abzuschließen oder nach einem anderen Geschäftspartner Ausschau zu halten, der, bei identischer Risikobewertung, eine Transaktion mit kürzerer Laufzeit abschließen möchte.

Bei Ansprüchen<sup>78</sup> gegen *staatliche* Vertragspartner<sup>79</sup> sind Sicherheitenklauseln oder ein Aufschlag angesichts unendlicher Haftungsressourcen nicht üblich<sup>80</sup>; auch in Fällen höherer Risikoeinschätzung wird kaum<sup>81</sup> von Vertragsabschlüssen Abstand genommen. .

Durch Anstaltslast oder Gewährträgerhaftung abgesicherte Landesbanken<sup>82</sup> werden im Markt derzeit wie staatliche Vertragspartner behandelt; Abstufungen sind, soweit ersichtlich, nur derart vorzufinden, daß Geschäftsabschlüsse mit stärkeren Landesbanken denen mit schwächeren vorgezogen werden bzw. einige wenige Geschäftsbanken Abschlüsse mit schwächeren Landesbanken überhaupt ablehnen. Bisher sind etwaige Zweifel an der Wirksamkeit einer Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht in die Preisgestaltung eingeflossen. Bei Wegfall einer Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung erfolgte eine Bewertung der öffentlichrechtlichen Banken aufgrund ihrer eigenen finanziellen Stärke isoliert von der Wirtschaftskraft des jeweiligen Anstaltsträgers<sup>83</sup>. Es steht zu erwarten, daß die Preis- und Vertragsgestaltung

<sup>78</sup> Auch solche aus Transaktionen mit längerer Laufzeit.

<sup>79</sup> i.S.v. Zone A Ländern i.S.d. EG-Solvabilitätsrichtlinie.

<sup>80</sup> Der Einwand Scherer/ Schödermeiers, 54, Fn. 115, auch ein Staat könne u.U. einmal nicht mehr in der Lage sein, seinen Verpflichtungen nachzukommen, bleibt daher theoretisch.

<sup>81</sup> Soweit ersichtlich, von deutschen Banken gegenüber deutschen staatlichen Vertragspartnern überhaupt nicht.

<sup>82</sup> Dasselbe mag für die allergrößten Sparkassen gelten.

<sup>83</sup> sog. "stand-alone"; der Hinweis von Schneider/ Busch, Anstaltslast, 603, 608, ein "Triple-A-Rating" und ein entsprechender Wettbewerbsvorteil hänge nicht von unendlichen Ressourcen ab, ist zutreffend; allerdings vermag der Markt, wie dargestellt, sehr viel feiner zu differenzieren als nur nach einfachen Rating-Klassen. Im

gegenüber öffentlichrechtlichen Banken in einem solchen Falle diese isolierte Kreditbeurteilung widerspiegeln würde.

Im Kapitalmarktbereich differenziert der Inlandsmarkt nicht zwischen verschiedenen staatlichen Emittenten, so daß schwächere Landesbanken zu vergleichbaren Konditionen wie stärkere Landesbanken Wertpapiere emittieren können. Anders verhält es sich im internationalen Bereich: Eurobond-Emissionen verschiedener Landesbanken mit derselben Verzinsung würden im Markt verschieden aufgenommen. Die Aufnahme am Markt hängt davon ab, welcher Anstaltsträger "hinter" dem jeweiligen Emittenten steht, mit welcher Finanzkraft demnach die Anstalt bzw. ihre Gläubiger notfalls rechnen können. Dabei wird durchaus auch zwischen der Leistungsfähigkeit verschiedener Bundesländer unterschieden<sup>84</sup>. Wesentlich ist auch die Länge der Haftungskette vom Anstaltsträger bis zu einem Bundesland. Relevant mag auch sein, mit welchem Anteil ein Land an einer Landesbank beteiligt ist. Der Markt wägt auch die Anlagestrategien der Landesbanken und belohnt konservative Anlagestrategien gegenüber spekulativen. Diese Überlegungen spiegeln sich teilweise wider im unterschiedlichen Erfolg von Anleihen in der Vergangenheit<sup>85</sup> und der Bewertung der langfristigen Anleihen durch die Bewertungsagenturen.

Es steht zu erwarten, daß die Tendenz zu Differenzierung erheblich verstärkt würde<sup>86</sup>, wenn die einer Emission beizufügenden Rechtsgutachten nicht mehr die Geltungskraft von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Verbindlichkeiten des Emittenten bestätigen würden<sup>87</sup>.

---

übrigen würden vermutlich die Verbindlichkeiten keiner einzigen Landesbank oder Sparkasse die höchstmögliche Bewertung erhalten (a.A. Schneider Busch, a.a.O., 608, der Begriff der "unendlichen Ressourcen" sei relativ).

<sup>84</sup> So hat derzeit eine mit Aaa bewertete Landesbank etwa 1 bis 2 Basispunkte mehr als eine (gleichfalls mit Aaa bewertete) andere zu zahlen, alleine deshalb, weil die Leistungsfähigkeit des jeweils haftenden Bundeslandes verschieden eingeschätzt wird..

<sup>85</sup> sog. "trading level".

<sup>86</sup> und auch in den Inlandsmarkt Eingang fände.

<sup>87</sup> Dies scheint derzeit noch durchgängig der Fall zu sein.

Nach all dem verschaffen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wie Staatsbürgschaften oder Staatsgarantien einen unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteil<sup>88</sup>.

Daran ändert die Tatsache nichts, daß die durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgesicherten Banken in der Vergangenheit regelmäßig Gewinne abgeworfen haben<sup>89</sup>. Diese Gewinne sind nicht systemimant, nicht garantiert und werden nicht an den Anstaltsträger sichtbar abgeführt.

Ob Beihilfe vorliegt, ist weiterhin anhand eines *ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals* zu überprüfen, nämlich danach, *ob ein privater Gesellschafter* in einer vergleichbaren Lage unter Zugrundelegung der Rentabilitätsaussichten und unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik *eine solche Kapitalhilfe gewährt hätte*<sup>90</sup>. Im einzelnen wird auf dieses Kriterium der Marktwirtschaftlichkeit noch einzugehen sein.

“*Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährt*” sind Beihilfen, die unmittelbar durch den Staat erfolgen, auf welcher Ebene auch immer<sup>91</sup>. In Bezug auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sind dies Bund, Länder und

<sup>88</sup> So auch Monopolkommission, 59 f, unter Bezug auf Feststellungen der EG-Kommission, Generaldirektion IV: Ein Triple-A-Rating senke die Refinanzierungskosten deutlich. Ein zentraler Faktor für das sehr gute Rating der Landesbanken sei, daß ihre Solvenz aufgrund der uneingeschränkten Haftungszusage des Staates über jeden Zweifel erhaben sei. Im Ergebnis auch Scherer/ Schödermeier, 33, 36, unter Verweis auf Koenig, Schneider/ Busch, und das non-paper der EG-Kommission vom Dezember 1995, Ziffer 3.1.1.

<sup>89</sup> Vgl. Scherer/ Schödermeier, 47; Gruson/ Schneider, 364; Koenig, Anstaltslast, 600.

<sup>90</sup> U.a. EuGH, 40/ 85, Belgien/ Kommission, 2321f; Scherer/ Schödermeier, 44 f, nenn dies das Kriterium der Angemessenheit.

<sup>91</sup> EuGH, 14.10.1987, 248/ 48, Deutschland/ Kommission, Slg. 1987, 4013, 4041 Rn. 17.

Gemeinden. Zwar fließen keine Mittel unmittelbar von Bund, Ländern oder Gemeinden. Allerdings sind solche Absicherungen geldwert<sup>92</sup>.

Das Kriterium der "*Begünstigung bestimmter Unternehmen*" will selektive Maßnahmen von allgemeinen abgrenzen<sup>93</sup>. Die Selektivität von Gewährträgerhaftung ergibt sich durch die einzelfallgesetzliche oder statutarische Verankerung. Folgt man im Hinblick auf Anstaltslast der Meinung, sie gelte für alle öffentlichrechtlichen Anstalten, so stellt diese Gruppe aber nach wie vor einen abgegrenzten Kreis von Banken eines besonders geförderten Sektors dar, folglich "bestimmte Unternehmen".

Begünstigt sind nicht die Geschäftspartner der öffentlichrechtlichen Banken: Ob ihr Geschäftsvolumen ausgeweitet wird durch die Steigerung der Attraktivität öffentlichrechtlicher Banken oder ob ihre Aktivität schlicht verlagert wird, läßt sich kaum bestimmen.

Selbst im Falle einer Ausweitung des Geschäftsvolumens wäre dies ein unbeachtlicher Reflex der Begünstigung öffentlichrechtlicher Banken<sup>94</sup>. Eine

<sup>92</sup> Vgl. Hopt/Mestmäcker, 756.

<sup>93</sup> Vgl. Lenz (Rawlinson), Art. 92, Rn. 8.

<sup>94</sup> Vgl. Frisinger/ Behr, 710 ff: "Die kreditgewährende Bank ist nicht selbst Empfänger einer Beihilfe, weil es sich für sie um ein ganz normales Geschäft zu banküblichen Bedingungen handelt. ... Die übernommenen Staatsbürgschaften ... regeln allein das interne Risikoausgleichsverhältnis zwischen Land und Bank.... Die Bank ... wird von der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer allgemeinen gewerblichen Betätigung in Anspruch genommen. ...Zum "Beihilfeempfänger" könnte eine durch Staatsbürgschaft abgesicherte Bank allenfalls dann und auch nur insoweit werden, als sie auf diese Weise bessere Konditionen erhielte, als sie am Markt erzielbar sind. Dies ist in der Praxis nicht der Fall... Man kann nicht die Schwester schlagen nur weil der Bruder an der Schokolade genascht hat... Staatliche Bürgschaften ... bedeuten ein "wohlerworbenes Recht", das Eigentumsschutz genießt..." So heißt es auch in der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten, Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Art. 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, Abl.13.11.1993, Nr. C 307/3, Ziffer 38, , Ansprüche der Gläubiger würden befriedigt. Der entgegenstehende Entwurf einer Mitteilung vom 12.4.1994 wurde nicht veröffentlicht; der Entwurf v. 7.3.1995, Zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen, die in Form von Bürgschaften gewährt werden, Ziffer 4.4, läßt die Frage

wettbewerbsverfälschende Begünstigung ist dadurch gekennzeichnet, daß dem Begünstigten marktunabhängige Ressourcen zugeführt werden, um seine Wettbewerbsfähigkeit zu stärken<sup>95</sup>. Mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ausgestattet werden die öffentlichrechtlichen Banken und nicht deren Geschäftspartner.

Richtig ist zwar, daß es grundsätzlich nicht auf den Zweck, sondern auf die Wirkung einer Begünstigung ankommt<sup>96</sup>. Fernwirkungen müssen aber außer Betracht bleiben, wenn sie sich nur als zufällige Folgeerscheinung einer Begünstigung darstellen. Kreditinstitute als Geschäftspartner öffentlichrechtlicher Banken werden von den Satzungen der zu besichernden Institute nicht erwähnt, nach systematischer Auslegung ist ihr Schutz nicht intendiert.

Die Geschäftspartner sind auch nicht als Zweitbegünstigte dem Art. 92 EG-Vertrag unterworfen. Eine indirekte Zweitbegünstigung ist dann als Begünstigung zu werten, wenn konkrete einzelne Unternehmen unterstützt werden, damit sie dem primär zu begünstigenden Unternehmen z.B. Waren abnehmen<sup>97</sup>. Die Begünstigungsmaßnahme setzt in solchen Fällen bei diesen zweitbegünstigten Unternehmen unmittelbar an, etwa durch Gewährung von Steuervorteilen. Dies ist im Falle von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht der Fall. Die öffentlichrechtlichen Institute werden besichert, damit sie Vertragspartner finden, nicht die Geschäftspartner, damit sie mit den Anstalten kontrahieren: Anstaltslast begründet keine Rechte der Geschäftspartner. Auch Gewährträgerhaftung stellt keinen unmittelbar wirkenden Vorteil der Geschäftspartner dar. Denn es liegt im Ermessen der öffentlichrechtlichen Bank, wer ihr Geschäftspartner ist. Der Anstaltsträger

---

offen; Scherer/ Schödermeier, 65: Unbestritten sei, daß das kreditnehmende Unternehmen Empfänger der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 92 f EG-Vertrag sei; Habersack, 676, der Effekt einer Erhöhung des Kreditvolumens beruhe auf der Inanspruchnahme des allgemeinen Kreditangebots der Banken.

<sup>95</sup> Hopt/ Mestmäcker, 757; vgl. EuGH, 13.3.1985, Niederlande/ Kommission, 318/ 82, Slg. 809, 824, Rn. 2414.10.1987, Deutschland/ Kommission, 248/ 84, Slg. 4013, 4040, Rn. 13.

<sup>96</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang Scherer/ Schödermeier, 67.

<sup>97</sup> Vgl. v.d.Groeben/ Thiesing/ Ehlermann (Wenig), Art. 92, Rn. 14 m.w. Nachw.; Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), Art. 92, Rn. 8.

kann dies überhaupt nicht beeinflussen. Nur wer von der Anstalt als Vertragspartner "auserkoren" wird, kommt in den Genuß von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Wegen des Erfordernisses der Vorausklage und Vorausvollstreckung<sup>98</sup> wirkt Gewährträgerhaftung auch praktisch nur als Anreiz an den Träger, seiner Verpflichtung aus Anstaltslast gerecht zu werden.

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung begünstigen also nur die öffentlichrechtlichen Banken<sup>99</sup>.

Daran ändert sich auch nichts im Hinblick auf besondere aufsichtsrechtlich vorteilhafte Strukturen durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auf Seiten der Geschäftspartner. US-amerikanische Commercial Banks genießen das Recht, durch ausländische Niederlassungen (also nicht nur Tochtergesellschaften) über das General Bank Investment Limit hinaus Nationale Staatsanleihen zu halten oder zu handeln<sup>100</sup>. Als Nationale Staatsanleihe gelten auch Papiere von Landesbanken oder Spezialinstituten, die durch Gewährträgerhaftung des Bundes oder eines Landes abgesichert sind<sup>101</sup>. Soweit ersichtlich, wird ein solches Geschäft aber aus Tochterinstituten, und nicht aus Niederlassungen heraus, betrieben, sodaß die scheinbar vorteilhafte Struktur in der Praxis leerläuft.

Die Kommission hat den Mitgliedstaaten mitgeteilt, daß Bürgschaften nur insofern genehmigungsfähig seien, als ihre *Inanspruchnahme voraussetzt, daß der Kreditgeber eine Verwertung seiner Rechte bei dem Begünstigten*

<sup>98</sup> S.o., S. 12.

<sup>99</sup> Hopt/ Mestmäcker, 806; Frisinger/ Behr, 712: Die kreditgewährende Bank sei nicht Normadressat von Art. 92 EG-Vertrag. Auch van Miert, Vortrag beim VöB am 19.10.1995, 7, bezeichnet die Kreditinstitute als "beteiligte Dritte", nicht aber als "Begünstigte".

<sup>100</sup> Reg K, § 211.3 (2), des Federal Reserve Board.

<sup>101</sup> Also nicht: Landwirtschaftliche Rentenbank, Kreditanstalt für Wiederaufbau, Deutsche Ausgleichsbank, Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank.

*versucht hat*<sup>102</sup>. In allen normativen/ statuarischen Regelungen zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ist dies der Fall.

Die Begünstigung muß *“den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen”*: Erforderlich ist, daß ein unverdienter Kostenvorteil die Position im Wettbewerb mit der Konkurrenz potentiell stärkt<sup>103</sup>. Bei Beihilfegewährung an ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen besteht eine Vermutung dafür, daß auch eine Wettbewerbsverfälschung droht<sup>104</sup>.

Eine *“Unvereinbarkeit”*, also ein Verbot<sup>105</sup>, gilt nur, *“soweit der Handel zwischen Mitgliedstaaten”<sup>106</sup> beeinträchtigt wird*. Eine Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit der Beeinflussung genügt<sup>107</sup>. Eine Möglichkeit liegt immer dann vor, wenn eine Wettbewerbsposition verstärkt wird<sup>108</sup>, z.B. durch eine Kapazitätserweiterung<sup>109</sup>. In Deutschland wird 36 - 40% des Bankensektors von öffentlichrechtlichen Instituten beherrscht, so daß der zwischenstaatliche Handel berührt ist<sup>110</sup>. Der politische Wille der Kommission scheint dahin zu gehen, Sparkassen wegen ihrer regionalen Ausrichtung keine derart zwischenstaatliche Bedeutung zuzumessen<sup>111</sup>.

<sup>102</sup> EG-Kommission, Wettbewerbsrecht II, Schreiben an die MS v. 5.4.1989 und 12.10.89; der Kreditgeber müsse es gegebenenfalls zu einem Konkurs- oder Vergleichsverfahren kommen lassen.

<sup>103</sup> EuGH, 17.9.1980, 730/ 79, Philip Morris, Slg. 1980, 2671, 2688 ff, Rn. 11; EuGH, 21.3.1990, C-142/ 87, Belgien/ Kommission, Slg. 1990, I-959, I-1015 Rn. 40.

<sup>104</sup> Vgl. Klanten, ZIP 1995, 539; Scherer/ Schödermeier, 8.; nach der EG-Kommission, Non-paper, 5, können die durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgesicherten Banken ihr Investitionsrisiko reduzieren, und folglich ihre Refinanzierungskosten senken.

<sup>105</sup> Vgl. Lenz (Rawlinson), Art. 92, Rn. 1.

<sup>106</sup> Relevant ist jeder, nicht nur völlig ausschließlich innerstaatliche, Handel, der ohne jede Ausstrahlung auf den Binnenmarkt ist, vgl. v.d.Groeben/ Thiesing/ Ehlermann (Wenig), Art. 92, Rn 26.

<sup>107</sup> EuGH, Philip Morris, a.a.O., Rn. 11f.

<sup>108</sup> Vgl. Lenz (Rawlinson), Art. 92, Rn. 13.

<sup>109</sup> s. FN 80.

<sup>110</sup> Monopolkommission, 60 f.

<sup>111</sup> Vgl. Kommission, Non-paper, 19.

Die Kriterien der Verfälschung des Wettbewerbs und der Beeinträchtigung des Handels, die gemeinsam geprüft werden können<sup>112</sup>, sowie das Anlegen des Maßstabs der Marktwirtschaftlichkeit an das Handeln des Anstaltsträgers sollen im folgenden vertieft untersucht werden. Dabei ist eine Gesamtschau zugrunde zu legen. Das Kriterium der Marktwirtschaftlichkeit alleine kann nicht entscheidend dafür sein, ob eine Beihilfe vorliegt<sup>113</sup>. Das Gesetz gibt den weiteren Prüfungsmaßstab vor<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Vgl. Klanten, 539.

<sup>113</sup> Trotz der kategorischen Formulierungen in: EuGH, C-301/87, Französische Republik/ Kommission, I-361, Rn 40; EuGH C-278/ 92, C-279/92 und C-280/92, Königreich Spanien/ Kommission, I-4154, Rn 10; EuGH 40/ 85, Königreich Belgien/ Kommission, 2345; Republik Italien/ Kommission, C-305/89, I-1640 f, Fn 19 ff; (jeweils: Beihilfe, da Mittel nicht unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung gestellt wurden). Vgl auch EuGH, C-303/88, Italienische Republik/ Kommission, I-1476, Rn 20, (keine staatliche Beihilfe, da Mittel unter normalen Marktbedingungen zur Verfügung gestellt wurden).

<sup>114</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission (EFIM), C-349 v. 29.12.93, 4, wo die Kommission ein marktwirtschaftliches Handeln verneint und dann Wettbewerbsverfälschung/ Handelsbeeinträchtigung prüft.

## II) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfe.

### a) Der Market-Economy-Investor-Test.

Kapitalzuführungen oder Darlehen<sup>115</sup> sind als Beihilfe zu qualifizieren, wenn ein rational handelnder Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen nicht vergleichbar investiert hätte. Als Ausdruck der Gleichbehandlung gem. Art 90 EG-Vertrag liegt Beihilfe vor, wenn der Kapitalgeber nicht marktwirtschaftlich handelt bzw. keine Beihilfe, wenn der Kapitalgeber marktwirtschaftlich handelt<sup>116</sup>: eine einem privaten Kapitalgeber akzeptable Rendite durch Kapitalzuwachs oder Ausschüttungen in absehbarem Zeitraum muß zu erwarten sein<sup>117</sup>. Zeitweilige Verluste dürfen durch längerfristige strategische Gewinnüberlegungen<sup>118</sup> überlagert werden, solange die Gewinnerwartungen nicht unrealistisch werden<sup>119</sup>.

Eine mögliche Rechtfertigung einer Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung muß an der Elle der Marktwirtschaftlichkeit zu dem Zeitpunkt gemessen werden, zu dem der Anstaltsträger beschließt, die Bank mit den öffentlichrechtlichen Aufgaben zu beauftragen, anstatt diese selbst

<sup>115</sup> EuGH, 14.11.1984, 323/ 82, Intermills/ Kommission, Slg. 1984, 3809, 3830, Rn. 31.

<sup>116</sup> EuGH, Slg. I 1991, 1433 (1476), ENI/ Lanerossi; Slg. I 1990, 307 (361f) - Boussac; Slg. I 1991, 1603 (1640) - Alfa Romeo; Slg. I 1991, 4437, 4459 - Italien/ Kommission; Mitteilung der Kommission, ABIEG Nr. C 121 v. 17.5.1995, 4 - Crédit Lyonnais; ABIEG Nr. C 307 v. 13.11.1993, 3 (Mitteilung v. 13.11.1993 (Fn. 4 - 23)).

<sup>117</sup> Stahl- und Schiffsbauhilfenkodizes der Kommission, Abl. 1981 L 137, 39, und L 228, 14; Wettbewerbsrecht II, Bull. EG 9-84; Kommission, ABIEG Nr. C 349 v. 29.12.1993, S. 2, 4 -EFIM; EuGH, Slg. I 1994, 4103, 4153 - Spanien/ Kommission..

<sup>118</sup> unter Einschluß von nur mittelbar materiellen Zielen wie dem Bemühen um Imagepflege des Konzerns und um Neuorientierung seiner Tätigkeit, EuGHE v. 21.3.1991, ENI/ Lanerossi, Slg. 1991, 1476, Tz. 21.

<sup>119</sup> Vgl. EuGH, 21.3.1991, C-303/88, Italien/ Kommission, Slg. 1991, I-1433, I-1476, Rn. 21-22; Mitteilung über öffentliche Unternehmen, Abl. 1993, C 307, 3, 9 ff, Ziff. 27-31.

durchzuführen<sup>120</sup>. Dies ist nicht nur der Zeitpunkt der Gründung der betroffenen Banken<sup>121</sup>, sondern auch ein jeder, an dem die Banken eine neue Organisationsstruktur erfahren haben und sogar ein jeder Zeitpunkt überhaupt, denn der Fortbestand einer öffentlichrechtlichen Bank bedeutet eine fortwährende stillschweigende Neuzuweisung der öffentlichrechtlichen Aufgaben.

Ohne vernünftige Aussicht auf Rückkehr zu Profitabilität würde ein privater Investor die Gesellschaft liquidieren. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hindern den Anstaltsträger nicht, die Anstalt im Falle von Schwäche mit Wirkung für die Zukunft<sup>122</sup> zu liquidieren oder zu privatisieren<sup>123</sup>. Im Falle, daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung aufrecht erhalten bleiben, das heißt die Anstalt nicht liquidiert wird, obwohl die finanzielle Stärke der Anstalt eine solche Absicherung nicht mehr rechtfertigt, liegt Unvereinbarkeit mit dem EG-Vertrag vor. Der Fortbestand einer Gesellschaft ohne Aussicht, jemals wieder in die Gewinnzone zurückzukehren, wäre mit der typischen Vorgehensweise eines privaten Investors nicht zu vereinbaren und daher als Beihilfe zu bewerten. Zu prüfen ist vorliegend, ob eine Absicherung durch Anstaltslast oder Gewährträgerhaftung mit dem EG-Vertrag vereinbar ist.

Die Prüfung ist auch auf profitable Unternehmen zu erstrecken<sup>124</sup>. Bei profitablen Unternehmen ist die Zurverfügungstellung von Kapitalsurrogaten betriebswirtschaftlich vernünftig und wird daher dem market-economy-investor-Prinzip gerecht<sup>125</sup>. Solange eine Bank sich in einer wirtschaftlich soliden Verfassung befindet, die zumindest langfristig eine Ausmaß und Art

<sup>120</sup> Mitteilung der Kommission von 1993, ABIEG 1993, C 307/ 3, Tz. 37.

<sup>121</sup> so Scherer/ Schödermeier, 45.

<sup>122</sup> nach (deutschem) nationalem Recht stellte eine Privatisierung zur Haftungsvermeidung einen Formenmißbrauch dar.

<sup>123</sup> Vgl. Schneider/ Busch, a.a.O., 608.

<sup>124</sup> Kommission, ABIEG Nr. C 307 v. 13.11.1993, 3, Punkt 37.

<sup>125</sup> Schneider/ Busch, Anstaltslast, 608.

der Absicherung entsprechende Rendite erwarten läßt<sup>126</sup>, würde sich eine angemessene Kapitalzuführung auch einem marktwirtschaftlich denkenden Investor als vernünftig darstellen.

Testfrage mag sein, ob das Unternehmen sich die betreffenden Mittel zu den vereinbarten Konditionen auf dem Markt hätte beschaffen können<sup>127</sup>. Insofern ist die Frage nicht von der Hand zu weisen, ob das Kriterium der Marktwirtschaftlichkeit überhaupt auf staatliche, unbegrenzte<sup>128</sup>, Absicherungen bezogen werden kann. Eine staatliche, der Höhe nach nicht begrenzte, Absicherung, die pauschal alle Verbindlichkeiten abdeckt, ist auf dem freien Markt nicht erhältlich. Die Kommission und der Gerichtshof wenden das Kriterium der Marktwirtschaftlichkeit auch auf staatliche unbegrenzte Absicherungen an<sup>129</sup>. Die Kommission hält im Zweifelsfall die Grenze zur Beihilfe für überschritten, wenn eine Garantie alle

<sup>126</sup> Mitteilung der Kommission (EFIM), C-349 v. 29.12.93, 4: "Ein privater Aktionär würde nämlich für seine unbeschränkte Haftung sogar in der Zeit, die der EFIM-Krise voranging, nach höheren Erträgen gestrebt haben, soweit diese unbeschränkte Haftung auch seinerzeit bestanden hat (Entscheidung 92/329/EWG IOR/Finalp, Abl. Nr. L 183 v. 3.7.1992, 30)."

<sup>127</sup> Vgl. EuGH, 10.7.1986, 40/ 85, Belgien/ Kommission, Slg. 1986, 2321, 232345 Rn. 13-14; EuGH, 21.3.90, C-142/ 87, Belgien/ Kommission, Slg. 1990, I-959, I-1012 Rn. 26-29.

<sup>128</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission (EFIM), C-349 v. 29.12.93, 3f: "Was die Gleichbehandlung des privaten und des öffentlichen Sektors (Art. 222 EG-Vertrag) betrifft, so erlaubt die Anwendung des Art. 2362 durch den Staat, öffentliche Unternehmen zu bevorzugen. Der Staat verfügt nämlich über unermessliche finanzielle Ressourcen, die einem privaten Investor nicht zur Verfügung stehen, um im Falle einer Abwicklung die Gläubiger zu befriedigen. Die Gläubiger einer in staatlichem Eigentum befindlichen Gesellschaft werden sich daher im Hinblick auf ihre volle Befriedigung im Abwicklungsfalle in größerer Sicherheit wiegen. Aufgrund dieser Verhältnisse kann ein öffentliches Unternehmen trotz wachsender Schulden viel länger im Geschäft bleiben als ein vergleichbares privates Unternehmen. Wird die Abwicklung eines Unternehmens eröffnet, das einem marktwirtschaftlich orientierten Anleger gehört, so beschränkt sich die Befriedigung der Gläubiger auf den Betrag, der durch den Verkauf der Gesellschaft und des Vermögens ihrer Aktionäre realisiert werden kann. Da diese Vermögenswerte nicht unermesslich sind, werden normalerweise nicht sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft beglichen werden."

<sup>129</sup> Kommission, vgl. FN 96, S. 4; EuGH, C-261/89, Italienische Republik/ Kommission, I-4458, Rn 8..

Verbindlichkeiten eines öffentlichrechtlichen Unternehmens umfaßt<sup>130</sup>. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung umfassen alle Verbindlichkeiten der jeweiligen Anstalt.

Richtig ist vom Ergebnis her, daß der Bund und die Länder im Ergebnis ihre unbegrenzten finanziellen Ressourcen nur insoweit einsetzen dürfen, als dies ein Privatinvestor auch tun würde, und damit die einsetzbaren Ressourcen endlich, also begrenzt, werden<sup>131</sup>. Dies bedeutet aber nicht, daß eine grundsätzlich unbegrenzte Haftung mit dem EG-Vertrag solange vereinbar ist, als sie nicht in einer konkreten Notlage in einer Weise zum Einsatz gebracht wird, wie dies ein Privatinvestor nicht getan hätte<sup>132</sup>. Das (primäre) Monopol der Kommission<sup>133</sup>, zu prüfen, ob eine unvereinbare Beihilfe vorliegt, würde unterlaufen, könnte jeder Staat sich darauf berufen, eine Notifizierung sei nicht erforderlich, solange die Begünstigung wegen aktuell gesunder wirtschaftlicher Verfassung des Begünstigten nicht greifen müsse.

Folgt man der Auffassung, daß das Kriterium der Marktwirtschaftlichkeit auf staatliche unbegrenzte Absicherungen anzuwenden ist, so stellt sich die Frage, inwieweit der Kommission ein Ermessen zur Beurteilung dieser Marktwirtschaftlichkeit zusteht. Die Risikoanalyse von öffentlichrechtlichen Unternehmen (Vergleich von Investitionskosten und zu erwartender Rendite in der Zukunft) muß grundsätzlich dem Kapitalgeber vorbehalten bleiben<sup>134</sup>. Nur in Fällen eindeutig verlorener Investitionen darf die Kommission ihre Risikobeurteilung an Stelle derjenigen des Kapitalgebers setzen.

Ob die langfristigen finanziellen Aussichten der öffentlichrechtlichen Banken von einer derartigen Schwäche gekennzeichnet sind, daß eine Absicherung

<sup>130</sup> Komm., ABIEG Nr. C 75 v. 17.3.1993, 2.

<sup>131</sup> Schneider/ Busch, a.a.O., 608.

<sup>132</sup> Art. 93 EG-Vertrag spricht von "unvereinbar oder mißbräuchlich angewandt", schließt also die Möglichkeit einer Unvereinbarkeit von vorneherein mit ein.

<sup>133</sup> arg. e Art. 93 III 3 EG-Vertrag.

<sup>134</sup> Komm., ABIEG Nr. 307 v. 13.11.1993, 3, Punkt 37; vgl. GA Slynn, EuGH Slg. 1984, 1451, 1501 - Deutschland/ Kommission.

ihrer Verbindlichkeiten durch eine staatliche unbegrenzte Sicherheit unter Marktwirtschaftsgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen wäre, erscheint in einigen Fällen plausibel<sup>135</sup>, aber nicht generell eindeutig<sup>136</sup>.

Die Gesamtbetrachtung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung muß sich daher stark auf die Prüfung von Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung stützen.

## b) Wettbewerbsverfälschung/ Handelsbeeinträchtigung.

Der Anteil des Unternehmens am innergemeinschaftlichen Handel ist irrelevant<sup>137</sup>, obschon die Rechtsprechung des EuGH Anhaltspunkte für eine Spürbarkeitsschwelle bietet<sup>138</sup>: Fraglich ist, ob in Anlehnung an die

<sup>135</sup> Die Monopolkommission, 60, hält Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem Handeln eines vernünftig denkenden Investors für nicht vereinbar; a.A. Scherer/ Schödermeier, 46. Scherer/Schödermeier's Annahme, 52, daß dann, wenn der Einfluß der Bonität der Beteiligten auf Kreditwürdigkeit und das "Standing" der Beteiligten Einfluß auf die Beihilferegeln des EG-Vertrages hätte, die öffentliche Hand niemals mehr Eigentümer eines Unternehmens sein könne, da dann wegen ihrer angeblich unbegrenzten Bonität in jedem Einzelfalle automatisch dem betroffenen Unternehmen eine Beihilfe gewährt würde, kann nicht gefolgt werden: Erstens ist eine Beschränkung der Haftung nach Umfang oder Höhe denkbar und zweitens muß Eigentum mit Haftung nicht notwendigerweise einhergehen. Wie sollte ansonsten auch differenziert werden zwischen Fällen, in denen die öffentliche Hand an Unternehmen unterschiedlich große Anteile hält? An späterer Stelle, 54, weisen Scherer/ Schödermeier, auf die Bedeutung von Eigentum neben Haftung hin.

<sup>136</sup> A.A. Monopolkommission, Börsenzeitung, 5.7.1996, 1: Die Landesbanken schütteten keine substantiellen Erträge aus, weshalb es an einer Gegenleistung fehle. Ohne eines solche würde ein "reasonable investor" sein Vermögen aber nicht für eventuelle Verbindlichkeiten der Institute verpfänden. Scherer/ Schödermeier, 47, hingegen, meinen, wegen der durchgängig erfolgreichen Entwicklung sowohl der Sparkassen als auch der Landesbanken könne deswegen die Übernahme von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht als übermäßig oder nicht marktgerecht bewertet werden.

<sup>137</sup> E. v. 17.11.1987, D/ BUG-Alutechnik, Abl. 1988 L 79, 29; EuGH, 20.9.1990, C-5/89, Slg. 1990, I-3437.

<sup>138</sup> EuGH, 25.6.1970, 47/69 Frankreich/ Kommission, Slg. 1970, 487, 496 Rn. 16f; EuGH, 14.10.1987, 248/84, Deutschland/ Kommission, Slg. 1987, 4013, 4041 Rn. 18; anders wohl EuGH, 21.3.1990, C-142/87, Belgien/ Kommission, Slg. 1990, I-1015, Rn. 43.

Bagatellgrenze der Kommission zur Eingrenzung notifizierungspflichtiger Beihilfen<sup>139</sup> eine De-Minimis-Regel den Anwendungsbereich des Art. 92 EG-Vertrag verkleinern sollte<sup>140</sup>. Zu überlegen ist, ob der anzuwendende Minimalbetrag das Transaktionsvolumen im öffentlichen Bankensektor widerspiegeln sollte: Ein Betrag, der den Wettbewerb in einem Industriesektor schon wesentlich beeinflussen mag, ist womöglich im Bankensektor vernachlässigenswert. Für vorliegende Untersuchung kann diese Frage offenbleiben, da die Begünstigungen für jede öffentlichrechtliche Bank jedenfalls einen dreistelligen Millionenbetrag pro Jahr ausmachen<sup>141</sup>, was auch im Bankenbereich spürbar ist<sup>142</sup>.

Auszunehmen von dem Kreis derjenigen Unternehmen, deren Begünstigung den Wettbewerb verfälscht und den Handel beeinträchtigt, sind Unternehmen, mit Privatbanken nicht konkurrieren, sondern kooperieren<sup>143</sup>. Neben den Landesbanken<sup>144</sup> könnten die Sparkassen eine Konkurrenz für Geschäftsbanken insofern darstellen, als Banken aus anderen Mitgliedsländern daran gehindert werden, sich auf dem deutschen Markt niederzulassen<sup>145</sup>.

Im Rahmen der Ermittlung des Verhältnisses zwischen haftendem Eigenkapital und den gewichteten Risikoaktiva eines Kreditinstituts gem. § 10 Kreditwesengesetz i.V.m. Grundsatz 1 (12) Nr. 1 (a) der Grundsätze über

<sup>139</sup> Gemeinschaftsrahmen für Beihilfen an kleine oder mittlere Unternehmen, Abl. 1992 C 213, 2, 4, Ziff. 3.2.

<sup>140</sup> dagegen: Koenig, Anstaltslast, 601.

<sup>141</sup> Die EG-Kommission, Non-paper, 11 f, beziffert den Wettbewerbsvorteil der öffentlichen Banken als "best case scenario" auf einen Betrag von 250 Mill. DM pro Jahr bei ausstehenden Anleihen mit einem Nennwert von 100 Mrd. DM.

<sup>142</sup> Nach der EG-Kommission, Non-paper, 4, kann, gemessen an der Bilanzsumme, der Marktanteil der mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ausgestatteten Banken am deutschen Bankengeschäft auf ca. 40% geschätzt werden.

<sup>143</sup> Nach der EG-Kommission, Non-paper, 4, sind dies vor allem die Spezialkreditinstitute zur Wohnungsbauförderung oder Förderung einheimischer Unternehmen, die Bausparkassen, und die KfW, DA, DSL, und LR, nicht aber die L-Bank.

<sup>144</sup> und hier vor allem die WestLB, vgl. Kommission, Non-paper, 32.

<sup>145</sup> Vgl. Kommission, Non-paper, 28.

das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute bietet das Institut der Gewährträgerhaftung nicht den Vorteil einer Nullanrechnung der betreffenden Aktiva. Nach allgemeiner Auffassung gilt Gewährträgerhaftung nicht als "ausdrückliche Gewährleistung durch Bund oder ein Land" i.S.d.o.g. Nr. 1 (a). Dasselbe gilt für § 13 Abs. I (a) des Vorentwurfes des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen zur Neufassung des Grundsatzes I, Stand 10. Mai 1996, zur Umsetzung eines Teils der EG-Kapitaladäquanrichtlinie.

Die praktische Relevanz von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wird durch die Anordnung einer Mindestkapitalisierung zur Stärkung der Finanzkraft für Krisenfälle also nicht nur hinsichtlich des Begünstigten selbst (der öffentlichrechtlichen Bank) reduziert<sup>146</sup>, sondern auch hinsichtlich der Vertragspartner: Die Ausstattungspflicht der Vertragspartner öffentlicher Banken ist nicht anders als gegenüber Geschäftsbanken, begünstigt also nicht Geschäftsabschlüsse mit öffentlichrechtlichen Banken, führt also nicht zu einer Ausweitung des Geschäftsvolumens mit öffentlichen Banken. In Hinsicht auf eine notwendige Mindestkapitalisierung ist der Sektor öffentlichrechtlicher Banken gegenüber den Geschäftsbanken demnach nicht begünstigt.

Der Grad an Sicherheit durch eine staatliche Garantie (jedenfalls eines "Zone-A" Landes i.S.d. EG-Solvabilitätsrichtlinie) ist ungleich höher als derjenige durch eine Garantie, Patronatserklärung, Verlustdeckungszusage des bestbewerteten privaten Unternehmens, oder das System der Einlagensicherung<sup>147</sup>.

Das politische Restrisiko eines Zahlungsaufschubs, Moratoriums oder rückwirkender Illegalität wird vom Markt im Hinblick auf "Zone-A" Länder vernachlässigt. Solche politischen Risiken würden im übrigen auch die

<sup>146</sup> Anstaltslast und Gewährträgerhaftung reduzieren das vorzuhaltende Eigenkapital einer öffentlichrechtlichen Bank nicht, Schneider/ Busch, Anstaltslast, 607.

<sup>147</sup> Im Ergebnis a.A. Schneider/ Busch, Anstaltslast, 608.

Verbindlichkeiten von Banken des jeweiligen Staates entweder direkt rechtlich miterfassen oder indirekt diese Banken entsprechend treffen. Die unbeschränkte Haftung eines Komplementärs oder des Gesellschafters einer Bank-OHG ist angesichts der begrenzten Haftungsmasse schon gar nicht mit einer unbegrenzten staatlichen Haftung vergleichbar. Auf die Auswirkungen einer staatlichen Absicherung auf eine Bewertung der Verbindlichkeiten und die Preisgestaltung wurde oben (unter A I a und B I b) bereits hingewiesen.

Ein höheres "credit ranking" und "standing" wird, soweit ersichtlich, auch nicht in Frage gestellt. Legitimiert wird eine solche Begünstigung mit dem Hinweis, solche Verbesserungen seien lediglich als "Reflex der Bonität der jeweiligen Muttergesellschaft" zu qualifizieren<sup>148</sup>. Dieser Hinweis geht fehl, denn nicht der Zweck einer Begünstigung ist entscheidend, sondern ihre Wirkung<sup>149</sup>.

Eine Verfälschung des Wettbewerbs bzw. eine Beeinträchtigung des Handels läge nicht vor, wenn Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als eine marktübliche<sup>150</sup> Gegenleistung für die gesetzliche Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben anzusehen wären<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> Schneider/ Busch, a.a.O.; Scherer/ Schödermeier's Hinweis, 52, unterschiedlich sei nicht das Verhalten, sondern die Bonität der Beteiligten, und auf die Bonität stellten die Beihilferegulungen des EG-Vertrags nicht ab, greift zu kurz: Das Verhalten des Anstaltsträgers ist maßgeblich dafür, ob eine Haftung auf bestimmte Verbindlichkeiten und auf eine bestimmte Haftungssumme beschränkt wird und von Auslösemechanismen wie etwa einem tatsächlichen Vorhalten eines vorgeschriebenen Stammkapitals abhängig gemacht wird. Die Kommission, Non-paper, 27, verweist darauf, daß eine private Holding-Gesellschaft ihre Bonität im Marktwettbewerb verdient hat, wohingegen die Bonität der Länder sich auf die wettbewerbsfremde Steuerhoheit stützt.

<sup>149</sup> EuGH, 2.7.1974, 173/ 73, Italien/ Kommission, Slg. 1974, 709, 718-719, Rn. 13; EuGH, 24.2.1987, 310/ 85, Deufil, Slg. 1987, 901, 923-924, Rn 7f; 3.10.1991, Alumina/ Comsal, Slg. 1991, 4458, Rn. 8 (Der EuGH hebt auf den "Umfang" der Kapitalhilfen ab).

<sup>150</sup> Generalanwalt Slynn, in: EuGH, Slg. 1984, 1492, 1501, - Deutschland/ Kommission. Eine symbolische Gegenleistung ist unbeachtlich, vgl. Scherer/ Schödermeier, 5.

<sup>151</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1985, 531, Tz. 16 ff. - ADBHU; vgl. a. Scherer/ Schödermeier, 41: Die öffentlich-rechtlichen Unternehmen gingen sonst als "lame ducks" an den Start. Allerdings räumen auch Scherer/

Ein Nachteilsausgleich -im Gegensatz zu einer Gegenleistung- vermag allerdings nur eine Bereichsausnahme nach Art. 92 II und III EG-Vertrag zu rechtfertigen<sup>152</sup>.

Eine Gegenleistung ist gekennzeichnet durch eine wechselseitige, wirtschaftliche Verbindung nach objektiv-wirtschaftlichen Kriterien<sup>153</sup>.

Symbolische Gegenleistungen werden nicht berücksichtigt<sup>154</sup>.

Im Hinblick auf Gewährträgerhaftung ist die Annahme einer wechselseitigen Verbindung zweifelhaft, da ein subjektives Recht einer dritten Partei geschaffen wird, die von der öffentlichen Pflichterfüllung nicht notwendigerweise betroffen ist. Ob die unbeschränkte Einstandspflicht unter Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ein marktwirtschaftliches Gegengewicht gegen die umfassenden Dienstleistungsaufgaben einer öffentlichrechtlichen Bank darstellt, läßt sich nicht quantifizieren<sup>155</sup>: Anders als bei unbegrenzten Haftungszusagen Privater<sup>156</sup> steht durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unbegrenztes Haftungskapital zur Verfügung<sup>157</sup>. Der Wert solcher unendlicher Ressourcen hängt zwar unmittelbar von der Bonität des Haftenden ab und ist so betrachtet ein relativer Begriff<sup>158</sup>, in concreto geht es aber um die Haftung von Bund und Ländern. Die Wahrscheinlichkeit der Rückzahlungen der Verbindlichkeiten von Bund und Ländern werden allgemein bestens bewertet.

---

Schödermeier, 47 f, ein, daß durch den Ausbau der Universalbanktätigkeit der Landesbanken die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben "etwas" in den Hintergrund ihrer Tätigkeit getreten ist.

<sup>152</sup> V. Wallenberg, GS für Grabitz, 867, 872; a.A. Scherer/Schödermeier, 39 ff.

<sup>153</sup> Koenig, Anstaltslast, 600.

<sup>154</sup> Vgl. Scherer/Schödermeier, 5.

<sup>155</sup> Nach Börsenzeitung, 5.7.1996, 1, und Spiegel, 8.4.1996, 105, beziffert die Kommission den Wettbewerbsvorteil der öffentlichen Banken, je nach Größe, auf Beträge zwischen 250 und 500 Mill. DM pro Jahr. Dieser Vorteil liege bei einigen Landesbanken in den letzten Jahren über den Gewinnen nach Steuern.

<sup>156</sup> z.B. in Form von "harten" Patronatserklärungen, Garantien, Bürgschaften, oder Verlustdeckungszusagen.

<sup>157</sup> Koenig, a.a.O.; EuGH, s. FN 63.

<sup>158</sup> Vgl. Schneider/ Busch, Anstaltslast, 608.

Teilweise wird in Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auch ein Ersatz für ein fehlendes Stammkapital juristischer Personen gesehen<sup>159</sup>. Im Falle eines "Stammkapitals" öffentlichrechtlicher Banken, das vollumfänglich vorhanden ist, mag dies weniger zutreffend sein<sup>160</sup>. Maßgebliche Überlegung muß jedenfalls sein, daß eine unbegrenzte staatliche Gewährleistung eine Sicherheit nach Kapitalgesellschaftsrecht trotz im Vergleich dazu ungleich geringerer Kostenlast<sup>161</sup> weit übertrifft, und von daher keine Gegenleistung nach objektiv-wirtschaftlichen Kriterien darstellt. Im übrigen steht nichts einer Ausstattung der öffentlichrechtlichen Banken mit gesetzlichem Mindestkapital im Falle einer Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung entgegen und darf der Rangunterschied zwischen Gesellschaftsrecht und primärem Gemeinschaftsrecht nicht vernachlässigt werden<sup>162</sup>.

Alleine durch den Grundsatz der Anerkennung eines gemischten Systems von privaten und öffentlichrechtlichen Unternehmen<sup>163</sup> läßt sich eine Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gleichfalls nicht rechtfertigen<sup>164</sup>. Wie ein gemischtes System beschaffen zu sein hat, damit es mit den Erfordernissen des EG-Vertrages in Einklang steht, ist gerade Gegenstand der Prüfung<sup>165</sup>.

<sup>159</sup> Scherer/ Schödermeier, 38; vgl. auch Schneider/ Busch, 605 f.

<sup>160</sup> Vgl. Koenig, Anstaltslast, 597 f; zutreffend weisen Schneider/ Busch, 606, allerdings darauf hin, daß die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungspflichten in Bezug auf ein solches Dotationskapital mit dem Kapitalgesellschaftsrecht nicht zu vergleichen sind.

<sup>161</sup> Vgl. Scherer/ Schödermeier, 47.

<sup>162</sup> Vgl. Kommission, Non-paper, 26.

<sup>163</sup> Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten, Art 92 und 93 EWG-Vertrag, ABIEG 1995, C 307/ 3, Tz. 4.

<sup>164</sup> S.o. FN 66; vgl. a. Scherer/ Schödermeier, 41: Dies sei die einzig mögliche Folgerung aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen, jedenfalls, solange der Ausgleich nicht übermäßig, und damit marktgerecht wäre..

<sup>165</sup> Auch Scherer/ Schödermeier, 41, halten den Ausgleich durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nur solange für gerechtfertigt durch den Grundsatz der Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen, als der Ausgleich nicht übermäßig, und damit marktgerecht ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Ausgleich gerade übermäßig.

Auch der Hinweis, die Notifizierungspflicht stelle eine Benachteiligung öffentlichrechtlicher gegenüber privaten Unternehmen dar<sup>166</sup>, greift zu kurz. Nur beihilfeverdächtige Unterstützung im Hinblick auf öffentlichrechtliche Banken muß notifiziert werden, keinesfalls eine jegliche Unterstützung. Private Unternehmen unterliegen genau denselben Regeln wie öffentlichrechtliche<sup>167</sup>.

Die unterschiedliche Finanzkraft und Bonität von Banken mit vergleichbarem öffentlichem Aufgabenspektrum<sup>168</sup> weist darauf hin, daß auch die Bewältigung öffentlicher Aufgaben neben der Betätigung in profitablen Geschäftsbereichen unterschiedlich ertragreich ausfallen kann. Ein Gegengewicht könnte daher von vorneherein fehlen bei ertragreichen öffentlichrechtlichen Banken.

Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, daß bei krisenanfälligen Instituten, also gerade dort, wo Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zum Zuge kommen könnten, eine Verfälschung des Wettbewerbs bzw. eine Beeinträchtigung des Handels nicht vorliegen könnte, d.h. die Prüfung des Art. 92 EG-Vertrag ohne Folgen bliebe. Der Geschäftserfolg einer öffentlichrechtlichen Bank darf nicht ausschlaggebend dafür sein, ob eine staatliche Begünstigung zu Recht gewährt wird<sup>169</sup>. Das Kriterium der Gegenleistung knüpft an die öffentlichen Aufgaben, nicht an den Geschäftserfolg an. Eine Subventionierung erfolgloser Banken ist mit dem Grundgedanken von Art. 92 EG-Vertrag gerade nicht vereinbar.

---

<sup>166</sup> Scherer, Schödermeier, 43.

<sup>167</sup> Vgl. den WestLB-Fall.

<sup>168</sup> Vgl. etwa § 5 Satzung der Landesbank Saar Girozentrale und Art. 4 Gesetz und Satzung Bayerische Landesbank Girozentrale.

<sup>169</sup> Vgl. Kommission, Non-paper, 16: "...keinerlei gesetzliche Vorschriften existieren, die die Landesbanken zwingen, im Rahmen ihrer gesetzlich vorgeschriebenen "Pflichten" Geschäfte zu nicht marktgerechten Bedingungen abzuwickeln." Die Kommission verweist weiterhin darauf, daß im allgemeinen ein Garantiegeber die Landesbanken für die Übernahme unrentabler Geschäfte gesondert entschädigt.

Ohnehin ist eine Differenzierung danach, ob Geschäfte innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Aufgabenspektrums abgeschlossen werden<sup>170</sup>, nicht möglich<sup>171</sup> und nicht sachgerecht<sup>172</sup>: Bei der Begebung von Anleihen ist nicht zuordenbar, zu welchen Zwecken eingenommene Gelder verwandt werden<sup>173</sup>. Im übrigen ist eine öffentlichrechtliche Bank zur Erfüllung ihres Auftrages auch zu klugem Finanzmanagement verpflichtet: Dies mag durchaus Derivat-Geschäfte zu Absicherungs (hedging)-Zwecken an internationalen Finanzmärkten, Arbitragegeschäfte zur Gewinnmaximierung oder die Anlage überschüssiger Gelder (liquidity management) beinhalten. Die Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung soll auch solchen Geschäften (die durch die jeweilige Satzung ausdrücklich gestattet

<sup>170</sup> Vgl. Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), Art. 92 EGV, Rn. 7 m.w. Nachw.: Beihilfe kann nur in dem überschießenden, d.h. nicht von einer Gegenleistung gedeckten Betrag zu sehen sein. Scherer/ Schödermeier, 48 f, meinen, die Ausdehnung des Tätigkeitsbereiches der öffentlichrechtlichen Banken über den Bereich der öffentlichen Aufgaben hinaus könne an der Wirksamkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nichts ändern, um eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zu vermeiden, da eine vernünftige Grenzziehung zwischen angeblich subventionierten und tatsächlich wirtschaftlich unabhängigen Geschäftsbereichen nicht möglich sei. Ein Rekurs auf eine unerträgliche Rechtsunsicherheit ist aber eine petitio principii: Rechtsunsicherheit besteht nur solange bis die Kommission aufgrund Notifizierung Stellung genommen hat. Die Prüfungsfristen der Kommission erscheinen nicht unerträglich lange, vor allem in Hinblick auf die tatsächlich bereits verstrichene Zeit, in der die Beihilfen existieren, ohne notifiziert worden zu sein. Daß eine Grenzziehung nicht möglich ist, trifft zu, spricht aber eher gegen das Vorliegen eines Gegengeschäftes als für die Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Vertrag. Das Urteil EuGH v. 9.8.1994, Office National du Dueroire, Slg. 1994, 3874 ff, Tz. 28, 31 ff, in dem ein Unternehmen EG-rechtskonform den Tätigkeitsbereich ausdehnt, weil ihr dies bereits vor Inkrafttreten des EG-Vertrages gestattet war, gibt entgegen Scherer/ Schödermeier, a.a.O., für vorliegende Fragestellung unmittelbar nichts her, da gerade untersucht werden muß, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sog. "Altbeihilfen" sind und ob sie als Altbeihilfe auch im Falle einer Ausdehnung des Tätigkeitsbereiches dem Anwendungsbereich des EG-Vertrages entzogen sind.

<sup>171</sup> Schneider/ Busch, Anstaltslast, 603, 607: "unter rein praktischen Aspekten schwierig", "im Außenverhältnis (Gewährträgerhaftung) einer sektoriellen Begrenzung nicht zugänglich".

<sup>172</sup> Vgl. Schneider/ Busch, Anstaltslast, 606; Schneider/ Busch, Swapgeschäfte, 326; Scherer/ Schödermeier, 44; Müller-raff, ZHR 1988, 422; a.A. wohl Koenig, a.a.O., unter Berufung auf EuGH (EFIM), 5.

<sup>173</sup> Schneider/ Busch, Anstaltslast, 607.

sind) zugute kommen, damit die Bank ihren Kernauftrag um so erfolgreicher erfüllen kann.

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sind demnach keine marktübliche Gegenleistung für die gesetzliche Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben<sup>174</sup>. Eine Verfälschung des Wettbewerbs und eine Beeinträchtigung des Handels liegt vor.

Sollte -entgegen der hier vertretenen Ansicht<sup>175</sup> - angenommen werden, daß die Geschäftspartner öffentlichrechtlicher Banken grundsätzlich in den Kreis der Begünstigten gehören, so scheidet im Ergebnis deren Begünstigung aber aus: Es liegt eine Gegenleistung vor, da die Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung erkaufte durch die Verausgabung von Krediten oder Kreditäquivalenten<sup>176</sup>. Die Einnahmen der Geschäftsbank stellen wirtschaftlich einen bloßen Ausgleich für ein eigenes Tätigwerden des Staates dar.

---

<sup>174</sup> Monopolkommission, 60: "Unstreitig ist auch, daß die Landesbanken keinen öffentlichen Auftrag mehr haben, der als Gegenleistung für eine umfassende Absicherung dienen kann. Sie agieren auf den nationalen und internationalen Märkten nicht anders als andere inländische und ausländische Großbanken. Da Landesbanken und Sparkassen keine substantiellen Erträge ausschütten, erhalten die Gesellschafter (Länder, Kommunen) keinen Gegenwert für ihre Garantiezusagen"; Kommission, Non-paper, 13 f: "Die Banken werden ... weder mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut, die die unbeschränkten Garantien rechtfertigen würden, noch sind irgendwelche anderen Dienstleistungen erkennbar, die die finanziellen Vorteile ausgleichen" ..

<sup>175</sup> Vgl. oben unter B I (b).

<sup>176</sup> Vgl. Scherer/ Schödermeier, 68, auch im folgenden.

## C) Konsequenzen.

### **D) Mögliche hoheitliche und gerichtliche Maßnahmen.**

#### **a) Kommission und Gerichtshof.**

Die Kommission ist nach Art. 93 EG-Vertrag berechtigt, über die Zulässigkeit einer Beihilfe zu befinden. Sie darf eine Beihilfe nicht alleine deshalb mit Wirkung für die Zukunft untersagen, weil sie nicht ordnungsgemäß notifiziert wurde<sup>177</sup>. Allerdings bleibt eine nicht notifizierte Beihilfe mit Wirkung für die Vergangenheit rechtswidrig, wenn die Kommission bei der materiellen Prüfung eine Vereinbarkeit der konkreten Beihilfemaßnahme mit dem EG-Vertrag feststellt<sup>178</sup>. Dies soll der erhöhten praktischen Wirksamkeit der EG-Beihilferegeln dienen<sup>179</sup> ("effet utile"<sup>180</sup>).

Dies wird teilweise als unangemessene Risikoverteilung betrachtet in Fällen, in denen später die materielle Vereinbarkeit festgestellt wird, weil der unzulässige Vorteil des Begünstigten darin bestünde, die Leistung zu früh erhalten zu haben<sup>181</sup>. Es erscheint einem Begünstigten aber zumutbar, nach den Vorschriften des EG-Vertrages zu notifizieren und so ein jegliches Risiko auszuschließen. In Zweifelsfällen ist zu notifizieren<sup>182</sup>. Im übrigen ist das Risiko praktisch<sup>183</sup> insoweit der Höhe nach beschränkt, daß der

<sup>177</sup> EuGH, 14.2.1990, Frankreich/ Kommission, C 301/ 87, Slg. 1990 I 307, 354, Rn. 11.

<sup>178</sup> EuGH, EuZW 1993, 62, Tz. 14 ff - Federation Nationale.

<sup>179</sup> Vgl. Jestaedt, EuZW 1993, 51.

<sup>180</sup> EuGH, v. 21.11.1991, EuZW 1993, 62 - Federation Nationale.

<sup>181</sup> Vgl. Klanten, 541 f.

<sup>182</sup> Vgl. Groeben/ Thiesing/ Ehlermann (Wenig), Art. 93, Rn. 45.

<sup>183</sup> Vgl. die Praxis der Kommission, die Rückzahlung des "formell rechtswidrigen" Teils der Beihilfe, nämlich die vor Abschluß des Prüfungsverfahrens gemachten Zuwendungen, nur insoweit zu verlangen, als die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, d.h. in Höhe der "materiellen Rechtswidrigkeit", z.B. Entscheidung der Kommission zur Beihilfe des Landes Berlin zugunsten der Daimler-Benz AG v. 4.4.1992, ABIEG Nr. L 263 v. 9.9.1992, 15. Allerdings hätte die Kommission das Recht, die Rückforderung in

gegebenenfalls zu erstattende Vorteil auf das Äquivalent des Marktvorteils bis zur Entscheidung begrenzt ist.

Ein Risiko in der Beurteilung, ob die Maßnahme mit den Bestimmungen des EG-Vertrages im Einklang steht, darf nicht die Geschäftsbank treffen, da sie für die Herstellung der Vereinbarkeit nicht verantwortlich ist und auch, wie oben gezeigt, von den Folgen einer Unvereinbarkeit nicht betroffen ist<sup>184</sup>. Aus Art. 93 III 3 EG-Vertrag kann nicht ein anderes deshalb folgen, um dem Vertrag eine gesteigerte Durchsetzungskraft zu verleihen: Der Zweck des Durchführungsverbots gebietet es nicht, in das Beihilfeverbot nach Art. 92 EG-Vertrag auch solche Maßnahmen einzubeziehen, die die eigentliche Beihilfe begleiten, wodurch der Anwendungsbereich des Art. 93 III 3 EG-Vertrag über denjenigen des materiell-rechtlichen Beihilfeverbotes hinausginge<sup>185</sup>. Art. 93 EG-Vertrag sucht formell das materielle Beihilfeverbot des Art. 92 EG-Vertrag zu komplementieren. Gegen eine Ausdehnung der materiellen Reichweite von Art. 93 EG-Vertrag über diejenige von Art. 92 EG-Vertrag hinaus spricht auch die Praxis der Kommission, nur Beihilfen zurückzufordern, soweit sie materiellrechtlich nicht angemessen sind. Auch der EuGH will eine effektive Durchsetzung des Beihilfeverbots über eine Verschärfung der Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 92 EG-Vertrag erreichen<sup>186</sup>.

Die Kommission kann nach Art. 93 II 1 EG-Vertrag den betreffenden Staat auffordern, die Begünstigung aufzuheben<sup>187</sup> und gewährte Leistungen zurückzufordern<sup>188</sup>; dazu kann sie oder ein anderer Mitgliedstaat den EuGH

---

voller Höhe ungeachtet einer teilweisen materiellen Vereinbarkeit zu fordern, vgl. Jestaedt, 51 f.

<sup>184</sup> Vgl. a. Frisinger/ Behr, 713.

<sup>185</sup> Habersack, 679 f.

<sup>186</sup> Vgl. EuGH, Slg. I 1991, 5528 f mit Ausführungen von GA Jacobs.

<sup>187</sup> Wie dies zu geschehen hat, steht grundsätzlich im Ermessen des Mitgliedstaates, vgl. Hopt/ Mestmäcker, 759.

<sup>188</sup> Der Wettbewerbsvorteil muß beseitigt werden: EuGH, 14.9.1994, Spanien/ Kommission, 278/ 92, Slg. I 4103, 4169, Rn. 75; 21.3.1990, Belgien/ Kommission, C 142/ 87, Slg. I 1020, Rn. 66; dies ist ggf. schon dann der Fall, wenn die Mittel dem Begünstigten entzogen sind,

anrufen<sup>189</sup>. Art. 93 II 2 EG-Vertrag erleichtert eine solche Klageerhebung nach Artt. 169, 170 EG-Vertrag, indem er Äußerungen der betroffenen Mitgliedstaaten entbehrlich macht<sup>190</sup>. Per einstweiliger Verfügung kann die Kommission die Mitgliedstaaten daran hindern, nicht notifizierte Beihilfen durchzuführen<sup>191</sup>.

Einzelne können sich auf Einzelfallentscheidungen der Kommission nach Art. 93 II EG-Vertrag berufen, nicht aber auf allgemeine Verbote nach Art. 92 I EG-Vertrag<sup>192</sup>: Die Nichteinhaltung der Voraussetzungen des Art. 92 EG-Vertrag kann ein Wettbewerber des Beihilfeempfängers nicht unmittelbar gegenüber staatlichen Behörden oder Gerichten angreifen<sup>193</sup>. Ein Mitgliedstaat, der von einer negativen Entscheidung der Kommission nach Art. 92 EG-Vertrag betroffen ist, kann hingegen Anfechtungsklage gem. Art. 173 EG-Vertrag erheben, nach Ablauf der Zwei-Monatsfrist des Art. 173 III EG-Vertrag allerdings nicht in einem Verfahren nach Art. 169 EG-Vertrag<sup>194</sup>. Der Beihilfeempfänger selbst kann die Entscheidung der Kommission nur vor dem EuGH anfechten, nicht aber später vor nationalen Gerichten, weil die Gestaltungswirkung einer Kommissionsentscheidung unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht auch von nationalen Gerichten zu beachten ist<sup>195</sup>. Trifft die Kommission nach Vorprüfung eines Eintritts in das Verfahren nach Art. 93 II EG-Vertrag eine Unbedenklichkeitsentscheidung<sup>196</sup> i.S.v. Art. 189 EG-Vertrag, so kann der betroffene Mitgliedstaat Klage nach Art. 173 I EG-Vertrag und nicht

und z.B. an eine Holding-Gesellschaft zurückgeführt wurden, vgl. EuGH, 4.4.1995, Kommission/ Italien, C 350/ 93 (ENI).

<sup>189</sup> EuGH, 12.7.1973, Kommission/ Deutschland, Rs. 70/ 72, Slg. 813, 829, Rn. 13.

<sup>190</sup> Vgl. Grabitz/ Hilf (v. Wallenberg), Art. 93, Fn. 31.

<sup>191</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1990, 163, Tz. 19 f - Boussac; Klanten, 540.

<sup>192</sup> EuGH, 19.6.1973, Capolongo, Rs. 77/72, Slg. 611, 622, Rn. 6.

<sup>193</sup> Frisinger/ Behr, 709.

<sup>194</sup> Vgl. Grabitz/ Hilf (v. Wallenberg), Art. 93, Rn. 30 f.

<sup>195</sup> Vgl. Frisinger/ Behr, 710; EuGH, Slg. I 1994, 883 - Textilwerke Deggendorf.

<sup>196</sup> EuGH, Rs. 20/ 73, Lorenz, Slg. 1973, 1471, 1481: "Guter Verwaltungsstil"; Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), Art. 93, Rn 59: Kommission dazu nicht verpflichtet.

begünstigte, aber individuell und unmittelbar betroffene Unternehmen nach Art. 173 II EG-Vertrag erheben<sup>197</sup>.

Die Entscheidungsmöglichkeiten der Kommission unterscheiden sich danach, ob die konkrete Beihilfe eine "bestehende" i.S.d. Art. 93 EG-Vertrag ist, oder nicht. Bestehende Beihilfen sind solche, die bei Inkrafttreten des EG-Vertrages in dem entsprechenden Mitgliedstaat bereits bestanden<sup>198</sup>, ohne daß sie nach diesem Datum materiell umgestaltet wurden<sup>199</sup>. Der Grundsatz, den Vorschriften des EG-Vertrags größtmögliche Wirksamkeit zukommen zu lassen ("effet utile"), könnte dafür sprechen, den Begriff "bestehend" restriktiv auszulegen<sup>200</sup>. Bestehende Beihilfen überprüft die Kommission nach Art. 93 I EG-Vertrag fortlaufend, damit einer veränderten Wettbewerbssituation begegnet werden kann<sup>201</sup>. Die Kommission darf einem Mitgliedstaat auferlegen, eine bestehende Beihilfe mit Wirkung für die Zukunft umzugestalten oder abzuschaffen<sup>202</sup>. Nicht "bestehende" Beihilfen darf ein Mitgliedstaat arg. e Art. 93 III 3 EG-Vertrag vor Genehmigung durch die Kommission nicht durchführen (Sperrwirkung des Kontrollverfahrens)<sup>203</sup>.

Teilweise wird geltend gemacht, der Status fast aller Landesbanken als öffentlichrechtliche Kreditinstitute mit Gewährträgerhaftung und Anstaltslast sei bereits vor dem 1.1.1958<sup>204</sup> begründet worden, so daß Art. 93 III 3 EG-Vertrag keine Anwendung finde<sup>205</sup>. Daran änderten die Fusionen bestehender Institute nach dem 1.1.1958 nichts, da eine formelle Umgestaltung am materiellen Status des Unternehmens nichts ändere. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, daß auch Anstaltslast einer geschriebenen

<sup>197</sup> Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), a.a.O., Rn. 61a, m.w. Nachw..

<sup>198</sup> Vgl. Klanten, 540; EuGH, EuZW 1994, 346, Tz. 19..

<sup>199</sup> Vgl. Scherer/ Schödermeier, 56.

<sup>200</sup> So Schneider/ Busch, in unveröffentlichtem Gutachten.

<sup>201</sup> Vgl. Klanten, 540.

<sup>202</sup> EuGH, C-47/91 - Italien/ Kommission, Slg. 1992, I-4161; C-387/92 - Banco de Credito/ Ayuntamiento, Slg. 1994, I-909.

<sup>203</sup> Vgl. Magiera, 217.

<sup>204</sup> bzw. vor dem 3.10.1990 in Bezug auf die neuen Bundesländer, vgl. v.d. Groeben/ Thiesing/ Ehlermann (Wenig), Art. 93, Rn. 4.

<sup>205</sup> Scherer/ Schödermeier, 56 ff, auch zum folgenden, mit Verweis auf das Beispiel der Bayerischen Landesbank Girozentrale in Fn. 124..

Rechtsgrundlage zu ihrer Entstehung bedarf, kann auf den Zeitpunkt des ersten Hinweises auf ein solches Rechtsinstitut nicht abgestellt werden<sup>206</sup>, ebensowenig auf den Zeitpunkt der Gründung der betreffenden Anstalt<sup>207</sup>. Hingegen sollte bei Anstaltslast wie bei Gewährträgerhaftung<sup>208</sup> auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Gesetzesnorm abgestellt werden. Im Falle einer materiellen Änderung der Beihilfavorschriften, d.h. wesentlicher Teile, so daß die Änderung geeignet ist, den Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern der Mitgliedstaaten zu beeinflussen<sup>209</sup>, gilt das Datum des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes<sup>210</sup>. Mögliche Fallgestaltungen<sup>211</sup> einer materiellen Änderung sind eine Erweiterung des Gläubigerkreises (etwa im Falle einer Verschmelzung), oder des Tätigkeitsgebietes der Anstalt.

Die Kommission kann auch eine allgemein geltende Beihilferegelung, ein Programm, genehmigen<sup>212</sup>. Wäre etwa die Absicherung der Verbindlichkeiten von öffentlichrechtlichen Sparkassen durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung generell genehmigt, müßte im Hinblick auf eine neuzugründende Sparkasse nicht mehr notifiziert werden. Eine solche Genehmigungspraxis wird durch die Kommission derzeit überprüft<sup>213</sup>.

Die konkreten Maßnahmen zur Beseitigung einer Marktstörung hat die Kommission im Einklang mit Sinn und Zweck des EG-Vertrages festzulegen. Die Rückforderung ist per se "logische Folge" der Rechtswidrigkeit und daher einer Verhältnismäßigkeitskontrolle nicht unterworfen<sup>214</sup>. Arg. e Art.

<sup>206</sup> Vgl. Schneider/ Busch, in unveröffentlichtem Gutachten.

<sup>207</sup> So aber Schneider/ Busch, in unveröffentlichtem Gutachten.

<sup>208</sup> Insofern Schneider/ Busch, in unveröffentlichtem Gutachten.

<sup>209</sup> Vgl. Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), Art. 3, Rn 50.

<sup>210</sup> Schneider/ Busch, in unveröffentlichtem Gutachten, verweisen darauf, daß eine vorvertragliche in eine genehmigungspflichtige Beihilfe umschlagen kann.

<sup>211</sup> Vgl. Schneider/ Busch, unveröffentlichtes Gutachten.

<sup>212</sup> Vgl. Scherer/ Schödermeier, 18.

<sup>213</sup> Vgl. Hopt/ Mestmäcker, 757.

<sup>214</sup> EuGH, 21.3.1990, Belgien/ Kommission, C 142/ 87, Slg. I-959, 1020, Rn. 66; 14.9.1994, Spanien/ Kommission, C 278/ 92 u.a., Slg. I 4103, 4169, Rn. 74.

93 II EG-Vertrag steht der Kommission allerdings ein Ermessen zu, wie im einzelnen die Rückforderung zu erfolgen hat<sup>215</sup>. Ob "praxisgerechte Lösungen"<sup>216</sup>, die lediglich nachträgliche Anzeigen, nicht aber - von krassen Ausnahmeforderungen abgesehen - Rückforderungen vorsehen und sich praktisch in Warnhinweisen für die Zukunft erschöpfen, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, ist sehr fraglich. Würde eine Verletzung der Vorschriften des EG-Vertrages nicht sanktioniert, so ließen sich die Beihilferegeln des Art. 92 EG-Vertrag nicht durchsetzen. Nach Art. 155 EG-Vertrag hat die Kommission aber die Aufgabe, für die Anwendung dieses Vertrages Sorge zu tragen.

Im Falle von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung darf nicht darauf abgestellt werden, daß aufgrund der Beihilfe konkrete Zahlungen noch nicht erfolgten, da die Absicherung sich bereits im Markt auswirkte. Die Absicherung darf nicht einfach rückwirkend entfallen, damit nicht die Gläubiger anstatt der Begünstigten die Leidtragenden sind. Praktisch hätte eine Rückforderung zu bedeuten, daß die begünstigten öffentlichrechtlichen Banken das Marktäquivalent der Absicherung an den Anstaltsträger zu leisten hätten. Die Geschäftspartnerbanken wären nach wie vor besichert. Gegebenenfalls könnte das Marktäquivalent einer Absicherung durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung "getauscht" werden gegen eine solche Absicherung selbst, um die "Landschaft zu bereinigen", d.h. die Geschäftsbanken würden mit Barmitteln ausgestattet, die eine ihnen günstigere Preisstruktur von sodann unbesicherten Geschäften darstellen würden.

---

<sup>215</sup> vgl. Jestaedt, 50

<sup>216</sup> Vgl. Klanten, 544.

## b) Nationale Behörden und Gerichte.

In Ermangelung von gemeinschaftsrechtlichen Normen über Rückabwicklungsverfahren hat eine Rückabwicklung nach nationalem Recht nach Maßgabe von Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu erfolgen<sup>217</sup>.

Eine Beihilfe muß dem Verfahren nach Art. 93 EG-Vertrag unterworfen werden. Per Konkurrentenklage kann die Nichteinhaltung des Verfahrens nach Art 93 III 3 EG-Vertrag gerügt werden<sup>218</sup>. Nationale Gerichte und Behörden müssen dann entscheiden, ob eine Beihilfe vorliegt und ob die betreffende Maßnahme nicht durchgeführt werden darf<sup>219</sup>. Einstweilige Verfügungen sind genauso möglich wie Rückzahlungsanordnungen und Verurteilungen zu Schadensersatz<sup>220</sup>. Mitgliedstaatliche Gerichte können im Vorlageverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag überprüfen lassen, ob eine Begünstigung nach Art. 93 III 3 EG-Vertrag eine Beihilfe nach Art. 92 EG-Vertrag darstellt<sup>221</sup>. Denkbar sind auch Klagen gegen die nationale Durchführung einer Rückforderungsmaßnahme vor dem zuständigen Verwaltungsgericht<sup>222</sup>.

Beihilfen können nur von Mitgliedstaaten zurückverlangt werden, da diese, und nicht die Kommission, sie gewährt haben<sup>223</sup>. Die Rückforderung kann von der Kommission gegebenenfalls per Klage nach Art. 169 EG-Vertrag gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat durchgesetzt werden: Art. 5 EG-

<sup>217</sup> EuGH, 8.6.1995, Siemens/ Kommission, T 459/ 93.

<sup>218</sup> Vgl. Klanten, 541.

<sup>219</sup> Vgl. Hopt/ Mestmäcker, 761.

<sup>220</sup> Vgl. Lenz (Rawlinson), Art. 93 Rz. 19, m.w. Nachw. ; vgl. a. Ehlermann, State Aids, 435 f.

<sup>221</sup> Zeitaufwendig, vgl. Schütterle, 395.

<sup>222</sup> Wobei zweifelhaft zu sein scheint, welches dies ist, vgl. Schütterle, 395.

<sup>223</sup> Vgl., auch zum folgenden, Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), Art. 93 EG-Vertrag, Rn. 72.

Vertrag verpflichtet die Mitgliedstaaten, mit dem gemeinsamen Markt von der Kommission für unvereinbar erklärte Beihilfen zurückzufordern<sup>224</sup>.

Die Rückforderung gewährter Beihilfen am Beispiel staatlich verbürgter Kredite durch Kreditinstitute erfolgt im Dreieck, so daß Mängel in einem Verhältnis nicht auf ein anderes durchschlagen<sup>225</sup>. Das Valutaverhältnis besteht in solchen Fällen zwischen dem zu subventionierenden Unternehmen und der öffentlichen Hand. Das Deckungsverhältnis besteht zwischen der öffentlichen Hand und der kreditausreichenden Bank. Das Ausführungsverhältnis besteht zwischen Bank und Unternehmen.

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung decken wirtschaftlich das Risiko eines Außenstandes einer öffentlichrechtlichen Bank ab und wollen einen Wert (Valuta) für die öffentlichrechtliche Bank<sup>226</sup> schaffen. Die zum Überweisungsverkehr aufgrund Bürgschaft entwickelten Grundsätze sind daher übertragbar auf eine Absicherung von Kredit-, Derivat- oder Kapitalmarktgeschäften durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung. Eine Unwirksamkeit dieser Absicherung wirkte sich demnach nur im Valutaverhältnis aus.

Die Beihilfegewährung erfolgt im Falle von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zweistufig<sup>227</sup> durch privatrechtliche Durchführung von (Bank-) Geschäften aufgrund begünstigendem Verwaltungsakt, so daß eine Rückforderung nach § 48 VwVfG bzw. nach den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hätte<sup>228</sup>. Dies erfolgte durch sog. actus contrarius oder analog §§ 812 ff BGB<sup>229</sup>.

<sup>224</sup> Vgl. Jestaet, 50.

<sup>225</sup> Vgl. Hopt/ Mestmäcker, 802 ff, auch im folgenden.

<sup>226</sup> Vgl. o., S. 26 ff.

<sup>227</sup> Vgl. dazu BGHZ 40, 210.

<sup>228</sup> Vgl. Hopt/ Mestmäcker, 803; BVerwG, 17.2.93, NJW 93, 2764.

<sup>229</sup> Nachweise bei Schneider, NJW 92, 1200.

Auf gemeinschaftsrechtlichen<sup>230</sup> oder mitgliedstaatlichen, gemeinschaftsrechtlich anerkannten<sup>231</sup>, Vertrauensschutz kann sich ein Unternehmer nicht berufen, wenn der ihn begünstigende Mitgliedstaat nicht gem. Art. 93 EG-Vertrag ordnungsgemäß notifiziert hat, sofern die Kommission nachträglich die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem EG-Vertrag feststellt<sup>232</sup>. Der Begünstigte ist nicht schutzwürdig, wenn er die Beachtung des einzuhaltenden Verfahrens nicht überprüft hat<sup>233</sup>. Das BVerwG meint, eine Abwägung von Vertrauensschutz Gesichtspunkten nach § 48 II VwVfG führe regelmäßig zu einem Überwiegen von Gemeinschaftsinteresse<sup>234</sup>.

Eine Nichtnotifizierung gem. Art. 93 III EG-Vertrag oder eine Entscheidung der Kommission dahingehend, daß die betreffende Maßnahme nicht durchgeführt werden darf, führt nicht zu deren Nichtigkeit nach §§ 134 BGB, 44 VwVfG<sup>235</sup>, da die Wirkungen des Durchführungsverbots im mitgliedstaatlichen Recht nicht weiterreichen dürfen als eine abschließende Kommissionsentscheidung, die die Unvereinbarkeit aufgrund einer Ermessensentscheidung nach materiellrechtlicher Prüfung feststellt<sup>236</sup>. Eine Nichtigkeit müßte sich gegen beide Parteien richten<sup>237</sup>; die Rückabwicklung der Beihilfe darf aber nicht zu Lasten Dritter gehen<sup>238</sup>. Die abgesicherte Bank

<sup>230</sup> EuGH, 24.2.1987, Deufil/ Kommission, 310/ 85, Slg. 901, 927, Rn. 20 ff.

<sup>231</sup> EuGH, 21.9.1983, Deutsche Milchkontor/ Deutschland, 205-215/ 92, Slg. 2633, 2668, Rn. 29.

<sup>232</sup> EuGH, 20.9.1990, Kommission/ Deutschland, Slg. 1990, 3437, 3456 f, Rn. 13 f; Frisinger/ Behr, 709; OVG Münster, EuZW 1992, 286 ff; Grabitz/ Hilf (von Wallenberg), Art. 93, Rn. 74.

<sup>233</sup> Vgl. Niemeyer, 277; a.A. wohl (noch?) Schneider, Subventionsverhältnisse, 1201: *Die abstrakte Kenntnis der Beihilfavorschriften könne nicht bei allen Gewerbetreibenden vorausgesetzt werden.* Dies erscheint allerdings jedenfalls im Hinblick auf durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgesicherte öffentlichrechtliche Banken angesichts der öffentlichen Diskussion für zumindest überholt.

<sup>234</sup> BVerwGE v. 17.2.93, DVBl 1993, 727 f.

<sup>235</sup> Steindorf, 488; Ress, EuZW 1992, 161: Es fehle an einer Art. 85 II EWGV entsprechenden Bestimmung; a.A. wohl Scherer/ Schödermeier, 73, für den Fall einer Nichtnotifizierung.

<sup>236</sup> Hopt/ Mestmäcker, 761, 803.

<sup>237</sup> Vgl. o., S. 26 ff.

<sup>238</sup> EG-Kommission, ABIEG 1993, C-307/ 13 v. 13.11.1993, Tz 38.

ist Dritter, da nicht Partei des Valutaverhältnisses. Im Hinblick auf privatrechtliche Rechtsgeschäfte wirkt sich der Vertrauensschutz im Grundsatz "pacta sunt servanda aus"<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Vgl. Ress, a.a.O..

## II) Empfohlene vertragliche Vorkehrungen.

Vertragliche Absicherungen erscheinen angebracht angesichts des sehr kontrovers diskutierten Themas. Nach der hier vertretenen Meinung werden Forderungen einer Geschäftsbank auch dann durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung abgesichert bleiben, wenn die Kommission zum Ergebnis kommt, es handele sich um materielle Beihilfen. Neu einzugehende Geschäfte müßten nach Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung einer veränderten Risikobeurteilung unterworfen werden. Sofern aber - zu Unrecht - die Absicherung der Geschäftsbanken durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit rückwirkender Kraft - gegebenenfalls teilweise - entfallen würde, wäre die Basis der Geschäftsabschlüsse mit den öffentlichrechtlichen Banken in Frage gestellt bzw. entfallen. Zur Vermeidung von diesbezüglichen Auseinandersetzungen<sup>240</sup> bieten sich vertragliche Vorkehrungen an. Die begünstigten öffentlichrechtlichen Banken können legitimerweise solche Vorkehrungen insofern nicht verweigern, als sie davon überzeugt sind, daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung materiell mit dem Gemeinsamen Markt konform sind, daß aber jedenfalls die Rechte Dritter gewahrt bleiben. Sind sie aber davon nicht überzeugt, müssen sie legitimerweise einer risikoangepaßten Preisgestaltung zustimmen

### a) Kredit-, Wertpapier- und Derivativerträge im Hinblick auf Kündigungsrechte sowie Anpassung und Absicherung.

Deutschrechtliche *Rahmenverträge*, z.B. der Rahmenvertrag für Wertpapierleihgeschäfte oder der Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte als Muster des Bundesverbandes deutscher Banken, sehen Kündigungsrechte

<sup>240</sup> Denkbar wären auch Schadensersatzansprüche von dritten Gläubigern einer illiquiden Anstalt gegen die kreditauslegende Bank mit der Begründung, ohne die Kreditvergabe wäre der dritte Gläubiger nicht mit der ansonsten schon damals illiquiden Anstalt keine Geschäftsbeziehung eingegangen, vgl. Dasselbe, 3, Fn 8. Im Falle der Vereinbarung eines Kündigungsrechtes der kreditauslegenden Bank müßte der dritte Gläubiger sich entgegenhalten lassen, daß er auf den Fortbestand der kreditierten Kapitalausstattung nicht vertrauen durfte.

aus wichtigem Grund vor<sup>241</sup>. Teilweise wird klargestellt, daß ein solcher wichtiger Grund (auch) vorliegt, wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage einer Vertragspartei eintritt oder einzutreten droht und dadurch die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber der anderen Vertragspartei aus diesem Rahmenvertrag gefährdet ist<sup>242</sup>.

Es wird empfohlen, Fehlen oder Fortfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Kündigungsgründe exemplarisch zu benennen. Eine Musterformulierung für den Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte könnte lauten:

“Unter Nr. 12 VI des Vertrages soll folgendes gelten:

Ein wichtiger Grund i.S.v. Nr. 7 I des Vertrages liegt auch dann vor, wenn die Rechtsinstitute der Anstaltslast oder Gewährträgerhaftung nicht oder nicht mehr bestehen dahingehend, daß (a) [ ] gegenüber [ ] nicht (mehr) verpflichtet oder berechtigt ist, [ ] für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten, ihre wirtschaftliche Basis zu sichern, etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen, oder, (b) [ ] gegenüber jedweden Gläubiger von [ ] für die Erfüllung der Verbindlichkeiten diesem gegenüber, im Außenverhältnis nicht (mehr) haftet, vorausgesetzt, daß eine Befriedigung aus dem Vermögen von [ ] nicht zu erlangen ist.”

Eine Musterformulierung unter dem Schedule eines Multi Currency Cross Border Rahmenvertrages ‘1992 der International Swap and Derivatives Association ISDA könnte lauten:

“Additional Termination Event.

Section 5 (b) of the Agreement is amended with respect to [ ] by adding the following Subsection (v):

The Parties agree that a material precondition to entering into any Transaction is the fact that [ ] is a public law entity established under the law governing [ ] announced on [ ], last amended [ ], and that (a) the concept of Anstaltslast does now, and will continue to, apply to

<sup>241</sup> § 12 Nr. 1 Rahmenvertrag für Wertpapierleihgeschäfte; Nr. 7 I Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte.

<sup>242</sup> § 12 Nr. 1 (c) Rahmenvertrag für Wertpapierleihgeschäfte.

it ([ ] and [ ] understand such Anstaltslast in respect of [ ] to mean that the Federal Republic of Germany will (i) safeguard the economic basis of [ ], (ii) keep it in a position to pursue its operations during the whole time of its existence and (iii) in the event of financial difficulties enable it by financial contribution or in some other appropriate manner to perform its obligations when due (this duty existing solely as between the Federal Republic of Germany and [ ] and not between the Federal Republic of Germany and any third party)), and that (b) the concept of Gewährträgerhaftung as stated in [ ] does now, and will continue to, apply to it, meaning that [ ] is liable for all obligations of [ ], if such obligations are not honored by [ ]. Furthermore, [ ] and [ ] agree that [ ] will notify [ ] immediately of any changes or changes to be envisaged to this material precondition and that [ ] may terminate its obligations hereunder by written notice to [ ] if at any time the aforementioned precondition is not or ceases to be true or if such notification is not given within reasonable time.”

Eine Musterformulierung im Hinblick auf Anstaltslast für einen einzelnen Geschäftsabschluß mit einer öffentlichen Bank, für die eine Absicherung durch Anstaltslast nicht statuiert wurde, könnte lauten:

“ The Parties agree that a material precondition to entering into the transaction is the fact that [ ] is a public law entity established under the law governing [ ] announced on [ ], last amended [ ], and that the concept of Anstaltslast does now, and will continue to, apply to it. [ ] and [ ] understand such Anstaltslast in respect of [ ] to mean that the Federal Republic of Germany will (i) safeguard the economic basis of [ ], (ii) keep it in a position to pursue its operations during the whole time of its existence and (iii) in the event of financial difficulties enable it by financial contribution or in some other appropriate manner to perform its obligations when due (this duty existing solely as between the Federal Republic of Germany and [ ] and not between the Federal Republic of Germany and any third party). Furthermore, [ ] and [ ] agree that if at any time the aforementioned precondition is not fulfilled, then [ ] may terminate its obligations hereunder by written notice to [ ].”

Die *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* der deutschen Geschäftsbanken sehen in Nr. 19 III ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde vor. Für vorliegende Fragestellung kann dies aber vernachlässigt werden, da Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten öffentlicher Banken wirkt, und AGBs nicht von Banken gegenüber anderen Banken verwendet werden.

Für *Dauerschuldverhältnisse* ist in Anlehnung an §§ 554a, 626, 723 BGB, 89b HGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt, daß sie aus wichtigem Grund gekündigt werden können<sup>243</sup>. Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages für den Kündigenden unzumutbar machen<sup>244</sup>. Vielfach finden sich Beispiele solcher wichtigen Gründe in Kreditverträgen enumerativ aufgeführt. Fehlen oder Fortfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als ein "wichtiger Grund" wird aber üblicherweise nicht beschrieben.

Eine Musterformulierung für Kreditverträge<sup>245</sup> im Hinblick auf Anstaltslast könnte lauten:

"Wenn eine Kapitalzuführung zu dem Zwecke, [ ] für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten, ihre wirtschaftliche Basis zu sichern, oder etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen, nicht (mehr) im Einklang mit den Bestimmungen des EG-Vertrages steht oder stehen würde, so ist [ ] mit sofortiger Wirkung berechtigt, die Kreditlinie oder die Laufzeit des Kredites vorzeitig zu beenden."

Die Grundsätze über den *Wegfall der Geschäftsgrundlage* sind ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut<sup>246</sup>: Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintreten bestimmter

<sup>243</sup> BGH 29, 172; 41, 108; NJW 89, 1483.

<sup>244</sup> BGH, a.a.O.; NJW 81, 1264.

<sup>245</sup> Vgl. Freshfield's, Forecast, Developments in EC Business Law, January 1995: Financial institutions which lend to companies on the strength of unnotified state guarantees risk having the guarantees declared void and withdrawn at some future date. Such a withdrawal might well be an event of default under the relevant loan agreement, as a transaction's effectiveness frequently depends on the enforceability of all of the security documents.

<sup>246</sup> Vgl. Palandt, § 242, RN 112.

Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien darauf aufbaut<sup>247</sup>. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage führen grundsätzlich nicht zur Auflösung des Vertrages, sondern zur (gesetzlichen<sup>248</sup>) Anpassung seines Inhaltes an die veränderten Verhältnisse<sup>249</sup>. Vertragsauflösung kommt in Betracht, wenn die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist<sup>250</sup>.

Aus Sicht eines Geschäftspartners öffentlichrechtlicher Banken ist offensichtlich, daß Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine maßgebliche Grundlage eines Geschäfts darstellen, und dies ist für die öffentlichrechtliche Bank auch erkennbar<sup>251</sup>. Jede marginale Änderung der Bewertung der Verbindlichkeiten eines Geschäftspartners wirkt sich unmittelbar auf die angebotenen Konditionen aus. Angesichts der öffentlichen Diskussion könnte aber argumentiert werden, sei die umstrittene Absicherung nicht mehr Grundlage des Geschäfts geworden. Zur Klarstellung empfiehlt sich daher ein Vermerk in einem Begleitschreiben zu einer Transaktion.

Wegen der besonderen Sensitivität des Themas "EC State Aid" ist eine solche ausdrückliche Nennung oftmals für die öffentlichrechtliche Bank nicht akzeptabel. In solchen Fällen bietet sich an, ein Telefongespräch durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu bestätigen: Die öffentlichrechtliche Bank muß ein solches Schreiben lediglich zur Kenntnis nehmen, aber zu seiner Wirksamkeit nicht unterschreiben.

Eine Musterformulierung könnte lauten:

---

<sup>247</sup> RG 103, 332; BGH 25, 392; 40, 335; 121, 391; BAG, NJW 91, 1563.

<sup>248</sup> BGH, NJW 72, 152.

<sup>249</sup> BGH 47, 52; 83, 254; 89, 238; NJW 84, 1747.

<sup>250</sup> BGH 10, 51; 101, 150.

<sup>251</sup> Vgl. Frisinger/ Behr, 712, f: "Sofern der Darlehensvertrag selbst kein Kündigungsrecht für diesen Fall vorsieht, ergibt sich ein solches Recht aus den zivilrechtlichen Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage bzw. der ergänzenden Vertragsauslegung, denn beim Abschluß des Darlehensvertrages gehen Bank und Beihilfempfänger (redlicherweise) von der Rechtmäßigkeit der Beihilfemaßnahme aus."

“Anknüpfend an ... Telefongespräch bestätigen wir unser telefonisch gefundenes Einverständnis, daß die Existenz und der ungeschmälerete Fortbestand von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung durch ... zugunsten ... per Gesetz vom ... die wirtschaftliche Geschäftsgrundlage des Geschäftsabschlusses vom ... sind [aller unter dem Rahmenvertrag vom ... abzuschließenden Einzelgeschäftsabschlüsse sind]. Fällt die Basis dieses Grundverständnisses weg, oder ist dieses Grundverständnis unrichtig, so entsteht ein Kündigungsrecht aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Auf Basis diesen gemeinsamen Verständnisses bitten wir um rechtsverbindliche Unterschrift des ... .”

Gegebenenfalls könnte aus einer vertraglichen Verpflichtung der öffentlichrechtlichen Bank, ein Einvernehmen mit der kreditauslegenden Bank dann zu suchen, wenn die Kommission eine ihr ungünstige Entscheidung zur Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Vertrag trifft, auf die unterschwellige beiderseitige Annahme von dem wirksamen Fortbestand dieser Institute als Geschäftsgrundlage geschlossen werden<sup>252</sup>.

Beschleunigungsklauseln in Kreditverträgen könnten darauf abstellen, daß die Faktoren zur Ermittlung der vertraglich vereinbarten debt/ equity ratio oder anderer spezifizierter Kennziffern, welche nach Ansicht des Kreditgebers negativ durch den Einfluß des EG-Rechts beeinträchtigt werden könnten, keine Berücksichtigung finden sollen. Eine Erhöhung der Kapitalbasis durch Zuschüsse kraft mit dem EG-Vertrag möglicherweise unvereinbarer Anstaltslast etwa würde dann außen vor bleiben, und eine debt/ equity ratio, die ohne eine solche Kapitalzuführung hinreichend ungünstig wäre, würde dann ein außerordentliches Kündigungsrecht begründen<sup>253</sup>.

<sup>252</sup> Vgl. Dassel/ Ewing, 12.

<sup>253</sup> Vgl. Dassel/ Ewing, 3; vgl. a. die Diskussion um die Kapitalerhöhung der WestLB.

**b) Kapitalmarktdokumentationen im Hinblick auf Rechtsgutachten (legal opinion) und Mitteilungen (disclosure).**

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, kann die Unvereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Vertrag für die Ansprüche von Investoren aus Kapitalmarktemissionen keine unmittelbaren Konsequenzen haben. Solange die Frage, wer Objekt einer Rückforderung durch die öffentliche Hand letztlich ist, von Kommission und Gerichtshof noch nicht abschließend geklärt ist, besteht aber ein erhebliches Interesse der Investoren, Konsorten und Gutachter an Mitteilungen in der Dokumentation und Hinweisen in Rechtsgutachten.

Für Kapitalmarktemissionen sind wie für syndizierte Kreditfazilitäten Rechtsgutachten interner und externer Rechtsberater üblich, für den Zugang zu ausländischen Märkten sogar erforderlich. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sind zentrale Fragestellungen solcher Rechtsgutachten.

Ein erhebliches Interesse besteht deshalb, weil ein Lead Manager oder Arranger einer Emission bzw. eines Programms sich absichern muß gegen mögliche Ansprüche von Syndikatsmitgliedern oder Investoren sowie sich selbst im Falle von Käufen für das eigene Portfolio<sup>254</sup>. Die Konsorten müssen sich gegen Ansprüche von Sub-Abnehmern (sub-underwriters) absichern. Schadensersatzklagen könnten gestützt sein auf Schlechterfüllung der (ungeschriebenen Neben-) Verpflichtung aus dem Konsortialvertrag (Dealer Agreement bzw. Subscription Agreement) bzw. dem Prospekt (Information Memorandum bzw. Offering Circular), die Wirksamkeit von Absicherungen durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zumindest überschlägig zu prüfen und etwaige Zweifel den Konsorten mitzuteilen. Der gutachtende Rechtsanwalt muß gleichfalls auf berechtigte Zweifel an der Wirksamkeit hinweisen. In Anbetracht der öffentlichen Diskussion dürfen legitimerweise

<sup>254</sup> Vgl. Dassel/ Ewing, 2; auch im folgenden.

Konsortialführer von Gutachtern keine unqualifizierten Gutachten mehr erwarten.

Eine Mitteilung in dem Prospekt (nach Hinweis auf Bestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung) könnte folgendermaßen lauten [Klammervermerke sind notfalls verzichtbar]:

“It has been recently controversially discussed whether the institutional liability (“Anstaltslast”) and the guarantee liability (“Gewährträgerhaftung”) are compatible with Art. 92 of the EC-Treaty. [In its Non-paper of December 1995 the EU-Commission held that Anstaltslast and Gewährträgerhaftung as applied to German public law financial institutions at present constitutes in fact State Aid incompatible with Artt. 92 and 93 of the EC-Treaty. ] At present the Directorate IV of the EU-Commission is studying the compatibility but as yet no official opinion has been issued. The German Government as well as representatives of the respective Bundesländer question the incompatibility with the EC-Treaty in light of Art. 222 EC-Treaty[, whereas the German Antitrust-Commission in its summary report as of July 1996 supports the inofficial view of the Commission taken in December 1995].“

Eine bloße Nichterwähnung der Tatsache, daß die Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EG-Vertrag von der Kommission geprüft wird, würde in Anbetracht der aktuellen breiten öffentlichen Diskussion nicht als unschädliches Unwissen nach sorgfältiger Prüfung gewertet werden können. Konsortialführern ist ein “deal”, derart, daß auf die Aufnahme eines disclosures verzichtet wird, wenn auch die “In House”- Gutachten des Emittenten nichts zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sagen, nicht zu empfehlen.

Gleichfalls würde eine Garantie (warranty) des Emittenten im Konsortialvertrag, dahingehend, daß eine materielle Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag gegeben sei, dem Konsortialführer oder Gutachter nichts helfen, solange dies offensichtlich gerade höchst fraglich ist<sup>255</sup>.

Nicht ausreichend sind daher Formulierungen wie:

---

<sup>255</sup> Vgl. Dassesse/ Ewing, 3.

“Because Anstaltslast and Gewährträgerhaftung do not constitute State Aid within the meaning of Article 92 paragraph 1 of the EC Treaty, there is no requirement that it be notified in accordance with Article 93, paragraph 3 of the EC Treaty to the European Commission.”

Eine Garantie dahingehend, daß eine jede erforderliche Notifizierung vorgenommen wurde, ist nicht ausreichend, da bekanntermaßen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der EG-Kommission bisher nicht notifiziert wurden.

Nicht ausreichend sind daher Formulierungen wie:

“We confirm that all necessary authorizations, approvals, notifications and consents required to render the Anstaltslast and Gewährträgerhaftung legal, valid and enforceable, have been obtained or complied with.”

Rechtsgutachten und Mitteilungen im Prospekt sollten zusätzlich Stellung nehmen zu möglichen Folgen für Gläubiger.

Zurückgewiesen werden sollten Versuche, scheinbare Sicherheit zu erzielen durch Hinweise auf Grundsätze deutschen Verfassungsrechts. Ungeeignet ist daher etwa folgende Formulierung:

“Even in case that the EU-Commission comes to the conclusion, that the institutional liability and the guarantee liability are incompatible with the EC-Treaty no retroactive abolition or restriction of these liabilities may be decided. It is a basic principle of German Federal Constitutional Law, which overrides every Federal or State law, that a law cannot be changed retroactively to the detriment of the beneficiaries of such law. Therefore the outlined liability of the Owner to the creditors under existing obligations cannot be abolished or diminished with retroactive effect.”

Ungeeignet sind gleichfalls Versuche, Geschäftsbanken vom Kreis der Begünstigten auszunehmen mit der Begründung, Anstaltslast und

Gewährträgerhaftung seien als allgemein wirkende Absicherungen keine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige:

“Since the institutional liability and the guarantee liability in respect to obligations of [ ] are not limited, de jure or defacto, to transactions with certain lenders or financial institutions, it cannot be said, that such liabilities constitute State Aid to the lenders of [ ] or distort competition within the Common Market between companies that are active in the financial services business. Accordingly, such liabilities granted to loans contracted by [ ] do not favor the ‘production of goods’ (also understood to comprise the provision of services) within the meaning of Article 92 of the EC-Treaty”.

Hingegen wäre etwa folgende Qualifizierung geeignet, Konsortialführern und Konsorten gegenüber Investoren und Konsortialführern gegenüber den Konsorten Sicherheit zu bieten:

“The EU-Commission in its Communication to the Member States on the application of the State Aid rules of November 13, 1993, stated that creditor’s claims will be honoured. In light of recent utterings of members of the General Directorate IV of the EU-Commission we still view this to properly reflect the Commission’s thinking. In our opinion, investor’s are not to be regarded as beneficiary of State Aid, if the EU-Commission ever concluded that Anstaltslast and Gewährträgerhaftung was in fact State-Aid incompatible with the EC-Treaty. Therefore investor’s will run no risk to have the right on repayment of principal and payment of interest no longer secured by Anstaltslast and Gewährträgerhaftung.”

Dabei sollte regelmäßig nach der hier vertretenen Auffassung vermieden werden, ergänzende Qualifizierungen aufzunehmen, dahingehend, daß die Rechte der Gläubiger unbeeinträchtigt blieben, weil es sich um vorvertragliche Beihilfe handele, die rückwirkend nicht mehr entzogen werden könne. Im Falle einer vorvertraglichen gesetzlichen Kodifizierung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ohne materiell beachtliche nachfolgende Entwicklung mag allerdings ein zusätzliches Absicherungsmoment aus dem Hinweis der Unanwendbarkeit der Beihilferegulungen gewonnen werden können:

“Even if the obligations were to be qualified as State Aid under the EC-Treaty, they would constitute existing Aid, i.e. existing in codified form before January 1, 1958, in a materially comparable manner. Existing Aid remains in force and effect under the EC-Treaty as long as the EU-Commission has not taken enforcement action available to it under the EC-Treaty with respect thereto”.

Nicht hinnehmbar ist eine jüngst zu beobachtende Praxis, daß ein Emittent die Aufnahme eines Hinweises auf die Beihilfeproblematik in den Prospekt kategorisch verweigert, wohingegen die Rechtsabteilung des Emittenten in dem internen Rechtsgutachten (inhouse opinion) durch entsprechenden Hinweis Regreßansprüche zu vermeiden sucht. Ein entsprechendes Vorgehen sollte dazu führen, daß der Konsortialführer mit der Rückgabe des Mandats droht.

## **D) Summary.**

### **I) State Aid.**

#### **a) Anstaltslast, Gewährträgerhaftung and Public Law Financial Institutions.**

1. Anstaltslast constitutes an obligation of the owner of a public law financial institution to maintain the institution in a viable and sound financial position so that it is enabled to meet its financial obligations. Anstaltslast is comparable to a Letter of Comfort.
2. Gewährträgerhaftung provides for a creditor's direct claim towards the owner, if the institution is not economically able to honour the creditor's rights. Gewährträgerhaftung is not comparable to a guarantee on first demand because timely payment is not guaranteed.
3. The combination of Gewährträgerhaftung and Anstaltslast represents a valuable right, because of the fact that Gewährträgerhaftung motivates the owner to make timely capital injections under the principle of Anstaltslast. Both Anstaltslast and Gewährträgerhaftung require a written statutory basis to validly exist.
4. Public law financial institutions comprise the Landesbanken, the Sparkassen and Special Purpose Financial Vehicles such as L-Bank, KfW or DSL-Bank. Public Law Financial Institutions are required by law to serve the financial needs of the owner, to come up with the credit supply for the economically weaker people and institutions or to fulfill special duties such as to promote housing facilities.

5. Depending on its legal base public law financial institutions may engage in international derivatives or Capital Markets transactions.

**b) State Aid and Anstaltslast/ Gewährträgerhaftung.**

6. The application of the rules on State Aid of the EC-Treaty on the concepts of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung does not obstruct the particular tasks assigned to the public law financial institutions. It is not possible to differentiate whether aid is granted to enable public law financial institutions to fulfill its public duties or whether the aid serves to enhance the competitive basis of such banks. Therefore the entrustment of public law financial institutions with Anstaltslast and Gewährträgerhaftung has to comply with the rules on State Aid.

7. The EC-Treaty provides for that the rules in Member States governing the system of property ownership shall not be prejudiced. Therefore it may be concluded that the German system of public banks may in principle be upheld.

8. Member States, however, may not enact or maintain in force any measure contrary to the rules contained in the EC-Treaty, inclusive of the rules on State Aid. A level playing banking field may therefore require that public law financial institutions are privatised or that the aid is limited by amount or by type of transaction.

9. In the area of derivatives, credit and Capital Markets, the international market evaluates the creditworthiness of public law financial institutions which are supported by Anstaltslast and Gewährträgerhaftung as equal to the credit standing of its supporting owner. Pricing and deals offered to public law financial institutions do reflect the credit standing of the owner.

10. The public law financial institutions, and not their counterparts, are beneficiary of the aid.

It is unclear whether the overall volume of trades of counterparts is in fact increased because of the aid. Even if this was the case such increase in volume had to be seen as an irrelevant reflection of a transfer of off-market resources to the public law financial institutions. It is upon these institutions absolute discretion to decide who among the potential counterparts will be chosen as counterpart and consequently be granted an obligation which is supported by Anstaltslast and Gewährträgerhaftung.

Therefore counterparts are not even indirect (secondary) beneficiaries.

11. Whether Anstaltslast and Gewährträgerhaftung are in fact compatible with the EC-Treaty depends on whether a reasonable investor may have granted such aid also (market economy investor principle) and whether the aid distorts competition and affects trade between Member States.

12. There is some doubt as to whether the market economy investor principle should be applied at all to unlimited aid by a State, aid which is not obtainable in the Market.

13. The market economy investor principle does not allow a State to grant aid as long as the supported institution is in an economically viable position. The EU-Commission has been granted a monopoly to decide on the compatibility of aid. The procedural rules on State Aid clearly require any potential aid to be notified to the EU-Commission.

14. The EU-Commission, however, has limited discretion as to questioning the risk assessment and expectations of the owner on the future prospects of the institution. Therefore it is no clear-cut case whether in light of the market economy investor principle Anstaltslast and Gewährträgerhaftung is compatible with the rules on State Aid.

15. The decisive question is, whether Anstaltslast and Gewährträgerhaftung granted to support the public law financial institution's obligations do in fact distort competition.
16. The value of an unlimited aid of a State, i.e. the degree of safety, is not comparable to civil law concepts such as guarantee, L/C, profit sharing agreements or investor compensation schemes.
17. Anstaltslast and Gewährträgerhaftung do not only support the institution's obligations out of public duty transactions but also obligations arising out of transactions in fields where the institutions compete against business banks. A differentiation is not possible.
18. Anstaltslast and Gewährträgerhaftung in respect to principally competing public law financial institutions do in fact distort competition, therefore constitute incompatible State Aid.

## **II) Consequences.**

### **a) Restitution.**

19. The EU-Commission has to order a Member State to abolish or to alter the aid. In case of non notified aid, which is materially partially compatible with the EC-Treaty the Commission will require restitution only to the extent that the aid distorts competition.
20. It is very likely that the EU-Commission will compare the financial strength rating of an institution to the rating reflecting the support by Anstaltslast and Gewährträgerhaftung to evaluate to what extent aid distorts competition.

21. The EU-Commission is not entitled to ask for the restitution of aid granted prior to 1st January 1958 (existing aid). The relevant date should be determined by the date of the statutory enactment granting Anstaltslast and Gewährträgerhaftung. Material changes thereafter such as mergers of Landesbanks will lead to adjustment of the relevant date.

22. Obligations towards creditors which are supported by Anstaltslast and Gewährträgerhaftung will be honoured because of the fact that counterparts are not beneficiary of the aid. The public law financial institutions, which are beneficiaries, however, do have to (re)pay to the Member State the value of the incompatible aid, which may amount to several hundreds of millions of DEM. The Member State may offer to counterparts an exchange of such payment amounts against the relinquishment of the support of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung.

**b) Documentation.**

23. In light of the very controversial discussion on the issue of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung as State Aid it is highly advisable to provide for safe harbour clauses in the documentation of derivatives, securities, credit and Capital Markets. Public law financial institutions claiming that there was no problem in respect of compatibility should have no problem agreeing on such clauses.

24. Termination clauses, as suggested, should be incorporated in master agreements and confirmations of derivatives and securities transactions as well as of credit agreements.

25. Legal Opinions, Offering Circulars/ Information Memoranda and Dealer Agreements/ Subscription Agreements should disclose the inherent risk. The following wording gives sufficient comfort:

“It has been recently controversially discussed whether the institutional liability (“Anstaltslast”) and the guarantee liability (“Gewährträgerhaftung”) are compatible with Art. 92 of the EC-Treaty. In its Non-paper of December 1995 the EU-Commission held that Anstaltslast and Gewährträgerhaftung as applied to German public law financial institutions at present constitutes in fact State Aid incompatible with Artt. 92 and 93 of the EC-Treaty. At present the Directorate IV of the EU-Commission is studying the compatibility but as yet no official opinion has been issued. The German Government as well as representatives of the respective Bundesländer question the incompatibility with the EC-Treaty in light of Art. 222 EC-Treaty, whereas the German Antitrust-Commission in its summary report as of July 1996 supports the unofficial view of the Commission taken in December 1995. The EU-Commission in its Communication to the Member States on the application of the State Aid rules of November 13, 1993, stated that creditor’s claims will be honoured.”

Legal Opinions should ideally add:

“ In light of recent utterings of members of the General Directorate IV of the EU-Commission we still view this to properly reflect the Commission’s thinking. In our opinion, investor’s are not to be regarded as beneficiary of State Aid, if the EU-Commission ever concluded that Anstaltslast and Gewährträgerhaftung was in fact State-Aid incompatible with the EC-Treaty. Therefore investor’s will run no risk to have the right on repayment of principal and payment of interest no longer secured by Anstaltslast and Gewährträgerhaftung.”

Anlagen:**Wortlaut einschlägiger Vorschriften zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung<sup>256</sup>:****I. Landesbanken****1. Bayerische Landesbank Girozentrale**

*Art. 3 Gesetz über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale vom 27.06.1972:*

- “I. Die Gewährträger der Bank sind der Freistaat Bayern und der Bayerische Sparkassen- und Giroverband.
- II. Für die Verbindlichkeiten der Bank haften die Gewährträger als Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis je zur Hälfte. Die Gewährträger können erst in Anspruch genommen werden, wenn und soweit eine Befriedigung aus dem Vermögen der Bank nicht zu erlangen ist. Die bayerischen Sparkassen und über sie der Gewährträger haften dem Bayerischen Sparkassen- und Giroverband für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Bank.”

**2. Bremer Landesbank**

*§ 3 Satzung (in Kraft getreten am 01.05.1983):*

- “I. Gewährträger der Bank sind die Freie Hansestadt Bremen und die Norddeutsche Landesbank - Girozentrale -. Sie haften für die

<sup>256</sup> Für wertvolle Hilfe hierzu bin ich Herrn Referendar Till Fock zu Dank verpflichtet.

Verbindlichkeiten der Bank als Gesamtschuldner, soweit die Befriedigung aus dem Vermögen der Bank nicht möglich ist ...”

### **3. Hamburgische Landesbank**

§ 4 Gesetz über die Hamburgische Landesbank - Girozentrale - (verkündet am 22.12.1992):

- I. Für die Verbindlichkeiten der Bank haftet neben ihrem Vermögen die Freie und Hansestadt Hamburg als Gewährträger unbeschränkt (Gewährträgerhaftung).
- II. Die Freie und Hansestadt Hamburg stellt sicher, daß die Bank ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).”

### **4. Landesbank Hessen -Thüringen**

§ 4 Satzung (veröffentlicht am 05.04.1993 in den Staatsanzeigern von Hessen und Thüringen):

- I Gewährträger der Bank ist der Verband (i.e. der Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen). Er haftet uneingeschränkt für die Verbindlichkeiten der Bank, soweit nicht die Befriedigung aus dem Vermögen der Bank zu erlangen ist.
- II. Neben der Gewährträgerhaftung des Verbandes gesteht die uneingeschränkte Gewährträgerhaftung des Landes Hessen für die Verbindlichkeiten der Bank, die am 31. Dezember 1989 bestanden, nach Maßgabe des Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz, fort. Das Land Hessen und der Verband haften insoweit als Gesamtschuldner.”

§ 7 *Satzung des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen vom 27.08.1992:*

I. Für die Verbindlichkeiten des Verbandes haftet den Gläubigern allein der Verband.

II. Der Verband kann einen nach Heranziehung der Sicherheitsrücklage verbleibenden Fehlbetrag von den Mitgliedssparkassen nach dem Verhältnis ihrer Einzelanteile einfordern ...”

## **5. Landesbank Berlin**

§ 5 *Gesetz über die Errichtung der Landesbank Berlin - Girozentrale - vom 03.12.1993:*

“Gewährträger der Bank ist das Land Berlin. Es haftet uneingeschränkt für die Verbindlichkeiten der Bank, soweit nicht die Befriedigung aus dem Vermögen der Bank zu erhalten ist.”

## **6. Landesbank Saar Girozentrale**

§ 3 *Satzung (veröffentlicht im Amtsblatt des Saarlandes vom 27.05.1993):*

I. Gewährträger der SaarLB sind der Verband (*i.e. der Sparkassen- und Giroverband Saar*) sowie das Saarland. Sie haften für die Verbindlichkeiten der SaarLB gesamtschuldnerisch und unbeschränkt.

II. Gläubiger der Saar LB können einen Gewährträger nur in Anspruch nehmen, soweit eine Befriedigung aus dem Vermögen der SaarLB nicht zu erlangen ist.

III. Im Inneverhältnis sind die Gewährträger einander im Verhältnis ihres Anteils an der Gewährträgerschaft zum Ausgleich verpflichtet.”

## 7. Landesbank Sachsen

§ 4 *Errichtungsgesetz für die Landesbank Sachsen-Girozentrale - vom 19.12.1991:*

“I. Für die Verbindlichkeiten der Bank haften als Gewährträger der Freistaat Sachsen, der Beteiligungszweckverband der sächsischen Sparkassen und am Stammkapital gem. § 5 Abs. 3 Beteiligte. Die Gewährträger haften den Gläubigern der Bank als Gesamtschuldner unbeschränkt; im Inneverhältnis haften sie entsprechend ihrer Beteiligung am Stammkapital. Die Gewährträger können erst in Anspruch genommen werden, wenn und soweit die Befriedigung aus dem Vermögen der Bank nicht zu erlangen ist.

II. Der Freistaat Sachsen und der Beteiligungszweckverband sächsischer Sparkassen stellen als Anstaltsträger gemeinsam sicher, daß die Bank ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).”

## 8. Landesbank Schleswig-Holstein

§ 3 *Satzung (veröffentlicht im Amtsblatt für Schleswig-Holstein vom 21.03.1994):*

“III. Träger der Landesbank sind das Land, der Verband (*i.e. Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein*), die WestLB und die SüdwestLB.

IV. Die Träger der Landesbank stellen gemeinsam sicher, daß die Landesbank ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast). Das Land stellt die weiteren Träger von finanziellen Lasten aus der Anstaltslast hinsichtlich der Investitionsbank, soweit sie aus dem Geschäftsbetriebe der Investitionsbank herrühren, frei.”

§ 4: “I. Gewährträger der Landesbank sind das Land, der Verband, die WestLB sowie die SüdwestLB.

II. Für die Verbindlichkeiten der Landesbank haften, soweit nicht Befriedigung aus dem Vermögen der Landesbank einschließlich des von Dritten eingebrachten haftenden Eigenkapitals im Sinne von § 10 Abs. 4 und 5 KWG in seiner jeweils gültigen Fassung möglich ist, die Gewährträger als Gesamtschuldner. Sie sind im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital untereinander zum Ausgleich verpflichtet.”

### **9. Norddeutsche Landesbank - Girozentrale -**

*§ 2 Satzung (veröffentlicht im Niedersächsischen Ministerialblatt vom 21.07.1993, im Ministerialblatt Sachsen-Anhalt vom 01.04.1993 und im Amtsblatt für Mecklenburg-Vorpommern vom 09.08.1993):*

“I. Gewährträger der Bank sind das Land Niedersachsen, das Land Sachsen-Anhalt, das Land Mecklenburg-Vorpommern, der Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband (im folgenden NSGV genannt), der Sparkassenbeteiligungsverband Sachsen-Anhalt (im folgenden SBV genannt) und der Sparkassenbeteiligungs-zweckverband Mecklenburg-Vorpommern (im folgenden SZV genannt).

II. Für die Verbindlichkeiten der Bank haften die Gewährträger gesamtschuldnerisch, soweit die Befriedigung aus dem Vermögen der Bank nicht möglich ist. Sie sind im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital untereinander zum Ausgleich verpflichtet.”

### **10. Südwestdeutsche Landesbank - Girozentrale -**

*§ 2 Satzung vom 25.04.1988:*

“I. Gewährträger der SüdwestLB sind der Badische Sparkassen- und Giroverband und der Württembergische Sparkassen- und Giroverband

(Verbände). Die Gewährträger stellen gemeinsam im Verhältnis ihrer Anteile am Stammkapital (§ 4 Abs. 1) sicher, daß die SüdwestLB ihre Aufgaben erfüllen kann.

II. Die Gewährträger haften für die Verbindlichkeiten der SüdwestLB als Gesamtschuldner unbeschränkt. Die Gläubiger der SüdwestLB können die Gewährträger erst in Anspruch nehmen, wenn sie aus dem Vermögen der SüdwestLB nicht befriedigt worden sind.

III. Im Innenverhältnis haften die Gewährträger entsprechend ihren Anteilen am Stammkapital. Von den Mitgliedssparkassen eines Verbandes gehaltene Anteile am Stammkapital der SüdwestLB werden diesem Verband zugerechnet.”

*§ 4 Satzung des Württembergischen Sparkassen- und Giroverbandes vom 10.07.1992:*

“I. Für die Verbindlichkeiten des Verbandes haftet den Gläubigern allein der Verband.

II. Wird der Verband aus seiner Gewährträgerschaft für die SüdwestLB oder die Landesbausparkasse in Anspruch genommen, haften die Mitgliedssparkassen im Verhältnis ihrer Anteile an der Bemessungsgrundlage ...”

*§ 6 Satzung des Badischen Sparkassen- und Giroverbandes (in Kraft getreten am 20.02.1969):*

“I. Der Verband haftet für seine Verbindlichkeiten ausschließlich.

II. Für einen nach Heranziehung der Sicherheitsrücklage verbleibenden Fehlbetrag haften die Sparkassen dem Verband im Verhältnis ihrer Anteile.”

## **11. Westdeutsche Landesbank**

*§ 4 Satzung (in Kraft getreten am 01.08.1975):*

“Für die Verbindlichkeiten der WestLB haften die Gewährträger (*i.e. das Land Nordrhein-Westfalen, die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe, der Rheinische Sparkassen- und Giroverband und der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband*) als Gesamtschuldner im Innenverhältnis entsprechend ihren Anteilen am Stammkapital. Eine Inanspruchnahme der Gewährträger ist jedoch erst möglich, wenn eine Befriedigung aus dem Vermögen der WestLB nicht zu erlangen ist.”

## **12. Landesbank Rheinland-Pfalz**

*Präambel der Satzung (veröffentlicht im Staatsanzeiger von Rheinland-Pfalz vom 04.07.1994):*

“Gewährträger der Landesbank sind der Sparkassen- und Giroverband Rheinland Pfalz, die Westdeutsche Landesbank Girozentrale und die Südwestdeutsche Landesbank Girozentrale ... Jeder Gewährträger haftet für die Verbindlichkeiten der Landesbank unbeschränkt. Die Gläubiger der Landesbank können die Gewährträger nur in Anspruch nehmen, soweit sie aus dem Vermögen der Bank nicht befriedigt werden. Die Gewährträger stellen sicher, daß die Landesbank ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).”

## **II. Spezialinstitute/ Sparkassen**

### **1. Bayerische Landesanstalt für Aufbaufinanzierung**

*§ 1 II Gesetz über die Bayerische Landesanstalt für Aufbaufinanzierung vom 07.12.1950:*

“Der Freistaat Bayern leistet für die Anstalt die volle Gewähr.”

### **2. Landesgirokasse - Öffentliche Bank und Landessparkasse - Stuttgart**

*§ 2 Grundbestimmungen (in Kraft getreten am 15.09.1992):*

“Träger der Landesgirokasse sind das Land Baden-Württemberg (im folgenden Land genannt) und die Landeshauptstadt Stuttgart (im folgenden Stadt genannt). Ihnen obliegt die Anstaltslast gegenüber der Landesgirokasse. Ihre Verpflichtungen hieraus tragen sie je zur Hälfte.”

### **3. Landwirtschaftliche Rentenbank**

Keine Regelung.

### **4. Deutsche Girozentrale - Deutsche Kommunalbank -**

*(vgl. auch den fünften Teil Kapitel I Art. 2 § 1 Abs. 1 der dritten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen v. 6.10.1931)*

*§ 2 Satzung (Fassung vom 18.05.1995):*

“I. Gewährträger der Bank ist der Deutsche Sparkassen- und Giroverband, Körperschaft des öffentlichen Rechts (im folgenden “Verband” genannt). Er hat der Bank Kapital und Rücklagen in der erforderlichen Höhe zur Verfügung zu stellen.”

IV. Für die Verbindlichkeiten der Bank haftet ihr Vermögen; darüber hinaus haften, soweit das Vermögen der Bank zur Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht, der Verband und durch ihn seine Mitglieder gemäß § 5 seiner Satzung. Nach Absatz 2 Beteiligten haften entsprechend den mit ihnen abgeschlossenen Verträgen.”

*§ 5 Satzung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (Fassung vom 06.05.1993):*

“I. Der Verband haftet den Gläubigern für seine Verbindlichkeiten.

II. Die ordentlichen Mitglieder haften dem Verband für die nicht durch das Vermögen des Verbandes gedeckten Verbindlichkeiten im Verhältnis ihrer Einzelanteile an seinem Stammkapital.

III. Soweit einzelne ordentliche Mitglieder mit ihrer Haftung ausfallen, haften die übrigen anteilig gemäß Abs. 2 für den Ausfall.”

## **5. Kreditanstalt für Wiederaufbau - KfW**

Keine Regelung. Normierung von Gewährträgerhaftung geplant in Gesetzesnovellierung, s. FAZ v. 3.7.1996, S. 15.

## **6. Landeskreditbank Baden-Württemberg (L-Bank)**

*§ 5 Gesetz über die Landeskreditbank Baden-Württemberg vom 11.04.1972:*

“Gewährträger der Bank ist das Land Baden-Württemberg. Es haftet für die Verbindlichkeiten der Bank unbeschränkt. Die Gläubiger der Bank können

das Land erst in Anspruch nehmen, wenn sie aus dem Vermögen der Bank nicht befriedigt worden sind.”

#### **7. Deutsche Ausgleichsbank**

Keine Regelung.

#### **8. Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank (DSL)**

Keine Regelung.

#### **9. Deutsche Pfandbrief- und Hypothekenbank (Depfa)**

*§ 5 Gesetz über die Umwandlung der Deutschen Pfandbriefanstalt in eine Aktiengesellschaft vom 20.12.1988:*

“Der Bund gewährleistet die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft, die zu dem Zeitpunkt bestehen, zu dem die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister als bekanntgemacht gilt (i.e. 1.3.1990). Die Gläubiger der Aktiengesellschaft können den Bund nur in Anspruch nehmen, soweit sie aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft nicht befriedigt werden können.”

### III. Sonstige

#### 1. Deutsche Post

*§ 2 Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft in die Rechtsform der Aktiengesellschaft vom 14.09.1994:*

II. "Bei Kreditverbindlichkeiten, die das Sondervermögen in seiner Gesamtheit betreffen, tritt an die Stelle des bisherigen Schuldners die Deutsche Telekom AG ab dem Zeitpunkt der Eintragung dieser Aktiengesellschaft in das Handelsregister (*i.e. 2.1.1995 - HRB 6794 AG Bonn*)...

III. Bei Verbindlichkeiten der Teilsondervermögen tritt an die Stelle des bisherigen Schuldners das jeweilige Nachfolgeunternehmen ab dem Zeitpunkt seiner Eintragung in das Handelsregister (*i.e. Deutsche Telekom AG: 2.1.1995 - HRB 6794; Deutsche Post AG: 2.1.1995 - HRB 6792 AG Bonn; Deutsche Postbank AG: 2.1.1995 - HRB 6793 AG Bonn*)

IV. Der Bund trägt die Gewährleistung für die Erfüllung der zum Zeitpunkt der Eintragung der drei Aktiengesellschaften in das Handelsregister bestehenden Verbindlichkeiten gemäß den Absätzen 2 und 3 ..."

#### 2. Bundeseisenbahnvermögen

*§ 5 Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen 27.12.1993:*

"III. Von der Eintragung der nach § 1 Abs. 1 des Deutsche Bahn Gründungsgesetz zu errichtenden Gesellschaft in das Handelsregister an (*i.e. 5.1.1994 - HRB 50 000 AG Charlottenburg*) haftet die Bundesrepublik

Deutschland für die im Zeitpunkt der Eintragung bestehenden Verbindlichkeiten des Bundeseisenbahnvermögens mit Ausnahme der Verbindlichkeiten, die in § 20 Abs. 1 Satz 2 genannt sind. Satz 1 gilt entsprechend für Verbindlichkeiten, die das Bundeseisenbahnvermögen gemäß § 17 eingeht.”

*§ 9 Deutsche Bahn Gründungsgesetz vom 27.12.1993:*

“I. Durch den Übergang der Verbindlichkeiten auf die Deutsche Bahn Aktiengesellschaft wird das Bundeseisenbahnvermögen von der Haftung für diese Verbindlichkeiten nicht befreit. § 418 des Bürgerlichen Gesetzbuches ist anzuwenden ...”

## Bank Ratings by Country

### (Germany) - Auszüge

(Moody's Investors Service; June 4, 1996)

<u>Company</u>	<u>Financial Strength</u>	<u>Long Term Senior Debt</u>
Bayerische Landesbank GZ	C+	Aaa
Deutsche Genossenschaftsbank	D+	A2
Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank	D-	Aaa
Landesbank Rheinland- Pfalz GZ	C+	Aa1
Landesbank Schleswig- Holstein	C	Aa1
Landesbank Hessen- Thüringen GZ	C+	Aaa
Landesgirokasse Stuttgart	B	Aaa
Landeskreditbank Baden- Württemberg	C+	Aaa
Norddeutsche Landesbank GZ	C-	Aa1

Stadtparkasse Köln

B

Aa3

Südwestdeutsche

LandesbankGZ

C-

Aaa

Westdeutsche

Landesbank GZ

C

Aa1

## Literaturverzeichnis:

### Aufsätze:

- Frisinger, Jürgen, und  
Behr, Andreas, Staatsbürgschaften, Banken und EU-  
Beihilfenverbot, "Beihilfe" zur verbotenen  
Beihilfe?, RIW 1995, 708 ff.
- Dassesse, Marc, State aid and banking activities: The impact  
of European Community Law, Journal of  
Financial Regulation and Compliance  
(15.8.1996, noch unveröffentlicht).
- Dassesse, Marc, und  
Ewing, Annabelle, EC-State Aid Regime: Implications for  
Lenders, unveröffentlichtes Gutachten,  
11.4.1994.
- Ehlermann, Klaus-Dieter, State Aid Control in the European Union:  
Success or Failure?, 18 Fordham  
International Law Journal, April 1995, 1212  
ff (zitiert: "State Aid Control").
- Ehlermann, Klaus-Dieter, State Aids under European Community  
Competition Law, 18 Fordham International  
Law Journal, 1994, 410 ff (zitiert: "State  
Aids").

- Hopt, Klaus J., und  
Mestmäcker, Ernst-Joachim, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen  
nach europäischem und deutschem Recht -  
am Beispiel staatlich verbürgter Kredite,  
Teil I, II, WM 1996, 753 ff, 801 ff.
- Gruson, Michael, und  
Schneider, Uwe H., The German Landesbanken, Columbia  
Business Law Review, 1995, number 2.
- Habersack, Mathias, Staatsbürgschaften und EG-vertragliches  
Beihilfeverbot, zur Frage der  
Anwendbarkeit der Art. 92, 93 EGV auf das  
Bürgschaftsverhältnis zwischen  
Mitgliedstaat und Bank, ZHR 159 (1995),  
663 ff.
- Jestaedt, Thomas, Das Rückzahlungsrisiko bei "formell  
rechtswidrigen" Beihilfen, EuZW 1993, 49  
ff.
- Klanten, Thomas, Staatliche Kreditabsicherung durch  
Bürgschaft oder Exportkreditversicherung  
und EG-Beihilfeverbot, ZIP 1995, 535 ff.
- Koenig, Christian, Öffentlichrechtliche Anstaltslast und  
Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen  
gem. Art. 92 EGV?, EuZW 1995, 595 ff  
(zitiert: Koenig, Anstaltslast).

- Koenig, Christian, Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute?, WM 1995, 821 (zitiert: "Koenig, Anstaltslastbegründung").
- Niemeyer, Hans-Jörg, Recent Developments in EC State Aid Law, EuZW 1993, 273 ff.
- Oebecke, Janbernd, Die Anstaltslast, Rechtspflicht oder politische Maxime?, DVBL 1981, 961 ff.
- Scherer, Peter, und Schödermeier, Martin, Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, 1996, (unveröffentlicht).
- Schlierbach, Helmut, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, Kommunalwirtschaft 447 ff.
- Schneider, Jens-Peter, Subventionsverhältnisse zwischen europäischem Beihilferecht und nationalem Verwaltungsrecht, NJW 1992, 1197 ff.
- Schneider, Hannes, und Busch, Torsten, Swapgeschäfte der Landesbanken, WM 1995, 320 ff.

- Schneider, Hannes, und  
Busch, Torsten, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als  
Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?,  
EuZW 1995, 602 (zitiert: Schneider/ Busch,  
Anstaltslast).
- Schneider, Hannes, und  
Busch, Torsten, Anstaltslast and Gewährträgerhaftung -  
State Aid under Art. 92 of the EC-Treaty?  
Unveröffentlichtes Gutachten, 5.2.1995  
(zitiert: "Schneider/ Busch,  
unveröffentlichtes Gutachten".)
- Schütterle, Peter, Die Beihilfenkontrollpraxis der  
Europäischen Kommission, EuZW 1995,  
391 ff.
- Siekmann, Helmut, Die verwaltungsrechtliche Anstalt - eine  
Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts?,  
NWVBl. 1993, 13.
- Schmidt, Dirk, Die Anstaltslast als Aufgabenlast, ZKredW  
1981, 762 ff.
- Steindorff, Ernst, Rückabwicklung unzulässiger Beihilfen nach  
Gemeinschaftsrecht, ZHR 152 (1988), 474  
ff.
- Ress, Georg, EG-Beihilfenaufsicht und nationales  
Privatrecht, EuZW 1992, 161 (Editorial).

- Van Miert, Karel, Wettbewerbspolitik im Bankensektor,  
Vortrag beim Verband öffentlicher Banken,  
Bonn-Bad Godesberg, 19.10.1995,  
unveröffentlicht.
- Von Wallenberg, Gabriele, Gedächtnisschrift für Grabitz, 1995, 867 ff.

**Monographien und Lehrbücher:**

- EG-Kommission Non-paper zur Behandlung der Anstaltslast  
und Gewährträgerhaftung der  
öffentlichrechtlichen Kreditinstitute in  
Deutschland angesichts des Art. 92 (1) des  
EG-Vertrages ("Schaub-Papier"),  
Übersetzung des internen Papiers der GD  
IV der Europäischen Kommission v.  
Dezember 1995 (zitiert: "Non-paper").
- Fischer, Reinfried, und  
Alisch, Herbert, Bank- und Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl.,  
1988.
- Freitag, Hans-Otto, Gewohnheitsrecht und Rechtssystem, 1976.
- Kurze, Thomas, Probleme und Verbesserungsmöglichkeiten  
der Eigenkapitalausstattung kommunaler  
Sparkassen, Diss., 1977.

- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979.
- Monopolkommission Elfte Hauptgutachten der Monopolkommission -1994/1995-, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, freigegeben ab 4.7.1996, (zitiert: "Monopolkommission").
- Obst/ Hintner, hrsg. von Kloten, Norbert, und von Stein, Johann Heinrich, Geld-, Bank- und Börsenwesen, 39. Aufl., 1993.
- Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1994.
- Schmidt, Olaf, Das DSL-Bank-Modell, Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens bei fortbestehenden öffentlichen Interessen, 1992.
- Stern, Klaus, und Burmeister, Joachim, Die kommunalen Sparkassen, 1972.
- Stern, Klaus, und Nierhaus, Michael, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, 1976.
- Tomuschat, Christian, Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1972.

Wolff, Hans J., und  
Bachof, Otto, und  
Stober, Rolf,

Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987 (zitiert:  
"Wolff/ Bachof").

Wolff, Hans J.,

Rechtsgrundsätze und  
verfassungsgestaltende Grund-  
entscheidungen als Rechtsquellen, in:  
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955,  
33 ff.

**Kommentare:**

Geiger, Rudolf,

EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag  
über die Gründung der Europäischen  
Gemeinschaft, 2. Aufl., 1995.

Grabitz, Eberhard, und  
Hilf, Meinhard, (Hrsg.),

Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Aufl.,  
Stand: 9. Ergänzungslieferung, Oktober  
1995.

Lenz, Carl Otto,

EG-Vertrag, Kommentar, 1. Aufl., 1994.

Palandt,

Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Aufl., 1996.

Von der Groeben, Hans, und  
Thiesing, Jochen, und  
Ehlermann, Klaus-Dieter,

Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl.,  
1991.