

Stellungnahme
Zum Gesetzentwurf zur Umstrukturierung der Landesbank Nord-
rhein-Westfalen zur Förderbank des Landes Nordrhein-Westfalen
und zur Änderung anderer Gesetze

für die
öffentliche Anhörung durch den Haushalts- und Finanzausschuss des
Landtags Nordrhein-Westfalen
am

13. Februar 2004



Prof. Dr. Helmut Siekmann

Ruhr-Universität Bochum

A. ALLGEMEINE BEURTEILUNG

I. Erforderlichkeit einer Landesbank

Unabhängig von der Entscheidung, ob die Landesbank Nordrhein-Westfalen in privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Form, ob mit oder ohne Gewährträgerhaftung, organisiert werden soll, stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit einer Landesbank. Etwas vereinfacht ausgedrückt, ist zu prüfen, ob es eine staatliche Bank für das Land Nordrhein-Westfalen geben muss. Bestehen hinreichende Gründe dafür, dass der Staat (im weiteren Sinne) Bankgeschäfte betreibt und dass er dafür ein eigenständiges (öffentliches) Unternehmen hat?

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Landesbank nach dem neuen Aufgabenzuschnitt in § 3 im Wesentlichen nur das Land und seine Kommunalkörperschaften bei der Erfüllung konkret benannter staatlicher Aufgaben zu unterstützen hat, bleibt die Frage, warum dazu eine (staatliche) Bank betrieben werden muss. Es besteht durchaus die Möglichkeit, dass Behörden in unmittelbarer oder mittelbarer Staatsverwaltung diese Aufgaben erledigen und, soweit dazu die Tätigkeit einer Bank erforderlich ist, die erforderlichen Bankdienstleistungen am Markt einkaufen. Damit ist die gewiss nicht neue Fragestellung angesprochen: erstellen oder einkaufen – make or buy?¹

Dabei sind zwei unterschiedliche, wenn auch miteinander verknüpfte Fragestellungen zu unterscheiden:

- Zunächst ist zu klären, ob der Staat die (Bank-)Dienstleistung herstellen oder auf dem Markt beschaffen soll.
- Wenn die Entscheidung für Herstellung lautet, ist weiter zu entscheiden, ob dafür eine eigenständige Organisation, ein öffentliches Unternehmen gegründet

¹ Vgl. im Einzelnen *Siekmann*, in: Rolf Stober und Hanspeter Vogel (Hrsg.), *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, 2000, S. 109, 114 ff.

und betrieben werden soll.²

Als Antwort stehen keine Patentlösungen bereit, sondern es ist immer im Hinblick auf die Besonderheiten der jeweiligen Aufgabe konkret zu untersuchen, wo die Vorteile liegen und welche Gefahren und Ineffizienzen im Gegenzug eingehandelt werden, wenn der Staat ein Unternehmen, hier eine Bank, betreibt. Für eine Antwort im Sinne einer Beibehaltung der Staatsbank liefert die Gesetzesbegründung kaum stichhaltige Gründe, gleichwohl mögen sie sich finden lassen.

- (1) Zu denken ist etwa an spezifische Investitionen, die für die besonderen Aufgaben einer Förderbank zu tätigen sind. Namentlich können besondere Informationen und besonders geschultes Personal erforderlich sein.
- (2) Auch wenn ein privater Anbieter die erforderlichen Leistungen ebenfalls erbringen könnte, besteht die Gefahr der Monopolisierung, nachdem einmal ein Zuschlag erteilt worden ist.
- (3) Auch können bei Ausfall des Vertragspartners (Insolvenz, Fusion etc.) wegen der erforderlichen spezifischen Investitionen erhebliche Probleme bei der Fortführung der Verwaltungstätigkeit entstehen.
- (4) Die Kosten der Regulierung können erheblich sein, werden aber meist vernachlässigt.
- (5) Es können zudem nennenswerte Transaktionskosten für den Staat entstehen, wenn er die erwünschten (Bank-)Dienstleistungen einkauft, statt selbst eine Bank zu betreiben.
- (6) Die Kontrollmöglichkeiten über Art und Umfang der Aufgabenerfüllung durch ein Privatunternehmen können zudem zu schwach sein.³ Die Aufsicht führende Behörde ist nicht selten (fachlich) überfordert oder desinteressiert oder von der

² Zu dieser grundlegenden Unterscheidung *Siekmann* (Fn. 1), S. 114 ff., 124 ff.

³ Nicht zu vernachlässigen sind auch schlechte Erfahrung mit Belegungsrechten etwa im sozialen Wohnungsbau, namentlich der konkret vor Ort Betroffenen. Für sie kann es eben doch einen erheblichen Unterschied ausmachen kann, ob ihr unmittelbarer Vertragspartner ein öffentliches Unternehmen oder ein mehr oder weniger gut kapitalmäßig ausgestatteter „Investor“ ist, der nicht hinreichend kontrolliert wird.

zu beaufsichtigenden Einrichtung vereinnahmt („vertikale Fachbruderschaften“).⁴

Fraglich ist jedoch, ob das „Mutter-Tochter-Modell“, für das sich der Entwurf entschieden hat, für sich bereits eine hinreichende Rechtfertigung für die Beibehaltung einer Staatsbank darstellt. Holdingfunktionen können auch anders ausgeübt werden.

II. Haftung der Anstaltsträger

1. Befolgung der Verständigungen mit der EG-Kommission

Es bestehen gute Gründe für das Land, den in den Verständigungen I und II mit der EG-Kommission enthaltenen Regeln zu folgen, auch wenn sie keine Rechtsquellen sein dürften.⁵ Gleichwohl besteht Anlass, noch einmal darauf hinzuweisen, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als überkommene Institute der deutschen Verwaltungsrechts *nicht* eindeutig Beihilfen im Sinne von Art. 87 EGV sind.

2. Europarechtskonformität von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Aufbauend auf der zutreffenden Analyse, dass sich Sparkassen und Landesbanken zu Kapitalgesellschaften des öffentlichen Rechts entwickelt haben,⁶ wurden Anstaltslast und Gewährträgerhaftung seit einiger, aber noch nicht langer Zeit als unzulässige Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV (Art. 92 Abs. 1 EGV a.F.) angesehen, der über Art. 86 Abs. 2 EGV (90 Abs. 2 EGV a.F.) auf Landesbanken anzuwenden sei.⁷ Besonders pointiert haben sich *Michael Gruson* und *Uwe H. Schneider* dagegen aus-

⁴ Vgl. *Siekmann* (Fn. 1), S. 117 ff.

⁵ Wörtlich ist von „Selbstverpflichtung“ die Rede, was immer das juristisch sein mag.

⁶ Dazu schon *Siekmann*, NWVBl. 1993, S. 361 ff.

⁷ *Möschel*, in: Festschrift Raisch, 1995, S. 469 (481); *Koenig*, EuZW 1995, S. 595 (602); *ders.* und *Sander*, EuZW 1997, S. 363 ff.; *Herdegen*, WM 1997, S. 1130 (1131 f.); *Schmidt/Vollmöller*, NJW 1998, S. 716 (720); *von Friesen*, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998; *ders.*, EuZW 1999, S. 581 (584).

gesprochen, die dem Lager der Landesbanken zuzurechnen sind.⁸ Aber auch im Übrigen hatte die überwiegende Mehrzahl der Stimmen im Schrifttum keine Bedenken.⁹

Nationale Beihilfen sind nach Art. 87 Abs. 1 EGV prinzipiell mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie den Wettbewerb verfälschen. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zugunsten von Landesbanken und Sparkassen stellen aber keine wettbewerbsverfälschende Beihilfe dar (a). Jedenfalls sind sie herkömmlicher Teil der Eigentumsordnung in Deutschland im Bereich der öffentlichen Unternehmen, die nach Art. 295 EGV vom EG-Vertrag unberührt bleiben soll. Im Konfliktfall müssen deshalb beihilferechtliche Regelungen des Vertrages zurücktreten (b). Schließlich sind die Regeln für die Beihilfeaufsicht für die öffentlich-rechtlich organisierten Finanzdienstleistungsunternehmen und -einrichtungen zu modifizieren, da sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV erbringen (c).

(a) Anstaltslast und Gewährträgerhaftung erfüllen nicht die Tatbestandsmerkmale von Art. 87 Abs. 1 EGV. Die betreffenden Unternehmen empfangen keinen unentgeltlichen Vorteil, der unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln stammt. Zweifelhaft ist auch, ob diese Form der Staatshaftung zu einer Verfälschung oder drohende Verfälschung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs führt.

Allerdings hat die Europäische Kommission schon am 24. November 1999 eine Mitteilung veröffentlicht, die sich mit der Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften befasst. In

⁸ *Schneider/Busch*, EuZW 1995, 602; *Gruson*, EuZW 1997, S. 357 (358); *ders.*, EuZW 1997, S. 429; *Gruson/Schneider*, Columbia Business Law Review 1995, S. 337 (425).

⁹ *Busch*, AG 1992, S. 357 ff.; *Gleske*, ZgesKredW 1997, S. 260; *Immenga/Rudo*, Die Beurteilung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der Sparkassen und Landesbanken nach EU-Beihilferecht, 1997, S. 77 ff.; *Scherer/Schödermeier*, ZBB 1996, S. 165 (178); *Thode*, Öffentlich-rechtliche Versicherer in der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung vergleichbarer Probleme bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen und Landesbanken, 1994; *Thode/Peres*, BB 1997, S. 1749 (1752); *dies.*, Verwaltungsarchiv 1998, S. 430 ff.; zumindest im Ergebnis ebenso *Stern*, in: Festschrift für Manfred Rommel, 1997, S. 211 (215 f.); differenzierend *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497, 507 f.: keine Kollision der Gewährträgerhaftung, wohl aber der Anstaltslast mit dem Gemeinschaftsrecht möglich).

Punkt 2.1.3 dieser Mitteilung ist ausgeführt, dass die Kommission „... auch die günstigeren Finanzierungsbedingungen für Unternehmen, deren Rechtsform einen Konkurs oder andere Zahlungsunfähigkeitsverfahren ausschließt oder dem Unternehmen eine ausdrückliche Garantie oder Verlustübernahme durch den Staat verschafft ...“ als Beihilfe in Form einer Garantie betrachtet. In der letztlich veröffentlichten Fassung hat sie aber zugleich unter Punkt 1.2 anerkannt, dass diese Mitteilung die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten im Sinne von Art. 295 EGV unberührt lasse.¹⁰

Die Haftung eines Eigentümers (Trägers) für die Verbindlichkeiten seines Unternehmens ist keine Beihilfe, sondern Folge der gewählten Organisationsstruktur. Es fehlt die erforderliche Begünstigung, da dem Unternehmen kein besonderer Vorteil gewährt wird. Wenn eine Rechtsform mit unbegrenzter Haftung gewählt wird, ist das eine unternehmerische Entscheidung, die aus einem Komplex verschiedener, teils gegenläufiger Effekte die im Einzelfall optimale Lösung herausfiltern muss. Entsprechendes gilt für Patronatserklärungen, Garantieübernahmen und Bürgschaften, die ein Unternehmensträger für sein Unternehmen übernimmt, um ihm Kreditwürdigkeit und (verkaufsförderndes) Ansehen zu verleihen, wenn eine Rechtsform mit beschränkter Haftung gewählt worden ist. Das gilt gleichermaßen für privatwirtschaftliche und öffentliche Unternehmen.

Vor allem muss das Eigenkapital(Grundkapital, Stammkapital) in Unternehmen mit beschränkter Haftung zusätzlich die Funktion eines garantierten Haftkapitals für die Unternehmensgläubiger erfüllen. Diese Funktion braucht es in Unternehmen, die in einer Rechtsform mit unbeschränkter Haftung organisiert sind, nicht zu erfüllen. Deshalb kann es für einen privaten Investor ebenso wie für die öffentliche Hand sinnvoll sein, eine Rechtsform zu wählen (oder beizubehalten), welche die Haftung des Eigentümers nicht auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Auf diese Weise lässt sich das im Unternehmen gebundene - und möglicherweise teurer zu beschaffende - Haftkapital geringer halten.

¹⁰ Thode, Sachsenlandkurier 2000, S. 224 (225).

Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber für die Landesbanken und Sparkassen anstelle der Unternehmensträger verbindlich getroffen, indem er zwingend für Sparkassen und Landesbanken die Organisationsform der Anstalt des öffentlichen Rechts vorgeschrieben hat. Daraus folgen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, unabhängig davon, ob sie einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedürfen.¹¹ Im Prinzip bleibt es jedoch eine Entscheidung, die auch jeder private oder öffentliche Unternehmens-eigentümer zu treffen hätte. Lediglich ist das Entscheidungsumfeld für den Gesetzgeber komplexer, da er zusätzlich noch die Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen bedenken muss: die unverzichtbare Erfüllung eines öffentlichen Auftrags durch das Unternehmen.¹²

Die Ausstattung eines Unternehmens mit der erforderlichen Haftungsmasse durch seinen Eigentümer ist jedenfalls keine Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV.¹³ Eine „Überkapitalisierung“ im Hinblick auf die Bonität der Gewährträger liegt nicht vor.¹⁴

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die öffentliche Hand kein gewöhnlicher Investor ist, der Kapital zum Zweck seiner mehr oder weniger kurzfristigen Rentabilisierung anlegt, sondern allenfalls mit einer privaten Unternehmensgruppe verglichen werden darf, „die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt“.¹⁵ Unternehmerisches Handeln sowohl in der Privatwirtschaft als auch in der öffentlichen Wirtschaft kann vielschichtiger sein, als eine kurzfristiges Rentabilitätsdenken suggeriert. Insoweit gibt es nicht nur ein einziges „marktwirtschaftlich richtiges Verhalten“.

¹¹ Dafür BVerwGE 64, 248 (257 f.); 75, 318 (324 f.); Oebbecke, DVBl. 1981, S. 960 (965); daran anknüpfend Koenig, WM 1995, S. 821 (828).

¹² Dazu eingehend die Beiträge in Thiemeyer (Hrsg.), Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen, 1990).

¹³ So im Ergebnis auch Schroeder, ZHR 161 (1997), S. 805 (815).

¹⁴ Schneider/Busch, EuZW 1995, S. 602 (606, 608).

¹⁵ EuGH 1986, 1321 (2345) - Rs. 40/85 „Boch“.

Zumindest steht den Verwaltungsträgern, die Eigentümer öffentlicher Unternehmen sind, eine Beurteilungsspielraum bei der Organisation und Ausstattung ihrer Unternehmen zu.¹⁶ In diesem Zusammenhang hat die Finanzlage des öffentlichen Unternehmens eine beträchtliche Indizwirkung. Wenn das Unternehmen insgesamt rentabel arbeitet, wie die Finanzdienstleistungseinrichtungen der öffentlichen Hand in Deutschland, ist es nicht auf die Unterstützung seines Eigentümers angewiesen. Die Finanzbeziehungen zwischen ihm und seinem Eigentümer bieten dann keinen Anlass, in ihnen eine Begünstigung zu sehen, gleich wie sie im einzelnen ausgestaltet sind. Dementsprechend hat sich die Rechtsprechung des EuGH bisher mit solchen Fällen befasst, in denen Unternehmen über Jahre hin keine Rendite erwirtschaftet hatten und nur durch staatliche Maßnahmen künstlich am Leben erhalten wurden.¹⁷

Diese Überlegungen sind primär für Kapitalzuführungen oder besonders zugewendete Garantien entwickelt worden. Erst Recht müssen sie jedenfalls dazu führen, die organisationsformbedingte Haftung eines Eigentümers für sein Unternehmen aus dem Kreis möglicher Begünstigungen auszuschneiden.

(b) Selbst wenn Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 angesehen werden, sind sie gleichwohl nicht verboten. Das folgt aus dem in dieser Vorschrift enthaltenen Vorbehalt anderweitiger Bestimmung. Eine solche anderweitige Bestimmung trifft Art. 295 EGV. Danach bleibt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten unberührt. Diese Vorschrift führt dazu, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung keine (verbotene) Beihilfe sein können.¹⁸

Aus ihrer Stellung im Teil „Allgemeine und Schlussbestimmungen“ ergibt sich, dass

¹⁶ So im Ergebnis auch *Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (818 f.).

¹⁷ Vgl. die Nachweise bei *Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (825).

¹⁸ *Stern*, in: Festschrift für Manfred Rommel, 1997, S. 211 (229 f.) mit eingehender Begründung und Auswertung der Entstehungsgeschichte; *Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (827, 832-834); *Thode/Peres*, VerwArch 1998, S. 439 (461); anders *Herdegen*, WM 1997, S. 1130 (1132), der die von ihm geäußerte Auffassung als „unstreitig“ bezeichnet, dafür allerdings lediglich die Mitteilung der Kommission vom 12.11.1993 anführt und Nachweise im Übrigen schuldig bleibt.

Art. 295 EGV auf alle Vertragsbestimmungen, also auch die Vorschriften im Abschnitt über die staatlichen Beihilfen, anwendbar ist. Es entspricht zudem allgemeiner Meinung, dass die Vorschrift auch das öffentliche Eigentum erfasst.¹⁹

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sind herkömmlicher Teil der Eigentumsordnung in Deutschland im Bereich der öffentlich-rechtlichen Kreditunternehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass beide Rechtsinstitute fest in der deutschen Verwaltungsrechtsordnung verankert waren, als der EG-Vertrag geschlossen wurde.²⁰ Dementsprechend ist ihre gemeinschaftsrechtliche Unbedenklichkeit auch fast vierzig Jahre lang nicht in Zweifel gezogen worden. Erst in einigen Publikationen seit Mitte der neunziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts wurden gemeinschaftsrechtliche Bedenken geäußert.

Wenn die öffentliche Hand die überkommene, verwaltungsrechtlich geprägte Organisationsstruktur für ihre Finanzdienstleistungsunternehmen beibehält, darf das beihilferechtlich nicht relevant sein. Eine dahingehende Diskriminierung dieser Einrichtungen wäre mit Art. 295 EGV unvereinbar.

(c) Für alle Institutionen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (vor allem im Bereich der sog. Daseinsvorsorge) betraut sind, gilt das Beihilfeverbot nur, soweit es nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert, Art. 86 Abs. 2 EGV. Wegen ihres besonderen öffentlichen Auftrags müssen die öffentlich-rechtlich organisierten Finanzdienstleistungseinrichtungen in den Genuss dieser Bereichsausnahme kommen.

3. Nichtbefolgung der Verständigungen

In jedem Fall ist die Aussage zu den Alternativen des Gesetzentwurfs,²¹ dass bei Wei-

¹⁹ Hailbronner, NJW 1991, S. 593 (598); Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handbuch zum EU-Vertrag, 1994, Art. 222 Anm 1; Thode, Sachsenlandkurier 2000, S. 224 (231).

²⁰ Anders von Friesen, EuZW 1999, S. 581 (586).

²¹ LT-Dr. 13/4578, S. 2

tergeltung des bestehenden Zustands „aufgrund der Verständigung I Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ... entfallen,“ problematisch. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bestehen aufgrund einer gesetzlichen Regelung. „Verständigungen“, die keine Rechtsnormen sind, können nicht Gesetze ändern. Zudem sieht Art. 88 EGV ein spezielles, differenziertes Verfahren vor, wenn unzulässige Beihilfen gewährt werden. Dies umfasst jedenfalls den Rechtsweg zum EuGH, so dass nicht erkennbar ist, wie Anstaltslast und Gewährträgerhaftung automatische bei Untätigkeit des Gesetzgebers entfallen, wenn man sie als unzulässige Beihilfen ansieht. Dementsprechend ist in Punkt 4.3 und 4.4 der Verständigung auch nicht von einem Entfallen die Rede, sondern, dass die in diesen Rechtsinstituten enthaltenen „immanenten Vorteile“ als „rückforderbare Beihilfen“ behandelt werden würden.

4. Fortgeltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Nach dem hier vertretenen Standpunkt bestehen keine Bedenken im Hinblick auf die Fortgeltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Landesbank. Eine explizite Refinanzierungsgarantie des Staates dürfte aber im Hinblick auf die Regelung der Kreditaufnahme in der Landesverfassung Auswirkungen haben. Nach Art. 83 Satz 1 Verf. NRW bedarf die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren gesetzlichen Ermächtigung. Auch sind sie möglicherweise bei den Verschuldungsgrenzen des Landes anzurechnen.²²

5. Haftung für Tochterunternehmen

Durch die Verwirklichung des „Mutter-Tochter-Modells“ übt die Landesbank auch Holdingfunktionen für sehr große Unternehmen aus. Daraus können sich Haftungsrisiken ergeben, so dass letztlich doch wieder die Gewährträger der Landesbank für die Verbindlichkeiten dieser – privatwirtschaftlich agierenden – Tochterunternehmen haften würden. Zu denken ist an (konkludente) Garantien, Patronatserklärungen, aber

²² Vgl. *Siekmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Art. 115 Rn. 59.

auch eine konzernrechtliche Haftung.²³ Sollte sie eintreten würde das sowohl in der Verständigung II als auch in der Begründung des Gesetzentwurfs mehrfach betonte Prinzip des Leistungsaustauschs zu „marktüblichen Konditionen“²⁴ relativiert.

III. Institutioneller Gesetzesvorbehalt

Wesentliche Verhältnisse einer juristischen Person des öffentlichen Rechts müssen durch Gesetz oder gesetzlicher Grundlage geregelt werden. Dazu gehören Errichtung, Träger und Name. Ob und in welchem Ausmaß diese Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen (Parlamentarvorbehalt), ist nicht sicher. Die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war ursprünglich ganz auf das Staat-Bürger Verhältnis zugeschnitten. In einigen Entscheidungen sind ähnliche Grundsätze jedoch auch für den staatsorganisatorischen Bereich aufgestellt worden. Beispiele sind der Finanzausgleich (Maßstäbengesetz)²⁵ und die Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Einrichtungen.²⁶ Es daher zu empfehlen, nicht zu großzügig mit der Delegation von Entscheidungen auf die Satzung oder gar nur Vorstandsbeschlüsse zu verfahren.

B. ANMERKUNGEN ZU EINZELREGELUNGEN

Zu § 1 Abs. 2

Der Namen gehört zu den identifikationsbestimmenden Merkmalen einer Einrichtung. Er sollte durch Parlamentsgesetz festgelegt werden. Das schließt eine Änderung durch Satzung aus. Damit wird auch der verwaltungsrechtliche Charakter der Anstalt

²³ Dazu näher *Raiser*, ZHR Bd. 25 (1996), S. 458 (472 ff.); *Siekman*, in: Püttner (Hrsg.), Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, 2002, S. 159 (175 ff.); *C. Schulte*, Die Haftung im gemeindlichen Konzern, 2003.

²⁴ LT-Dr. 13/4578, S. 31.

²⁵ BVerfGE 101, 158 (215 f., 238)

²⁶ BVerfGE 9, 268 (282) (politische Tragweite); ebenso BVerfGE 83, 130 (150); abgeschwächt BVerfGE 83, 60 (74) (wenig bedeutsamer Bereich).

unmissverständlich deutlich gemacht: Sie ist und bleibt ein Instrument in der Hand ihres Träger zur Erfüllung *seiner* Aufgaben.

Darüber hinaus ist nicht klar, ob der Anstalt generell Satzungsautonomie eingeräumt ist oder ob es nur „die“ Satzung gibt. Der Wortlaut ist insoweit missverständlich. § 2 spricht dafür, dass es nur eine Satzung geben soll.

Zu § 2

Es ist zu empfehlen, die Veröffentlichung der Satzung in einem leicht zugänglichen amtlichen Publikationsorgan vorzuschreiben, möglichst dem Gesetz- und Verordnungsblatt. In der Vergangenheit war es durchaus schwierig, Einblick in die Satzungen von Hoheitsträgern zu nehmen, die aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliedert waren. Dies gilt erst Recht für Gesellschaftsverträge, soweit privatrechtliche Organisationsformen gewählt werden. Größtmögliche Transparenz in diesem Punkte ist aber unbedingt anzustreben, da nur so die mit der Gründung juristisch selbständiger Einheiten automatisch einhergehenden Kontrollverluste zumindest teilweise ausgeglichen werden können. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben gezeigt, dass die häufig anzutreffende Intransparenz der Organisationsstrukturen einer der Gründe für das Vordringen von Unwirtschaftlichkeit und Korruption ist.

Zu § 3

Der Begriff „staatlich“ in Absatz 1, 2. Zeile kann zu Missverständnissen Anlass geben. Der Begriff wird in der deutschen Rechtssprache mit sehr unterschiedlicher Bedeutung verwendet. Es ist nicht klar, ob mit der Regelung ein Auftrag des Staates Nordrhein-Westfalen gemeint ist, ob die Landesbank nur in staatlicher Auftragsverwaltung tätig werden soll oder ob damit ein – ohnehin kaum zulässiger – privater Auftrag ausgeschlossen werden soll. Die Zuordnung der kommunalen Träger und ihrer Belange bleibt im Dunkeln.

Im Übrigen sind in § 3 durchaus Abweichungen von den Formulierungen in Punkt 2 der Verständigung II zu erkennen, doch hat die EG-Kommission laut Gesetzesbe-

gründung mit Schreiben vom 28. Juli 2003²⁷ insoweit den Entwurf als „ordnungsgemäße“ Umsetzung anerkannt.²⁸ Sie sollen deshalb hier nicht weiter vertieft werden.

Die Haftung der Gewährträger für „Altverbindlichkeiten“ in § 3 Abs. 7 Satz 3 dürfte aus Gründen des nationalen Verfassungsrechts erforderlich sein. Aus Vertrauensschutzgründen und wohl auch aus Gründen des Vertragsrechts darf ein Schuldner, für dessen Zahlungsfähigkeit letztlich der Staat sorgen musste, vom Gesetzgeber nicht so umgewandelt werden, dass nunmehr nur noch sein Vermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht.²⁹ Das ist auch schon früher bei der Privatisierung öffentlich-rechtlicher Banken und Versicherungen beachtet worden, beispielsweise bei der Bayerischen Staatsbank,³⁰ der Berliner Pfandbrief-Bank³¹ und der Hamburger Feuerkasse³². Andernfalls könnte eine deutliche Entwertung bestehender Forderungen eintreten.³³ Die Nachrangigkeit der Haftung (Satz 5) entspricht der Gewährträgerhaftung und reicht aus.

Zu § 4

Der Regelungsduktus von Absatz 3 knüpft an Absatz 1 an. Es ist zu erwägen die Absätze 2 und 3 zu tauschen.

Die in Absatz 3 Satz 3 angeordnete unmittelbare Haftung der Gewährträger mag aus

²⁷ Das Schreiben lag mir nicht vor.

²⁸ LT-Dr. 13/4578, S. 2.

²⁹ *Siekmann*, NWVBl. 1993, S. 361 (368); *Gruson/Schneider*, Columbia Business Law Review, 1995, 337 (420); zuvor bereits ohne Begründung *Rümker*, in: Festschrift Stiefel, 1987, S. 607 (617); im Ergebnis ebenso *Busch AG* 1997, S. 357 (360 f.).

³⁰ In Art. 5 des Gesetzes zur Umwandlung der Bayerischen Staatsbank in eine Aktiengesellschaft vom 23. Juli 1970, BayGVBl. 1970, S. 302, ist eine fortdauernde Haftung des Freistaates Bayern für Altverbindlichkeiten angeordnet worden.

³¹ § 5 des Gesetzes über die Umwandlung der Berliner Pfandbrief-Bank in eine Aktiengesellschaft vom 17. September 1992, BerlGVBl. 282

³² § 5 des Gesetzes zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Hamburger Feuerkasse, HambGVBl. 1994, 105.

³³ Zur Nachhaftung des Anstalts- und Gewährträgers *Busch, AG*, 1997, S. 357 (

Gründen der Solvabilitätsanrechnung nach § 10 Abs. 1a KWG angezeigt sein,³⁴ wirft aber verstärkt die Frage nach der Anwendung der (verfassungsrechtlichen) Vorschriften über die Kreditaufnahme und Garantieübernahme durch die Gewährträger auf. Zumindest das Land sollte entsprechende Vorkehrungen in seinen Haushaltsgesetzen treffen.

Die Beschränkung des Kreises möglicher Gewährträger auf juristische Personen des öffentlichen Recht verdient volle Unterstützung. Alle Versuche mit Mischformen, wie DSL-Bank, Berliner Bankgesellschaft AG und Berliner Wasserbetriebe bieten keinen Anlass, auf diesem Weg weiterzugehen, auch wenn sie landesverfassungsgerichtlich nicht beanstandet worden sind. Die Erkenntnisse im Rahmen der Bemühungen um Korruptionsprävention zeigen im Bereich von gemischtwirtschaftlichen GmbHs eine hohe strukturelle Korruptionsanfälligkeit bei kapitalmäßigem Zusammenwirken von Staat und Privaten.

Die Pflicht zur Bekanntmachung von Veränderungen im Kreis der Gewährträger im Gesetz- und Verordnungsblatt nach § 4 Abs. 7 genügt nur einem Minimalerfordernis. Die Bestimmung der Gewährträger und ihr Wechsel (Absätze 4 und 5) sollte im Hinblick auf den institutionellen Gesetzesvorbehalt dem Parlament vorbehalten bleiben.

Zu § 8

Die Regelung der Mitbestimmung in § 8 Abs. 1 lit. h ist in einer Einrichtung mittelbarer Verwaltung verfehlt. Hinzu kommt, dass die Gesamtheit der Steuerzahler für die dort getroffenen Entscheidungen letztlich unbedingt und unbegrenzt haftet. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Mitbestimmungsregelung in Schleswig-Holstein in wichtigen Punkten als mit dem Demokratiegebot unvereinbar verworfen. Dabei stellte es strenge Regeln auf: Im „internen Dienstbetrieb ist kein Raum für eine „Au-

³⁴ Das liegt daran, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung schon nach § 10 Abs. 2 Nr. 4 a.F. KWG bei der Bestimmung des haftenden Eigenkapitals außer Ansatz gelassen wurden und möglicherweise auch europarechtlich nicht anders behandelt werden durften. Darin liegt auch kein Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie im Fall der kommunalen Sparkassen, BVerfG, WM 1994, 1971.

tonomie' des öffentlichen Dienstes, sei diese auch noch so eingeschränkt"; die „Mitbestimmung darf sich einerseits nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen, als die spezifischen in den Beschäftigungsverhältnissen angelegten Interessen der Angehörigen der Dienststelle sie rechtfertigen“. ³⁵ Allerdings hat das Gericht in seiner jüngsten Entscheidung zu der Problematik diese Anforderungen für Einrichtungen der sogenannten „funktionellen Selbstverwaltung“ aufgeweicht. ³⁶ Dazu könnte man die Landesbank rechnen. Zudem dürften Relativierungen wegen der Art der Tätigkeit, die sich nicht als Eingriffsverwaltung darstellt angezeigt sein. ³⁷

Zu § 10

Angesichts der Schwächen der Abschlussprüfung durch Wirtschaftsprüfer ist zu empfehlen, dass der Landesgesetzgeber eine Rotation der Wirtschaftsprüfer nach einer Höchstzahl von Jahren und eine institutionelle Trennung von Prüfung und Beratung zwingend vorschreibt. Darüber hinaus sollte in jedem Fall eine Prüfung durch den Landesrechnungshof ausdrücklich zugelassen werden. Dies gilt nach der Neustrukturierung der Bank und ihre Fokussierung auf konkrete öffentliche oder staatliche Aufgaben mehr denn je. Die Prüfung durch Wirtschaftsprüfer ist notwendig aber nicht hinreichend.

Zu § 11

Im Hinblick auf das Demokratieprinzip ist die Beschränkung der staatlichen Aufsicht über die Landesbank auf eine Rechtsaufsicht in § 11 Abs. 1 Satz 2 nicht unproblematisch. Das aus § 1 KWG abgeleitete Erfordernis der Unabhängigkeit des Geschäftslei-

³⁵ BVerfGE 93, 37 (68, 70). Allerdings ging es in der Entscheidung zum Teil um paritätisch besetzte, weisungsunabhängige Stellen.

³⁶ Beschluss des Zweiten Senats vom 5. Dezember 2002 – BvL 5/98, Rn. 167, 183: „Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt.“

³⁷ Vgl. *Mayen*, DÖV 2004, S. 45 (49).

ters eines Kreditinstituts³⁸ steht einer Fachaufsicht des Staates nicht entgegen, da sie funktionell auf die Anforderungen des Kreditwesengesetzes zu beschränken ist. Selbst in seiner Entscheidung zu den Wasserverbänden hat das Bundesverfassungsgericht zumindest „Ansätze einer Fachaufsicht“ gefordert.³⁹

Bochum, den 12. Februar 2004

Prof. Dr. Helmut Siekmann

³⁸ *Reischauer/Kleinhans*, KWG, § 1 Anm. 240: keine „generelle Weisungsbefugnis“.

³⁹ Beschluss vom 5.12.2003 (Fn. 1), Rn. 182.