

A. Einleitung

I. Problemstellung der Unternehmensprivatisierung und der Entstaatlichung des Bankensektors in rechtsvergleichender Sicht

Öffentliche Unternehmen sind als Instrument staatlicher Wirtschaftstätigkeit in allen Ländern der Welt verbreitet. Insbesondere in Europa kommt ihnen aufgrund sozioökonomischer, historischer und politischer Entwicklungen eine bedeutende Tradition zu.

Die Grundidee der staatlichen Wirtschaftsintervention geht auf den Merkantilismus zurück. Nach dieser insbesondere in Frankreich im 18. Jahrhundert entwickelten Staats- und Wirtschaftsphilosophie hat der Staat unmittelbar durch wirtschaftliche Betätigung auf die Volkswirtschaft Einfluss zu nehmen, um so die Prosperität sicherzustellen¹. Zwar wurde diese Idee umfassender Wirtschaftslenkung im 19. Jahrhundert in Folge wirtschaftsliberaler Tendenzen weitgehend überwunden. Etablierte Produktions-, Handels-, Versorgungs- und Vertriebsmonopole sowie elementare Infrastrukturaufgaben blieben jedoch in der Hand des Staates und wurden im Rahmen der zunehmenden Industrialisierung ausgeweitet. Sämtliche leitungs- und netzgebundenen Leistungen wie Bahn, Post, Elektrizität und Telekommunikation wollte der Staat selbst lenken², um ihre nachhaltige und flächendeckende Funktionsweise und den allgemeinen Zugang der Bürger zu gewährleisten.

Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, insbesondere unter dem Eindruck des Ersten Weltkrieges und der Weltwirtschaftskrise der 20er und 30er Jahre des vorigen Jahrhunderts, wurde die staatliche Wirtschaftstätigkeit durch öffentliche Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik sowohl in den USA („New Deal“ der Roosevelt-Ära) als auch in Europa virulent. Auf der Grundlage keynesianischer oder sozialdemokratisch bis sozialistisch geprägter Wirtschaftspolitik lässt sich aber auch nach dem Zweiten Weltkrieg eine Fortsetzung und sogar Ausweitung des Staatsinterventionismus beobachten³, der keineswegs auf die zentral-planwirtschaftlich geprägte kommunistische Staatenwelt beschränkt blieb, sondern auch in Westeuropa, insbesondere in der Aufbauphase der Nachkriegszeit erheblichen Umfang annahm. So kam es in Großbritannien, Italien, aber auch insbesondere in Frankreich nach dem Krieg zu Verstaatlichungswellen. Diese hielten in Frankreich sogar bis in die achtziger

1 S. hierzu die Darstellung bei Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HdbStR, S. 1176; Stoffel, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, 1994, S. 69 f.

2 Vgl. Püttner, Öffentliche Unternehmen, 1992, S. 53 ff.

3 S. dazu R.H. Weber, Wirtschaftsregulierung, 1986, S. 97; Pelkmans, Les fonctions des entreprises du secteur public, in: Timsit (Hrsg.), Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté Européenne, 1987, S. 503 ff.

Jahre des vorigen Jahrhunderts an und gipfelten 1982 in der Ära des sozialistischen Staatspräsidenten Mitterrand in der größten Verstaatlichungsaktion in der Geschichte des Landes⁴.

Der bis in die jüngste Zeit hinein immer noch zunehmende Staatsinterventionismus provozierte seit den achtziger Jahren insbesondere unter angloamerikanischem Einfluss („Reagonomics“, „Thatcherismus“) eine starke Gegenbewegung, die die Forderung nach Privatisierung erhob⁵, worauf sich zahlreiche Ansätze eines Rückzugs des Staates aus Bereichen der Wirtschaft, insbesondere in Deutschland, Frankreich und Großbritannien, zurückführen lassen. Ungeachtet dessen finden sich in allen europäischen Staaten, so auch in Deutschland und Frankreich, heute noch bedeutende öffentliche Sektoren auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene, insbesondere im Bereich der Energieversorgung, des Verkehrs und des Kreditwesens. Zudem wird staatlicher Einfluss auf Wirtschaftsunternehmen über verschiedene Beteiligungsformen an großen Industriekonzernen ausgeübt⁶. Dabei verfügt Frankreich über einen höheren Staatsanteil als Deutschland.

Es kann im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden, dass sich öffentliche Unternehmen im Wettbewerb mit privaten Wirtschaftseinheiten behaupten können. Jedenfalls kann ihnen nicht von vornherein vergleichbare Leistungsfähigkeit abgesprochen werden. Im Allgemeinen unterliegen öffentliche Unternehmen aber anderen wettbewerbspolitischen Bedingungen: Ihre Ziele sind ebenso politisch beeinflusst wie ihre Entscheidungsprozesse. Sie können sich wegen gemeinwirtschaftlicher Zielsetzungen nicht immer vorrangig bzw. nicht ausschließlich auf die Herausforderungen der Märkte und des Wettbewerbs ausrichten. Durch zum Teil monopolistische Strukturen, Steuerprivilegien oder staatliche Finanzhilfen sind sie zudem oft wettbewerbsmäßig im Vorteil. Die Anreize zu kostengünstiger Produktion und marktkonformen Dienstleistungen sind daher in öffentlichen Unternehmen sowohl im Hinblick auf ihre Unternehmensziele als auch ihrer Risikostrukturen verzerrt, jedenfalls geringer als in privaten. Dies zeigt sich bei der Daseinsvorsorge ebenso wie in sonstigen Bereichen wirtschaftlicher Betätigung.

Andererseits ist häufig fraglich, ob bei öffentlichen Unternehmen tatsächlich der öffentliche Auftrag noch im Vordergrund steht bzw. stehen kann. Ob gerade Sparkassen und Landesbanken heute noch vorrangig einen öffentlichen Auftrag erfüllen oder nicht zunehmend Gewinnerorientierung das prioritäre Ziel bildet, ist jedenfalls zweifelhaft. Angesichts des sich verschärfenden Wettbewerbs auf

4 Stoffel, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, S. 69 f.; Linotte, Les nationalisations de 1982, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1982, S. 443 (447).

5 Vgl. hierzu R.H. Weber, Wirtschaftsregulierung, S. 34 ff., 604 ff.

6 So Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 50 f., 73 f.

dem weltweiten Bankenmarkt sieht sich die größte Bankengruppe Europas⁷ momentan einer Bewährungsprobe ausgesetzt. So drängen ausländische Banken auf den deutschen Markt, die dank schlanker Strukturen und moderner Technik ernstzunehmende Mitwettbewerber sind. Nicht nur bei Girokonto und Bausparvertrag geraten die Sparkassen unter Druck. Den Markt für Konsumentenkredite und discount-brokerage (kostengünstiger Aktienhandel für Kleinanleger via Internet) haben sie den Privaten bereits überlassen und sind damit im Begriff, ihr klassisches Kundenprofil zunehmend zu verlassen.

Vor allem die Landesbanken suchen angesichts fehlender staatlicher Garantien nach neuen Geschäftsmodellen. Anstatt sich geschlossen als Sparkassengruppe dem Wettbewerb zu stellen, gehen sie ihrerseits dazu über, als direkte Konkurrenten der Sparkassen aufzutreten. In einigen Bundesländern entstehen so regionale Zusammenschlüsse, die mit starker Unterstützung der Landespolitik außerhalb ihrer Region um Kunden werben. So hat die Bayerische Landesbank die Mitte der 90er Jahre aus dem DDR-Nachlass übernommene Deutsche Kreditbank (DKB) von der Öffentlichkeit nahezu unbemerkt zu einer Direktbank ausgebaut und geht hiermit vor allem in den neuen Bundesländern auf Kundenaquisition, und die hessische Helaba verleibte sich die Frankfurter Sparkasse ein, deren Tochter Direktbank 1822 als Konkurrent der hessisch-thüringischen Sparkasse auftritt⁸. Zuletzt übernahm die Landesbank Baden-Württemberg die durch die Immobilienkrise in den USA stark angeschlagene Sachsen LB⁹. Dies bedeutet einen Zerfall in regionale Blöcke. Die einstige Stärke der öffentlichen Kreditinstitute durch Bildung einer Wagenburg nach außen sowie einen starken inneren Zusammenhalt schwindet. Verstärkt wird dieser Erosionsprozess durch den Einstieg privater Aktionäre in Landesbanken wie bei der zur öffentlichen Sparkassen-Finanzgruppe gehörenden HSH Nordbank, die aus der Fusion der Landesbanken von Hamburg und Schleswig-Holstein hervorgegangen ist¹⁰.

Zwar versuchen die Sparkassen mit sog. „Leuchtturmprojekten“ zu kontern, also insbesondere durch einheitliches Auftreten (corporate identity) und deutschlandweit einheitliche Konditionen für Privatkredite. Hierbei treten jedoch wiederum kartellrechtliche Probleme auf.

7 Die Sparkassen-Finanzgruppe ist mit 650 Unternehmen (457 rechtlich eigenständige Sparkassen, 11 Landesbanken, 10 Landesbausparkassen, 12 öffentliche regionale Erstversicherungsgruppen, die DeKaBank sowie zahlreiche Kapitalbeteiligungsgesellschaften und Spezialkreditinstitute), rund 377.000 Beschäftigten und einer kumulierten Bilanzsumme von rund 3,3 Billionen Euro die größte Kreditinstitutsgruppe Europas. Ihr Marktanteil in Deutschland gemessen an der Bilanzsumme beträgt gut 34 % (Quelle: www.sparkassen-finanzzgruppe.de, Stand: 2006).

8 S. FAZ Nr. 236 v. 11. Oktober 2006, S. 17, „Kein Sparkassen-Geld für 1822 direkt“.

9 www.n-tv.de, 24. September 2007, „Das Fusionskarussell dreht sich“.

10 Vgl. FAZ Nr. 232 v. 6. Oktober 2006, S. 11, „Ein Anfang ist gemacht“.

Auch der Privatisierungsgedanke ist auf diesem Sektor nicht mehr tabu¹¹. Als Beispiele seien nur die Absichten der Stadt Stralsund genannt, ihre Sparkasse zu verkaufen, oder die Bemühungen der Bundesländer Hessen und NRW, durch neue Sparkassengesetze den Verkauf von Sparkassen zu erleichtern¹². Schließlich hat die Änderung des Berliner Sparkassengesetzes im Jahr 2005 einen Anstoß für Privatisierungen gegeben, mit der das deutsche Bankensystem vor einer völligen Umwälzung stehen könnte¹³.

Aber auch in anderen Ländern der EU ist eine ähnliche Entwicklung zu beobachten. So kam es in der Mehrzahl der europäischen Länder zu teilweise tiefgreifenden Umstrukturierungen bis hin zu vollständigen Privatisierungen des öffentlich-rechtlichen Bankensektors¹⁴.

In Frankreich nimmt die öffentliche Hand – obwohl sie sich weitgehend aus dem Finanzsektor zurückgezogen hat – nach wie vor in diesem Bereich eine entscheidende Rolle wahr. So besteht nach der Privatisierung der beiden großen Privatbanken Société Générale und BNP Paribas die unter Staatseinfluss stehende Banque Postale, die gerade ihre Banklizenz erhielt und ihre Dienstleistungen sukzessive ausbaut, sowie ein Sparkassensystem, in dem der Staat eine wesentliche Rolle spielt. Zum anderen aber ging Paris Differenzen mit der EU-Kommission durch formalrechtliche organisatorische Umstrukturierungen und die gezielte Stärkung des genossenschaftlichen Sektors aus dem Weg¹⁵.

Insgesamt ist der Konsolidierungsprozess auf dem französischen Bankenmarkt damit jedoch weiter fortgeschritten als in Deutschland. Zur Ermöglichung grenzüberschreitender Zusammenarbeit wäre eine Privatisierung des deutschen Sparkassensektors für ausländische Investoren wünschenswert. Insbesondere das umfassende Filialnetz der Sparkassen ist dabei für private Großbanken, die sich auf dem deutschen Markt etablieren möchten, von großem Interesse¹⁶.

Pluralität im Wettbewerb stellt die Stoßrichtung der europäischen Kreditwirtschaft dar. So hat das European Banking Industry Committee (EBIC), die Interessenvertretung der europäischen Kreditwirtschaft bei der EU, erst kürzlich herausgestellt, dass die Vielfalt der unterschiedlichen Anbieter im europäischen

11 S. zu den marktbedingten Restrukturierungserfordernissen der Sparkassen: Beuthien, Öffentliche Kreditwirtschaft zwischen Marktanpassung und Strukturwandel, WM 2004, Heft 30, S. 1467 (1469).

12 S. hierzu der Bericht im Manager Magazin, 12/05, „Der Anfang vom Ende, die Festung der öffentlichen Institute wankt“, S. 106 ff.

13 So die Einschätzung der Süddeutschen Zeitung v. 28. Juni 2006, Nr. 146, S. 19.

14 Rechel, NordÖR 2005, S. 451 (454).

15 Börsen-Magazin v. 20. Januar 2006, „Sparkassen an die Börse“, S. 2.

16 So kritisiert der Vorstandschef der BNP Paribas den Zustand des deutschen Bankensystems. Der Grad der Konsolidierung sei wesentlich niedriger als in anderen bedeutenden europäischen Bankenmärkten. BNP Paribas ist vor allem an dem vorhandenen Filialnetz der Sparkassen interessiert, um sein Deutschlandgeschäft kostengünstig aufbauen zu können, FTD v. 9. Januar 2007, S. 15, „BNP mischt in Deutschland mit“.

Bankenmarkt für dessen Wettbewerbsfähigkeit unerlässlich sei. Diese Pluralität gelte es zu erhalten. Die europäische Gesetzgebung solle daher weder ein bestimmtes Geschäftsmodell noch eine Rechtsform bevorzugen¹⁷.

II. Gang und Ziel der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist ein Vergleich von Privatisierungsanforderungen und -möglichkeiten öffentlicher Unternehmen, wobei der Bankensektor für andere Wirtschaftssektoren als exemplarisch gelten mag.

Dabei konzentriert sich dieser Vergleich auf Deutschland und Frankreich. Der Grund hierfür liegt nicht nur in der wirtschaftlichen Bedeutung dieser beiden Länder im europäischen aber auch globalen Kontext. Insbesondere aufgrund ihres unterschiedlichen, historisch gewachsenen, politischen Verständnisses wirtschaftlicher Staatstätigkeit erlaubt ein Vergleich dieser beiden Länder eine Darstellung der divergierenden dogmatischen Grundlagen und der daraus folgenden unterschiedlichen Privatisierungsentwicklungen. Hinzu kommt der prägende Einfluss der beiden Staaten auf die Entstehung und Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts. Während in Deutschland ein wirtschaftlicher Staat-sinterventionismus lange von einer Dichotomie zwischen öffentlichem und privatem Recht bestimmt wurde, verfügte Frankreich in seinem Verwaltungsrecht von Anfang an über hierfür geeignete Instrumentarien, die es erlaubten, materielle Überlegungen in den Vordergrund treten zu lassen¹⁸. Auch die traditionelle wechselseitige Befruchtung des deutschen und französischen Verwaltungsrechts, die nicht nur in der Übertragung verwaltungsrechtlicher Institutionen und Handlungsformen¹⁹ sondern gerade auch in der für die vorliegende Thematik bedeutsamen Übertragung von französischen *Service public*-Vorstellungen auf Phänomene staatlicher und kommunaler Daseinsvorsorge im deutschen Verwaltungsrecht²⁰ zum Ausdruck kommt, macht einen deutsch-französischen Rechts-

17 So die Stellungnahme des European Industry Committee (EBIC) v. 26. Juli 2005 zum Grünbuch zur Finanzdienstleistungspolitik der Europäischen Kommission, in: Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Markttransparenz und Verbraucherschutz im Gesetz über das Kreditwesen (KWG), Fakten, Analysen, Positionen, Bd. 20, April 2006, S. 6.

18 In diesem Sinne auch Stoffel, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, S. 73.

19 So hat Otto Mayer die Grundlagen und Ausprägungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts vom „*acte administratif*“ über den „*contrat administratif*“ bis zur Lehre vom Ermessensmissbrauch („*détournement* bzw. *excès de pouvoir*“) der Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat entlehnt und in das deutsche Verwaltungsrecht transformiert. S. Schwarze, NVwZ 1996, S. 22 ff.; Leisner-Egensperger, DÖV 2004, S. 774 (777).

20 ForsthoFF, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959.

vergleich des öffentlichen Unternehmens- und Bankensektors besonders reizvoll.

Dabei sollen ausgehend von den unterschiedlichen Erscheinungsformen daseinsvorsorgender Staatstätigkeit in Deutschland und den verschiedenen Kategorien des Service public in Frankreich sowie den Begriffen des öffentlichen Unternehmens in den nationalen Rechtsordnungen und dem europäischen Gemeinschaftsrecht die Formen formeller und materieller Privatisierung in Abgrenzung zu Entstaatlichungs- und Deregulierungsprozessen und Public Private Partnership untersucht und auf den öffentlichen Bankensektor in Deutschland und Frankreich fokussiert werden.

Im Mittelpunkt stehen dabei sowohl in Deutschland als auch in Frankreich die verschiedenen Organisationsformen des öffentlichen Sparkassenwesens und seine Evolution unter dem Einfluss nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Rechtsentwicklung.

Ausgangspunkt einer rechtlichen Analyse des öffentlichen Bankensektors ist der Rechtsrahmen öffentlicher Unternehmen als Impuls und Begrenzung der Privatisierung. Dabei treten verfassungsrechtliche Grenzen einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates ebenso in den Mittelpunkt wie Grenzen aufgrund nationalen Wettbewerbsrechts. Zugleich werden unterschiedliche nationale Verfassungstraditionen in Deutschland und Frankreich in den Blick genommen, wobei in Frankreich die verfassungsrechtliche Verankerung des Service public öffentliche Unternehmen privatisierungsresistenter macht als in Deutschland. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Zulässigkeit kreditwirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand nach nationalem und europäischem Recht. Dabei sollen die Wechselwirkungen zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht für die Privatisierung des Bankensektors einen besonderen Schwerpunkt bilden, weil gerade unter dem Druck des europäischen Wettbewerbsrechts die Metamorphose staatlicher Kreditinstitute zu privatrechtlichen Unternehmen eingesetzt hat.

Ein weiterer Teil der Untersuchung wird sich verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Schranken einer Privatisierung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen und des Bankensektors im Besonderen zuwenden, wobei insbesondere die Folgephase einer Privatisierung, das Privatisierungsfolgenrecht als Instrument sozialstaatlicher Gewährleistungsfunktion, in den Blick genommen wird. Dabei werden Determinanten des Verfassungs- und Gesetzesrechts untersucht, die Anstöße für eine Privatisierung, jedoch auch Verbote und Grenzen setzen. Die großen Privatisierungsentwicklungen der letzten Jahre auf dem Post-, Bahn- und Telekommunikationssektor können zudem Vergleichsmaßstäbe für die Kriterien formeller und materieller Privatisierung im Spannungsfeld marktwirtschaftlicher Erfordernisse und gemeinwohlorientierter Zielsetzungen erschließen. In diesem Zusammenhang sind vor allem die Möglichkeiten und Grenzen einer Harmonisierung dieses Zielkonflikts divergierender Interessen vor dem Hintergrund des nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wett-

bewerbsrechts zu untersuchen und der Frage nachzugehen, ob die Entwicklungstendenzen in Deutschland und Frankreich durchgängig in eine Richtung der Privatisierung weisen oder es auch gegenläufige Tendenzen der Expansion gemeinwirtschaftlicher Betätigung gibt.

Gerade weil in beiden Ländern nach Wegen gesucht wird, bei wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand in privater Rechtsform eine zweckadäquate Grundversorgung zu sozial vertretbaren Bedingungen sicherzustellen, können sich interessante Übereinstimmungen und Unterschiede im deutsch-französischen Vergleich hinsichtlich der Sicherstellung staatlicher Gewährleistungspflichten im Rahmen marktförmiger Organisationsstrukturen und Wettbewerbsbedingungen ergeben. Dies gilt umso mehr, als öffentliche Unternehmen zunehmend auf den Prüfstand des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts gestellt werden und bezüglich ihres daseinsvorsorgenden Charakters unter Legitimationszwang im Hinblick auf Monopolstellung, Beihilfen oder sonstige Privilegierungen geraten. Dies betrifft auch den grundrechtlichen und gesetzlichen Schutz privater Konkurrenten öffentlicher Unternehmen.

Unverkennbar stehen aber Unternehmen wie öffentliche Kreditinstitute nicht nur unter den Zwängen des europäischen Wettbewerbsrechts sondern angesichts ökonomischer Globalisierungsprozesse vor der Herausforderung, sich privatwirtschaftlichen Organisations-, Personal- und Entscheidungsstrukturen anzupassen, um dauerhaft am Markt bestehen zu können. Ein wesentliches Erkenntnisinteresse der Untersuchung zielt daher darauf ab, festzustellen, inwieweit Staaten mit unterschiedlicher Verfassungs- und Wirtschafts- und Wirtschaftstradition sowie verschiedener Wirtschaftsmentalität wie Deutschland mit stark marktwirtschaftlicher Orientierung und Frankreich mit traditionell staatsinterventionistischer Prägung unter Zuhilfenahme unterschiedlicher Privatisierungsstrategien sich in die gemeinschaftsrechtlichen Rahmensetzungen einpassen. Dies wird exemplarisch anhand des Bankensektors und seiner Privatisierungsmodalitäten in Deutschland und Frankreich analysiert.

Abschließend wendet sich die Untersuchung der Frage adäquater Organisationsformen privatisierter öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in Deutschland zu und wird der Frage nachgehen, inwieweit für Umwandlungsoptionen der deutschen Sparkassenorganisation französische Privatisierungsmodelle übertragbar sind, weil in beiden Ländern – wenn auch bei unterschiedlichen Gewichtungen und Umsetzungsstrategien – eine Umstellung auf marktkonforme wettbewerbliche Organisationsstrukturen unter Wahrung sozialstaatlicher Gewährleistungen angestrebt wird. Von der Frage, inwieweit es diesen beiden Kernländern der EU gelingt, ökonomische Marktfreiheiten und sozial-kulturelle Traditionen zu harmonisieren, hängt nicht nur die Bewahrung eines europäischen Modells Sozialer

Marktwirtschaft²¹ im globalisierten Wettbewerb sondern zum großen Teil auch die politische Zukunft der Europäischen Union ab.

21 Zur marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung des europäischen Gemeinschaftsrechts s. Sodan, DÖV 2000, S. 361 (367 f.). Zu den Elementen einer Europäischen Sozialunion s. B. Tiemann, Die Gesundheits- und Sozialpolitik der Europäischen Union, 2005, S. 77 ff.