



Konstantin Tiemann

Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich

Ein verfassungs- und
wettbewerbsrechtliches Problem,
dargestellt am Beispiel des
Bankensektors



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	13
A. EINLEITUNG	19
I. Problemstellung der Unternehmensprivatisierung und der Entstaatlichung des Bankensektors in rechtsvergleichender Sicht	19
II. Gang und Ziel der Untersuchung	23
B. DER RECHTSSTATUS ÖFFENTLICHER UNTERNEHMEN IN DEUTSCHLAND UND FRANKREICH	27
I. Die öffentlichen Unternehmen im Kontext von Daseinsvorsorge, Service public und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	27
1. Unterschiedliche nationale Einordnung	27
2. Die für öffentliche Dienstleistungen relevanten Rechtskreise	28
a. Die öffentlichen Dienstleistungen im romanischen Rechtskreis.....	28
b. Die öffentlichen Dienstleistungen im angelsächsisch-deutsch-skandinavischen Rechtskreis	29
3. Daseinsvorsorge im Spannungsfeld hoheitlicher und privater Aufgabenerfüllung	30
a. Historische Genese der Daseinsvorsorgekonzeption	30
b. Die heutige Definition.....	31
c. Die rechtliche Bedeutung des Begriffs.....	32
4. Der Service public in der französischen Rechtsordnung	34
a. Die französische Rechtstradition.....	34
b. Die normative Bedeutung des Service public	35
c. Die Kategorien des Service public	36
d. Die Prinzipien des Service public	39
e. Die Geschichte des Service public	40
f. Die verfassungsrechtliche Bindung an den Service public	41
g. Abgrenzung unterschiedlicher Ausformungen des Service public	42
aa. Entreprise publique	42
bb. Service universel	43
cc. Service d'intérêt général.....	44
5. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	45
II. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens.....	49
1. Uneinheitlichkeit der Begriffsbestimmung	49
2. Der funktionale Unternehmensbegriff des EG-Vertrages	50
a. Autonome europarechtliche Definition	50
b. Wirtschaftliche Tätigkeit als Unternehmenskriterium	51
c. Das Merkmal der „Öffentlichkeit“ als Abgrenzungskriterium	52
3. Der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ in der deutschen Rechtsordnung	53
a. Bereichsspezifische Begriffsdefinitionen des Unternehmens	53
b. Der Sammelbegriff des „öffentlichen“ Unternehmens	55
c. Organisationsformen staatlicher Wirtschaftstätigkeit	56
4. Die französische Konzeption des öffentlichen Unternehmens	57

a.	Die Entreprises publiques.....	57
aa.	Definitionsmerkmale der Entreprises publiques	57
bb.	Etablissements publics industriels et commerciaux	58
cc.	Sociétés d'économie mixte.....	60
b.	Die régie als Organisationsform des Service public	61
5.	Gemeinsame Merkmale der drei Rechtsordnungen	63
III.	Funktions- und Formenvielfalt der Privatisierung	63
1.	Formelle Privatisierung als organisatorische und funktionale Staatsentlastung	64
a.	Organisationsprivatisierung als formelle Entstaatlichung.....	65
b.	Funktionale Privatisierung	67
aa.	Erscheinungsformen und rechtliche Bedeutung.....	67
bb.	Umsetzungsinstrumentarien funktionaler Privatisierung	68
2.	Materielle Privatisierung als Aufgabenübertragung	69
a.	Rechtliche Voraussetzungen und Wesensmerkmale.....	69
b.	Erscheinungsformen und Rechtsfolgen.....	70
3.	Abgrenzung der Privatisierungsformen zu anderen Phänomenen der Entstaatlichung ...	73
a.	Ausgliederung und Deregulierung	73
b.	Public Private Partnership	74
IV.	Privatisierungsentwicklung in Deutschland und Frankreich	76
1.	Deutschland: Soziale Marktwirtschaft als wirtschaftspolitisches Leitbild	76
a.	Die Genese der öffentlichen Unternehmen	76
b.	Die Privatisierungsphasen nach Gründung der Bundesrepublik.....	77
2.	Frankreich: Wechselspiel von Verstaatlichungen und Privatisierungen.....	81
a.	Die historischen Wurzeln im französischen Merkantilismus.....	81
b.	Die Verstaatlichungswellen der Nachkriegszeit und in der Ära Mitterrand	82
c.	Privatisierungszwänge durch Kapitalerfordernisse und Wirtschafts- globalisierung	83
3.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten des Privatisierungsprozesses	87
V.	Der öffentliche Bankensektor.....	89
1.	Funktion und Stellung des öffentlichen Bankensektors in Deutschland.....	89
a.	Die Struktur des deutschen Bankenmarktes.....	89
b.	Der öffentliche Bankensektor als Teil der Kreditwirtschaft	91
c.	Historische Entwicklung des öffentlichen Bankensektors	91
aa.	Die Sparkassen	91
bb.	Die Landesbanken	94
d.	Institution und Bedeutung der Sparkassenorganisation	95
aa.	Die institutionelle Ausgestaltung der Sparkassenorganisation	95
bb.	Stellung der Sparkassen im Wettbewerb der Kreditwirtschaft	96
e.	Rechtsgrundlagen und Wesensmerkmale der öffentlich-rechtlichen Kredit- institute.....	98
aa.	Rechtsgrundlagen des Sparkassenrechts	98
bb.	Die Beschränkungen der Geschäftstätigkeit von Sparkassen und Landesbanken	98
cc.	Das Haftungssystem der Sparkassenorganisation	105
2.	Der öffentliche Sektor im französischen Bankenmarkt	112
a.	Die Struktur des französischen Bankenmarktes.....	112
b.	Das Sparkassensystem in Frankreich	114
aa.	Die historische Entwicklung der Sparkassen in Frankreich.....	114

bb.	Die rechtliche Ausgestaltung des Sparkassensektors durch das Reformgesetz vom 25. Juni 1999	118
cc.	Die Durchführung der Umwandlung der Sparkassen in Genossenschaften ..	126
c.	Grundsätze der Geschäftstätigkeit der Sparkassen.....	128
d.	Das livret-A Sparkonto als staatliche Haftungsgarantie	129
e.	Das Verhältnis zur Caisse des Dépôts et Consignations	130
f.	Die Stellung der Sparkassen in der Kreditwirtschaft	132
g.	Die Zusammenarbeit mit den Banques Populaires	133
C.	DER RECHTSRAHMEN ÖFFENTLICHER UNTERNEHMEN ALS IMPULS UND BEGRENZUNG DER PRIVATISIERUNG	137
I.	Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand und Privatisierungsimpulse in den nationalen Rechtsordnungen	137
1.	Die Privatisierungsproblematik im deutschen Recht	137
a.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen	137
aa.	Spezielle Regelungen des Grundgesetzes für wirtschaftliche Betätigung des Staates	137
bb.	Die wirtschaftspolitische Konzeption des Grundgesetzes	138
cc.	Die Bedeutung der Finanzverfassung für Privatisierungen.....	141
b.	Verfassungsrechtliche Grenzen für wirtschaftliche Betätigung des Staates	143
aa.	Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips.....	143
bb.	Die Beschränkungen durch Grundrechte	146
cc.	Wirtschaftsunternehmerische Betätigung des Staates im Spannungsfeld von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.....	152
c.	Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden	157
aa.	Die Selbstverwaltungsgarantie.....	157
bb.	Der öffentliche Zweck als Aufgabenverpflichtung und -begrenzung	158
cc.	Das Subsidiaritätsprinzip.....	159
dd.	Zulässige Annexitäten	163
d.	Die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit aufgrund nationalen Wettbewerbsrechts.....	165
aa.	Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Wettbewerbsrecht	165
bb.	Privatisierungsimpulse durch die Generalklausel des § 1 UWG	165
cc.	Ausnahmetatbestände des Kartellrechts.....	169
dd.	Wettbewerbsrechtliche Auswirkungen für staatliche Wirtschaftsaktivitäten	171
e.	Wettbewerbsverzerrungen durch steuerliche Privilegierung öffentlicher Unternehmen.....	171
2.	Zulässigkeit und Grenzen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit in Frankreich	179
a.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung des Staates	179
aa.	Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Eingriff in das Recht auf Eigentum und die Industrie-, Handels- und Gewerbefreiheit	179
bb.	Die Rechtfertigung durch die Präambel von 1946.....	183
cc.	Die Kompetenz zur Schaffung eines Service public	185
b.	Die Rechtsprechung zum Service public	187
aa.	Die Entscheidungslinien der Rechtsprechung.....	187
bb.	Das Prinzip des Verbots wirtschaftlicher Betätigung des Staates.....	189
cc.	Die Entschärfung des Prinzips	191
c.	Die Voraussetzungen der Privatisierung	195

aa.	Die Zuständigkeit zur Privatisierung.....	195
bb.	Die Pflicht zur Privatisierung.....	196
d.	Die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit durch das nationale Wettbewerbsrecht	199
aa.	Die Grundzüge des französischen Wettbewerbsrechts	199
bb.	Die staatliche Wirtschaftstätigkeit im Wettbewerbsrecht	201
 II. Die Zulässigkeit kreditwirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand nach nationalem Recht		
1.	Die Funktions- und Organisationsmethamorphose der öffentlichen Kreditinstitute in Deutschland	202
a.	Der öffentliche Auftrag als Legitimationserfordernis	202
b.	Der faktische Untergang des öffentlichen Auftrages	204
c.	Organisationsprivatisierung infolge faktischen Fortfalls der Anstaltslast	206
d.	Reserveauftrag der öffentlichen Kreditinstitute?	206
2.	Das französische Modell formeller Privatisierung	209
a.	Beschränkung auf formelle Privatisierung im Sparkassenwesen	209
b.	Die Zulässigkeit staatlicher Mehrheitsbeteiligung an sonstigen Banken	211
 III. Privatisierungsdruck des Gemeinschaftsrechts.....		
1.	Die Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht	213
a.	Die (eingeschränkte) eigentumspolitische Neutralität des Gemeinschaftsrechts	213
b.	Privatisierungserfordernisse aufgrund der Vertragsvorschriften	217
aa.	Das Privilegierungsverbot nach Art. 86 EGV	218
bb.	Beschränkungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit durch gemeinschaftsrechtliche Vertragsvorschriften	224
cc.	Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Marköffnung	232
dd.	Der mittelbare, wirtschaftliche Privatisierungsdruck	236
ee.	Privatisierungszwänge durch Wettbewerbsentscheidungen der Kommission	238
c.	Der Privatisierungsdruck des Sekundärrechts	245
2.	Synergetische Privatisierungsimpulse aus der Wechselwirkung zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht	251
a.	Der Entzug der verfassungs- und wettbewerbsrechtlichen Legitimationsbasis öffentlicher Unternehmen	251
b.	Nationalstaatliche Einstandspflichten als gemeinschaftsrechtliche Beihilfe-problematik	254
3.	Die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Privatisierungsvorgaben	255
a.	Die Inkorporation in das deutsche Recht	255
b.	Die französischen Umsetzungsmodalitäten	258
 IV. Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts für die Privatisierung des Bankensektors.....		
1.	Die Anwendbarkeit der Vertragsvorschriften auf öffentliche Kreditinstitute in Deutschland und Frankreich	261
a.	Öffentliche Unternehmen auf dem Prüfstand des europäischen Wettbewerbsrechts	262
b.	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	262
c.	Das Kriterium der Betrauung	264
d.	Verhinderung der übertragenen Aufgaben als Rechtfertigungstatbestand	265
2.	Auswirkungen auf den deutschen Bankenmarkt	267

a.	Die gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit von Anstaltslast und Gewähr- trägerhaftung	267
aa.	Begünstigung nach dem EG-Beihilfenrecht	267
bb.	Haftungsgarantien als Ausgleichsleistungen	269
cc.	Wettbewerbsverfälschung gemäß dem Privatinvestortest	271
b.	Der mittelbare Privatisierungsdruck des EU-Rechts	272
aa.	Der Kompromiss vom 17. Juli 2001	273
bb.	Die Entscheidung Bankgesellschaft Berlin	274
3.	Umsetzungsstrategien gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in Frankreich	275
a.	Das livret-A unter Liberalisierungsdruck	275
b.	Die Entscheidung Crédit Lyonnais	279
D.	DIE GRENZEN DER PRIVATISIERUNG	283
I.	Verfassungsimmanente und gesetzliche Privatisierungsgrenzen	283
1.	Der staatliche Aufgabenkern als Privatisierungsgrenze	283
2.	Verfassungsrechtliche Schranken einer Privatisierung in Deutschland	286
a.	Verfassungsrechtliche Grenzen für eine Privatisierung	286
aa.	Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als hoheitliches Aufgaben- reservat	287
bb.	Die Bedeutung der Sozialisierungsklausel des Art. 15 GG	290
cc.	Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsverbürgungen als staatliche Leistungsgarantien	290
dd.	Die Privatisierungsrelevanz des Demokratieprinzips	294
ee.	Der Gesetzesvorbehalt als Privatisierungsdeterminante	296
b.	Das Privatisierungsfolgenrecht als Transformator staatlicher Gewährleistungs- verpflichtungen	298
aa.	Fortbestehende Erfüllungsverantwortung bei formeller Privatisierung	299
bb.	Die Rolle des Staates bei der materiellen Privatisierung	301
3.	Verfassungsrechtliche und gesetzliche Grenzen der Unternehmensprivatisierung in Frankreich	306
a.	Die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Privatisierung von Unternehmen des Industrie- und Handelssektors	306
aa.	Ausschließlich erwerbswirtschaftlich orientierte Unternehmen	307
bb.	Die Services publics industriels et commerciaux	308
b.	Die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Privatisierung anderer öffentlicher Wirtschaftsbereiche	315
aa.	Der Service public constitutionnel	315
bb.	Die Diskussion um einen Service public supraconstitutionnel	319
cc.	Die Privatisierung von akzessorischen Kernaufgaben	321
dd.	Die Wertgarantie öffentlicher Unternehmen	322
ee.	Der Gesetzesvorbehalt als Privatisierungsvoraussetzung	323
c.	Die gesetzlichen Grenzen einer Privatisierung	324
aa.	Die explizite Privatisierungsuntersagung	324
bb.	Einschränkende Modalitäten der Privatisierungsrealisation	324
d.	Der Erhalt des Staatseinflusses im Privatisierungsfolgenrecht	327
aa.	Die Umwandlung des Service public in eine Garantenstellung	327
bb.	Die Sicherstellung des nationalen Interesses	328
cc.	Regulierung als staatliches Steuerungs- und Gewährleistungsinstrument	331
4.	Die privatisierungshemmende Wirkung des Gemeinschaftsrechts	332
a.	Das Beihilfenrecht als Privatisierungshindernis	332

b.	Privatisierungsschwernisse durch Modalitäten und Risiken des Aus-schreibungsverfahrens	334
II.	Die Grenzen einer Aufgabenprivatisierung im Bankensektor	335
1.	Privatisierungshemmnisse für das Kreditwesen in der deutschen Rechtsordnung	336
a.	Verfassungsrechtliche Schranken der Privatisierung des Bankensektors	336
aa.	Kommunale Selbstverwaltung als Privatisierungsmaßstab	336
bb.	Das Sozialstaatsprinzip als Garant ausgewogener Finanzdienstleistungen ...	337
cc.	Legitimationserfordernis aus Rechtsstaats- und Demokratieprinzip	339
b.	Die gesetzlichen Grenzen einer Privatisierung	339
aa.	Die sparkassenrechtliche Zulässigkeit einer Privatisierung	339
bb.	Kommunalaufonomie versus Sparkassenaufsicht	342
cc.	Der Bezeichnungsschutz des § 40 KWG als Privatisierungshindernis	343
c.	Privatisierungsfolgenrecht im Bankensektor	346
aa.	Die Gewährleistungsfunktion des Staates	346
bb.	Regulierung als Instrument der Gewährleistung	347
2.	Verfassungsrechtliche und gesetzliche Privatisierungsgrenzen in Frankreich	349
a.	Verfassungsrecht als Garant staatlicher Aufgabenerfüllung	349
aa.	Grenzen für die Privatisierung von Sparkassen	349
bb.	Grenzen für die Privatisierung sonstiger öffentlicher Banken	351
b.	Privatisierungsfolgenrecht im Bankensektor	352
aa.	Der verbleibende Staatseinfluss im Sparkassenwesen	352
bb.	Die staatlichen Beteiligungen und Entscheidungsvorbehalte im Bankensektor	353
E.	MÖGLICHE ORGANISATIONSFORMEN FÜR PRIVATISIERTE SPARKASSEN IN DEUTSCHLAND	355
I.	Die Sparkassengenossenschaft als Organisationsmodell	357
1.	Das deutsche Kreditgenossenschaftsmodell	357
a.	Die Kreditgenossenschaftsorganisation in Deutschland	357
b.	Die Wesensmerkmale der Kreditgenossenschaften	358
c.	Die Genossenschaft als Privatisierungsmodell für die Sparkassen	359
2.	Die Umwandlungsoptionen für die Sparkassenorganisation	361
a.	Die Anwendbarkeit des UmwG	361
b.	Die Umwandlung nach französischem Vorbild	362
c.	Andere Wege zur Umwandlung in Genossenschaften	364
II.	Sonstige Privatisierungsmodelle für das Sparkassenwesen	365
1.	Rechtsformwechsel der Anstalt des öffentlichen Rechts	365
a.	Aktiengesellschaft	365
b.	Stiftung	367
2.	Andere Optionen rechtlicher Gestaltung	368
a.	Stille Gesellschaft	368
b.	Beleihung einer AG mit der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlichen Anstalt (Holding-Modelle)	369
c.	Übertragung von Anteils- und Genussrechten an Private	373
F.	ZUSAMMENFASSUNG	377
	Literaturverzeichnis	397