



WALTER HALLSTEIN-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

WHI - Paper 8/01

**ÖFFENTLICHE DASEINSVORSORGE UND
EUROPÄISCHE DEREGULIERUNGSPOLITIK:
DER STREIT UM DIE SPARKASSEN UND LANDESBANKEN**

RALF MARTIN KANITZ

SEMINARARBEIT IM RAHMEN DES SEMINARS
"KOMPETENZZORDNUNG UND KOMPETENZABGRENZUNG IM EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSRECHT"
BEI PROF. DR. INGOLF PERNICE
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN
IM SOMMERSEMESTER 2001

Gliederung

A.	Einführung.....	1
B.	Haftungsverpflichtungen der öffentlichen Hand für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute.....	3
I.	Anstaltslast.....	3
II.	Gewährträgerhaftung.....	3
III.	Verhältnis von Anstaltslast zu Gewährträgerhaftung.....	3
C.	Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit EG-Beihilfenrecht.....	4
I.	Art. 87 Abs. 1 EGV.....	4
1.	Beihilfebegriff.....	4
a)	Begünstigende Wirkung.....	5
b)	Keine marktübliche Gegenleistung.....	6
c)	Privatinvestortest.....	7
2.	Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige.....	9
3.	Staatliche Beihilfe.....	10
4.	(Drohende) Wettbewerbsverfälschung sowie Handelsbeeinträchtigung.....	10
a)	Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs.....	10
b)	Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.....	11
II.	Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV.....	12
III.	Ergebnis.....	12
D.	Ausnahmen.....	13
I.	Art. 295 EGV.....	13
II.	Art. 86 Abs. 2 EGV.....	13
1.	Ratio.....	14
2.	Adressat.....	14
3.	Dienstleistung.....	14
4.	Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	15
5.	Betrachtung.....	17
6.	Verhinderung der Erfüllung des öffentlichen Auftrags und Gemeinschaftsinteresse.....	17
III.	Ergebnis.....	19
E.	Lösungsmodelle.....	19
F.	Schlussfolgerungen für Kompetenzordnung und Kompetenzverteilung in der Europäischen Verfassung.....	20

Literaturverzeichnis

- Bartosch, A., Öffentlichrechtliche Rundfunkfinanzierung und EG-Beihilfenrecht – eine Zwischenbilanz, EuZW 1999, S. 176 ff.
- Bleckmann, A., Öffentlich-rechtliche Spartenprogramme als Bestandteil der Grundversorgung, 1996
- Callies, Ch./Ruffert, M. (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 1999
- Constantinesco, V., Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, 1974
- Engel, Ch., Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme, Rechtsgutachten erstattet für den Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V., 1996
- Frenz, W., Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EG – , EuR 2000, S. 901 ff.
- Gleske, D., Wettbewerb öffentlicher und privater Kreditinstitute in Deutschland, 1996
- Grabitz, E./Hilf, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Altband I, EUV, Art. 1-136 a EGV (Maastrichter Fassung), Loseblattsammlung, Stand: 14. Ergänzungslieferung Oktober 1999
- Gruson, M./Schneider, U. H., CBLR 1995, S. 337 ff.
- Immenga, U., Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken als Beihilfe nach europäischen Gemeinschaftsrecht?, Rechtsgutachten erstattet dem s. Wissenschaftsförderung e.V. und dem Verband öffentlicher Banken e.V., 1996
- Kinzl, U.-P., Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, 2001
- Koenig, Ch., Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV?, EuZW 1995, 595 ff.
- Koenig, Ch., Zur Auslegung der Amsterdamer Erklärung im Hinblick auf die EG-Beihilfeaufsicht über Landesbanken, WM 1997, 1279 ff.
- Lenz, C. O. (Hrsg.), EGV, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Aufl., 1999

III

Mayer, F. C., Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV (2001), im Erscheinen (Seitenzahlen nach dem den Seminarteilnehmern vorliegenden Manuskript)

Nicolaysen, G., Subventionen für öffentliche Unternehmen und Wettbewerb im Gemeinsamen Markt, in: Börner/Neuendörfer (Hrsg.), Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, Institut für das Recht der EG der Universität Köln (Hrsg.), Band 32, 1984, S. 111 ff.

Niemeyer, H.-J./Hirsbrunner, S., Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei Sparkassen und die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 87 EG, EuZW 2000, S. 364 ff.

Oppermann, Th., Deutsche Rundfunkgebühren und Europäisches Beihilferecht, Rechtsgutachten, erstattet der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) und dem Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF), 1996

Oppermann, Th., Europarecht, 2. Aufl., 1999

Page, A. C., Member State, Public Undertakings and Art. 90, ELRev. 1982, S. 19 ff.

Scherer, P./Schödermeier, M., Staatliche Beihilfen und Kreditgewerbe, ZBB 1996, 165 ff.

Schmidt, K./Vollmöller, Th., Öffentlichrechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilferecht, NJW 1998, 716 ff.

Schneider, H./Busch, T., Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, EuZW 1995, 602 ff.

Schohe, G./Hoenike, M., Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997, EuZW 1997, 741 ff.

Schwarze, J. (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000

Simon, D., Le système juridique communautaire, 1. Auflage 1997

Soukup, K., Die Mittelzuführungen an öffentliche Unternehmen im Rahmen der Beihilfeaufsicht der EU-Kommssion, ZöGU 1995, S. 17 ff.

Soukup, K., Öffentliche Unternehmen und die Beihilfeaufsicht der EU, 1995

Twiehaus, U., Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, 1965

IV

von der Groeben, H./ Thiesing, J./ Ehlermann, C.-D. (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1999 (zit.: [Bearbeiter], in: GTE, Art. ..., Rn. ...)

von Friesen, A., Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998, (Jenaer Schriften zum Recht Bd. 19)

von Friesen, A., Umgestaltung des öffentlichrechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, S. 581 ff.

A. Einführung

Mit Schreiben vom Januar dieses Jahres hat die Kommission der Bundesregierung mitgeteilt, dass sie die bestehenden Haftungsverpflichtungen für die deutschen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute – soweit sie die Wettbewerbsstellung der Kreditinstitute und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen – als staatliche Beihilfen betrachte, die nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren seien.¹ Die Kommission reagiert damit auf eine Beschwerde der Fédération Bancaire de l'Union Européenne (FBE) gegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei der WestLB, Stadtparkasse Köln und der Westdeutschen Immobilienbank vom 21. Dezember 1999.²

Im Zuge des durch das Schreiben der Kommission eingeleiteten Verfahrens trat am 9. Februar dieses Jahres eine von Caio Koch-Weser, Staatssekretär des BMF und Peer Steinbrück, Finanzminister von NRW, angeführte Delegation mit dem für Wettbewerb zuständigen Kommissionsmitglied Mario Monti zusammen, um die Fragen der staatlichen Haftungsverpflichtungen zu erörtern.³ Damit wurden Gespräche zwischen der deutschen Bundesregierung und der Kommission wieder aufgenommen, die im Februar 2000 begonnen und zwischenzeitlich unterbrochen worden waren.

Anfang April 2001 einigten sich die Ministerpräsidenten der Länder auf eine gemeinsame Verhandlungsposition.⁴ Sie war zuvor in einer Arbeitsgruppe zwischen Bund und Ländern unter Führung von Caio Koch-Weser erarbeitet worden.

Am 8. Mai 2001 forderte die Kommission die Bundesregierung schließlich formell dazu auf, eine Lösung im Streit um die Landesbanken zu suchen.⁵ Berlin hat nun bis Ende September 2001 Zeit, Vorschläge zu präsentieren. Umgesetzt werden sollen sie nach dem Willen Brüssels bis zum 31. März 2002. Die Kommission betont aber, damit nur einen Zeitrahmen für eine politische Lösung setzen zu wollen.

¹ vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 26. Januar 2001, IP/01/119; die Bundesregierung wurde aufgefordert, innerhalb eines Monats zu der Auffassung der Kommission Stellung zu nehmen. Diese Frist wurde bis Ende März verlängert. Eine Stellungnahme seitens der Bundesregierung lag bis dahin jedoch noch nicht vor, vgl. Tagesspiegel vom 30.3.2001.

² Im Juli 2000 wurde dazu die Begründung nachgereicht, vgl. Begründungsschreiben von Gleiss Lutz Hootz Hirsch vom 26. Juli 2000 an Dr. Alexander Schaub, Generaldirektor der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Generaldirektion Wettbewerb, veröffentlicht im Internet unter http://www.fbe.be/f_e_news.htm.

³ vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 9. Februar 2001, IP/01/187.

⁴ vgl. Frankfurter Rundschau (FR) vom 7.4.2001, 25.4.2001 und 27.4.2001.

⁵ vgl. FR vom 9.5.2001, vgl. zum Verfahren Art. 88 EGV und Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags; Fragen des formellen Beihilfrechts werden im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt, vgl. dazu Kinzl, 4. Kapitel, II. und von Friesen, S. 243 ff.

In diesem Beihilfe-Verfahren mündet ein langjähriger Streit um die Anwendbarkeit der EG-Beihilfenvorschriften auf die Haftungsverpflichtungen der öffentlichen Hand für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute. Bereits Anfang 1996 untersuchte die DG IV (Wettbewerb) der Kommission die zugunsten öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in Deutschland bestehende Anstaltslast und Gewährträgerhaftung der öffentlichen Hand. Sie kam dabei zu dem Ergebnis, dass diese Haftungsinstitute mit den Beihilfebestimmungen nicht zu vereinbaren seien.⁶ Die Länder teilten diese Auffassung nicht. Bei Unterzeichnung des Amsterdamer Vertrages wurde daher zu den staatlichen Haftungsverpflichtungen gegenüber öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten eine inhaltlich klarstellende Erklärung verabschiedet.⁷

Hintergrund der Auseinandersetzung um Anstaltslast und Gewährträgerhaftung ist der Konflikt zwischen dem im EGV festgeschriebenen Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs einerseits und dem Interesse der Mitgliedstaaten, mit Hilfe ihrer Unternehmen Strukturpolitik zu betreiben, andererseits. Kern dieses Konflikts ist wiederum die Frage der Anwendbarkeit der EG-Beihilfenvorschriften auf öffentliche Unternehmen, insbesondere die Unternehmen, die Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen.

Im Folgenden soll anhand des aktuellen Streits um Anstaltslast und Gewährträgerhaftung aufgezeigt werden, ob und wie die Wettbewerbsvorschriften des EGV Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten im Bereich der Daseinsvorsorge einschränken: Dürfen die Mitgliedstaaten nach wie vor die Märkte zu Lasten eines unverfälschten Wettbewerbs regulieren? Darf die EG in den Wettbewerb regulierend eingreifen? Kann hier von Kompetenztransfer oder -verteilung gesprochen werden?

Es werden zunächst die Haftungsinstitute Anstaltslast und Gewährträgerhaftung näher erläutert (unten B.). Dem schließt sich die Untersuchung an, ob diese Haftungszusagen der öffentlichen Hand gegen die Beihilfenvorschriften des EGV verstoßen (unten C.). Sodann wird geprüft, ob Ausnahmen außerhalb des Beihilferegimes zugunsten von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung greifen (unten D.). Nur kurz vorgestellt werden sollen die in der Politik aktuell diskutierten Lösungsmodelle (unten E.). Am Ende werden ausgehend von den für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gefundenen Lösung Konsequenzen für die Kompetenzordnung und die Kompetenzverteilung in der Europäischen Verfassung aufgezeigt und die eben aufgeworfenen Fragen beantwortet (unten F.).

⁶ vgl. Non-Paper on the Treatment of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung of the public legal form credit institutions in Germany in view of Art. 92 (1) of the treaty, Dezember 1995.

⁷ vgl. Erklärung zu den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, Vertrag von Amsterdam, Schlussakte, Punkt 37.

B. Haftungsverpflichtungen der öffentlichen Hand für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute

I. Anstaltslast

Anstaltslast ist die „Verpflichtung des Trägers, das jeweilige Unternehmen für die gesamte Dauer seines Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen“⁸. Das Bestehen der Anstaltslast schließt somit den Konkursfall für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute praktisch aus, solange der Anstaltsträger an Zweck und Funktionsfähigkeit der Anstalt festhalten will.⁹ Wirtschaftlich betrachtet besteht mithin eine unbegrenzte Nachschusspflicht.

II. Gewährträgerhaftung

Die Gewährträgerhaftung ist „die auf Gesetz oder Satzung beruhende Haftung einer Gebietskörperschaft oder eines öffentlich-rechtlichen Verbandes gegenüber den Gläubigern des von den der Gebietskörperschaft oder dem Verband getragenen rechtlich selbständigen Kreditinstituts für dessen sämtliche Verbindlichkeiten“¹⁰.

Die Gewährträger haften den Gläubigern also unmittelbar und summenmäßig unbeschränkt für alle Verbindlichkeiten des öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts. Die Gewährträgerhaftung ist in den Sparkassen- und Landesbankgesetzen ausdrücklich normiert.¹¹

III. Verhältnis von Anstaltslast zu Gewährträgerhaftung

Während die Anstaltslast dem Träger im Innenverhältnis obliegt, begründet die Gewährträgerhaftung die Haftung des Gewährträgers im Außenverhältnis.¹² Die praktische Bedeutung der Gewährträgerhaftung ist indes gering. Sie würde greifen, wenn bei einer Sparkasse oder Landesbank die Situation entstehen sollte, dass ihre Verbindlichkeiten das Vermögen übersteigen und die Gläubiger deshalb ihre Forderungen nicht realisieren können. In diesem Fall hat jeder Gläubiger einen Anspruch auf Erfüllung seiner Forderung durch den jeweiligen Gewährträger. Bereits die Wettbewerbsenquete stellte jedoch fest, dass eine Inanspruchnahme des Anstaltsträgers aus der Gewährträgerhaftung überhaupt

⁸ Wettbewerbsenquete, Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über die Einlagensicherung vom 18. November 1968, BT-Drucks. V/3500, S. 47.

⁹ vgl. Gleske, S. 203; von Friesen, S. 41.

¹⁰ vgl. Wettbewerbsenquete, a.a.O., S. 48.

¹¹ vgl. für die in der Beschwerde der FBE beispielhaft genannten Institute § 6 SpkG NRW (Sparkassen); § 39 Abs. 3 SpkG NRW (WestLB); § 26 a Abs. 2 SpkG Rheinland-Pfalz (Westdeutsche Immobilienbank).

¹² vgl. Wettbewerbsenquete, a.a.O., S. 48.

nur dann möglich ist, wenn der Anstaltsträger die ihm gegenüber obliegende Pflicht zum Ausgleich von finanziellen Lücken nicht erfüllt.¹³ Die Gewährträgerhaftung käme nur zum Tragen, wenn sich der Gewährträger zur Liquidation des Kreditinstituts entschließen würde.¹⁴ Dies ist bisher in noch keinem einzigen Fall geschehen.¹⁵ Die praktische Bedeutung der Gewährträgerhaftung liegt dann auch in der Sicherung der Erfüllung der Anstaltslast: Da die Gewährträger eine Inhaftungnahme letztlich nicht verhindern können, werden sie bereits im Innenverhältnis Mittel zur Abwendung von Krisen einsetzen.¹⁶

C. Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit EG-Beihilfenrecht

Im folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllen (unten I.). Im Anschluss wird geprüft, ob gegebenenfalls die Ausnahmenvorschriften des Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV einschlägig sind (unten II.).

I. Art. 87 Abs. 1 EGV

Art. 87 Abs. 1 EGV verbietet staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

1. Beihilfebegriff

Der Begriff der Beihilfe wird im EGV nicht definiert. Art. 87 Abs. 1 EGV bestimmt nur, dass vorbehaltlich weiterer Voraussetzungen wettbewerbsverfälschende „Beihilfen gleich welcher Art“ mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sind. Bereits diese Formulierung legt indes den Schluss nahe, dass der Beihilfebegriff in einem weiten Sinne zu verstehen ist.¹⁷

¹³ vgl. Wettbewerbsenquôte, a.a.O., S. 49.

¹⁴ vgl. Gleske, S. 203; von Friesen, S. 43.

¹⁵ vgl. Twiehaus, S. 47 f. von Friesen, S. 43.

¹⁶ vgl. von Friesen, S. 43 f.; vgl. dazu die Fälle der Hessischen Landesbank 1974/1976, der Norddeutschen Landesbank 1974 und der Landesbank Rheinland-Pfalz 1985.

¹⁷ vgl. Bär-Bouyssière, in: Schwarze, Art. 87, Rn. 27; Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 87, Rn. 7; Mederer, in: GTE, Art. 92, Rn. 5; Rawlinson, in: Lenz, Art. 87, Rn. 2.

a) Begünstigende Wirkung

Weder die Gründe noch die Ziele, sondern allein die begünstigende Wirkung einer Maßnahme ist wesentlich für die Annahme einer Beihilfe.¹⁸

Die Kommission¹⁹ und die Beschwerde²⁰ gehen daher davon aus, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute begünstigten. Durch den in Aussicht gestellten Rückgriff auf die öffentliche Hand verschafften die Haftungsverpflichtungen den Landesbanken und Sparkassen eine hohe Bonität, die sich in entsprechenden Ratings niederschlug. Die hohen Ratings reduzierten die Refinanzierungskosten der öffentlichen Banken auf den internationalen Finanzmärkten, die damit in die Lage versetzt würden, ihren Kunden günstigere Konditionen einzuräumen. Dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zu höheren Ratings führten, zeige sich in den teils erheblichen Differenzen zwischen Long-Term-Rating – der Bewertung der Bonität unter Einbeziehung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – und Individual-Rating – der reinen bankbetrieblichen Bewertung.²¹

Der DSGV weist zwar in seiner Stellungnahme²² darauf hin, dass Sparkassen in der Regel kein Rating besäßen, da sie sich – anders als die Landesbanken – typischerweise über Einlagen refinanzierten und überwiegend regional agierten.

Das Einlagengeschäft ist jedoch rückläufig. Zur Schließung dieser Refinanzierungslücke werden von den Sparkassen verstärkt Mittel von den Landesbanken aufgenommen.²³ Es liegt dann sehr nahe, dass die Landesbanken ihre eigenen Refinanzierungsvorteile an die Sparkassen weiter geben.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute begünstigt sind.

¹⁸ vgl. EuGH, Rs. 173/73, Italien/Kommission, Slg. 1974, 709, Rn. 13; Rs. 310/85, Deufil, Slg. 1987, 901, Rn. 7 f.; Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 87, Rn. 7; Schohe/Hoenike, S. 742; v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Art. 92, Rn. 6.

¹⁹ vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 9. Februar 2001, IP/01/187; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 24.11.1999, veröffentlicht im Internet unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/state_guarantees/notice_19991124_de.pdf, Rn. 2.1.3; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 93/C 307/03 vom 13.11.1993, Rn. 38.1/38.2.

²⁰ vgl. Begründungsschreiben, a.a.O., Rn. 90 ff.

²¹ vgl. Übersicht im Begründungsschreiben, a.a.O., Rn. 97.

²² vgl. Stellungnahme vom 31. Januar 2001 des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes zu der gegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in Deutschland gerichteten Beihilfebeschwerde der Europäischen Bankenvereinigung, www.dsgv.de, Rn. 21 ff.

²³ vgl. von Friesen, EuZW 1999, S. 582 bei Fn. 28.

b) Keine marktübliche Gegenleistung

Weiteres Merkmal einer Beihilfe ist ihre Einseitigkeit, d. h. die fehlende marktübliche Gegenleistung des Begünstigten.²⁴ Der Austausch der Leistungen muss sich als ein normaler wirtschaftlicher Vorgang darstellen.

Man könnte sich daher durchaus fragen, ob Anstaltslast und Gewährträgerhaftung lediglich eine staatliche Ausgleichsleistung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind.

Ein Teil der Literatur nimmt dies mit zum Teil unterschiedlicher Begründung an.²⁵ Eine Beihilfe könne erst dann vorliegen, wenn eine Überkompensation in dem Sinne erfolge, dass dem Empfänger nach Erfüllung der auferlegten öffentlichen Verpflichtung noch ein Vorteil verbleibe, der seine allgemeine Lage begünstige.²⁶ So sei für die beihilferechtliche Behandlung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung einzig entscheidend, ob die Haftung ein angemessenes Mittel sei, um den öffentlich-rechtlichen Banken die Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben zu ermöglichen.²⁷

Indes will Art. 87 Abs. 1 EGV den Wettbewerb *im Markt* vor Verfälschungen schützen. Somit sind nur solche Leistungen begrifflich vom Beihilfetatbestand ausgenommen, die in dem Sinne marktgerecht sind, dass ihre Angemessenheit am freien Markt anhand ökonomischer Vergleichsdaten nachgeprüft werden kann. Die Erfüllung gesetzlich auferlegter Verpflichtungen ist indes keine Marktleistung in diesem Sinne. Die staatlichen Ausgleichsleistungen nicht als Beihilfen zu betrachten, bedeutet zudem eine erhebliche Gefahr für den Wettbewerb: Die Mitgliedstaaten könnten ihren Unternehmen beliebige, als öffentlich deklarierte Verpflichtungen auferlegen, um ihnen Vorteile in beihilfenkonformer Weise gewähren zu können. Die Mitgliedstaaten könnten damit das Beihilfeverbot weitestgehend aushebeln.²⁸

Auch das EuG hat jüngst entschieden, dass „der Umstand, dass staatliche Stellen einem Unternehmen einen finanziellen Vorteil gewähren, um die Kosten aufgrund der von diesen angeblich übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Auswirkungen auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV habe, auch wenn dies bei der

²⁴ vgl. EuGH, Rs. C-39/94, *Syndicat français de l'Express international u.a./La Poste u.a.* (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rn. 60 ff.; Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 87, Rn. 7; Mederer, in: GTE, Art. 92, Rn. 6.

²⁵ In jüngster Zeit wird diese Frage nicht nur im Hinblick auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung diskutiert, sondern insbesondere in Bezug auf die gesetzliche Gebührenfinanzierung öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten in Deutschland, vgl. Bartosch, S. 177; Bleckmann, S. 116; Oppermann, Rechtsgutachten, S. 26; Soukup, S. 198.

²⁶ vgl. Oppermann, Rechtsgutachten, S. 26; Soukup, S. 198.

²⁷ vgl. Scherer/Schödermaier, S. 175.

²⁸ vgl. Engel, S. 22; von Friesen, S. 167.

Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV berücksichtigt werden könne.²⁹

Demgemäß können öffentliche Haftungsübernahmen nicht als beihilfeausschließende Gegenleistungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch ebensolche Kreditinstitute betrachtet werden.

c) Privatinvestortest

Zur Beurteilung finanzieller Maßnahmen der öffentlichen Hand zugunsten ihrer Unternehmen am Maßstab des Art. 87 Abs. 1 EGV ist das Prinzip des „marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ entwickelt worden.³⁰ Das Handeln eines privaten Investors wird danach als wirtschaftlicher Normalfall betrachtet.³¹ Jedes Tätigwerden des Staates, das von diesem idealtypischen Verhalten abweicht, wird hingegen als Beihilfengewährung eingestuft.³² Es soll so erreicht werden, dass marktfremde Faktoren weitestgehend aus dem Wettbewerb herausgehalten werden.³³

Die Frage nach der Vergleichbarkeit enthält somit zwei Aspekte: Zum einen muss es überhaupt ein vergleichbares Handlungsinstrument für Private geben. Zum anderen muss ein privater Investor vergleichbarer Größe in vergleichbarer Situation dieses Instrument einsetzen. Einzugehen ist vorerst auf den ersten Gesichtspunkt.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit den im privaten Bankensektor bestehenden Haftungsstrukturen vergleichbar seien.³⁴ Dort sei die Übernahme unbeschränkter Haftung durchaus üblich.³⁵ Dies werde insbesondere durch die unbeschränkte Haftung des oHG-Gesellschafters und des KG-Komplementärs bei den als Personenhandelsgesellschaften organisierten Privatbankiers belegt. In der privaten Kreditwirtschaft sei es darüber hinaus weit verbreitete

²⁹ vgl. EuG, Urteil vom 10.5.2000, SIC, Rs. T-46/97, im Internet veröffentlicht unter <http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>, Rn. 84; EuG, Rs. T-106/95, FFSA u.a., Slg. 1997, II-229, Rn. 178 und 199 – bestätigt durch den EuGH, Rs. C-174/97 P, Slg. 1998, I-1303, Rn. 33.

³⁰ So die Formulierung in der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 93/C 307/03 vom 13.11.1993, Rn. 11; vgl. dazu auch EuGH, Rs. 40/85, Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2321, Rn. 13; Rs. 234/84, Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263, Rn. 14; jüngst EuG, verbundene Rs. T-129/95, T-2/96 und T-97/96, 21.1.99, Neue Maxhütte, im Internet a.a.O., Rn. 104 ff. und verbundene Rs. T-204/97 und T-270/97, 13.6.2000, EPAC, im Internet a.a.O., Rn. 68 ff.

³¹ vgl. Soukup, S. 85.

³² vgl. Soukup, ZöGU 1995, S. 22.

³³ vgl. von Friesen, S. 105.

³⁴ vgl. Immenga, Gutachten, S. 79; Scherer/Schödermeier, S. 177; Schneider/Gruson, S. 425; Schneider/Busch, S. 608.

³⁵ vgl. Scherer/Schödermeier, S. 177; Schneider/Busch; S. 606;.

Praxis, dass Muttergesellschaften für ihre Tochtergesellschaften Patronatserklärungen und Verlustdeckungszusagen abgeben, um deren Finanzierungsmöglichkeiten zu verbessern.³⁶ Diese Formen freiwilliger Haftungsübernahmen seien mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung vergleichbar.

Eine angenommene höhere Bonität des staatlichen Gewährträgers stehe dem Privatinvestortest nicht entgegen. Beihilfekontrolle sei ausschließlich Verhaltenskontrolle. Die Bonität des Haftenden spiele keine Rolle.³⁷

Nach anderer Ansicht kann die Einräumung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung prinzipiell nicht mit dem Verhalten eines marktwirtschaftlich orientierten Investors verglichen werden.³⁸ Der Vergleich mit den Haftungsstrukturen im privaten Bankgewerbe trage nicht. Hinter diesen stehe nur ein in bestimmbarer Höhe begrenztes Kapital und letztlich auch ein Ausfallrisiko. Anstaltslast und Gewährträger beruhten dagegen auf den „unermesslichen Ressourcen“ des Staates.³⁹ Eine solche, absolute Bonität sei auf dem privaten Markt überhaupt nicht erreichbar,⁴⁰ so dass auch ein Marktvergleich grundsätzlich nicht greifen könne. Der Marktwert der öffentlichen Haftung sei nicht kalkulierbar.

Entscheidend dürfte der Gedanke sein, dass durch einen den Gläubigern in Aussicht gestellten Rückgriff auf die „unermesslichen finanziellen Ressourcen“ des Staates ein leistungs- und damit wettbewerbsfeindliches Merkmal in den Bankenmarkt eingeführt wird. Eine wirkungsbezogene Auslegung des Beihilfebegriffs in Verbindung mit dem Privatinvestorprinzip fordert die besondere, weil auf Abgabengewalt basierende Qualität der öffentlichen Haftung im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 EGV zu beachten.⁴¹ Die Bonität öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute wird unabhängig von der Kapitalisierung und der Eigenkapitalrendite beurteilt. Dagegen ermittelt sich die Bonität privater Banken ausschließlich nach deren eigener Finanzverfassung. Allein diese Bonität vermögen sie mittels Verlustdeckungszusagen, Patronatserklärungen oder vertraglicher Konzernierung an ihre Tochtergesellschaften zu verleihen. Die Übernahme unbeschränkter Haftung durch die öffentliche Hand bewirkt also, dass die Auslese und Steuerungsfunktion des Bankenmarkts über eine künstliche Veränderung der natürlichen Leistungsfaktoren außer Kraft gesetzt wird.⁴²

³⁶ vgl. Scherer/Schödermeier, S. 177.

³⁷ vgl. Schneider/Busch; S. 608.

³⁸ vgl. Gleske, S. 340; Koenig, EuZW 1995, S. 600; Schmid/Vollmöller, S. 719; von Friesen, S. 190.

³⁹ vgl. Schmid/Vollmöller, S. 719.

⁴⁰ vgl. Koenig, EuZW 1995, S. 600..

⁴¹ vgl. Schmid/Vollmöller S. 719; von Friesen, S. 201.

⁴² vgl. von Friesen, S. 185 f.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz, dessen Durchsetzung der Privatinvestortest dient,⁴³ verpflichtet die öffentliche Hand, sich auf solche Unterstützungsmaßnahmen zu beschränken, die privaten Eigentümern jedenfalls theoretisch ebenfalls zur Verfügung stehen. Für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gibt es wie ausgeführt jedoch kein Äquivalent im privaten Bankensektor.

Damit wird zwar eine staatliche Maßnahme als unvereinbar mit dem Privatinvestorprinzip erklärt, die mit Blick auf die Ertragslage einiger öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute unternehmerisch vielleicht durchaus Sinn macht. Allerdings vermag dies nichts an der Einschätzung zu ändern, dass die unbegrenzte Einstandspflicht der öffentlichen Hand einer (atypischen) außerökonomisch bedingten Fördermaßnahme gleichkommt, deren Eindämmung Art. 87 Abs. 1 EGV eben gerade gilt. Mit der Übernahme unbeschränkter Haftung setzt die öffentliche Hand ihre Steuerhoheit als Wettbewerbsparameter ein.⁴⁴

Der Vergleich mit einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber ist daher nicht möglich. Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich somit gar nicht mehr die Frage, ob ein Privater vergleichbarer Größe in vergleichbarer Situation genauso gehandelt hätte.

Im Ergebnis fallen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung daher unter den Beihilfebegriff des Art. 87 Abs. 1 EGV.

Konsequenz der hier vertretenen Auffassung ist, dass die öffentliche Hand nur unter der Bedingung erwerbswirtschaftlich tätig werden kann, dass sie eingeschränkt haftet.

2. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige

Art. 87 EGV richtet sich nach der Rechtsprechung des EuGH an jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁴⁵ Art. 86 Abs. 1 EGV stellt noch einmal ausdrücklich klar, dass insbesondere Art. 87 Abs. 1 EGV Anwendung auf Beihilfen findet, die öffentlichen Unternehmen durch den Staat gewährt werden.⁴⁶ Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute bieten gewerbsmäßig Bankdienstleistungen an. Sie sind somit wirtschaftlich tätig und daher Unternehmen i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EGV.

⁴³ vgl. EuG, verbundene Rs. T-129/95, T-2/96 und T-97/96, 21.1.99, Neue Maxhütte, im Internet, a.a.O., Rn. 105.

⁴⁴ vgl. von Friesen, S. 188.

⁴⁵ vgl. jüngst EuGH, verbundene Rs. C-115/97 bis C-117/97, Brentjens', Slg. 1999, I-6029, Rn. 77.

⁴⁶ vgl. Nicolaysen, S. 116; Page, S. 23.

Die Begünstigung muss *bestimmten* Unternehmen oder Produktionszweigen zukommen. Vergünstigungen, zu denen sämtliche, in einem Mitgliedstaat tätige Unternehmen Zugang haben, sind daher keine Beihilfen.⁴⁷

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommen nur einer bestimmten Anzahl von Kreditinstituten des öffentlichen Sektors zugute. Es liegt mithin eine Begünstigung *bestimmter* Unternehmen vor.

3. Staatliche Beihilfe

Weiterhin muss es sich bei Anstaltslast und Gewährträgerhaftung um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe handeln. Unter Art. 87 Abs. 1 EGV fallen sowohl vom Staat direkt, d. h. vom Zentralstaat oder regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften, als auch von Unternehmen, auf die öffentliche Stellen einen beherrschenden Einfluss ausüben, gewährte Beihilfen.⁴⁸ Die Beihilfe muss darüber hinaus zu einer Belastung der öffentlichen Haushalte führen.⁴⁹ Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verpflichten die Länder, also regionale Gebietskörperschaften. Die Haftungsverpflichtungen allein führen zwar zunächst nicht zu einer Belastung der Länderhaushalte. Allerdings muss die Haushaltsbelastung noch nicht eingetreten sein, es reicht aus, wenn die Beihilfe dazu führen kann.⁵⁰ Die öffentlichen-rechtlichen Kreditinstitute sind mithin Empfänger staatlicher Beihilfen.

4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung sowie Handelsbeeinträchtigung

a) Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EGV ist weiterhin, dass die Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

In der deutschen Kreditwirtschaft gibt es im Wesentlichen drei historisch gewachsene Gruppen: die öffentlich-rechtlichen Banken, die privaten Geschäftsbanken und die Genossenschaftsbanken. Die in

⁴⁷ vgl. Bär-Bouyssière, in: Schwarze, Art. 87, Rn. 35; Rawlinson, in: Lenz, Art. 87, Rn. 8.

⁴⁸ vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 24.11.1999, a.a.O., Rn. 2.1.4.; vgl. auch EuGH, Rs. 248/84, Deutschland/Kommission, Slg. 1987, 4013, 4041, Rn. 17.

⁴⁹ vgl. EuGH, Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25, Rn. 24 f.; verbundene Rs. C-52/97 bis C-54/97, Viscido u.a., Slg. 1998, I-2629, Rn. 13.

⁵⁰ vgl. Mederer, in: GTE, Art. 92, Rn. 17.

diesen drei Sektoren vertretenen Institute stehen im Privatkundengeschäft, im Firmenkundengeschäft mit Nichtbanken und im Geldmarkt- und Wertpapiergeschäft im Wettbewerb miteinander.⁵¹

Eine Verfälschung ist jeder dem Staat zurechenbare Eingriff, der die Marktbedingungen für die Wettbewerber ändert, d. h. in der Regel die Marktposition des Begünstigten stärkt.⁵² Die Beihilfen an öffentlich-rechtliche Kreditinstitute verändern die Marktbedingungen für die übrigen Wettbewerber. Diese können sich nur teurer refinanzieren. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verfälschen mithin den Wettbewerb.

b) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Art. 87 Abs. 1 EGV erfasst darüber hinaus nur Beihilfen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Der Begriff des Handels umfasst ganz allgemein den gesamten Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, also den Dienstleistungs- und Warenaustausch.⁵³ Die Erbringung von Bankdienstleistungen gehört daher zum Handel.

Unter einer Beeinträchtigung dieses Handels wird jede künstliche Erschwerung der Einfuhren oder Erleichterung der Ausfuhren verstanden.⁵⁴

Entscheidend ist, ob sich die Handelsströme anders entwickeln oder entwickelt hätten.⁵⁵ Landesbanken sind unbestritten inzwischen international tätig. Sie bieten ihre Leistungen in Konkurrenz zu anderen europäischen Banken an. Die Begünstigung der Landesbanken stellt somit eine Handelsbeeinträchtigung dar.

Kontrovers hingegen wird die Situation bei den Sparkassen beurteilt. Während der DSGV unter Betonung des für die Sparkassen geltenden Regionalprinzips⁵⁶ Auswirkungen auf den Handelsverkehr in der Gemeinschaft verneint,⁵⁷ meint die Beschwerde eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs nachweisen zu können.⁵⁸ Die Kommission vertrat noch in ihrem Bericht vom

⁵¹ Der Marktanteil der privaten Geschäftsbanken betrug 1998 ca. 38 %, der der öffentlich-rechtliche Banken ca. 36 %, der Genossenschaftsbanken ca. 14,5 %, vgl. Banken-Jahrbuch, Kreditinstitute und Finanzierungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland 2000, S. V 39.

⁵² vgl. EuGH, Rs. 730/79, Philip Morris, Slg. 1980, 2671, 2683.

⁵³ vgl. Mederer, in: GTE, Art. 92, Rn. 37.

⁵⁴ vgl. Mederer, in: GTE, Art. 92, Rn. 38.

⁵⁵ vgl. Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 87, Rn. 16.

⁵⁶ Danach dürfen Sparkassen nur im Gebiet ihres Gewährträgers Filialen unterhalten und müssen sich für die Kreditvergabe auf das Gewährträgergebiet konzentrieren, vgl. dazu Niemeyer/Hirsbrunner, S. 366.

⁵⁷ vgl. Stellungnahme des DSGV, a.a.O., Rn. 317.

⁵⁸ vgl. Begründungsschreiben, a.a.O., Rn. 172 ff.

17.6.1998 an den Rat über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Bankensektor⁵⁹ die Auffassung, lokal tätige Sparkassen fielen „im Prinzip von vornherein“ nicht unter Art. 87 Abs. 1 EGV. Neuerdings sieht sie jedoch in den Beihilfen an Sparkassen eine Handelsbeeinträchtigung.⁶⁰

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es indes nicht erforderlich, dass der Beihilfeempfänger selbst am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt. Ausreichend ist, dass die Beihilfe den Empfänger in die Lage versetzt, seine Produktion aufrecht zu erhalten oder zu steigern, und dadurch die Marktzutrittschancen der Wettbewerber verringert.⁶¹ Zwar können die Sparkassen nicht im Ausland tätig werden, jedoch stehen sie durchaus in Konkurrenz zu ausländischen Banken, die Bankdienstleistungen auf dem Gebiet des jeweiligen Gewährträgers anbieten oder anbieten wollen. Somit führen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auch bei den Sparkassen zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

II. Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV

Von den in Art. 87 Abs. 2 EGV enthaltenen Ausnahmen ist schon dem Wortlaut nach keine geeignet, die Haftungsübernahmen von der Anwendung des Beihilfeverbots auszunehmen.

Nach Art. 87 Abs. 3 lit. b EGV können Beihilfen als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, die zur Behebung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens eines Mitgliedstaates erfolgen. Dann müsste eine konkrete Bankenkrise vorliegen, denn eine Prävention von Krisen wird schon vom Wortlaut der Norm nicht erfasst. Wegen des besonderen Ausnahmecharakters der Vorschrift müssen die darunter fallenden Maßnahmen darüber hinaus zeitlich befristet sein.⁶² Dies ist nicht der Fall. Eine Anwendung des Art. 87 Abs. 3 lit. B EGV kommt daher nicht in Betracht.

III. Ergebnis

Anstaltslast und Gewährträgerhaftung sind verbotene Beihilfen i. S. v. Art. 87 EGV. Sie verstoßen gegen das vertragliche Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs.

⁵⁹ vgl. Bericht von der Kommission angenommen am 17.6.1998 und dem Rat vorgestellt am 23.11.1998, veröffentlicht im Internet unter http://europa.eu.int/comm/competititon/state_aid/others/report_bank/report_bank_de.html, unter Punkt 2. am Ende.

⁶⁰ vgl. Pressemitteilung IP/01/119 und Pressemitteilung vom 9. Februar 2001, IP/01/187.

⁶¹ vgl. EuGH, Rs. 102/87, Frankreich/Kommission, Slg. 1988, 4067, Rn.19.

⁶² vgl. Gleske, S. 349; von Friesen, S. 209.

D. Ausnahmen

Der Vertrag könnte gleichwohl Bestimmungen enthalten, die nationale Regelungen vom Beihilfeverbot ausnehmen. Insbesondere für öffentliche Unternehmen wird Art. 295 EGV diskutiert.⁶³ Schwerpunkt der Debatte ist dabei jedoch Art. 86 Abs. 2 EGV.

I. Art. 295 EGV

Fraglich ist, ob Art. 295 EGV die Anwendung der Beihilfavorschriften des Vertrages auf Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hindert. Art. 295 EGV bestimmt, dass der Vertrag die Eigentumsordnungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt. Diese Norm ist indes in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EGV zu lesen. Art. 86 Abs. 1 EGV bestätigt die Geltung des Gemeinschaftsrechts für öffentliche Unternehmen. Damit lässt der Vertrag die – wirtschaftspolitisch motivierte – Eigentumszuordnung in private oder öffentliche Trägerschaft unberührt. Die *Ausübung* der Eigentumsrechte unterliegt dagegen den Vorschriften des Vertrages.⁶⁴

Aus der Regelung des Art. 295 EGV folgt somit im Hinblick auf eine kreditwirtschaftliche Betätigung der Mitgliedstaaten, dass lediglich die grundlegende Entscheidung, Kreditinstitute fortzuführen oder neu zu gründen, den einzelnen Staaten und anderen autonomen Hoheitsträgern, wie etwa Gebietskörperschaften, überlassen ist. Das Verhalten der öffentlichen Hand gegenüber ihren Unternehmen ist hingegen an den relevanten Normen des EGV zu messen.

Dem Gemeinschaftsrecht sind somit keine Vorgaben zu entnehmen für die in der Bundesrepublik immer wieder auflebende Diskussion über einen Rückzug der öffentlichen Hand aus der Kreditwirtschaft oder einen von den Beihilfavorschriften ausgehenden Privatisierungsdruck. Nicht das öffentliche Eigentum an den betroffenen Instituten wäre durch eine Aufhebung der öffentlichen Haftung berührt, sondern allein dessen Ausgestaltung.

II. Art. 86 Abs. 2 EGV

Art. 86 Abs. 2 EGV sieht eine Ausnahme von der Anwendung der Vorschriften des Vertrags vor, wenn Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind und die Bindung an die Beihilfavorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.

⁶³ vgl. dazu das Gutachten von Klaus Stern, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in europarechtlicher Bewertung, Rechtsgutachten erstattet dem Deutschen Sparkassen- und Giroverband, Köln 1997.

⁶⁴ vgl. EuGH, Rs. C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Rn. 24; Brinker, in: Schwarze, Art. 295, Rn. 6; Hochbaum, in: GTE Art. 222, Rn. 6; Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 295, Rn. 11.

1. Ratio

Art. 86 Abs. 2 EGV enthält eine Kompromissformel.⁶⁵ Sie soll den Konflikt zwischen dem Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik einerseits und dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes andererseits lösen.⁶⁶ Als von allgemeinen Vertragsbestimmungen abweichende Ausnahmegesetzgebung unterliegt Art. 86 Abs. 2 EGV enger Auslegung.⁶⁷

2. Adressat

Art. 86 Abs. 2 EGV benennt als Adressaten der Norm nur die betrauten Unternehmen, nicht aber die Mitgliedstaaten. Es ist gleichwohl gerade Sinn und Zweck der Norm, den Ausgleich der mitgliedstaatlichen Interessen mit denen der Gemeinschaft zu bewirken. So ist unbestritten, dass Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV auch eine Ausnahme von solchen Vorschriften zu begründen vermag, die sich, wie Art. 87 EGV, alleine an die Mitgliedstaaten wenden.⁶⁸

3. Dienstleistung

Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute müssen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen.

Als Dienstleistung wird jede Leistung von Diensten und Versorgung mit Gütern verstanden.⁶⁹ Banken können folglich im Gesamtbereich ihrer Geschäftstätigkeit Dienstleistungen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV erbringen.⁷⁰

⁶⁵ vgl. Gleske, S. 317; Jung, in: Callies/Ruffert, Art. 86, Rn. 34.

⁶⁶ vgl. EuGH, Rs. C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Rn. 12; Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Rn. 39; verbundene Rs. C-115/97 bis C-117/97, Brentjens', Slg. 1999, I-6029, Rn. 103; Hochbaum, in: GTE, Art. 90 EGV, Rn. 43.

⁶⁷ vgl. Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90, Rn. 53; von Burchard, in: Schwarze, Art. 86, Rn. 61.

⁶⁸ vgl. schon EuGH, Rs. C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rn. 13 f.; verbundene Rs. C-147/97 und C-148/97, Deutsche Post AG, im Internet a.a.O., Rn. 55; EuG, Rs. T-106/95, FFSA, Slg. 1997, II-229, Rn. 170; von Burchard, in: Schwarze, Art. 86, Rn. 54.

⁶⁹ vgl. Hochbaum, in: GTE, Art. 90, Rn. 52 f.

⁷⁰ vgl. auch EuGH, Rs. 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg. 1981, 2021, 2030.

4. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Fraglich ist, ob die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute Dienstleistungen von *allgemeinem wirtschaftlichen Interesse* erbringen.

Es muss sich zunächst – in Abgrenzung zu rein religiösen, kulturellen oder karitativen Anliegen – um *wirtschaftliche* Interessen handeln.⁷¹ Dies ist bei der Versorgung mit Bankdienstleistungen der Fall.

Unternehmen, die sich auf Art. 86 Abs. 2 EGV berufen, müssen weiterhin mit einer Dienstleistung von *allgemeinem* Interesse betraut sein.⁷² Die Mitgliedstaaten haben einen weiten Spielraum, die Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu bestimmen.⁷³ Es handelt sich gleichwohl um einen Begriff des Gemeinschaftsrechts, dessen Auslegung der Kontrolle durch den Gerichtshof unterliegt.⁷⁴ Bei der Auslegung ist die innere Systematik des Art. 86 Abs. 2 EGV zu beachten. Indem die „besonderen“ Aufgaben unmittelbar auf die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Bezug nehmen, liegt es nahe, beiden Begriffen eine einheitliche Bedeutung beizumessen. Als besonders kann aber nur eine Aufgabe gelten, die im Wettbewerb stehende Unternehmen nicht schon typischerweise wahrnehmen. Es muss sich also um eine Aufgabe handeln, die nicht ohnehin unternehmerischer Natur ist. Ziel unternehmerischer Tätigkeit ist die Erzielung größtmöglicher Gewinne. Im Umkehrschluss kann dies nur bedeuten: Wer durch staatliche Betrauung unter Aufhebung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit zu Tätigkeiten verpflichtet wird, die nur unter Zurückstellung der Gewinnmaximierung ausgeführt werden können, erbringt Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.⁷⁵

⁷¹ vgl. Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001, Rn. 28. ff.; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90, Rn. 37.

⁷² Die Kommission sieht darin „marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden“, Anhang II der Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001 und schon Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl. 96/C 281/03 vom 26.9.1996. Insofern bilden diese Dienste einen Teilbereich der Leistungen der Daseinsvorsorge, da diese neben den marktbezogenen auch nicht marktbezogene gemeinwohlorientierte Tätigkeiten umfassen, vgl. Begriffsdefinition der Kommission ebenda.

⁷³ vgl. Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001, Rn. 22. – „Gestaltungsfreiheit“ der Mitgliedstaaten, Kontrolle auf „offenkundige Fehler“ durch die Kommission; EuGH, verbundene Rs. C-115/97 bis C-117/97, Brentjens', Slg. 1999, I-6029, Rn. 104 – „kann es diesen [den Mitgliedstaaten] nicht verboten sein, bei der Umschreibung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (...) die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen“.

⁷⁴ vgl. EuG, Rs. T-260/94, Air Inter, Slg. 1997, II-997, Rn. 135 ; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90, Rn. 35.

⁷⁵ EuGH, Rs. 127/73, BRT, Slg. 1974, 313, 318; vgl. Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90, Rn. 36.

Der DSGVO nennt in seiner Stellungnahme⁷⁶ als öffentliche Aufgaben die Sicherung der Kreditversorgung der Bevölkerung und des gewerblichen Mittelstandes in der Fläche ohne renditeorientierte Ausgrenzung einzelner Kundengruppen oder Standorte, die Unterstützung der wirtschaftlichen Zielsetzungen der kommunalen oder staatlichen Gewährträger, insbesondere in der Regional- und Strukturpolitik (Förderpolitik), die Hausbankfunktion und die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für Finanzdienstleistungen durch die Erbringung aller banküblichen Dienstleistungen am Markt (Wettbewerbsergänzungsfunktion).

Wiewohl die Gemeinschaft nicht bindend, hat auch das BVerfG mit Beschluss vom 23. September 1994⁷⁷ betont, dass öffentlich-rechtliche Kreditinstitute im Kernbereich ihrer Tätigkeit Allgemeinwohlaufgaben wahrnehmen.

Die Kommission hat in der Amsterdamer „Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland“ von 1997 ausgeführt, „dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, welche die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährte Fazilitäten voll zu berücksichtigen.“⁷⁸ Jedoch erschöpft sich die Rechtsqualität der Erklärung nach allgemeiner Auffassung in einer bloßen Interpretationshilfe zur Auslegung der unverändert fortgeltenden vertraglichen Wettbewerbsregeln.⁷⁹

Die Beschwerde dagegen beschreibt einen Funktionswandel der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute und leitet daraus die Behauptung ab, Sparkassen und Landesbanken seien inzwischen universelle Geschäftsbanken, die keinen konkreten öffentlichen Auftrag mehr erfüllten.

Indes ist der von den privaten Banken bemühte Funktionswandel von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten nicht als Wandel zur Funktionslosigkeit vor dem Hintergrund öffentlicher Aufgabenstellungen zu interpretieren. Zwar sind Sparkassen und Landesbanken heute keine Einrichtungen der staatlichen Wohlfahrtspflege mehr. Jedoch sind in den letzten Jahrzehnten strukturpolitische Zielsetzungen, wie die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung und der mittelständischen Wirtschaft in allen Regionen mit Finanzdienstleistungen, in den Vordergrund getreten. Sparkassen und Landesbanken führen ihre Geschäfte zwar nach „kaufmännischen Gesichtspunkten“. Die Rechtsgrundlagen öffentlich-rechtlicher Institute untersagen jedoch, Gewinnerzielung zum Hauptzweck der Geschäftstätigkeit zu erheben.⁸⁰ Die Sparkassen sind verpflichtet, „Spareinlagen (...) in Höhe von mindestens einer

⁷⁶ vgl. Stellungnahme des DSGVO, a.a.O., Rn. 68 ff.

⁷⁷ vgl. BVerfG, NVwZ 1995, S. 370, 371.

⁷⁸ vgl. Erklärung zu den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, Vertrag von Amsterdam, Schlussakte, Punkt 37.

⁷⁹ vgl. dazu Kinzl, S. 87 ff.; Koenig, WM 1997, 1279 ff.; von Friesen, S. 23.

⁸⁰ vgl. §§ 3 und 38 SparkG NRW, §6 Abs. 5 Satzung der WestLB.

Deutschen Mark anzunehmen.“ Sie müssen daneben „für natürliche Personen aus dem Gewährträ-
gergebiet auf Antrag Girokonten zur Entgegennahme von Einlagen in Deutscher Mark“ führen.⁸¹

Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute erfüllen damit noch Dienstleistungen von allgemeinem wirt-
schaftlichen Interesse.

5. Betrauung

Das Unternehmen muss durch Hoheitsakt mit der Erbringung der Dienstleistung betraut worden
sein.⁸²

Die Gründung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in Form juristischer Personen des öffentlichen
Rechts bedarf einer formalgesetzlichen Grundlage. Die Gesetze beauftragen die Kreditinstitute zur
Erfüllung bestimmter öffentlicher Zwecke mit der Erbringung von Bankdienstleistungen. Die öffent-
lich-rechtlichen Kreditinstitute – Sparkassen und Landesbanken – sind folglich staatlicherseits mit der
Erbringung von Dienstleistungen betraut.

6. Verhinderung der Erfüllung des öffentlichen Auftrags und Gemeinschaftsinteresse

Eine Ausnahme von den Wettbewerbsvorschriften des Vertrags kommt nur dann in Frage, wenn die
Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich
verhindert. Des weiteren ist das Gemeinschaftsinteresse zu beachten.

Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten dürfen danach nicht über das zur
tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinausgehen.⁸³ Auch der EuGH sieht den
Tatbestand des Art. 86 Abs. 2 EGV erfüllt, wenn die Ausübung eines besonderen oder ausschließli-
chen Rechts oder der finanzielle Ausgleich erforderlich ist, damit das Unternehmen seine im Allge-
meininteresse liegende Aufgabe wahrnehmen kann, und zwar insbesondere unter wirtschaftlich trag-
baren Bedingungen.⁸⁴

In der Regel haben die Mitgliedstaaten eine ganze Reihe von Möglichkeiten, um die Erbringung von
Leistungen der Daseinsvorsorge sicher zu stellen: Sie reichen – sofern der Markt eine ausreichende
Versorgung ermöglicht – von der Liberalisierung des betreffende Dienstleistungsmarktes über die Auf-
erlegung von Gemeinwohlverpflichtungen bis hin zur Übertragung ausschließlicher oder besonderer

⁸¹ § 5 Abs. 1 und 2 Sparkassenverordnung NRW

⁸² vgl. EuGH, Rs. 127/73, BRT, Slg. 1974, 313, 318; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90, Rn. 33.

⁸³ vgl. Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001,
Rn. 23; Pernice, in: Grabitz/Hilf, Art. 90, Rn. 54; von Burchard, in: Schwarze, Art. 86, Rn. 71 f.

⁸⁴ vgl. EuGH, verbundene Rs. C-147/97 und C-148/97, Deutsche Post AG, im Internet a.a.O., Rn. 49; verbundene Rs. C-
115/97 bis C-117/97, Brentjens', Slg. 1999, I-6029, Rn. 107.

Rechte auf einen einzigen Anbieter oder eine begrenzte Zahl von Anbietern, und zwar mit oder ohne Bereitstellung von Finanzmitteln.⁸⁵ Wird eine solche Leistung finanziert, darf der Ausgleich nicht über die mit der anvertrauten Aufgabe verbundenen Nettomehrkosten hinausgehen.⁸⁶

Zunächst ist somit zu prüfen, ob schon der freie Markt Leistungen der verlangten Art bereitstellt. Ob eine flächendeckende Kreditversorgung mit Hilfe des freien Marktes sicher gestellt werden kann, ist nach den Erfahrungen mit liberalisierten Bankenmärkten in Großbritannien und den USA fragwürdig.⁸⁷ Das Versagen des US-amerikanischen Bankenmarkts hat dort zum „Community reinvestment Act“ geführt. Dieses Gesetz verpflichtet amerikanische Banken, Finanzdienstleistungen gleichmäßig über alle sozialen Gruppen und strukturschwach Gebiete anzubieten.⁸⁸

Gerade die US-amerikanische Lösung bietet sich dabei auch für Deutschland an. Ist ein Marktversagen abzusehen, bleibt die Regulierung in Form einer gesetzlichen Verpflichtung des gesamten Bankensektors zur Erbringung von Bankdienstleistungen in der Fläche, ohne finanziellen Ausgleich, oder einzelner Banken, aber mit Beteiligung aller an der Finanzierung der öffentlichen Aufgabe. Dies stellt unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit ein im Vergleich zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung den Wettbewerb nicht verfälschendes Mittel dar.

Die Wettbewerbsergänzung ist durchaus ohne Aufrechterhaltung der Begünstigung, also im offenen Wettbewerb möglich. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ist den Mitgliedstaaten ja nicht prinzipiell verboten, vgl. oben C.I.1.c) und D.I. Somit können öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in Konkurrenz zu privaten Banken ihre Dienstleistungen anbieten und dadurch den Wettbewerb beleben oder ergänzen. Ein Eingriff in den Wettbewerb ist dafür nicht erforderlich.

Auch regional- und strukturpolitische Zielsetzungen, insbesondere die Verteilung von Fördermitteln an kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), lassen sich über sämtliche Banken abwickeln – wie heute schon bei Darlehen der KfW. Dazu bedarf es keiner besonderer Begünstigung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute.

Schließlich kann auch die Versorgung der öffentlichen Hand mit Krediten und die Kontoführung (Hausbankfunktion) durch die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute einen Eingriff in den Wettbewerb

⁸⁵ vgl. Überblick in der Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001, Rn. 14 ff.

⁸⁶ Die Kommission geht davon aus, dass in Fällen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens, in dem für einen angemessenen Zeitraum ein Ausgleich festgesetzt wird, die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV erfüllt sind, vgl. Mitteilung der Kommission, über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001, Rn. 26.

⁸⁷ vgl. Cruikshank, Competition in UK Banking, Report to the Chancellor of the Exchequer, März 2000, veröffentlicht unter <http://www.bankreview.org.uk>.

⁸⁸ vgl. Stellungnahme des DSGV, a.a.O., Rn. 83.

nicht rechtfertigen. Ihren Kreditbedarf befriedigen die Länder und Kommunen schon heute bei den konkurrierenden Anbietern.

Die drei letztgenannten öffentlichen Aufgaben werden somit vom Markt ausreichend erfüllt. Ein den Eingriff in den Wettbewerb erforderndes Marktversagen ist nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass Ausnahmen nicht greifen.

E. Lösungsmodelle

In der Politik wird teilweise darüber nachgedacht, den Konflikt mit den Beihilfevorschriften des EGV durch eine entsprechende Vergütung der Einstandspflichten zu vermeiden. Diese Möglichkeit ist nach der hier vertretenen Auffassung ausgeschlossen. Da private Gesellschafter nicht in der Lage sind, Bonität in vergleichbarer Qualität durch die Übernahme unbeschränkter Haftung zu verleihen, kann nämlich ohnehin nicht festgestellt werden, ob die gewährte öffentliche Haftung durch eine etwaige Gegenleistung der Banken tatsächlich in *marktüblicher* Weise abgegolten wird.⁸⁹

Sollte an der öffentlich-rechtlichen Rechtsform festgehalten werden, müssten die Vorschriften über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung aus dem jeweils maßgeblichen Anstaltsrecht entfernt werden.⁹⁰

Dies ist offenbar Inhalt des der Kommission im April dieses Jahres unterbreiteten Kompromissvorschlages.⁹¹ Das Kompromisskonzept sieht vor, dass die Gewährträgerhaftung für Landesbanken nach einer Übergangsfrist abgeschafft wird. Gleichzeitig soll die Anstaltslast enger definiert werden. Dem Kompromissentwurf zufolge könnten die öffentlichen Eigentümer die Geldhäuser zwar auch in Zukunft mit Kapital ausstatten. Allerdings soll ausgeschlossen werden, dass im Sanierungsfall unbegrenzt frische Mittel nachgeschossen werden müssen. Noch unklar ist, ob auch die Haftungsgarantien für die Sparkassen nach dem Modell der Landesbanken abgeschafft bzw. angepasst werden. Als sicher gilt indes, dass die Landesbanken in der Übergangsfrist ihre eigenen Sicherungsnetze engmaschiger aufspannen werden. Andernfalls nämlich droht ihnen aufgrund des höheren Risikos eines Zahlungsverzugs eine schlechtere Note durch die Ratingagenturen.

Daneben kommt eine Trennung der Geschäftsbank- und Förderaktivitäten in Betracht.⁹² Es müssten dazu zwei Nachfolgeinstitute errichtet werden. Die öffentlichen Förderaktivitäten könnten in einer haftungsbegünstigten öffentlich-rechtlichen Anstalt belassen werden. Wettbewerbsverzerrungen dro-

⁸⁹ vgl. von Friesen, EuZW 1999, S. 584 und oben C.I.1.b).

⁹⁰ vgl. von Friesen, EuZW 1999, S. 586 f.

⁹¹ vgl. FR vom 7.4.2001, 25.4.2001 und 27.4.2001 und oben A.

⁹² vgl. von Friesen, EuZW 1999, S. 586 f.

hen hier nicht, da insofern keine Konkurrenz zu privaten Instituten besteht. Die Förderbanken könnten sich – wie dies heute schon teilweise der Fall ist (KfW) – privater Banken als Hausbanken zur Auszahlung der beantragten Mittel bedienen. Die Geschäftsbankaktivitäten des jeweiligen Instituts müssten dagegen in eine rechtlich selbständige Gesellschaft überführt werden, um so Wettbewerbsverfälschungen auszuschließen.

F. Schlussfolgerungen für Kompetenzordnung und Kompetenzverteilung in der Europäischen Verfassung

Welche Rückschlüsse erlaubt das oben gefundene Ergebnis nun im Hinblick auf Kompetenzordnung und Kompetenzverteilung in der Europäischen Verfassung? Wie ist insbesondere die eingangs gestellte Frage zu beantworten, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten weiterhin die Märkte zu Lasten eines unverfälschten Wettbewerbs regulieren dürfen?

Immer mehr Bereiche der Daseinsvorsorge, die bisher nur monopolisiert oder durch den Staat abgedeckt werden konnten, öffnen sich durch technische und wirtschaftliche Entwicklung dem Markt/Wettbewerb.⁹³ Dies verlangt von den Mitgliedstaaten weder die Privatisierung öffentlicher Unternehmen, noch geben sie Kompetenzen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge an die Gemeinschaft ab. Vielmehr unterfallen diese Regelungsbereiche nun den Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln des EGV. Art. 86 Abs. 1 und 2 Satz 1 EGV bestätigen insofern nur die Anwendung der Wettbewerbsregelungen des Vertrags auf öffentliche und mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen. Gemäß Art. 16 EGV ist es Ziel der Gemeinschaft, die Versorgung der europäischen Bürger mit hochwertigen Dienstleistungen zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen.⁹⁴ Die Vertragsnormen stellen dafür ein hinreichend flexibles Instrument dar. In vielen Fällen wird der Markt der beste Mechanismus für die Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sein. Das Angebot zur Deckung vieler Grundbedürfnisse – z. B. Lebensmittel, Kleidung, Wohnung – wird ausschließlich oder überwiegend vom Markt geregelt. Der Wettbewerb ist aber auch kein unumstößliches Dogma. Art. 86 Abs. 2 EGV sieht eben dort eine Ausnahme vor, wo Daseinsvorsorgeleistungen marktkonform nicht erbracht werden können. Indem Art. 86 EGV den Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen bzw. den damit verbundenen Markteingriff auf das erforderliche Maß beschränkt, verhindert das Gemeinschaftsrecht unnötige Wettbewerbsverfälschungen, die letztlich auch den Bürger benachteiligen würden.

⁹³ vgl. Hänsch, Klaus, „Gefährdet Europa unsere bewährten öffentlich-rechtlichen Strukturen?“, Rede auf der Jahresversammlung 2000 des Deutschen Landkreistages am 28. November 2000 in Berlin, veröffentlicht im Internet unter <http://bayernspd.de/haensch/publikat/reden/20001128%20Landkreistag.htm>.

⁹⁴ vgl. Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001/C 17/04 vom 19.1.2001, Rn. 8 und Frenz, S. 913 f.

Strukturpolitik und Regulierung bleiben so möglich, soweit sie nicht den Wettbewerb verfälschen. Die Wettbewerbsregeln begrenzen die Ausübung von Hoheitsgewalt, ohne sie gleichzeitig einem anderen Hoheitsträger zuzuweisen (sog. *compétences abolies*⁹⁵). Die Kompetenz zu wettbewerbsverfälschenden Maßnahmen haben weder die Mitgliedstaaten, noch die Gemeinschaft. Die Wettbewerbsvorschriften des EGV ähneln in ihrer Wirkung damit Kompetenzausübungsregeln.⁹⁶ Sie setzen jeglicher Kompetenzausübung Grenzen, vergleichbar etwa einem übergeordneten Verfassungsprinzip.⁹⁷ Somit sind auch die dem Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und offenen Binnenmarkts dienenden Vertragsnormen Kompetenzausübungsregeln.

⁹⁵ vgl. zum Konzept der „*compétences abolies*“ Simon, Rn. 66 und Constantinesco, S. 231 ff., 248.

⁹⁶ vgl. dazu auch Mayer, S. 4 ff.

⁹⁷ vgl. zum Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb als „*verfassungsmäßigem*‘ Gesamtkonzept“ Oppermann, Rn. 929; die vertraglichen Grundlagen, die „als Eckwerte zusammengesehen das wirtschaftsrechtliche Leitbild der EG ergeben“, als „*Wirtschaftsverfassung*“ der Europäischen Union, Oppermann, Rn. 926, 929 (Hervorhebungen durch Verfasser); Kompetenzverteilungsregeln sind dagegen diejenigen Normen, die die Kompetenz eines Hoheitsträgers begrenzen, indem sie einer anderen Hoheitsgewalt diese quasi spiegelbildlich zuweisen.