

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	21
II.	Marktbedeutung	23
III.	Derzeitige rechtliche Struktur des öffentlicht-rechtlichen Bankensystems	27
1.	Die Sparkassen.....	27
a)	Die rechtliche Struktur der Sparkassen	27
b)	Das Regionalprinzip als Ausfluss der rechtlichen Struktur der Sparkasse	28
aa)	Grundsätzliches zum Regionalprinzip.....	28
bb)	Ausnahmen vom Regionalprinzip und deren rechtliche Legitimation	29
aaa)	Errichtung von Zweigstellen außerhalb des Gewährträgergebiets	29
aaaa)	Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie	30
bbbb)	Anwendung dieser Grundsätze auf die Frage der Zulässigkeit der Errichtung von Zweigstellen in anderen Gemeindegebieten	33
bbb)	Kreissparkassen	34
c)	Fusionen und der Bezug von Fusionen auf das Trägergebiet	35
d)	Aktuelle Entwicklungen im Sparkassenrecht; Beteiligungen.....	37
e)	Zusammenfassung	38
2.	Die rechtliche Struktur der Landesbanken	38
a)	Rechtliche Organisation der Landesbanken.....	38
b)	Regionalprinzip bei den Landesbanken?	39
c)	Zusammenfassung	42

IV. Die Geschichte des öffentlich-rechtlichen Bankensystems	43
1. Die Anfänge der Sparkassen	43
2. Eine Weichenstellung – Das preußische Sparkassenreglement von 1838	45
3. Die Sparkassen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.....	47
4. Spannungen zwischen den verschiedenen Bankengruppen.....	47
a) Das Verhältnis der Sparkassen zu den privaten Banken.....	47
b) Das Verhältnis der Sparkassen zu den Genossenschaftsbanken	49
5. Die Entwicklung der Landesbanken in dieser Zeit	50
6. Die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im 20. Jahrhundert	51
a) Die Entwicklung bis zum Zweiten Weltkrieg.....	51
b) Die Sparkassen und Landesbanken während des Dritten Reichs und des Zweiten Weltkrieges.....	55
c) Die Sparkassen und Landesbanken nach dem Zweiten Weltkrieg bis zur Wiedervereinigung	56
aa) Die Sparkassen in Westdeutschland	56
bb) Die Sparkassen in der DDR.....	58
d) Die Sparkassenorganisation seit der Deutschen Wiedervereinigung bis heute	58
7. Bewertung, Zusammenfassung.....	59
V. Intention für das Bereitstellen eines öffentlich-rechtlichen Bankensystems	61
1. Die Sparkassen.....	61
a) Der öffentliche Auftrag	61
aa) Gesetzlich normierte Aufgaben, die im öffentlichen Auftrag enthalten sind	62
aaa) Förderung der Vermögensbildung breiter Bevölkerungsschichten	62

bbb)	Präsenz in der Fläche, Struktursicherungsfunktion	63
ccc)	Kreditversorgung (Förderungsfunktion) und Hausbankfunktion des Trägers	64
aaaa)	Kreditversorgung breiter Bevölkerungsschichten und insbesondere des Mittelstands	64
bbbb)	(Kredit-)Versorgung der öffentlichen Hand (Hausbankfunktion)	65
ddd)	Girokonto für Jedermann und allgemeiner Kontrahierungszwang	65
eee)	Das Wettbewerbsargument	67
fff)	Verpflichtung auf das Gemeinwohl	70
ggg)	Schuldnerberatung	73
bb)	Elemente des öffentlichen Auftrages, die nicht ausdrücklich in den Sparkassengesetzen enthalten sind	74
aaa)	Sicherungsfunktion	74
bbb)	Umsetzung zentralbankpolitischer Maßnahmen	75
cc)	Öffentlicher Auftrag und Gewinnerzielung	76
b)	Anpassen des öffentlichen Auftrages, Zusammenfassung	77
2.	Die Landesbanken und Girozentralen	78
a)	Der öffentliche Auftrag	78
b)	Verbindung zum öffentlichen Auftrag der Sparkassen und Landesbanken	78
c)	Hausbankfunktion	79
d)	Wettbewerbsfunktion	79
e)	Struktursicherungsfunktion	80
f)	Weiche Faktoren	80
g)	Zusammenfassung	80
VI.	Argumente gegen das öffentliche Bankensystem	81
1.	Allgemeine Gegenargumente	81
a)	Faktische Annäherung der verschiedenen Bankengruppen, Entfernung von den Grundwerten der Sparkassen	81

b)	Förderung der Vermögensbildung muss nicht durch Sparkassen erfolgen.....	83
c)	Versorgung in der Fläche bedarf nicht der Existenz des öffentlich-rechtlichen Bankensystems.....	87
d)	Sicherstellung der Kreditvergabe	89
	aa) Kreditvergabe an mittelständische Unternehmen	89
	bb) Kreditvergabe an die öffentliche Hand – Hausbankfunktion.....	93
e)	Bereitstellen eines Girokontos für Jedermann	96
f)	Stärkung des Wettbewerbs im Kreditgewerbe	96
g)	Gewinnabführung an die Träger kann nicht als Rechtfertigung dienen.....	100
2.	Gegenargumente, die sich aus den Geschehnissen der jüngeren Vergangenheit ergeben, insbesondere die Geschehnisse um die SachsenLB	101
3.	Bewertung, Zusammenfassung.....	103
VII.	Vergleich der Intention mit der Praxis der Gegenwart	105
1.	Förderung der Vermögensbildung breiter Bevölkerungsschichten.....	105
2.	Sicherungsfunktion.....	106
3.	Kreditversorgung	108
4.	Girokonto für Jedermann	109
5.	Orientierung am Gemeinwohl	110
6.	Präsenz in der Fläche.....	112
7.	Das Wettbewerbsargument.....	115
8.	Weiche Faktoren.....	115
9.	Die Aufgaben der Landesbanken in der Praxis	116
10.	Zusammenfassung	118

VIII. Vergleich: Das Bankensystem in Großbritannien	119
1. Überblick	119
2. Probleme in der Versorgung der Bevölkerung mit Bankdienstleistungen in Großbritannien.....	120
3. Versuche, den Problemen entgegenzutreten.....	122
4. Bewertung, Zusammenfassung.....	123
IX. Die US-Immobilienkrise	125
X. Rechtfertigung des öffentlich-rechtlichen Bankensystems	129
1. Notwendigkeit einer Rechtfertigung des Systems	129
a) Privatautonomie des Staates.....	129
b) Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes	131
c) Verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip des Grundgesetzes.....	132
d) Beschränkung des öffentlichen Wirtschaftshandelns aus Grundrechten.....	133
e) Beschränkung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip.....	137
f) Das Gemeinwohl als Ausfluss des Republikprinzips.....	139
g) Einfluss des Sozialstaatsprinzips.....	140
h) Beschränkung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip	141
i) Beschränkung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit in formeller Hinsicht durch den Gesetzesvorbehalt	145
j) Pflicht des Staates zum Handeln aus dem Untermaßverbot?....	146
k) Beschränkung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit aus Unionsrecht	148
aa) Relevante Vorgaben des EU-Arbeitsweisevertrages.....	149
bb) Die unionsrechtliche Definition des Unternehmens im Wettbewerbsrecht	151

cc)	Der auf Gemeinschaftsrecht beruhende Streit über die Sparkassen und Landesbanken; das Beihilferecht des EU-Arbeitsweisevertrages	154
dd)	Direkte Beihilfen im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise.....	157
ee)	Zusammenfassung Unionsrecht.....	158
l)	Zusammenfassung Rechtfertigungserfordernisse	158
2.	Zulässiger Zweck des Handelns; Rechtfertigung	158
a)	Anwendbarkeit der Vorschriften der Gemeindeordnungen auf die Sparkassen	159
b)	Versuche den öffentlichen Zweck zu fassen; Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	159
c)	Erkenntnisse aus dem Gemeinwohl.....	164
d)	Mögliche Zwecke staatlichen Wirtschaftshandelns	165
e)	In concreto: Rechtsprechung zu dem öffentlichen Auftrag der Sparkassen.....	169
f)	Zusammenfassung der Vorgaben an den öffentlichen Zweck staatlichen Wirtschaftshandelns	169
g)	Anwendung des vorher Gesagten auf die Sparkassen und Landesbanken, Rechtfertigung?	170
aa)	Zusammenfassung der tatsächlichen Situation der Sparkassen, Vorliegen gewichtiger Zwecke des Gemeinwohls.....	170
aaa)	Versorgung in der Fläche und das Wettbewerbsargument	171
bbb)	Sicherungsfunktion.....	173
ccc)	Kreditversorgung.....	173
ddd)	Das Girokonto für Jedermann	174
eee)	Förderung der Vermögensbildung.....	174
fff)	Bindung an das Gemeinwohl.....	175
ggg)	Bewertung	175
bb)	Zusammenfassung der tatsächlichen Situation der Landesbanken, Vorliegen gewichtiger Zwecke des Gemeinwohls.....	177

aaa)	Eigene Verfolgung von Gemeinwohlzielen, Nähe zu dem öffentlichen Auftrag der Sparkassen	177
bbb)	Bewertung.....	178
cc)	Abschließende Bewertung, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	180
XI.	Aufsicht über die Sparkassen und Landesbanken.....	183
1.	Bisherige Aufsichtstruktur für alle Kreditinstitute	183
a)	Die Ziele der Bankenaufsicht durch das KWG.....	184
b)	Die von der Bankenaufsicht zu prüfenden Vorgaben – insbesondere die Kontrolle und die Überprüfung der Risiken aus dem Investmentbankengeschäft	188
c)	Basel II, Basel III.....	192
d)	Zusammenfassung	193
2.	Die besondere Aufsicht über die Sparkassen und Landesbanken	194
a)	Rechtsgrundlagen für die eigene staatliche Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute.....	194
b)	Rechtsnatur der Aufsicht über die öffentlicht-rechtlichen Kreditinstitute	194
aa)	Geschichte der Sparkassenaufsicht; Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht	194
bb)	Die heutige Aufsicht über die Sparkassen und Landesbanken	196
c)	Wäre ein Einschreiten der Staatsaufsicht auf der Grundlage der für die Landesbanken relevanten Regelungen hinsichtlich der kritischen Geschäfte der Landesbanken in den USA geboten und möglich gewesen?...	198
d)	Wäre ein Einschreiten der Aufsicht aufgrund anderer Rechtsverletzungen möglich gewesen?.....	202
e)	Zusammenfassung	205

XII. Die innerbetriebliche Aufsicht über die Geschäftstätigkeit der öffentlich-rechtlichen Institute.....	207
1. Die bisherige Struktur der Verwaltungsräte und deren Stellung im Unternehmen Sparkasse bzw. Landesbank	207
2. In concreto: Die Überwachungsfunktion des Verwaltungsrates....	207
a) Überprüfung der Rechtmäßigkeit.....	208
b) Überprüfung der Zweckmäßigkeit.....	208
aa) Ansicht <i>Schliefbachs</i>	208
bb) Ansicht <i>Füntens</i>	209
cc) Ansicht <i>Lutters</i>	210
dd) Ansicht <i>Völters</i>	210
ee) Durchführung der Überwachung	211
ff) Eigene Ansicht/Auswertung/Rückschlüsse für die vorliegende Untersuchung.....	212
3. Die Besetzung des Verwaltungsrates und Reformbestrebungen in diesem Zusammenhang	215
a) Bisherige Mitgliederstruktur im Verwaltungsrat	215
b) Zusammensetzung des Verwaltungsrates	216
c) Reformbestrebungen	217
aa) Vorschlag zur Änderung des Sparkassengesetzes in Bayern	217
bb) Vorschlag zur Änderung des Landesbankgesetzes in Bayern.....	217
cc) Bewertung der Reformbestrebungen.....	219
dd) Zusammenfassung	222
4. Reformbestrebungen der Bundesregierung	222
a) Geäußerte Kritik zu der geplanten Gesetzesänderung.....	223
b) Eigene Bewertung des Gesetzesentwurfes, Zusammenfassung	223

XIII. Übernahmen von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten durch private Träger und Privatisierung	227
1. Gibt es eine Pflicht des Staates, ein eigenes öffentlich-rechtliches Bankensystem vorzuhalten?	228
a) Pflicht des Vorhaltens eines öffentlich-rechtlichen Bankensystems aus der Sozialstaatlichkeit	228
aa) Vertretene Ansichten hierzu	228
bb) Eigene Stellungnahme.....	232
b) Ergebnis.....	235
2. Verwendung der Erlöse.....	235
3. Kommunalbankverbot.....	236
4. Rechtliche Probleme, die einzelnen Formen des Verkaufs bzw. der Privatisierung betreffend.....	236
5. Einzelne Übernahmemöglichkeiten.....	237
a) Die Umwandlung der Sparkasse oder Landesbank in eine Aktiengesellschaft	237
aa) Beschreibung des Modells	237
bb) Rechtliche Fragestellungen	238
aaa) Gesetzliche Grundlage für die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft	238
bbb) Problem: Fortführung der Bezeichnung Sparkasse nach der Umwandlung der Sparkasse in eine Aktiengesellschaft	239
aaaa) Erste Ansicht: Die Bezeichnung Sparkasse kann nicht fortgeführt werden	240
bbbb) Zweite Ansicht: Die Bezeichnung Sparkasse kann fortgeführt werden.....	241
cccc) Eigene Ansicht.....	242
cc) Sachdienlichkeit des Modells.....	250
b) Der Asset-Deal	250
aa) Beschreibung	251
bb) Rechtliche Fragestellungen	251
aaa) Kommunalrechtliche Fragen.....	252

bbb)	Sparkassenrechtliche Fragen	252
aaaa)	Schränken die Sparkassengesetze einen Verkauf der Sparkasse ein?	252
aaaaa)	Erste Ansicht: Die Sparkassengesetze verbieten einen Verkauf und eine Auflösung der Sparkasse durch die Gemeinde	253
bbbb)	Zweite Ansicht: Die Sparkassengesetze verbieten einen Verkauf und die Auflösung einer Sparkasse nicht	254
cccc)	Eigene Stellungnahme	257
bbbb)	Wäre eine Änderung der Sparkassengesetze dergestalt, dass der Verkauf einer Sparkasse nur dann möglich wäre, wenn eine Vereinigung mit einer anderen Sparkasse fehlgeschlagen wäre, rechtmäßig?	258
aaaaa)	Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie	258
bbbbbb)	Beurteilung der Gesetzesänderung anhand der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie	258
cccc)	Zustimmung der Aufsichtsbehörde	259
aaaaa)	Erste Ansicht: Bei der Zustimmung der Aufsichtsbehörde handele es sich weitgehend um eine Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde	259
bbbbbb)	Zweite Ansicht: Die Zustimmung der Aufsichtsbehörde sei keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung, die nur bei einer rechtswidrigen Auflösung der Sparkasse versagt werden kann	260
cccc)	Eigene Stellungnahme	263
ccc)	Kann die Aufsichtsbehörde auf die Verkaufspläne mit einer Zwangsvereinigung reagieren?	266
ddd)	Anforderungen aus dem Kreditwesengesetz	268
eee)	Übergang des Kundenstammes	268
cc)	Eigene Bewertung des Asset-Deals	269
c)	Der Share-Deal	269
aa)	Beschreibung des Modells	270

bb)	Rechtliche Fragestellungen	270
cc)	Sachdienlichkeit des Modells, eigene Bewertung	271
d)	Das Holding-Beleihungsmodell	271
aa)	Beschreibung des Modells	271
bb)	Rechtliche Fragestellungen	272
cc)	Sachdienlichkeit des Modells	272
dd)	Abschließende eigene Bewertung des Modells	273
e)	Stille Beteiligungen, Genussrechtskapital	274
f)	Privatisierung von Nebenaufgaben.....	275
6.	Zusammenfassung	275

XIV. Vereinbarkeit des § 40 KWG mit Unionsrecht277

1.	Eingriff in die Grundfreiheiten des AEUV	278
a)	Bereichsausnahme des Art. 345 AEUV.....	278
aa)	Hintergrund der Regelung; Reichweite.....	278
aaa)	Rechtsprechung des EuGH.....	279
bbb)	Vertretene Ansichten in der Literatur	279
ccc)	Auslegung von Art. 345 AEUV; eigene Ansicht.....	280
aaaa)	Historische Auslegung des Art. 345 AEUV	280
bbbb)	Auslegung nach dem Wortlaut	281
cccc)	Teleologische Auslegung.....	281
dddd)	Systematische Auslegung.....	282
eeee)	Ergebnis.....	283
bb)	Der Bezeichnungsschutz aus § 40 KWG als Gegenstand der Bereichsausnahme des Art. 345 AEUV	283
aaa)	Erste Ansicht und Ansicht der Kommission: Art. 345 AEUV umfasst nicht den Bezeichnungsschutz aus § 40 KWG	283
bbb)	Zweite Ansicht: Art. 345 AEUV umfasst auch den Bezeichnungsschutz aus § 40 KWG	284
ccc)	Eigene Ansicht	285
b)	Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit	287

aa)	Einfluss des Vertrags von Lissabon	287
bb)	Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit	287
cc)	Grenzüberschreitender Bezug	289
dd)	Verhältnis zur Kapitalverkehrsfreiheit	290
ee)	Eingriff	291
aaa)	Handeln eines Verpflichtungsadressaten.....	291
bbb)	Diskriminierung.....	291
ccc)	Verbot der Beschränkung durch unterschiedslose Maßnahmen.....	291
ff)	Ergebnis	293
c)	Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit	294
aa)	Einfluss des Vertrages von Lissabon	294
bb)	Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit	294
cc)	Grenzüberschreitender Sachverhalt.....	295
dd)	Eingriff.....	295
aaa)	Handeln eines Verpflichtungsadressaten.....	295
bbb)	Beschränkungsverbot	295
aaaa)	Exkurs: Die Keck-Rechtsprechung	296
bbbb)	Exkurs Ende	297
ee)	Ergebnis	299
2.	Rechtfertigung eines Eingriffs.....	299
a)	Allgemeines zur Rechtfertigung eines Eingriffs	300
aa)	Nicht-diskriminierende Anwendung der Vorschrift	300
bb)	Verfolgung von übergeordneten Zielen des Allgemeininteresses	300
cc)	Geeignetheit der Vorschrift.....	304
dd)	Erforderlichkeit der Regelung des § 40 KWG	305
b)	Ergebnis	313
XV.	Zusammenfassung	315
Literaturverzeichnis	319	