

**W**

Deutscher Bundestag ■ Wissenschaftliche Dienste

**Auswirkung der Verständigung zwischen der  
Bundesregierung und der EU-Kommission im  
Sparkassenstreit auf § 40 KWG und  
Sparkassensprivatisierungen**

- Ausarbeitung -



## **Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages**

Verfasser/in: [REDACTED]

Auswirkung der Verständigung zwischen der Bundesregierung und der EU-Kommission im Sparkassenstreit auf § 40 KWG und Sparkassensprivatisierungen

Ausarbeitung WD 4 - 009/07

Abschluss der Arbeit: 31.01.2007

Fachbereich WD 4: Haushalt und Finanzen

Telefon: [REDACTED]

Diese Ausarbeitung entstand unter Mitwirkung der Wissenschaftlichen Dienste, Fachbereich 11, Europa, Dr. Christoph Hellriegel, LL.M., ORR.

Ausarbeitungen und andere Informationsangebote der Wissenschaftlichen Dienste geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Die Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste sind dazu bestimmt, Mitglieder des Deutschen Bundestages bei der Wahrnehmung des Mandats zu unterstützen. Der Deutsche Bundestag behält sich die Rechte der Veröffentlichung und Verbreitung vor. Diese bedürfen der Zustimmung des Direktors beim Deutschen Bundestag.

## Einleitung

Hintergrund der am 6. Dezember 2006 bekannt gewordenen Verständigung zwischen der EU-Kommission und der Bundesrepublik Deutschland ist der „Berliner Bankenskandal“. Das Land Berlin hatte verschiedene Beihilfen zur Sanierung der in die Krise geratenen Bankgesellschaft Berlin gewährt. Diese Beihilfen wurden von der EU-Kommission nur unter der Voraussetzung genehmigt, dass das Land Berlin seinen Mehrheitsanteil an der Bankgesellschaft Berlin (und damit auch ihrer Tochter der „Berliner Sparkasse“) in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Veräußerungsverfahren verkauft<sup>1</sup>. Dem Käufer sollte es erlaubt sein, den Namen „Berliner Sparkasse“ weiterzuführen.

Der Weiterführung des Namens „Berliner Sparkasse“ durch einen privaten Investor steht nach ihrem Wortlaut jedoch die nationale Vorschrift des § 40 KWG entgegen, nach der private Kreditinstitute den Namen „Sparkasse“ nicht tragen dürfen, es sei denn, sie (§ 40 Abs. 1 Nr. 2 KWG) oder ihr Rechtsvorgänger (§ 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG) existieren bereits vor der Einführung des § 40 KWG.

Über § 40 KWG und seine Übereinstimmung mit den Regeln des Gemeinschaftsrechts entbrannte der Sparkassenstreit zwischen der EU-Kommission und der Bundesrepublik Deutschland. Die EU-Kommission vertrat die Auffassung, § 40 KWG verstoße gegen die europäische Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, und leitete ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein. Die Rechtsgrundlagen und die verschiedenen Auffassungen dieses Streits sind in dem Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste vom 31. August 2006<sup>2</sup> vertieft dargestellt. Der Sachstand ist als **Anlage 1** in Kopie beigelegt. Verwiesen wird außerdem auf die umfangreiche Darstellung des Sachverhalts in dem Gutachten von Prof. Dr. Bernhard Nagel<sup>3</sup>, das ebenfalls in Kopie als **Anlage 2** (Lang- und Kurzfassung des Gutachtens) beigelegt ist.

Die EU-Kommission hat das Vertragsverletzungsverfahren nunmehr im Rahmen der mit der Bundesregierung gefundenen Verständigung im Dezember 2006 eingestellt. Der genaue Wortlaut dieser Verständigung lag bei Erstellung dieser Ausarbeitung nicht vor.

---

<sup>1</sup> Entscheidung der EU-Kommission über die Umstrukturierungsbeihilfe Deutschlands zugunsten der Bankgesellschaft Berlin AG vom 18.02.2004, Art. 2 Buchstabe b und Anhang zu Art. 2 Buchstabe b).

<sup>2</sup> Dr. Mock/RRef in Gerneitis: „Problematik und Lösungsmodelle zum Sparkassenverkauf“, WD Fachbereich 4, WD4 – 215/06.

<sup>3</sup> Prof. Dr. Bernhard Nagel, Die Veräußerung der Berliner Sparkasse und die Vereinbarkeit von § 40 KWG mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht“, Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, 3. November 2006.



Aus den Presseerklärungen des Bundesministeriums der Finanzen<sup>4</sup> und der EU-Kommission<sup>5</sup> vom 6. Dezember 2006 ergeben sich die folgenden Grundaussagen:

- Die Verständigung behandelt den gesetzlichen Bezeichnungsschutz „Sparkasse“ im Fall der Privatisierung der Berliner Sparkasse.
- Den Sparkassen kann bei einer Privatisierung die Fortführung bestimmter Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden.
- § 40 KWG wird stets in einer die Bestimmungen des EG-Vertrags über das Niederlassungsrecht (Artikel 43 ff.) und über den Kapital- und Zahlungsverkehr (Artikel 56 ff.) nicht verletzenden Weise angewendet.
- Die im Fall der Privatisierung der Bankgesellschaft Berlin AG mit der Berliner Sparkasse dieser auferlegten sparkassentypischen Gemeinwohlaufgaben sind mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.
- Der Bezeichnungsschutz für Sparkassen nach § 40 Kreditwesengesetz wird im Falle der „Berliner Sparkasse“ von höherrangigem und unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht, namentlich der Beihilfeentscheidung der Kommission zur Berliner Bankgesellschaft, dergestalt überlagert, dass die aufgrund des Berliner Sparkassengesetzes errichtete teilrechtsfähige Anstalt nicht durch § 40 KWG an der Fortführung der Bezeichnung „Berliner Sparkasse“ gehindert wird.

Entsprechend der den Wissenschaftlichen Diensten gestellten und unten wiedergegebenen Fragen, wird nachstehend ausschließlich die Frage betrachtet, welche Auswirkungen die zwischen der Bundesregierung und der EU-Kommission gefundene Lösung hat. Dabei wird nicht auf die Frage eingegangen, ob § 40 KWG insgesamt oder teilweise gegen europäisches Recht verstößt oder nicht<sup>6</sup>.

## 1. Auslegung des § 40 KWG

*Frage: „Welche europarechtlichen Auswirkungen hat die Verständigung zwischen der EU-Kommission und der Bundesregierung im ‚Sparkassenstreit‘ (Mitteilung der Kommission vom 6.12.2006, IP/06/1692) auf die Auslegung des § 40 KWG?“*

---

<sup>4</sup> Presseerklärung des BMI Nr. 143/2006 im Internet abrufbar unter: [http://www.bundesfinanzministerium.de/lang\\_de/DE/Aktuelles/Pressemitteilungen/2006/12/20060612\\_\\_PM143.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_de/DE/Aktuelles/Pressemitteilungen/2006/12/20060612__PM143.html)

<sup>5</sup> Presseerklärung der EU-Kommission vom 06.12.2006, Nr. IP/06/1692, im Internet abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1692&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>

<sup>6</sup> Vgl. zu den verschiedenen Auffassungen aus der neueren Literatur: Prof. Dr. Bernhard Nagel, a.a.O. (Fn. 3 – Anlage 2); Geschwander/Bach, „Bezeichnungsschutz für Sparkassen, quo vadis?“, in: NJW 2007, 129.

Hinter dem Bezeichnungsschutz des § 40 KWG steht der Gedanke, dass sich die Bezeichnung Sparkasse in einer langen historischen Entwicklung zu einem Begriff für bestimmte Kreditinstitute herausgebildet hat, die kraft öffentlichen Auftrages das Spargeschäft besonders pflegen<sup>7</sup>. Zum Leitbild der Sparkassen gehören außerdem die folgenden Prinzipien:

- Verzicht auf Gewinnmaximierung,
- flächendeckende Versorgung der Privatkunden,
- Versorgung der mittelständischen Wirtschaft im kommunalen Gebiet mit preiswerten Bankleistungen und
- Beschränkung der Geschäftstätigkeit auf die jeweilige Kommune (Regionalprinzip)<sup>8</sup>.

Von diesen Prinzipien werden auch die im Berliner Sparkassengesetz enthaltenen „sparkassentypischen Gemeinwohlaufgaben“ getragen<sup>9</sup>. Wie der Verständigung zu entnehmen ist, begegnet dieser „Grundgedanke“ des Berliner Sparkassengesetzes und damit auch des § 40 KWG keinen europarechtlichen Bedenken. Insoweit hat die Verständigung keinen Einfluss auf die zukünftige Auslegung des § 40 KWG.

Im Rahmen der Verständigung wurde jedoch auch festgelegt, dass § 40 KWG zukünftig stets in einer das Gemeinschaftsrecht nicht verletzenden Weise angewandt wird. Die Frage, ob und inwieweit eine nationale Vorschrift wie § 40 KWG dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, ist jeweils am konkreten Einzelfall zu entscheiden. Eine Verletzung ist immer schon dann nicht gegeben, wenn das Europarecht in dem konkreten Fall keine Anwendung findet, z.B. weil es sich um einen rein nationalen Sachverhalt handelt.

Würde jedoch in einen zukünftigen Sachverhalt festgestellt, dass § 40 KWG mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar ist, ist die Norm zunächst gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Nur wenn eine solche Auslegung nicht möglich ist und daher eine Kollision mit dem Gemeinschaftsrecht besteht, kommen die nachfolgend unter Ziff. 2

---

<sup>7</sup> vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 3/1114; Geschwander/Bach, a.a.O..

<sup>8</sup> zum Ganzen vgl. Schimansky/Bunte/Luwowski, Bankrechtshandbuch, Band III, § 124 Rdnr. 35.

<sup>9</sup> **§ 1 Berliner Sparkassengesetz (SpKG): Sitz, Regionalprinzip**

Die Berliner Sparkasse hat ihren Sitz in Berlin. Der Geschäftsbereich der Berliner Sparkasse ist auf das Land Berlin auszurichten. [...]

**§ 2 SpKG Aufgaben**

Der Berliner Sparkasse obliegt die Förderung des Sparens und die Befriedigung des örtlichen Kreditbedarfs, insbesondere des Mittelstandes und der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise. [...]

**§ 4 SpKG Grundsätze der Geschäftspolitik**

Die Geschäfte der Berliner Sparkasse sind nach kaufmännischen Grundsätzen unter Beachtung all-gemeinwirtschaftlicher Gesichtspunkte zu führen. Die Erzielung von Gewinn ist nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebs.

dargestellten Grundsätze des Anwendungsvorrangs zum Tragen. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung findet ihre Grenzen somit in der Auslegungsfähigkeit von § 40 KWG bezogen auf den konkreten Sachverhalt. Die Norm kann nicht gegen den klaren Wortlaut und den darin deutlich gewordenen Willen des Gesetzgebers ausgelegt werden<sup>10</sup>.

## 2. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

*Frage: „Welche Bedeutung hat die Vorschrift künftig angesichts der Tatsache, dass ihr das höherrangige direkt anwendbare Gemeinschaftsrecht vorgeht?“*

Wie bereits oben unter Ziff. 1 dargestellt, muss an dem jeweiligen Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit das Gemeinschaftsrecht § 40 KWG widerspricht. Für die Fälle, in denen dies nicht zutrifft, bleibt die Vorschrift uneingeschränkt anwendbar.

Ist jedoch in einem konkreten Fall die Vorschrift des § 40 KWG mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar und kann die Norm auch nicht gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden (vgl. oben Ziff. 1), ist § 40 KWG nicht anzuwenden<sup>11</sup>. Dies gilt jedoch nur für den betreffenden Sachverhalt. Die Vorschrift wird nicht gänzlich, d.h. für alle denkbaren Anwendungsfälle, außer Kraft gesetzt. Aus der Sicht des Europarechts hat jede nationale Stelle staatliche Normen unangewendet zu lassen, denen in dem konkreten Fall eine vorrangige gemeinschaftsrechtliche Regelung entgegensteht<sup>12</sup>. Der Vorrang betrifft alle Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts – auch des sekundären – und wirkt grundsätzlich gegenüber allen Rechtsquellen des nationalen Rechts. Der Europäische Gerichtshof sieht dabei einen Anwendungsvorrang (d.h. keinen Geltungsvorrang) des Gemeinschaftsrechts<sup>13</sup>. Die entgegenstehende Vorschrift des nationalen Rechts ist damit nicht nichtig, sondern nur unanwendbar. Der Unterschied wirkt sich in den Fällen aus, in denen ein (anderer) Anwendungsbereich der Vorschrift entweder dem europäischen Recht nicht widerspricht oder keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht hat, wie etwa bei rein innerstaatlichen Sachverhalten.

Daraus folgt, dass § 40 KWG, auch wenn er nach den Feststellungen der oben dargestellten Verständigung im Fall der Berliner Sparkasse von europäischem Gemeinschaftsrecht überlagert wird, nicht grundsätzlich nichtig und damit nicht grundsätzlich unanwendbar ist.

---

<sup>10</sup> Schroeder in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar, München 2003, Rn. 128 zu Art. 249 EG.

<sup>11</sup> Vgl. Michael Ahlt, Thomas Deisenhofer, Europarecht, 3. Aufl. München 2003, S. 46 f.

<sup>12</sup> Vgl. Schroeder in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar, München 2003, Rn. 40 ff., 46 zu Art. 249 EG.

<sup>13</sup> Schon seit EuGH, Beschluss vom 3. Juni 1964, Rs. 6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.*, Slg 1964, S. 1307.



### 3. Zukünftige Sparkassenprivatisierungen

*Frage: „Steht § 40 KWG möglichen Privatisierungen von Sparkassen durch Länder und Kommunen entgegen?“*

Soweit diese dritte Frage darauf abzielt, ob Sparkassenprivatisierungen durch Länder und Kommunen wegen § 40 KWG (generell) nicht europarechtskonform durchgeführt werden können, ist zunächst auf die Ausführungen zu den Fragen 1 und 2 zu verweisen. Dort wurde dargestellt, dass zunächst erst einmal an jedem Einzelfall, d.h. an dem konkreten Privatisierungsvorhaben, festgestellt werden muss, ob eine nationale Vorschrift (hier § 40 KWG) dem Gemeinschaftsrecht widerspricht.

Zunächst kann ein Konflikt mit Gemeinschaftsrecht schon dann ausgeschlossen sein, wenn auf das konkrete Privatisierungsverfahren das Gemeinschaftsrecht keine Anwendung findet. Dies dürfe allerdings nur in den seltensten Fällen wie bei Kleinst-Privatisierungen mit ausschließlich nationalen Bietern der Fall sein, denn nach Auffassung der EU-Kommission werfen Privatisierungen in der Regel beihilferechtliche Fragen auf.

Folglich spielt das Gemeinschaftsrecht zumeist schon über diesen Aspekt in das Privatisierungsverfahren hinein. Aus Sicht der EU-Kommission kann eine Privatisierung in zweifacher Hinsicht Anlass zur Gewährung von Beihilfen geben: Eine staatliche Beihilfe könne zum einen zugunsten des Erwerbers vorliegen, falls der Verkauf nicht zum Marktpreis erfolgt. Zum anderen könnte die Beihilfe zugunsten des veräußerten Unternehmens gegeben sein, falls der Verkaufsvertrag dem Erwerber Bedingungen hinsichtlich der Fortführung unrentabler Geschäftstätigkeiten auferlegt, die von einem marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber aufgegeben worden wären<sup>14</sup>.

Daher hat die Kommission in ihrem XXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik Leitlinien zur beihilferechtlichen Beurteilung von Privatisierungsmaßnahmen veröffentlicht<sup>15</sup>. Privatisierungen enthalten nach Ansicht der Kommission generell keine Beihilfeelemente, wenn sie entweder durch Börsenverkauf oder durch einen offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungswettbewerb erfolgen. In allen übrigen Fällen müssen Veräußerungen der öffentlichen Hand bei der Kommission angemeldet werden<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Montag/Leibenath in: Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 1. Auflage 2003, § 28, Rdnr. 5.

<sup>15</sup> Kommission, 23. WB (1993), Tz. 403.

<sup>16</sup> Vgl. zum ganzen Absatz Montag/Leibenath, a.a.O. (Fn. 14), Rdnr. 6.

Hat die EU-Kommission über eine Privatisierung unter beihilferechtlichen Aspekten zu entscheiden und hält sie die Privatisierung grundsätzlich für zulässig, wird sie dafür allerdings ebenfalls einen offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungswettbewerb fordern, so wie dies auch bei der Beihilfeentscheidung der EU-Kommission zur Berliner Sparkasse der Fall war<sup>17</sup>. Wird der offene, transparente und bedingungsfreie Ausschreibungswettbewerb somit entweder von vornherein oder als Folge einer Beihilfeentscheidung durchgeführt, muss im Rahmen dieses Wettbewerbs Gemeinschaftsrecht beachtet werden.

Inwieweit aber bei einem solchen Privatisierungsverfahren durch § 40 KWG gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen wird oder nicht, hängt von der Ausgestaltung des Verfahrens ab. Wie die Kommission im Rahmen des „Sparkassenstreits“ noch im Sommer 2006 dargestellt hat, hält sie es z.B. für gemeinschaftsrechtlich zulässig, wenn dem (privaten) Investor die sparkassentypischen Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden und/oder eine besondere Namensgebung vorgeschrieben wird<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> vlg. zu der Beihilfeentscheidung der EU-Kommission im Fall der Berliner Sparkasse den Nachweis in Fn. 1.

<sup>18</sup> vgl. Presseerklärung der EU-Kommission zum Sparkassenstreit vom 28. Juni 2006, IP/06/870, abrufbar unter:  
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/870&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>