

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Siekmann

**Zur Offenlegung der Bezüge von Sparkassenführungskräften
im Internet**

Stellungnahme
für den Haushalts- und Finanzausschuss des Landtags
Nordrhein-Westfalen
zum Entwurf eines Gesetzes zur Offenlegung der Bezüge von
Sparkassenführungskräften im Internet
(Drucksache 16/4165)
vom 10.02.2014

Inhalt

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Siekmann

Stellungnahme für den Haushalts- und Finanzausschuss des Landtags
Nordrhein-Westfalen zum Entwurf eines Gesetzes zur Offenlegung der Be-
züge von Sparkassenführungskräften im Internet

(Drucksache 16/4165)

vom 10.02.2014

Gesetzentwurf

der Fraktion der Piraten

Gesetz zur Offenlegung der Bezüge von Sparkassenführungskräften im In-
ternet

vom 08.10.2013

Stellungnahme

I. Regelungsgehalt des Entwurfs

Der Gesetzentwurf enthält im Wesentlichen folgende Anordnungen:

- die Schaffung eines elektronischen Informationsregisters durch die Sparkassenverbände,
- Gewährleistung freien („barrierefreien“) Zugangs zu diesem Register,
- Maschinenlesbarkeit der darin enthaltenen Informationen,
- Pflicht zur Veröffentlichung der Bezüge der Vorstände der Sparkassen sowie ihrer Verwaltungs- und Aufsichtsräte,
- Pflicht zur Veröffentlichung der Jahresberichte der Sparkassen in diesem Register.

II. Grundsätzliches

1. Die Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts

Die Sparkassen in Deutschland sind mit Ausnahme der Hamburger Sparkasse AG¹, der Sparkasse Bremen AG² und der Sparkasse zu Lübeck AG³ sowie zweier kleiner Sparkassen in Schleswig-Holstein⁴ Anstalten des öffentlichen Rechts.⁵ Anstalten des öffentlichen Rechts sind Teile der öffentlichen Verwaltung. Das ergibt sich aus den Prinzipien des Allgemeinen Verwaltungsrechts, das im Bereich des Verwaltungsorganisationsrecht im Wesentlichen immer noch ungeschriebenen ist. Punk-

¹ Bis 2002: Juristische Person alten hamburgischen Rechts.

² Bis 2004: Wirtschaftlicher Verein.

³ Bis 31. Oktober 2004: Stiftung.

⁴ Bordesholmer Sparkasse AG (bis 2006: Wirtschaftlicher Verein), Sparkasse Mittelholstein AG. Die Spar- und Leihkasse zu Bredstedt AG (bis 31. Dezember 2003: Stiftung) wurde 2013 von der Nord-Ostsee Sparkasse übernommen. Die Frankfurter Sparkasse wurde am 1. Juli 2007 von einer Aktiengesellschaft (AG) in eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts umgewandelt, § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Errichtung der Frankfurter Sparkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts (Fraspa-Gesetz) vom 14. Mai 2007 (GVBl. I S. 283).

⁵ Die Sparkasse Westholstein mit Sitz in Itzehoe ist zwar eine „freie“ Sparkasse, hat also keinen kommunalen Träger, ist aber als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert; weitere Einzelheiten bei *Siekmann*, Die rechtliche Regulierung öffentlicher Banken in Deutschland, in: Scherzberg / Çan / Doğan (Hrsg.), Das Recht der öffentlichen Unternehmen und der öffentlich-rechtlichen Banken, 2012, S. 65 (68 f., 76 ff.).

tuelle Regelungen finden sich aber sowohl auf Bundes- wie auf Landesebene in Gesetzen, welche Organisation und Tätigkeit einzelner juristischer Personen des öffentlichen Rechts (Kreditanstalt für Wiederaufbau – KfW, Finanzmarkstabilisierungsanstalt – FMSA, Landesbank NRW) oder Gruppen von Einrichtungen (Sparkassen, Rundfunkanstalten) regeln.

Die Organisation der Landesverwaltung im engeren Sinne ist in NRW im Landesorganisationsgesetz – LOG geregelt. Für die kommunale Ebene und sonstige rechtlich selbständige Einrichtungen des Landes gilt es jedoch nur, soweit seine Geltung ausdrücklich angeordnet ist, § 1 Abs. 1 LOG. Nach § 21 LOG i.V.m. § 19 Abs. 1 LOG wirken die Anstalten des öffentlichen Rechts bei der Landesverwaltung mit. Diese Regelung fixiert im Kern nur Prinzipien des (ungeschriebenen) Allgemeinen Verwaltungsrechts. Deshalb ist es nicht entscheidend, ob ihre Geltung ausdrücklich auf die kommunale Ebene erstreckt worden ist oder nicht.

Zwar ist das Sparkassenrecht des Landes *lex specialis*, das dem LOG vorgeht, doch ist nicht sicher, ob und in welchem Ausmaß sich der Landesgesetzgeber über Prinzipien des Allgemeinen Verwaltungsrechts hinwegsetzen darf. Das hängt davon ab, ob die betreffende Regel des ungeschriebenen Verwaltungsrechts Bundesrecht ist oder Landesrecht.

Auch das Regionalprinzip des Sparkassenrechts (§ 3 SpkG) folgt daraus, dass die Sparkasse eine Einrichtung der öffentlichen Verwaltung ist. Eine solche darf nicht im Gebiet eines anderen Verwaltungsträgers tätig werden. Das Prinzip muss auch genau beachtet werden. Nur als Ausdruck des Verwaltungsorganisationsrechts lässt es sich gegenüber den Anforderungen des (europarechtlichen) Wettbewerbsrechts verteidigen. Zudem ist seine Missachtung ökonomisch gefährlich, wie die zum Teil fatalen Aktivitäten der Landesbanken in allen möglichen Ländern – weit außerhalb des Gebietes ihrer Träger – gezeigt haben. Die Existenzberechtigung der Landesbanken – Girozentralen – war aber in wesentlichen Teilen aus ihrer Funktion als Sparkassenzentralinstitut abzuleiten.

2. Keine Gesellschaft des öffentlichen Rechts mit beschränkter Haftung

Management und Kautelarjurisprudenz, aber auch Unternehmensberater und (andere) Ökonomen, haben die Anstalt des öffentlichen Rechts gerne wie eine Art öf-

fentlich-rechtlicher Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ betrachtet, die man, je nach verfolgtem Ziel, flexibel einsetzen kann, um auf diese Weise als unbequem empfundene Regeln des Gesellschaftsrechts zu umgehen oder zu unterlaufen. Wenn es aber um Beachtung strengerer haushaltsrechtlicher Vorgaben, einschließlich der Rechnungsprüfung, für diesen Bereich ging, schlüpfen sie gerne wieder in die Rolle des Wirtschaftsunternehmens, das selbstverständlich nicht der Finanzkontrolle unterliegt, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch gegenüber seinem Träger wahren darf und im Wesentlichen keiner effektiven Kontrolle und Anleitung unterliegt. Zudem sollen die allgemeinen Persönlichkeitsrechte des Managements einen deutlich höheren Schutz genießen als die der Verantwortlichen in den Trägergemeinwesen.

Diese überaus problematische Entwicklung ist aus verschiedenen Gründen nur sehr schwer wieder rückgängig zu machen, auch wenn sie mit grundlegenden Prinzipien demokratischer Kontrolle und Verantwortlichkeit im öffentlichen Sektor kaum zu vereinbaren ist. Gesteigerte Transparenz sowohl gegenüber der Öffentlichkeit als auch gegenüber den Repräsentanten des Volkes kann jedenfalls einen Teil der nachteiligen Effekte ausgleichen.

3. Die Sparkassen als Wirtschaftsunternehmen

Das Sparkassengesetz bezeichnet die Sparkassen zwar als Wirtschaftsunternehmen (§ 1 Abs. 2), doch erkennt das Gesetz aus gutem Grund immer noch an, dass sie einen *öffentlichen Auftrag* zu erfüllen haben (Überschrift von § 2 und § 2 Abs. 3 SpkG). Dieser öffentliche Auftrag ist keine bloße Arabeske, sondern wesentlicher Grund und Rechtfertigung für ihre Existenz.⁷ Aus den Prinzipien des Allgemeinen

⁶ Vgl. bereits *Siekmann*, Die verwaltungsrechtliche Anstalt - eine Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts?, NWVBl. 1993, S. 361-370.

⁷ Vgl. nur VGH Baden-Württemberg, Betriebs-Berater 1994, S. 1957; *Janson*, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, 1980, S. 37-41; *Thiemeyer*, Öffentliche Bindung von öffentlichen Unternehmen, 1983; *Siekmann*, Corporate Governance und öffentlich-rechtliche Unternehmen, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 15. Bd. (1996), S. 282 (295 f.); noch strenger *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratieprinzip und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 491, der von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ausgeht, wenn nicht die Erfüllung der Aufgabe von Verfassungen wegen zu gewährleisten sei; *Becker*, Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, S. 1032; *Mann*, in: Tettinger / Erbguth / Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2007, Rdn. 301.

Verwaltungsorganisationsrechts folgt, dass die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts nur verwendet werden darf, wenn die Einrichtung eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen hat. Das ist auch der Hintergrund der Regelung in § 21 LOG. Der Gehalt von § 2 Abs. 2 SpkG ist jedoch so allgemein und unsubstantiiert, dass er kaum diese Anforderungen erfüllt. Eine Kontrolle, ob und in welchem Ausmaß der Auftrag erfüllt worden ist, kann anhand dieser Vorgaben nicht durchgeführt werden. Die Anordnung eines (begrenzten) Kontrahierungszwanges (§ 5 SpkG) weist allerdings in die richtige Richtung und vermag die Existenz der Einrichtungen zu rechtfertigen.

Unabhängig von der Rechtsform bestehen erhebliche Zweifel, ob ein öffentliches Unternehmen errichtet werden darf, dessen *Hauptzweck* darin liegt, Gewinne für den Haushalt des Trägergemeinwesens zu erwirtschaften.⁸ Zwar ist dementsprechend in § 2 Abs. 3 Satz 2 SpkG vorgesehen, dass die Gewinnerzielung nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebs der Sparkasse ist, doch ist die Formulierung zu schwach und wird in der Praxis, wenn stolz die steigenden Gewinne vorgerechnet werden, nicht hinreichend ernst genommen. Die Ausschüttung von Gewinnen legt den Nutzern der Anstalt eine überflüssige Steuerlast auf und ist ein Zeichen dafür, dass die Dienstleistungen zu teuer angeboten werden. Eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates und der Kommunen, ohne Verfolgung eines öffentlichen Zwecks, stößt jedenfalls auf erhebliche (verfassungs-)rechtliche Bedenken.⁹

⁸ *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 131; *Ehlers*, Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137 (142); *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 207; *Hösch*, Der öffentliche Zweck als Voraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, Gewerbe Archiv, 2000, S. 1 (3); *Pagenkopf*, Einige Betrachtungen zu den Grenzen für privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden – Grenzen für die Grenzzieher?, Gewerbe Archiv, 2000, S. 177 (180); *Brenner*, Gesellschaftsrechtliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete Unternehmen, AöR 127 (2002), S. 222 (238); weitere Nachweise bei *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, vor Art. 104a Rdn. 135.

⁹ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 92 ff.; *ders.*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 2000, S. 1089 (1091); *Gersdorf* (Fn. 7), S. 500: „... verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen“; *Höfling*, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, Teil F, 2010, S. F27; gegen Verfassungswidrigkeit aber: *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 86 ff., 119: „Das Grundgesetz enthält – von wenigen Ausnahmen abgesehen – keine Aussagen über die Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen“; zurückhaltend auch *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 103-152; weitere Nachweise zum Streitstand bei *Siekmann* (Fn. 8), vor Art. 104a Rdn. 136 Fn. 428 und Rdn. 138 Fn. 133.

Eine Sparkasse hat für die Bevölkerung und die Wirtschaft im Gebiet ihres Trägers möglichst kostengünstige Bankdienstleistungen zu erbringen, aber nicht einen Beitrag zur Finanzierung des Haushalts einer Gebietskörperschaft zu leisten. Erst recht gehört es nicht zu ihren Aufgaben, kulturelle oder soziale Zwecke zu befördern. Sparkassenstiftungen sind im Hinblick auf den Auftrag und die Funktion einer kommunalen Bank problematisch.

Vor allem in der gegenwärtigen Situation nach den Erfahrungen mit dem Verhalten von privatrechtlichen und privatwirtschaftlichen Kreditinstituten und der Diskussion über die Beteiligung von Gläubigern an den Verlusten von Banken in der Krise („bail-in“) ist ein sicheres Kreditinstitut, das vornehmlich eine öffentliche Dienstleistung zu erbringen hat, wichtiger denn je. Der in Deutschland weitgehend fehlende oder völlig falsch konzipierte Verbraucherschutz in Finanzdingen wäre eine wesentliche Aufgabe für ein kommunales Unternehmen. Er war ursprünglich auch einer der wesentlichen Gründe für die Schaffung der ersten kommunalen Sparkassen zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Diese Ausrichtung wäre wieder dringender denn je, vor allem seit die effizienten, kostengünstigen und absolut sicheren Bankdienste der Post verschwunden sind. Die Postbank AG, mittlerweile zur Deutschen Bank gehörend, erfüllt diese Aufgaben (der Daseinsvorsorge) nicht. Genossenschaftliche Einrichtungen vermögen nur zum Teil diese Lücke zu füllen.

Diese Besonderheiten der kommunalen Sparkassen muss hinreichend bei der rechtlichen Beurteilung von Kompetenzproblemen und Fragen von Aufsicht, Transparenz und Kontrolle beachtet werden.

III. Einzelanmerkungen

1. Gesetzgebungszuständigkeit des Landes

Fraglich ist, ob die vorgeschlagenen Regelungen in die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes fallen. Die Länder haben nach Art. 70 Abs. 1 GG das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Es besteht danach eine *Residualkompetenz der Länder*; falsch ist die Bezeichnung als Zuständigkeitsvermutung. Für die Annahme einer Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ist eine *ausdrückliche* Regelung erforderlich. Im Bereich

einer konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit sind zudem die mehrfach verschärften Anforderungen von Art. 72 GG zu beachten.

Die vorgeschlagene Regelung könnte in das Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Nr. 11 GG fallen. Das dort genannte Bankwesen umfasst zwar auch die kommunalen Sparkassen, doch bedeutet das nicht, dass die Länder von der Regelung aller Fragen, die ihre Sparkassen betreffen, ausgeschlossen sind. Vielmehr wird traditionell zwischen dem „formellen“ Sparkassenrecht (Sparkassenverfassungsrecht, Sparkassenorganisationsrecht) und dem „materiellen“ Sparkassenrecht (Wirtschafts- und Geschäftsführung) unterschieden. Nur das „materielle“ Sparkassenrecht soll in das Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung fallen.¹⁰

Das OLG Köln rechnete schon die alte Regelung zur Veröffentlichung von Bezügen (§ 19 Abs. 5 SpkG a.F.) zum „materiellen“ Sparkassenrecht.¹¹ Es stützt seine Argumentation schwergewichtig darauf, dass der Bundesgesetzgeber die Veröffentlichung von Vorstandsbezügen als Teil der vorgeschriebenen Rechnungslegung (Bilanz und Geschäftsbericht) erschöpfend und abschließend geregelt habe.¹² Es handele sich um eine umfassende und lückenlose Regelung, die es dem Landesgesetzgeber verwehre, in diesem Bereich tätig zu werden.¹³

Zwar kann dem Gericht insoweit gefolgt werden, dass die systematische Einordnung einer Vorschrift innerhalb eines Gesetzes nicht ausschlaggebend sein kann, doch verkennt es, dass der Bund jedenfalls nur Mindestanforderungen (neu) statuiert hat. Das ergibt sich schon daraus, dass (nur) für börsennotierte Aktiengesellschaften strengere Anforderungen eingeführt worden sind,¹⁴ da die Regeln des Corporate Governance Kodex zu dieser Frage als nicht hinreichend angesehen wurden. Schon diese (nachträgliche) Verschärfung zeigt, dass der Gesetzgeber die Grundregeln nur als *Mindestanforderungen* angesehen hatte. Im Übrigen sollte ur-

¹⁰ BVerwGE 75, 292 Rdn. 33.

¹¹ OLG Köln Urteil v. 9. 6. 2009 – Az. 15 U 79/09 Textnr. 23.

¹² OLG Köln Urteil v. 9. 6. 2009 – Az. 15 U 79/09 Textnr. 26.

¹³ OLG Köln Urteil v. 9. 6. 2009 – Az. 15 U 79/09 Textnr. 23.

¹⁴ Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz – VorstOG) v. 3. 8. 2005, BGBl. I, 2267.

sprünglich die Formulierung weiterer Anforderungen für börsennotierte Unternehmen der gemischtrechtlichen „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance“ überlassen bleiben. Da der Gesetzgeber aber mit Verfahren und Ergebnis der Kommission in diesem Punkt nicht zufrieden war, hat er die für erforderlich gehaltene Verschärfung selbst vorgenommen; nicht aber weil er seine Regelung als eine umfassende und lückenlose Bearbeitung der Materie ansah. Das hat das OLG nicht hinreichend erkannt.

Da Sparkassen keine börsennotierten Unternehmen sind, bestand kein Grund, für diese zum Schutz ihrer Eigentümer ähnliche Veröffentlichungspflichten vorzusehen. Auch wenn Anstaltslast und Gewährträgerhaftung weitgehend beseitigt worden sind, besteht möglicherweise eine (faktische) Einstandspflicht der Träger der Anstalten für ihre Sparkasse. Die Einstandspflicht ist aber unbestritten immer eine Domäne des „formellen“ Sparkassenrechts gewesen und fällt damit in die Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Zudem zeigt die Berufung in der Gesetzesbegründung auf die „Vergütungs- und Kontrollhierarchie in der Aktiengesellschaft“¹⁵ und die Beschränkung auf börsennotierte Gesellschaften, dass sonstige Organisationsformen nicht in den Regelungsbereich der neuen Vorschrift fallen sollten. Dies gilt vor allem auch, weil das Informationsbedürfnis zum Schutz der Eigentümer für die „sonstigen am geregelten Markt tätigen Unternehmen“ als wesentlich geringer eingeschätzt wurde.¹⁶ Das Eigenkapital der Sparkassen wird aber auf völlig andere Weise aufgebracht als bei Aktiengesellschaften, gleich ob börsennotiert oder nicht. Sein Schutz durch Information und Transparenz ist schlicht nicht geregelt worden und ist deshalb offen für gesetzgeberische Maßnahmen der Länder, selbst wenn man sie nicht zum „formellen“ Sparkassenrecht rechnen will. Diese Zusammenhänge hat das OLG Köln verkannt.

Für die Auslegung ist schließlich wichtig, dass dem Gesetzgeber bei Schaffung von Art. 74 Nr. 11 bekannt war, dass entsprechend einer langen Tradition Regelungen im Sparkassenrecht der Länder enthalten waren, die sich auch auf die Geschäfts-

¹⁵ BT-Drucks. 15/5577, S. 7.

¹⁶ BT-Drucks. 15/5577, S. 5-7.

führung auswirken. Schon die Zweckbestimmung einer Sparkasse und ihr öffentlicher Auftrag wirken sich erheblich auf die Geschäftstätigkeit des Instituts aus; ganz zu schweigen vom bereits erwähnten Kontrahierungszwang, den das OLG ebenfalls nicht hinreichend würdigt. Die Regelung des Kontrahierungszwangs wäre kompetenzrechtlich kaum akzeptabel, wenn man das „materielle“ Sparkassenrecht so weit versteht wie das OLG Köln.

Zum Sparkassenorganisationsrecht gehören schließlich auch alle Vorschriften, die dazu dienen, Transparenz und Kontrolle der Geschäftsführung eines öffentlichen Unternehmens zu verbessern, um die klar erkennbaren Gefahren für die öffentlichen Haushalte abzuwehren. Das ist eindeutig eine Frage des Landesorganisations- und Kommunalrechts.¹⁷ Das gilt erst recht für öffentliche Unternehmen, die als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind.¹⁸ Derartige Regelungen gehören zum „formellen“ Sparkassenrecht, das in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, unabhängig davon, wie sie im Detail ausgestaltet sind. Für ihre Zuordnung zur Gesetzgebungskompetenz der Länder kommt es nicht darauf an, ob sie in ein bundesgesetzlich geregeltes Werk der Rechenschaftslegung (Bilanz, Jahresbericht) eingebaut sind oder nicht.

Aber selbst wenn man eine Zugehörigkeit der Veröffentlichungspflichten zum Gebiet des Bankwesens bejaht, ist fraglich, ob eine *abschließende Regelung* des Bundes, die ein Tätigwerden der Länder ausschließen würde, den Erfordernissen von Art. 72 Abs. 2 GG genüge. Es ist zu bezweifeln, dass ein bundesgesetzlicher Ausschluss von weitergehenden Anforderungen an die Publizität zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich wäre. Dies gilt vor allem, wenn man die Sonderrolle, welche die Sparkassen im deutschen Kreditwesen spielen, hinreichend würdigt. Die erheblichen Unterschiede im Kommunalrecht und im Wirtschaftsrecht der Kommunen bedürfen keiner Vereinheitlichung. Im Gegenteil dürften sie in ihrer Gesamtheit zum *unantastbaren Kernbereich*

¹⁷ BayVGH, NVwZ 1996, S. 822; BayVerfGH, Urteil v. 26.7.2006 – Vf. 11-IVa-05, S. 48, der ausdrücklich auch Aufsicht und Kontrolle für „gemischtwirtschaftliche“ Unternehmen bejaht, wenn sie von der öffentlichen Hand „beherrscht“ werden. Dabei haben bundesrechtlich geregelte Geheimhaltungspflichten auch im Verfassungsraum der Länder nicht „zwangsläufig“ Vorrang (S. 50); im Grundsatz ebenso BVerfGE 98, 145 (161).

¹⁸ Darstellung der Erfordernisse der „Anstaltsaufsicht“ im Einzelnen bei *Siekmann* (Fn. 5), S. 100 ff.

der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG gehören.

Im Ergebnis ist die Kompetenz des Landes für eine gesetzliche Regelung der Veröffentlichung von Bezügen zu bejahen. Das dürfte selbst dann gelten, wenn eine Publizierung in den bundesrechtlich geregelten Rechenschaftsinstrumenten vorgeschrieben wird.

2. Verletzung von Grundrechten

Die Pflicht zur Veröffentlichung von Vergütungen dürfte als Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG¹⁹ abzuleiten ist, zu beurteilen sein. Die Regelung schmälert die durch das Grundrecht geschützte „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“²⁰. Der Einzelne soll selbst in der Lage sein, über die „Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten“ zu bestimmen.²¹

Mit der Regelung wird aber ein von der Verfassung gebilligter Zweck verfolgt. Die Transparenz der Vergütung im Bereich der öffentlichen Wirtschaft ist ein akzeptables gesetzgeberisches Ziel. Dies folgt nicht zuletzt aus der besonderen Aufgabenstellung kommunaler Sparkassen. Sie ist auch für die öffentliche Meinungsbildung in Bezug auf solche Unternehmen wichtig.²² Dies gilt unabhängig von der Rechtsform, in der sie organisiert sind. Die Regelung ist im Hinblick auf das angestrebte Ziel auch geeignet und erforderlich. Bedenken könnten allenfalls im Hinblick auf die Angemessenheit, die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, bestehen.

Bei der erforderlichen Abwägung ist zu berücksichtigen, dass die Veröffentlichung der persönlichen Bezüge ein gewichtiger Eingriff ist. Die engere Privatsphäre oder Intimsphäre ist allerdings nicht betroffen. Auf der anderen Seite stehen öffentliche

¹⁹ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (41, 43); 80, 367 (373); 84, 239 (279); 118, 168 (183).

²⁰ BVerfGE 80, 367 (373); 103, 21 (33); 128, 1 (42).

²¹ BVerfGE 65, 1 (43); 117, 202 (228); 118, 168 (184); 128, 1 (42).

²² Darauf stellt auch das BVerfG ab, Kammerbeschluss vom 25. 2. 2008 – Az. 1 BvR

Belange von erheblichem Gewicht, da die Vergütung des Führungspersonals sowohl in der Privatwirtschaft als auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung zu Recht Gegenstand einer breiten Diskussion geworden ist.²³ Dies gilt in besonderem Maße für die Entscheidungsträger in Kreditinstituten. Die Vergütungspraxis der Banken war sicher nicht der Hauptgrund für Entstehung und Verlauf der gegenwärtigen Krise, die im Kern eine Bankenkrise war und immer noch ist, wie die Furcht vor der „asset quality review“ durch die EZB beispielsweise zeigt. Doch war sie zumindest eine problematische Begleiterscheinung, möglicherweise auch eine Mitursache. Das mag für die Sparkassen nur bedingt gelten, doch stellt jedes Kreditinstitut eine potentielle Gefahr für die Finanzstabilität dar, so dass es Gründe für besonders hohe Transparenzanforderungen gibt. Hinzu kommt, dass die Sparkassen als Instrument zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine Sonderstellung einnehmen. Sie sind eben nicht eine Bank wie jede andere; sonst wäre ihr Zweck verfehlt.

Die Veröffentlichung der Bezüge ist daher im Ergebnis als verhältnismäßig im engeren Sinne zu beurteilen, zumal die Veröffentlichung der gesetzlich geregelten Bezüge von Richtern, Polizeipräsidenten, Ministern und des Bundespräsidenten auch nicht als unangemessene Beeinträchtigung gewertet wird.²⁴

3. Verletzung von verfassungsrechtlichen Grundprinzipien

Eine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Bezügen im Rahmen von laufenden Vertragsverhältnissen könnte als unzulässiger Eingriff in vertragliche Beziehungen zu werten sein.

Art. 1 section 10 clause 1 der U.S. Bundesverfassung verbietet den „states“ Eingriffe in vertragliche Beziehungen, die zu einer Verschiebung der vertraglichen Verpflichtungen führen. Eine derartige „contract clause“ gibt es im deutschen Verfassungsrecht aber nicht. Eingriffe durch den Gesetzgeber sind als solche zulässig, müssen aber das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Rückwirkungsverbot be-

3255/07 – Textnr. 24.

²³ BVerfG, Kammerbeschluss vom 25. 2. 2008 – Az. 1 BvR 3255/07 – Textnr. 39: Veröffentlichung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern einer gesetzlichen Krankenkasse.

²⁴ Im Ergebnis hat auch das BVerfG die Verfassungsbeschwerde der Krankenversicherungsvorstände mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen, Kammerbeschluss vom 25. 2. 2008 – Az. 1 BvR 3255/07 – Textnr. 16.

achten, das auch im amerikanischen Verfassungsrecht deutlich von der „contract clause“ unterschieden wird.²⁵

Rückwirkend auferlegte (gesetzliche) Belastungen sind verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig,²⁶ wenn die gesetzliche Regelung nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift („echte“ oder „retroaktive“ Rückwirkung).²⁷ Gesetzliche Regelungen, die jedoch lediglich auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte, vor allem auch Rechtsbeziehungen, (nur) für die Zukunft einwirken und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwerten („unechte“ oder „retrospektive“ Rückwirkung)²⁸ sind grundsätzlich auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zulässig.²⁹ Sie müssen allerdings den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Die „Veränderungsgründe“ müssen überwiegen.³⁰

Ob die Einführung einer Veröffentlichungspflicht von Bezügen, die sich auch auf bestehende Anstellungsverträge bezieht, eine „echte“ („retroaktive“) Rückwirkung darstellt, ist zweifelhaft. Die vertragliche Beziehung stellt noch keinen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt dar. Der Vertrag läuft noch. Allerdings wird den Betroffenen die (theoretische) Möglichkeit genommen, davon Abstand zu nehmen, in ein Dienstverhältnis einzutreten, das mit derartigen Publizitätspflichten belastet ist.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt nur selten eine „echte“ („retroaktive“) Rückwirkung an. Vor allem im Umwelt- und Steuerrecht sind in großem Umfang nachträgliche Belastungen unbeanstandet eingeführt worden, welche die ursprüngliche Abwägung oder Kalkulation empfindlich gestört haben. Das gilt nicht zuletzt auch

²⁵ Article 1 section 9 clause 3 U.S. Constitution (Bundesebene), Article 1 section 10 clause 1 U.S. Constitution (Landesebene).

²⁶ BVerfGE 122, 374 (394); Darstellung der Rechtsprechung einschließlich der Ausnahmen von dem Verbot bei *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rdn. 133 f.

²⁷ Grundlegende Unterscheidung bereits in BVerfGE 11, 139 (145 f.); vgl. später u.a. BVerfGE 122, 374 (394).

²⁸ Grundlegend für die Abgrenzung BVerfGE 11, 139 (146).

²⁹ BVerfGE 122, 374 (394).

für die Einführung von Umweltzonen, welche den Wert noch gut brauchbarer Kraftfahrzeuge massiv beeinträchtigt haben oder sogar die vorzeitige Verschrottung erzwungen haben, obwohl großzügigere Übergangsregelungen den gesetzlichen Zweck kaum beeinträchtigt hätten.

Die Verhältnismäßigkeit der Regelung ist bereits bejaht worden (oben S. 12).

Ein kurzfristiges Inkrafttreten von Veröffentlichungspflichten für zukünftige Rechnungsperioden dürfte danach mit dem rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot zu vereinbaren sein.

4. Rechtstechnische Erwägungen

Wenn eine Veröffentlichungspflicht eingeführt wird, sollte die Regelung mit dem bestehenden Recht gut abgestimmt werden. Wenn die kompetenzrechtlichen Bedenken, wie hier vertreten, nicht durchschlagen, ist eine völlige Neufassung von § 19 Abs. 6 SpkG zu empfehlen. Die Neuregelung könnte aber auch in einer neuen Vorschrift enthalten sein. Dann müsste das bestehende Recht jedoch entsprechend angepasst werden.

IV. Antworten auf die schriftlich eingereichten Fragen

1. Erachten Sie die im Gesetzentwurf vorgesehene direkte Veröffentlichungspflicht für grundsätzlich sinnvoll?

Wie bereits dargelegt (oben S. 5), haben Sparkassen einen öffentlichen Auftrag zu erfüllen. Bei der Diskussion, ob und in welchem Ausmaß dieser Auftrag erfüllt wird und ob der erstrebte Nettonutzen für die Bevölkerung und die Wirtschaft des Trägergebietes erreicht wird, spielt die Vergütung der Inhaber der Leitungsämter eine nicht zu vernachlässigende Rolle. Zudem sind Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts, auch wenn sie vom Gesetz als Wirtschaftsunternehmen bezeichnet werden, Teile der (leistenden) Verwaltung. Nicht nur für Amtsträger in leitender Position ist dort die individuelle Besoldung sehr transparent. Auch rechtfertigten die potentiellen Gefahren, die von einem Finanzinstitut ausgehen, eine genaue Befas-

³⁰ BVerfGE 94, 64 (86); 122, 374 (394) st. Rspr.

sung mit der Vergütung der Entscheidungsträger und den Anreizen, die von ihr ausgehen.

Eine bloße Hinwirkungspflicht hat sich als unzureichend erwiesen.

Daher halte ich eine gesetzlich angeordnete Pflicht, die keiner Vollzugsakte bedarf, für grundsätzlich sinnvoll.

2. Wie bewerten Sie den vorgeschlagenen § 42 a vor dem Hintergrund der detaillierten und umfassenden Regelungen zur Veröffentlichung von Organvergütungen durch bundesrechtliche Regelungen in § 285 Nr. 9 HGB und § 286 Abs. 4 HGB im Rahmen eines einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsraums durch die konkurrierende Gesetzgebung?

Die Wahrung eines einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsraums erfordert nicht eine einheitliche Regelung der Pflicht zur Veröffentlichung von Vergütungen der Organwalter (oben S. 10). Die Besonderheiten des Landesorganisations- und Kommunal(-wirtschafts-)rechts lassen durchaus abweichende Regelungen zu; erfordern sie wohl sogar. Die divergierenden Regelungen der Sparkassengesetze der Länder haben sich nicht als schädlich erwiesen. Die Vielfältigkeit und die regionale Anbindung der Sparkassen haben mit dazu beigetragen, dass sie sich als stabiler erwiesen haben, als manche einheitlich „regulierte“ Großbank. Variabilität und Flexibilität sorgen unter bestimmten Umständen für Gefahrenresistenz.

a) Wie bewerten Sie die vorgeschlagene Regelung vor dem Hintergrund der Entscheidung des OLG Köln in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (Urteil vom 09.06.2009, Az. 15 U 79/09)?

Die Begründung der Entscheidung greift zu kurz und ist insgesamt nicht überzeugend (oben S. 8). Vor allem ist aber zu beachten, dass sie im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen ist. Nur deshalb durfte das Gericht – ausnahmsweise – ein förmliches Gesetz des Landes *vorläufig* als unwirksam behandeln, obwohl es – ausführlich begründet – für entscheidungserheblich gehalten wurde. Diese Durchbrechung des Verwerfungsmonopols (nicht: Prüfungsmonopols, wie das Gericht schreibt) wird vom Bundesverfassungsgericht jedoch nur zugelassen, wenn damit die Hauptsache nicht vorweg genommen wird und andernfalls der

Zweck des Rechtsschutzes im Eilverfahren vereitelt würde.³¹ Das mag in dem zu entscheidenden Fall noch gegeben sein.

Im Hauptsacheverfahren muss die Sache dann aber *zwingend* dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG zur Entscheidung vorgelegt werden.³² Nur dieses Gericht ist zu einer bindenden Feststellung der Verfassungswidrigkeit befugt. Die Entscheidung des OLG Köln entfaltet über die Prozessparteien hinaus *keinerlei* Bindungswirkung. Der Landesgesetzgeber ist nicht gehindert, die Kompetenzfrage anders zu beurteilen, und sollte das auch.

b) *Wie bewerten Sie die vorgeschlagene Regelung in Bezug auf bestehende Verträge gegenüber der bisherigen Hinwirkungspflicht?*

Letztlich bestehen keine durchgreifenden Bedenken, gesetzliche Veröffentlichungspflichten auch schon für bestehende Verträge vorzusehen (oben S. 14).

c) *Wie beurteilen Sie die aktuell gültige Hinwirkungspflicht für die Träger der Sparkassen?*

Eine bloße Hinwirkungspflicht, gerichtet an das Trägergemeinwesen, hat sich im Hinblick auf die angestrebten Ziele als unzureichend erwiesen. Das ist auch bei der engen persönlichen Verquickung zwischen den maßgebenden Personen auf der Seite der Träger und dem Management öffentlicher Unternehmen nicht verwunderlich und hat vor allem im Bereich öffentlicher Banken schon zu einigen Problemsituationen geführt.³³

3. Wie bewerten Sie die im vorgeschlagenen § 42 b geforderte Veröffentlichung in einem eigenständigen Informationsregister vor dem Hintergrund der bundesrechtlichen Regelung einer Publizierung im elektronischen Bundesanzeiger?

Da nach der hier vertretenen Auffassung der Landesgesetzgeber eine Veröffentlichungspflicht vorsehen darf, fällt auch die Festlegung des Veröffentlichungsmediums in seine Kompetenz. Ob die Schaffung eines neuen Registers zweckmäßig ist,

³¹ BVerfGE 46, 43 (51); 86, 382 (389).

³² BVerfGE 86, 382 (389). Zulässig wäre aber auch eine Vorlage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, BVerfGE 46, 43 (51).

steht auf einem anderen Blatt. Wenn allerdings aus Effizienzgründen eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger vorgeschrieben wird – in Abweichung von dem vorgeschlagenen § 42 b – müsste näher geprüft werden, ob das Land auf ein Veröffentlichungsorgan des Bundes einseitig zugreifen dürfte. Möglicherweise kommt aber eine vertragliche Absprache mit dem Bund in Betracht.

Allerdings genügt der elektronische Bundesanzeiger gegenwärtig nicht den Anforderungen an einen „barrierefreien“ Zugang. Er ist, wie viele offizielle elektronische Medien in Deutschland, für die interessierte Öffentlichkeit nur schwer zugänglich. Insoweit ist die Veröffentlichungspraxis der EU wesentlich bürgerfreundlicher.

4. Ist es allein auf der Basis des bereits bestehenden Rechts möglich, die Veröffentlichung auf dem Wege des Hinwirkens auch rein rechtlich durchzusetzen?

Adressaten der Hinwirkungspflicht nach § 19 Abs. 6 SpkG sind die Träger der Sparkassen, also Kommunalkörperschaften. Danach sind grundsätzlich die Instrumente der Kommunalaufsicht nach §§ 119 GO und nicht die der Sparkassenaufsicht nach §§ 39 ff. SpkG einzusetzen.

Allerdings ist der Tatbestand von § 19 Abs. 6 SpkG so weich formuliert, dass nicht einfach zu erkennen ist, wann eine Rechtsverletzung der Trägerkörperschaft vorliegt, gegen die aufsichtsrechtlich vorgegangen werden kann. Eine klare Rechtspflicht zur Veröffentlichung würde für die Durchsetzung des gesetzgeberischen Ziels deutliche Vorteile bringen. Für die Aufsicht, aber auch die interessierte Öffentlichkeit, wäre leicht festzustellen, wann ein rechtswidriges Unterlassen vorliegt.

5. Sehen Sie es als unproblematisch an, wenn Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch politischen Druck anstelle von direkten gesetzlichen Regelungen erfolgen?

Echte hoheitliche Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dürfen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur auf einer „gesetzlichen Grundlage“ erfolgen, „aus der sich die Voraussetzungen und der

³³ Vgl. *Siekmann* (Fn. 5), S. 107 f.

Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar“ ergeben.³⁴ Der Gesetzgeber muss den Zweck einer Informationserhebung „bereichsspezifisch und präzise“ bestimmen.³⁵

6. Halten Sie es im Spannungsverhältnis zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung (konkurrierende Gesetzgebung) für vertretbar, eine Veröffentlichungspflicht als Teil des formalen Sparkassenrechts zu regeln?

Ein Spannungsverhältnis sehe ich nicht. Es ist nach den üblichen Auslegungsmitteln zu bestimmen, wie weit der Begriff des Bankwesens in Art. 74 Nr. 11 GG reicht und ob die Regelungen des Bundes in diesem Bereich abschließend und erschöpfend sind. Für die Auslegung kommen dem herkömmlichen Verständnis und der vom Verfassungsgeber vorgefundenen Rechtslage ein erhebliches Gewicht zu. Davon ausgehend können Veröffentlichungspflichten als Teil des „formalen“ Sparkassenrechts angesehen werden (oben S. 9). Jedenfalls besteht im Ergebnis eine Gesetzgebungskompetenz des Landes; nicht zuletzt im Hinblick auf Art. 72 GG (oben S. 11).

7. Falls Sie die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung für rechtswidrig halten sollten: Welche Möglichkeiten sehen Sie, eine direkte Verpflichtung zur Veröffentlichung der Bezüge von Sparkassenführungskräften einzuführen?

In Betracht kommen:

- eine Regelung im Sparkassengesetz, das die Sparkassen und ihre Träger verpflichtet, nur solche Anstellungsverträge abzuschließen, die eine solche Veröffentlichung erlauben;
- eine Bundesratsinitiative zur Ergänzung des HGB oder eventuell des KWG.

Es könnte angeordnet werden, dass in den Anstellungsverträgen dieselben Anforderungen zu akzeptieren sind, wie sie in § 285 Nr. 9 HGB niedergelegt sind.

Frankfurt, den 10. Februar 2014

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Siekmann

³⁴ BVerfGE 65, 1 (44); 84, 239 (279 f.); 113, 29 (50); 118, 168 (186 f.).

³⁵ BVerfGE 113, 29 (51); 118, 168 (187 f.).