

Börsen- und kapitalmarktrechtliche Abhandlungen

Herausgegeben von Horst Hammen

Band 4

Stefan Bressler

**Public Private Partnership
im Bank- und Börsenrecht
durch Beleihung
mit einer Anstaltsträgerschaft**



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Teil A.	Einleitung	19
Teil B.	Public Private Partnership und Beleihung	21
<i>Kapitel I.</i>	<i>Public Private Partnership</i>	21
1.	Begriffliche Einordnung und Erscheinungsformen	21
a)	Weiter Definitionsansatz	21
b)	Public Private Partnership - Modelle	22
aa)	Informelle Zusammenarbeit	22
bb)	Zusammenarbeit durch Kooperationsvertrag	23
(1)	Betriebsführungsmodell	23
(2)	Betreibermodell	23
(3)	Konzessionsmodell	24
cc)	Zusammenarbeit durch Finanzierungsvertrag	24
dd)	Zusammenarbeit auf gesellschaftsrechtlicher Basis	24
2.	Geschichtliche Entwicklung	25
<i>Kapitel II.</i>	<i>Das Institut der Beleihung</i>	26
1.	Bestimmungsmerkmale der Beleihung	27
a)	Die Lehre Otto Meyers	27
b)	Die Fortentwicklung durch Huber	28
c)	Die heutigen Beleihungstheorien	28
aa)	Aufgabentheorie	29
(1)	Öffentliche Aufgabe	29
(2)	Staatsaufgabe	30
(3)	Verwaltungsaufgabe	31
bb)	Rechtsstellungs- oder Befugnistheorie	32
cc)	Kombinationstheorie	32
dd)	Die Lehre Steiners	33
ee)	Zusammenfassung	34
2.	Einordnung in den staatlichen Verwaltungsaufbau	34
<i>Kapitel III.</i>	<i>Einordnung der Beleihung in das PPP-Konzept</i>	35
<i>Kapitel IV.</i>	<i>Motive, Chancen & Risiken einer Public Private Partnership</i> ..	38
1.	Motive und mögliche Vorteile für die öffentliche Hand	38
2.	Risiken und mögliche Nachteile für die öffentliche Hand	39
3.	Motive und mögliche Vorteile für den privaten Partner	40
4.	Risiken und mögliche Nachteile für den privaten Partner	40
Teil C.	PPP durch Beleihung mit der Trägerschaft einer Anstalt ...	43
<i>Kapitel I.</i>	<i>Begriff der öffentlich-rechtlichen Anstalt</i>	43

1. Anstaltsbegriff Otto Meyers	43
2. Herrschender Anstaltsbegriff.....	45
a) Öffentlich-rechtliche Organisation.....	45
b) Organisatorische Verselbstständigung.....	45
c) Rechtliche Subjektivierung	45
d) Keine körperschaftliche Struktur.....	46
e) Einflussnahmemöglichkeiten des Anstaltsherrn auf den Bestand der Organisation.....	46
f) Zusammenfassung	46
<i>Kapitel II. Begriff des Trägers</i>	<i>48</i>
1. Anstaltsträger	48
2. Errichtungskörperschaft	49
3. Kapitalträger	49
a) Public Private Partnership durch Beteiligung als Kapitalträger	49
b) Kritik an der Figur des Kapitalträgers	50
<i>Kapitel III. Anwendungsfälle</i>	<i>53</i>
1. Die Börse	53
a) Organisation als öffentlich-rechtliche Anstalt.....	53
aa) Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 BörsG.....	54
bb) Organisation als öffentlich-rechtliche Anstalt.....	55
cc) Öffentlicher Auftrag.....	58
b) Organe	59
c) Träger	60
2. Die Landesbanken und Sparkassen.....	61
a) Organisation als öffentlich-rechtliche Anstalt.....	61
aa) Entwicklung	61
bb) Öffentlicher Auftrag.....	63
cc) Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung	65
b) Organe	68
c) Träger	70
<i>Kapitel IV. Möglichkeit der Beleihung mit einer Anstaltsträgerschaft.....</i>	<i>72</i>
1. Staatsaufgabe	72
2. Hoheitsbefugnisse	72
3. Grenzen der Trägerbeleihung	77
a) Grundsatz der institutionalisierten Verwaltung	78
b) Beamtenrechtlicher Funktionsvorbehalt	78
4. Unzureichende wirtschaftliche Basis	80
5. Problem der In-sich-Beleihung als Vorstadium zur PPP	81
7. Zusammenfassung	85

<i>Kapitel V.</i>	<i>Grundmodelle der Trägerschaftsbeleihung</i>	85
1.	Betriebsmodell	85
2.	Holdingmodell	85
3.	Rechtsform des Trägers	86
Teil D.	Staatliche Steuerung	87
<i>Kapitel I.</i>	<i>Bedürfnis nach staatlicher Steuerung</i>	87
<i>Kapitel II.</i>	<i>Steuerung durch Aufsichtsrecht</i>	89
1.	Beliehenenaufsicht	89
a)	Pflichten aus dem Gesetz	89
aa)	Börse	89
(1)	Errichtungs- und Betriebspflicht gem. § 5 Abs. 1 BörsG	89
(2)	Pflichten im Zusammenhang mit einer Funktionsausgliederung gemäß § 5 Abs. 3 BörsG	92
(3)	Vermeidung von Interessenkonflikten (§ 5 Abs. 4 Nr. 1 BörsG)	92
(4)	Risikocontrolling und Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der börslichen Systeme nach § 5 Abs. 4 Nr. 2 und 3 BörsG	92
(5)	Ausreichende finanzielle Ausstattung gem. § 5 Abs. 5 BörsG ...	93
(6)	Pflichten im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle nach § 6 BörsG	93
(7)	Pflichten im Zusammenhang mit Kooperations- und Fusions- vorhaben gem. § 12 Abs. 2 Satz 4 BörsG	93
bb)	Landesbank	93
(1)	Kapitalträgerpflicht gem. Art. 3 Abs. 2 Nr. 3 LBG Bayern / § 26c Abs. 2 Nr. 1 SpkG Rheinland-Pfalz	94
(2)	Allgemeine Förderpflicht gem. Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 LBG Bayern / § 26c Abs. 2 Nr. 1 SpkG Rheinland-Pfalz	94
(3)	Mitwirkungspflicht gem. Art. 3 Abs. 2 Nr. 2 und 5 LBG Bayern / § 26c Abs. 2 Nr. 2 und 3 SpkG Rheinland-Pfalz	97
cc)	Berliner Sparkasse	98
b)	Ungeschriebene Pflichten	98
aa)	Möglichkeit einer Analogiebildung zum Zivilrecht	99
bb)	Anwendbarkeit einzelner Regelungen aus dem zivilrechtlichen Auftrags- und Treuhandrecht	101
(1)	Herausgabepflicht (§ 667 BGB) und Aufwendungsersatzan- spruch (§ 670 BGB)	102
(2)	Das Recht zur Weisung (§ 665 BGB) und die Pflicht zur Aus- kunft und Rechenschaft (§ 666 BGB)	103
(3)	Verbot der Substitution gem. § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB	104
(4)	Treue- und Loyalitätspflichten	106
(a)	Herleitung der Treuepflicht aus dem Auftragsverhältnis	106

(b)	Herleitung der Treupflicht aus einem mit dem Auftrag verbundenen Treuhandverhältnis	107
(c)	Pflichten aus einem Treuhandverhältnis	109
(d)	Übertragung auf den beliebigen Anstaltsträger.....	110
(e)	Ergebnis zu den Treupflichten	113
c)	Anwendungsfälle der Pflichten aus dem Beleihungsverhältnis.....	114
aa)	Wettbewerbsverbot	114
(1)	Börse	115
(2)	Landesbank.....	116
(3)	Berliner Sparkasse	117
bb)	Andere erwerbswirtschaftliche Betätigungen	117
cc)	Exkurs: Spezialfall der Widmung.....	119
dd)	Sitzverlegung	121
ee)	Konzernierungsverbot	125
(1)	Faktischer Konzern.....	125
(2)	Vertragskonzern	127
(3)	Verbleibende Schwachstellen	130
d)	Rechts- oder Fachaufsicht.....	132
aa)	Börse.....	133
bb)	Landesbank	136
cc)	Berliner Sparkasse.....	136
e)	Allgemeine Aufsichtsmittel.....	136
aa)	Entzug der Verwaltungsaufgabe.....	136
(1)	Widerruf gem. § 49 VwVfG	137
(2)	Rücknahme gem. 48 VwVfG.....	139
(3)	Kündigung des Verwaltungsvertrages.....	140
bb)	Nachträgliche Auflage.....	141
cc)	Ungeschriebene Aufsichtsmittel.....	142
(1)	Auskunftsverlangen	145
(2)	Beanstandung und Anordnung.....	146
(3)	Ersatzvornahme	146
(4)	Weisungen	146
(5)	Staatskommissar	147
(6)	Ergebnis.....	147
dd)	Konflikt mit dem Gesellschaftsrecht	148
(1)	Auskunftsrechte	148
(2)	Teilnahmerecht in den Gremien der Trägergesellschaft	153
(3)	Weisungsrecht	153
f)	Spezielle Aufsichtsinstrumente	156
aa)	Anteilseignerkontrolle.....	156
(1)	Grundsätzliche Wirkungsweise des Instruments	156
(2)	Rechtliche Grundlagen	157

(3) Die für das Eingreifen der Anteilseignerkontrolle maßgebliche Beteiligung	158
(a) Maßgeblicher Einfluss	159
(b) Acting in Concert	161
(4) Meldepflicht	165
(5) Die für das Untersagen der Beteiligung maßgeblichen Voraussetzungen.....	167
(6) Die Mittel der Aufsichtsbehörde zur Durchsetzung der Kontrolle	171
(7) Grundrechtliche Zulässigkeit	172
(8) Europarechtliche Zulässigkeit.....	174
(a) Grenzüberschreitender Sachverhalt.....	176
(b) Keine entgegenstehenden, abschließenden Regelungen	178
(c) Diskriminierungsfreie Anwendung	179
(d) Zwingendes Interesse des Allgemeinwohls.....	179
(e) Verhältnismäßigkeit.....	180
bb) Funktionsausgliederungskontrolle	181
cc) Beschlusskontrolle	187
(1) Wirkungsweise des Aufsichtsmittels.....	187
(2) Vorbilder	187
(3) Vereinbarkeit mit der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente	189
(4) Vereinbarkeit mit der Kapitalrichtlinie	190
(5) Gewinnverwendungsbeschluss	193
(6) Weitere Bedenken gegen Beschlusskontrollen.....	194
dd) Vinkulierte Aktien.....	197
ee) Höchststimmrechte.....	202
ff) Mehrstimmrechte	205
gg) Zustimmungsvorbehalte bei der Bestellung der Geschäftsführung	207
2. Anstaltsaufsicht	209
a) Entsenderechte	209
b) Personelle Zustimmungsvorbehalte.....	210
c) Anstaltszweck, Festlegung und Änderung.....	211
aa) Keine Beteiligung des Trägers	212
bb) Minderheitliche Beteiligung des Trägers	212
cc) Sperrminorität des Trägers	212
dd) Sperrminorität der öffentlichen Hand	213
ee) Satzungsmehrheit des Trägers	213
ff) Regelungsdichte	213
d) Geschäftsführungsorganisation	214
e) Gewinnverwendungsvorschriften.....	215

<i>Kapitel III. Steuerung durch das Gesellschaftsrecht</i>	215
1. Satzungsgestaltung.....	216
a) Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand.....	217
b) Erhöhte Mehrheitserfordernisse.....	219
c) Stimmrechtslose Vorzugsaktien.....	219
d) Gesellschaftsrechtliche Auskunftsrechte.....	220
e) Satzungsmäßig verankerte Stimmrechtsbeschränkungen.....	220
f) Nebenverpflichtungen der Aktionäre.....	221
2. Einfluss über die Hauptversammlung.....	222
3. Einfluss über den Aufsichtsrat.....	223
a) Verschwiegenheitspflicht.....	223
b) Weisungsfreiheit.....	224
c) Entsendungsrecht.....	225
4. Abschluss eines Beherrschungsvertrags.....	227
5. Stimmrechtsvereinbarungen.....	227
6. Beleihung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien.....	230
a) Steuerung der Geschäftsführung.....	230
b) Steuerung durch Beschlusskontrolle.....	231
c) Weitere Vor- und Nachteile.....	233
aa) Vorteile.....	233
bb) Nachteile.....	233
7. Erweiterte Informationsrechte aufgrund des Haushaltsrechts.....	235
<i>Kapitel IV. Demokratische Legitimation</i>	236
1. Bayerische Landesbank, Landesbank Rheinland-Pfalz und West- deutsche Immobilienbank.....	236
2. Berliner Sparkasse.....	239
3. Börse.....	242
4. Problematik der In-sich-Beleihung.....	242
Teil E. Wirtschaftsaufsicht	245
<i>Kapitel I. Wirtschaftsaufsicht über die Börse</i>	245
<i>Kapitel II. Wirtschaftsaufsicht über den Börsenträger</i>	246
<i>Kapitel III. Wirtschaftsaufsicht über die Landesbank bzw. Sparkasse</i>	247
1. Vermögensrechtliche Verselbstständigung.....	247
2. Bezeichnungsschutz.....	250
a) § 40 Abs. 1 Nr. 1 KWG.....	251
aa) Anstalt des öffentlichen Rechts.....	251
bb) Öffentlicher Auftrag.....	252
cc) Schwergewicht der geschäftlichen Tätigkeit im Gebiet des eigenen Trägers.....	252

dd) Erlaubnis nach § 32 KWG.....	252
b) § 40 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 KWG.....	254
c) Europarechtliche Zulässigkeit des § 40 KWG.....	255
<i>Kapitel IV. Wirtschaftsaufsicht über den Landesbank- bzw. Spar-</i>	
<i>kassenträger</i>	257
1. Eigenmittelanforderungen	257
2. Anteilseignerkontrolle nach § 2c KWG.....	259
Teil F. Haftungsverhältnisse	261
<i>Kapitel I. Die Anstaltslast.....</i>	261
1. Entwicklung der Anstaltslast.....	264
2. Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG)	265
a) Die Anstaltslast als Erfordernis der Aufgabenlast	265
b) Die Anstaltslast als Erfordernis des Vertrauensschutzes.....	268
c) Die Anstaltslast als ein Erfordernis der staatlichen Ingerenz	269
d) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	270
3. Herleitung aus dem Eigentumsrecht (Art. 14 GG).....	270
4. Herleitung aus dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	272
5. Herleitung aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG).....	273
6. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	273
a) Beschluss vom 14. April 1987, – 1 BvR 775/84 –	273
b) Beschlüsse vom 5. Oktober 1993, – 1 BvL 35/81 – und	
– 1 BvL 34/81 –	274
7. Fazit	276
<i>Kapitel II. Haftung der Anstalt.....</i>	278
<i>Kapitel III. Haftung des beliebigen Trägers.....</i>	281
1. Der Träger als herrschendes Unternehmen	282
2. Die Anstalt als abhängiges Unternehmen	282
a) Börse.....	284
b) Bayerische Landesbank.....	285
c) Landesbank Rheinland-Pfalz und Westdeutsche Immobilien Bank..	285
d) Berliner Sparkasse	286
3. Anwendung des aktienkonzernrechtlichen Haftungsregimes	286
a) Analoge Anwendung des Aktienkonzernrechts	287
b) Nachteilhaftigkeit der Beeinflussung	289
4. Fazit	291
<i>Kapitel IV. Haftung der öffentlichen Hand.....</i>	291
1. Haftung für die Anstalt.....	292

a) Aufleben der Anstaltslast bei unzureichender Grundausstattung der Anstalt	292
b) Konzernhaftung	293
2. Haftung für den Träger	297
<i>Kapitel V. Amtshaftung</i>	298
1. Amtshaftung für das Handeln der Anstalt	299
a) Passivlegitimation bei den Landesbanken	301
b) Passivlegitimation bei der Börse	302
c) Passivlegitimation bei der Berliner Sparkasse	303
d) Fazit	304
2. Amtshaftung für das Handeln des Beliehenen	304
Teil G. Beendigung einer Anstaltsträgerschaft	307
<i>Kapitel I. Verzicht</i>	307
<i>Kapitel II. Kündigung</i>	308
1. Recht zur außerordentlichen Kündigung	309
2. Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse	310
3. Unzumutbarkeit	311
4. Auslauffrist	312
5. Anwendbarkeit auf durch Verwaltungsakt begründete Beleihungen	313
<i>Kapitel III. Vollbeendigung der Trägergesellschaft</i>	314
1. Beschlusskontrolle	315
a) Kontrolle des Auflösungsbeschlusses	316
b) Kontrolle des Verschmelzungsbeschlusses	320
2. Anteilseignerkontrolle	323
<i>Kapitel IV. Trägerwechsel</i>	324
<i>Kapitel V. Auflösung der Anstalt</i>	326
Teil H. Vergaberecht	329
<i>Kapitel I. Anwendbarkeit des GWB</i>	329
1. Schwellenwert und öffentlicher Auftraggeber	330
2. Öffentlicher Auftrag	330
a) Beleihung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	330
b) Beleihung durch Verwaltungsakt	332
3. Ausnahme für Dienstleistungskonzessionen	334
<i>Kapitel II. Ausschreibungspflicht aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze des europäischen Primärrechts</i>	335
1. Herleitung einer Pflicht zur Ausschreibung	335
2. Anforderungen an das Vergabeverfahren	336

<i>Kapitel III.</i>	<i>Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht</i>	338
1.	Ausnahme nach Art. 45, 55 EGV	338
2.	Ausnahme für In-house-Geschäfte	339
<i>Kapitel IV.</i>	<i>Ausschreibungspflicht bei der Anteilsveräußerung</i>	344
1.	Eingekapseltes Beschaffungsverhältnis	345
a)	Subjektiver Bezug zum Beschaffungsverhältnis	345
b)	Objektiver Bezug zum Beschaffungsverhältnis	346
2.	Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	347
3.	Verbot unzulässiger Beihilfen	347
<i>Kapitel V.</i>	<i>Sonderkonstellation bei den Börsen</i>	349
Teil I.	Bilanzrecht	353
<i>Kapitel I.</i>	<i>Bilanz</i>	353
1.	Aktivierung der Beleihung	353
a)	Aktivierung als immaterielles Recht	353
aa)	Selbstständiger wirtschaftlicher Wert	354
bb)	Entgeltlicher Erwerb gem. § 248 Abs. 2 HGB	354
b)	Aktivierung als Geschäfts- oder Firmenwert nach § 255 Abs. 4 HGB	355
2.	Passivierung der Beleihung	356
a)	Verbindlichkeiten	357
b)	Rückstellungen	357
aa)	Verbindlichkeitenrückstellungen	357
bb)	Drohverlustrückstellungen	358
3.	Ausweis der Haftungsverhältnisse nach § 251 HGB	359
4.	Bewertung des Anlagevermögens	360
<i>Kapitel II.</i>	<i>Anhang</i>	362
1.	Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden § 284 Abs. 2 Nr. 1 und 3 HGB	362
2.	Sonstige finanzielle Verpflichtungen § 285 Satz 1 Nr. 3 HGB	363
3.	Aufgliederung der Umsatzerlöse § 285 Satz 1 Nr. 4 HGB	363
<i>Kapitel III.</i>	<i>Lagebericht</i>	364
Teil J.	Schlussbetrachtung	367
Literaturverzeichnis	373