

# INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

MELANIE DÖGE

FONDS UND ANSTALT NACH DEM  
FINANZMARKTSTABILISIERUNGSGESETZ



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 106



**PROF. DR. THEODOR BAUMS**  
**PROF. DR. ANDREAS CAHN**

**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**

**IM HOUSE OF FINANCE DER GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT**

**CAMPUS WESTEND – GRÜNEBURGPLATZ 1**

**D-60323 FRANKFURT AM MAIN**

**TEL: +49 (0)69 / 798-33753**

**FAX: +49 (0)69 / 798-33929**

**(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))**

Melanie Döge

Fonds und Anstalt nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz

Institute for Law and Finance

**WORKING PAPER SERIES NO. 106**

**10/ 2009**

# Fonds und Anstalt nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz

Melanie Döge<sup>\*)</sup>

- I. Einleitung
- II. Der SoFFin – Grundlagen
  - 1. Errichtung und Struktur
  - 2. Funktion und Einbettung in das Finanzverfassungsrecht
  - 3. Rechtsfähigkeit und Vertretung im Rechtsverkehr
- III. Verwaltung des SoFFin – Die Finanzmarktstabilisierungsanstalt
  - 1. Errichtung der FMSA
  - 2. Aufgaben und Struktur der FMSA
  - 3. Die neue FMSA
  - 4. Leitungsausschuss
    - a) Besetzung
    - b) Aufgaben
- IV. Befugnisse anderer Organe und Aufsicht über die FMSA
  - 1. Lenkungsausschuss
    - a) Besetzung und Ausgestaltung
    - b) Aufgaben
  - 2. Parlamentarischer Ausschuss
    - a) Besetzung und Ausgestaltung
    - b) Aufgaben
  - 3. Rechts- und Fachaufsicht
- V. SoFFin und Haushaltsrecht
- VI. SoFFin und Bundesrechnungshof
- VII. Hoheitliche Entscheidung und privatrechtliche Durchführung
  - 1. „Leistungsverwaltung“
  - 2. Handlungsformen der FMSA
  - 3. Konkurrentenklage
- VIII. Zusammenfassung

---

<sup>\*)</sup> Mitarbeiterin am Institute for Law and Finance (ILF) und am Institute for Monetary and Financial Stability (IMFS), Frankfurt am Main.

## I. Einleitung

Die durch die internationale Finanzmarktkrise verursachten Turbulenzen auf den Finanzmärkten haben ein Handeln auch des deutschen Gesetzgebers unausweichlich gemacht. Um den Finanzsektor zu stützen, wurde ein umfangreiches Regelwerk entwickelt. So hat der Gesetzgeber im Oktober 2008 innerhalb kürzester Zeit das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG)<sup>1</sup> und die Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV)<sup>2</sup> erlassen. Im April 2009 ist sodann das Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG)<sup>3</sup> gefolgt. Auch das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung<sup>4</sup> ist im Juli 2009 in Kraft getreten. Der nachstehende Bericht befasst sich mit der rechtlichen Würdigung des Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS (auch Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung oder kurz „SoFFin“) und der Finanzmarktstabilisierungsanstalt – FMSA. Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion soll hier auf ausgewählte Rechtsfragen eingegangen werden. Im Einzelnen werden einleitend zunächst die Grundlagen des Finanzmarktstabilisierungsfonds dargestellt (II.). Weiter wird die Verwaltung des Fonds durch die Finanzmarktstabilisierungsanstalt näher beleuchtet (III.) und ein Blick auf die Befugnisse und Aufgaben von Organen im Tätigkeitsbereich der FMSA geworfen (IV.). Im Anschluss werden haushaltsrechtliche Aspekte (V.) und die Kontrolle des SoFFin durch den Bundesrechnungshof untersucht (VI.). Dem folgt eine Auseinandersetzung mit den Handlungsformen der FMSA (VII.). Eine Zusammenfassung schließt die Untersuchung ab (VIII.).

## II. Der SoFFin – Grundlagen

In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber eine Vielzahl an Sondervermögen, auch in Form von Fonds, geschaffen.<sup>5</sup> Bei der Entstehung des SoFFin hat er daher auf bekannte Gesetzesmodelle zurückgegriffen. Was die Organisation und Verwaltung des Fonds betrifft, lehnt sich das FMStG eng an die gesetzlichen Regeln für früher geschaffene Sondervermögen des Bundes an.<sup>6</sup> Im Folgenden ist zunächst das Regelungskonzept des SoFFin näher zu betrachten.

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG), BGBl. I 2008, 1982.

<sup>2</sup> Elektronischer Bundesanzeiger, <https://www.ebundesanzeiger.de>, abrufbar unter: eBAnz AT123 2008 V1. Die Rechtsgrundlage für diese Publizierungsart findet sich in § 17 FMStFG, ferner in Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>3</sup> Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG), BGBl. I 2009, 725.

<sup>4</sup> Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung, BGBl. I 2009, 1980.

<sup>5</sup> Eine Übersicht bei: Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Finanzbericht 2010, S. 350 ff.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. Gesetz über die Verwaltung des ERP-Sondervermögens, BGBl. I 1953, 1312; Gesetz über die Errichtung eines Erblastenteilungsfonds in der Bekanntmachung der Neufassung vom 16. August 1999, BGBl. I 1999, 1882.

## 1. Errichtung und Struktur

Durch § 1 FMStFG wird ein Fonds des Bundes unter der Bezeichnung „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ errichtet. Der Fonds wird mit Inkrafttreten des Gesetzes durch das Gesetz selbst und ohne weiteren Rechtsakt gebildet. Gem. § 2 Abs. 2 FMStFG ist der Fonds ein Sondervermögen des Bundes. Der Begriff „Fonds“ ist nicht im Gesetz definiert; auch im Grundgesetz ist dieser Begriff nicht genannt.<sup>7</sup> Im Allgemeinen wird unter einem Fonds ein Vermögenbestand verstanden, der mit eigenen Einnahmen bzw. mit einem eigenen Kapitalstock ausgestattet ist und der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe dient, also zweckgebunden ist.<sup>8</sup> Dagegen findet sich der Begriff „Sondervermögen“ in zwei Artikeln des Grundgesetzes, Art. 110 Abs. 1 und Art. 115 Abs. 2 GG, auf die § 2 Abs. 2 FMStFG verweist. Er ist somit verfassungsrechtlich verankert. Eine Legaldefinition enthält das Grundgesetz jedoch nicht. Eine Definition, die auch Zustimmung in der Literatur gefunden hat,<sup>9</sup> enthält die Verwaltungsvorschrift zu § 26 BHO.<sup>10</sup> Danach sind Sondervermögen rechtlich unselbständige, abgesonderte Teile des Bundesvermögens, die in der Regel, aber nicht notwendig<sup>11</sup>, durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes gebildet und zur Erfüllung einzelner Aufgaben des Bundes bestimmt sind. In diesem Zusammenhang wird vor allem gefordert, dass Sondervermögen nur geschaffen werden dürfen, sofern sie zur Aufgabenerfüllung sachlich geboten sind,<sup>12</sup> also eigene Sachaufgaben erfüllen und nicht überwiegend oder ausschließlich finanzwirtschaftliche Funktionen wahrnehmen.<sup>13</sup> Festzuhalten ist demnach, dass Sondervermögen, die in Form eines Fonds ausgestaltet sind, nur für bestimmte, für sie festgelegte Aufgaben gedacht sind und nicht der Erfüllung von Aufgaben des Bundes im Allgemeinen dienen. Es handelt sich insoweit um „Finanzierungs-sondervermögen“ außerhalb des regulären Haushalts. Sondervermögen müssen jedoch nicht notwendig als Nebenhaushalt geführt werden,<sup>14</sup> in der Regel wird dies jedoch so gehandhabt.

<sup>7</sup> Der Begriff Fonds wird jedoch bspw. im Einigungsvertrag vom 31.08.1990 verwendet, BGBl. II 1990, 889.

<sup>8</sup> Vgl. *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 7, Fn. 22; *Kim*, Ökonomische Theorie der Nebenhaushalte, 1996, S. 14; zum Begriff und zur historischen Entwicklung des Fonds *Heinig*, Das Budget, Bd. I, 1949, S. 448 ff.

<sup>9</sup> *Nebel*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 113 BHO (2007) Rdn. 1; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Loseblattausgabe, Art. 110 (1981) Rdn. 34; *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 170; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 127, Fn. 67 m.w.N.

<sup>10</sup> Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung vom 16.05.2001, GMBI. 2001, 307, 319.

<sup>11</sup> So *Höfling/Rixen*, in Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 115 (2003) Rdn. 385; a.A. *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 175 ff. m.w.N., der eine Errichtung durch Gesetz für notwendig hält.

<sup>12</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., 10. Aufl. 2009, Art. 115 Rdn. 3; *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 115 Rdn. 21; *Wendt*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 115 Rdn. 69; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 115 Rdn. 58; a.A. *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 115 Rdn. 34 f.

<sup>13</sup> *Behnsen* SchlHA 2008, 440 (440).

<sup>14</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 133 f., 137.

Im Folgenden stellt sich die Frage, ob der Finanzmarktstabilisierungsfonds in der Form eines Sondervermögens die vorangestellten Kriterien erfüllt. Der SoFFin ist eine rechtlich unselbstständige Vermögensmasse außerhalb des Bundesvermögens, vgl. §§ 2 Abs. 2, 3 S. 1 FMStFG. Er soll gem. § 2 Abs. 1 FMStFG der Stabilisierung des Finanzmarktes durch Überwindung von Liquiditätsengpässen und durch Schaffung der Rahmenbedingungen für eine Stärkung der Eigenkapitalbasis von Unternehmen des Finanzsektors sorgen.<sup>15</sup> Ob dies schon als hinreichend begrenzte Aufgabenerfüllung gesehen werden kann, mag man bezweifeln, weil der SoFFin letztlich dazu dient, den Finanzmarkt zu stabilisieren und somit die Finanzwirtschaft der Bundesrepublik durch staatliche Maßnahmen zu unterstützen. Letzten Endes kommt es aber darauf an, dass die dem SoFFin zugewiesenen Aufgaben in sachlicher und zeitlicher Hinsicht hinreichend begrenzt sind.<sup>16</sup>

Allerdings ist gerade das Kriterium der *sachlichen* Begrenzung der Aufgabenerfüllung nur schwer greifbar, zumal weder die Literatur noch die Rechtsprechung hierzu bisher klare Kriterien entwickelt haben. Es ist aber festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht bisher die Errichtung von früher geschaffenen Fonds in Form von Sondervermögen nicht beanstandet hat.<sup>17</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Zuweisung der Aufgaben an die jeweiligen Fonds hinreichend sachlich begrenzt war, um sie als Sondervermögen einzuordnen. Betrachtet man in diesem Zusammenhang als Beispiel den Aufgabenbereich des Fonds „Deutsche Einheit“, so diente dieser zwischen 1990 und 1994 der ergänzenden Finanzierung der deutschen Einheit.<sup>18</sup> Er ersetzte bis 1994 für die neuen Bundesländer den in den alten Bundesländern bestehenden Finanzausgleich. Wenn aber solche Finanzausgleichszuweisungen an die neuen Bundesländer als sachlich hinreichend begrenzte Aufgabe angesehen werden, so kann man im Falle des SoFFin im Hinblick auf seine Aufgaben zu keinem anderen Ergebnis kommen.<sup>19</sup> Schließlich sind nicht nur die möglichen Stabilisierungsmaßnahmen im FMStFG geregelt, sondern auch die denkbaren Antragsteller festgelegt. Folglich ist davon auszugehen, dass der SoFFin in sachlicher Hinsicht die Anforderungen an ein Sondervermögen erfüllt.

Die *zeitliche* Begrenzung der Aufgabenerfüllung des SoFFin ist in § 13 Abs. 1 FMStFG geregelt. Danach sind Stabilisierungsmaßnahmen des Fonds einschließlich der Maßnahmen nach den §§ 6a und 8a FMStFG bis zum 31. Dezember 2010 möglich. Wegen des kurzen Zeitraums kann man nicht nur sagen, dass seine Tätigkeit zeitlich hinreichend begrenzt ist, son-

---

<sup>15</sup> Siehe auch die Begründung zum Gesetzentwurf des FMStG, BT-Drs. 16/10600, Begr. zu §§ 1 bis 3, S. 16.

<sup>16</sup> Behnsen SchlHA 2008, 440 (441).

<sup>17</sup> BVerfGE 101, 158 ff.; 102, 254 ff.; 110, 370 ff.

<sup>18</sup> Siehe Art. 28 des Vertrags über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, BGBl. II 1990, 537, zuletzt geändert durch Artikel 9 § 3 des Gesetzes vom 9. Juni 1998, BGBl. I, 1242.

<sup>19</sup> Ebenso Behnsen SchlHA 2008, 440 (441).

dem ist dies auch ein weiteres Indiz dafür, dass seine Errichtung ausschließlich der Stabilisierung des Finanzmarktes dient.

Somit sind die Aufgaben des SoFFin sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht hinreichend begrenzt, so dass er die erforderlichen Kriterien für ein Sondervermögen in Form eines Fonds erfüllt.

## 2. Funktion und Einbettung in das Finanzverfassungsrecht

Sondervermögen sind rechtlich unselbständige Einrichtungen i.S.v. Art. 110 Abs. 1 und Art. 115 Abs. 2 GG.<sup>20</sup> Sie sind demnach keine juristischen Personen und grundsätzlich, wenn das Errichtungsgesetz nichts anderes bestimmt, auch nicht rechtsfähig.<sup>21</sup> Rechtsträger der hier betrachteten Sondervermögen ist der Bund.<sup>22</sup> Dabei werden Sondervermögen insbesondere dann eingesetzt, wenn eine gewisse Unabhängigkeit des Sondervermögens betont werden soll, indem allgemeines Bundesvermögen und das Sondervermögen nicht nur organisatorisch, sondern auch haushaltsrechtlich getrennt geführt werden, um darüber hinaus eine haftungsmäßige Trennung von Bundes- und Sondervermögen herbeizuführen.<sup>23</sup> Jedoch beschränkt sich der Haftungsausschluss oftmals auf das Sondervermögen, so dass dieses nicht für sonstige Verbindlichkeiten des Bundes aufkommen muss, der Bund hingegen für Verbindlichkeiten des Sondervermögens beschränkt oder auch unbeschränkt haftet.<sup>24</sup> Zwar stellt die Haftungsübernahme durch den Bund die Plausibilität der Trennung der Aufgaben von Sondervermögen von den allgemeinen Aufgaben des Bundes in gewisser Weise in Frage. Es bleibt aber gleichwohl bei der gesonderten organisatorischen Verwaltung des einzelnen Sondervermögens.<sup>25</sup>

Im Falle des SoFFin handelt es sich um eine Einrichtung des Bundes. Seine haushaltsrechtliche Stellung ergibt sich daraus, dass er gem. § 2 Abs. 2 FMStFG ein Sondervermögen im Sinne von Artikel 110 Abs. 1 und Artikel 115 Abs. 2 GG ist. Gem. Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 1

<sup>20</sup> *Ruhe*, in: Hömig (Hrsg.), GG-Komm., 8. Aufl. 2007, Art. 110 Rdn. 2; *Siekman*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 110 Rdn. 94.

<sup>21</sup> Zur mangelnden Rechtsfähigkeit des SoFFin siehe § 3 FMStFG. Dazu, dass Sondervermögen keine juristischen Personen sind, *Bunte*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. I, 3. Aufl. 2007, § 11 Rdn. 12; *Hartmann (Verf.)*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO-Komm., 67. Aufl. 2009, § 38 Rdn. 19; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rdn. 2.366.

<sup>22</sup> *Höfling/Rixen*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 115 (2003) Rdn. 389; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 127 ff., 131; zum SoFFin *Brück/Schalast/Schanz*, BB 2008, 2526 (2528).

<sup>23</sup> *Lappin*, Kreditäre Finanzierung des Staates unter dem Grundgesetz, 1994, S. 180 f.; *Selmer*, Art. 115 II GG – eine offene Flanke der Staatsverschuldung?, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, 1997, S. 567 ff. (582); *Nebel*, in: Piduch (Hrsg.), Bundshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, Art. 110 GG (2004) Rdn. 46.

<sup>24</sup> So ist es z.B. für die in Fn. 6 genannten Sondervermögen geregelt: § 4 ERP-VerwG 2007 für das ERP-Sondervermögen, § 4 DEFG für den Fonds „Deutsche Einheit“, § 4 ELFG für den Erblastentilgungsfonds.

<sup>25</sup> *Höfling/Rixen*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 115 (2003) Rdn. 39; *Selmer*, Art. 115 II GG – eine offene Flanke der Staatsverschuldung?, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, 1997, S. 567 (582); *Lappin*, Kreditäre Finanzierung des Staates unter dem Grundgesetz, 1994, S. 194.

GG sind alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes in den Haushaltsplan einzustellen. In Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG heißt es weiter, dass bei Bundesbetrieben und bei Sondervermögen nur die Zuführungen oder die Ablieferungen in den Haushaltsplan eingestellt werden müssen. Insofern hat der Gesetzgeber durch Art. 110 Abs. 1 Hs. 2 GG vom Grundsatz der Einheit des Haushaltsplans abweichende Regelungen verfassungsrechtlich zugelassen.<sup>26</sup> Er hat sich also durch die Ausgestaltung des Finanzmarktstabilisierungsfonds als Sondervermögen die Möglichkeit eingeräumt, die Einnahmen und Ausgaben aus dem Haushaltsplan auszugliedern.<sup>27</sup> Allerdings ist es nicht zwingend, die Einnahmen und Ausgaben von Sondervermögen außerhalb des Haushaltsplans zu führen, vielmehr „brauchen“ sie nicht in den Haushaltsplan eingestellt zu werden, vgl. Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG.

Die vermögensmäßige Trennung vom Bundesvermögen ergibt sich für den SoFFin aus § 5 S. 1 FMStFG. Danach ist der Fonds von dem übrigen Vermögen des Bundes, seinen Rechten und Verbindlichkeiten zu trennen. Dies bedeutet, dass es auch dem Bund nicht gestattet ist, die Mittel des Fonds sachfremd zu verwenden.<sup>28</sup> Die haftungsmäßige Trennung ergibt sich aus § 5 S. 2 FMStFG, wonach zwar der Bund unmittelbar für die Verbindlichkeiten des Fonds haftet, dieser aber nicht für die sonstigen Verbindlichkeiten des Bundes einzustehen hat. Mit „sonstigen Verbindlichkeiten“ sind Verbindlichkeiten gemeint, die nicht nach oder aufgrund des FMStG begründet worden sind.<sup>29</sup> § 5 S. 2 FMStFG stellt klar, dass die Haftung des Bundes auch über die dem Fonds zugewiesenen Mittel hinausgeht.<sup>30</sup>

### 3. Rechtsfähigkeit und Vertretung im Rechtsverkehr

Der Fonds ist ein Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit, vgl. § 3 S. 1 FMStFG. Er ist eine rechtlich unselbständige Vermögensmasse des Bundes, die jedoch außerhalb des Bundeshaushalts verwaltet wird.<sup>31</sup> Da der SoFFin gem. § 3 S. 2 FMStFG jedoch im rechtsgeschäftlichen Verkehr unter eigenem Namen handeln, klagen und verklagt werden kann, kommt ihm zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit (Vollrechtsfähigkeit) zu, er ist aber ge-

---

<sup>26</sup> Siehe zur Begründung der Gesetzentwürfe zur Haushaltsreform, BT-Drs. V/3040, S. 44 Tz. 103, 105.

<sup>27</sup> Auf haushaltsrechtliche Probleme, die sich durch die Schaffung von Sondervermögen ergeben, ist noch einzugehen, siehe unter V.

<sup>28</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 5 FMStFG Rdn. 4.

<sup>29</sup> *Veranneman*, in: *Jaletzke/Veranneman* (Hrsg.), FMStG-Komm., 2009, § 5 FMStFG Rdn. 4; *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 5 FMStFG Rdn. 3.

<sup>30</sup> *Diem/Neuberger* BKR 2009, 177 (177); *Spindler* DStR 2008, 2268 (2268); *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 5 FMStFG Rdn. 5. Allgemein zur umfassenden Haftung des Bundes für seine Sondervermögen *Kilian*, *Nebenhaushalte des Bundes*, 1993, S. 723; *Lappin*, *Kreditäre Finanzierung des Staates unter dem Grundgesetz*, 1994, S. 183 f. („... kann der Bund seine Sondervermögen nicht notleidend werden lassen“); Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Art. 115 GG, BT-Drs. V/3040, S. 47 Tz. 136.

<sup>31</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 36.

gegenüber Dritten, also im Rechtsverkehr, „teilrechtsfähig“.<sup>32</sup> Anders als im Zivilrecht ist der Umfang der Rechts- und der rechtlichen Handlungsfähigkeit von Rechtssubjekten des öffentlichen Rechts nicht umfassend geregelt und vorgegeben, sondern ergibt sich aus den jeweiligen Errichtungsgesetzen. Von einer umfassenden Rechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Rechtssubjekte lässt sich allenfalls dann sprechen, wenn sie nicht nur gegenüber der öffentlichen Hand, sondern auch gegenüber Dritten rechtlich selbständige Träger von Rechten und Pflichten sind.<sup>33</sup> Eine Teilrechtsfähigkeit ergibt sich entsprechend dann, wenn dem Rechtssubjekt zwar nicht der Status einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zukommt, es aber im Rahmen seiner von ihm wahrzunehmenden Verwaltungsaufgaben mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattet ist.<sup>34</sup> Bezieht man dies nun auf den SoFFin, ergibt sich das Folgende: Obwohl § 3 S. 1 FMStFG von fehlender Rechtspersönlichkeit spricht, kann der SoFFin gem. § 3 S. 2 FMStFG unter eigenem Namen im rechtsgeschäftlichen Verkehr handeln, klagen und verklagt werden. Er ist insofern gegenüber Dritten rechtlich selbständig und damit „teilrechtsfähig“.<sup>35</sup> Um „Sondervermögen“ im haushaltsrechtlichen Sinne zu sein, kommt es jedoch gerade darauf an, dass das Sondervermögen gegenüber dem Bund, also gegenüber seinem Rechtsträger, rechtlich unselbständig ist.<sup>36</sup> Eine Rechtsfähigkeit im Privatrechtsverkehr führt nicht dazu, dass das errichtete Sondervermögen als solches gegen geltendes Haushaltsrecht, also gegen Verfassungsrecht, verstößt. Auf die Problematik verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen von Sondervermögen im Allgemeinen wird später noch einmal zurückzukommen sein.<sup>37</sup>

Die angesprochene Teilrechtsfähigkeit, die sich aus § 3 S. 2 FMStFG ergibt, meint im Falle des SoFFin, dass der Fonds auf dem Gebiet, wo ihm Rechtsfähigkeit zukommt, im Verhältnis zu Dritten eigene Rechte und Pflichten erwerben kann, die – ebenfalls im Verhältnis zu Dritten – von den Rechten und Pflichten des Bundesvermögens getrennt sind.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> Da ein juristisches Gebilde jedoch nicht unmittelbar am Rechtsverkehr teilnehmen kann, handelt dieses durch seine Organe. Mit der Fähigkeit, im rechtsgeschäftlichen Verkehr unter eigenem Namen zu handeln, ist der Umfang der Vertretungsmacht der Organe festgelegt.

<sup>33</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 37.

<sup>34</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 21 Rdn. 10; vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 32 Rdn. 8 f.

<sup>35</sup> Für eine Teilrechtsfähigkeit des SoFFin sprechen sich auch *Brück/Schalast/Schanz* BB 2008, 2526 (2528); *Wolfers/Rau* NJW 2009, 1297 (1299); *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman* (Hrsg.), FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 3 aus. Allgemein die Teilrechtsfähigkeit von Sondervermögen bejahend, sofern sie gesetzlich entsprechend strukturiert sind: *Eibelshäuser/Wallis*, in: *Heuer/Engels/Eibelshäuser*, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 113 BHO (2001) Rdn. 1.

<sup>36</sup> Vgl. *Gröpl*, in: *Bonn-Komm. GG*, Loseblattausgabe, Art. 110 (2001) Rdn. 101; *Hillgruber*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 110 Rdn. 46; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 129 ff.

<sup>37</sup> Siehe unter V.

<sup>38</sup> *Jaletzke/Magnusen*, in: *Jaletzke/Veranneman* (Hrsg.), FMStG-Komm., 2009, § 3 Rdn. 3; vgl. *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 41; dies ergibt sich auch aus § 5 S. 1 FMStFG.

Da der Fonds unter eigenem Namen klagen und verklagt werden kann, kommt ihm im Verwaltungsprozess Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 VwGO und im Zivilprozess entsprechend Parteifähigkeit gem. § 50 ZPO zu.

Der Fonds verfügt nicht über eigene Organe, er wird vielmehr von der Finanzmarktstabilisierungsanstalt verwaltet und vertreten, vgl. § 3a FMStFG, § 4 Abs. 2 FMStFG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 FMStFV. Da die FMSA ein künstlich geschaffenes juristisches Gebilde darstellt, handeln für sie – und somit auch für den Fonds – natürliche Personen als ihre Organmitglieder. In Prozessen für und gegen den Fonds treten insoweit seine Vertreter aus der FMSA auf. Auf Einzelheiten ist im Folgenden einzugehen.

### III. Verwaltung des SoFFin – Die Finanzmarktstabilisierungsanstalt

Die Bundesregierung hat die Verwaltung des Fonds durch Rechtsverordnung gem. § 4 Abs. 2 FMStFG i.V.m. § 1 Abs. 1 FMStFV der Finanzmarktstabilisierungsanstalt übertragen. Durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung<sup>39</sup> ist die FMSA im Juli 2009 grundlegend neu organisiert worden. Im Folgenden soll daher zunächst ein Überblick über die Errichtung, Aufgaben und die Struktur der FMSA gegeben werden. Weiter wird sodann die neu organisierte FMSA vorgestellt und schließlich ein Blick auf die Besetzung und die Aufgaben ihres Organs – des Leitungsausschusses – geworfen.

#### 1. Errichtung der FMSA

Die FMSA ist durch § 3a FMStFG in der Fassung vom 17. Oktober 2008 (im Folgenden FMStFG a.F.) errichtet worden.<sup>40</sup> Die Nummerierung lässt erkennen, dass diese Vorschrift erst nachträglich in das Gesetz eingefügt worden ist. Der ursprüngliche Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen<sup>41</sup> sah keine Finanzmarktstabilisierungsanstalt vor. Vielmehr sollte der Fonds vom Bundesministerium der Finanzen verwaltet werden, das auch über die Gewährung einzelner Stabilisierungsmaßnahmen entscheiden sollte.<sup>42</sup> § 4 Abs. 2 FMStFG des Entwurfs zum FMStG sah weiter vor, dass die Bundesregierung durch Rechtsverordnung die Deutsche Bundesbank mit der Verwaltung des Fonds beauftragen konnte, und dass diese insoweit der

<sup>39</sup> BGBl. I 2009, 1980.

<sup>40</sup> BGBl. I 2008, 1982. „Errichtung“ meint dabei die rechtliche Anordnung; sie umfasst zum einen die Schaffung des Verwaltungsträgers oder der Behörde und zum anderen die organisatorische Ausgestaltung in Grundzügen und die Festlegung ihrer Zuständigkeiten, vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 21 Rdn. 58. Beides ist durch § 3a Abs. 3 FMStFG, § 1 Abs. 1 FMStFV und § 4 Abs. 2 FMStFG erfolgt, so dass ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt des Art. 87 Abs. 3 GG nicht in Betracht kommt, vgl. dazu *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Loseblattausgabe, Art. 87 (1992) Rdn. 177.

<sup>41</sup> Gesetzentwurf zum FMStG, BT-Drs. 16/10600.

<sup>42</sup> Vgl. § 4 Abs. 1 Gesetzentwurf zum FMStG, BT-Drs. 16/10600, und die Begr. auf S. 16.

Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen unterliegen sollte. Dies stieß jedoch bei der Deutschen Bundesbank auf erhebliche Bedenken.<sup>43</sup>

Tatsächlich wäre die Vereinbarkeit von § 4 Abs. 2 FMStFG des Gesetzentwurfs zum FMStFG mit der Unabhängigkeit der Bundesbank problematisch gewesen, und hätte wohl nicht nur gegen Art. 108 EGV, sondern auch gegen Art. 88 S. 2 GG verstoßen. Denn weder die EZB noch eine nationale Zentralbank<sup>44</sup> darf gem. Art. 108 S. 1 EGV bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen Befugnisse Weisungen von Organen oder Einrichtungen der Gemeinschaft, Regierungen der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen einholen oder entgegennehmen. Die Unabhängigkeit der Bundesbank ergibt sich mittelbar auch aus Art. 88 S. 2 GG. Danach können Aufgaben und Befugnisse der Bundesbank nur auf die EZB übertragen werden, sofern sie unabhängig ist. Da die Bundesbank Bestandteil des ESZB ist, muss die Unabhängigkeit der EZB auch auf die Bundesbank übertragen werden.<sup>45</sup> Hätte die Bundesregierung nun die Deutsche Bundesbank mit der Verwaltung des Fonds beauftragt, wäre diese der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen unterstellt gewesen. Sie wäre vor allem in der Ausübung der Fachaufsicht durch das Bundesministerium der Finanzen an Anordnungen und Weisungen gebunden gewesen, so dass ihre Unabhängigkeit nicht mehr hätte gewährleistet werden können.

Auf die Anregung des Bundesbankpräsidenten hin wurde daher in einer gemeinsamen Beratung des Haushalts- und Finanzausschusses die Errichtung einer Finanzmarktstabilisierungsanstalt diskutiert und schließlich als § 3a FMStFG mit der Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses<sup>46</sup> in den Gesetzentwurf eingearbeitet und schließlich auch in dieser Fassung am 17. Oktober 2008 beschlossen.

Gem. § 3a FMStFG a.F. ist die FMSA als rechtlich unselbständige Anstalt des öffentlichen Rechts bei der Deutschen Bundesbank errichtet worden.<sup>47</sup> Gleichwohl kommen wegen der Anordnung der FMSA „bei“ der Deutschen Bundesbank ebenso Zweifel an der Vereinbarkeit von § 3a Abs. 2 S. 2 FMStFG a.F. mit Art. 88 S. 2 GG auf. Denn gem. § 3a Abs. 2 S. 2 FMStFG a.F. wurde nun die FMSA der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen unterstellt. Ob durch diese Konstruktion noch die Unabhängigkeit (= Weisungsfrei-

<sup>43</sup> Ein solches Vorhaben sei mit der Unabhängigkeit der Bundesbank nicht vereinbar, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses, BT-Drs. 16/10651, S. 11.

<sup>44</sup> Zu den nationalen Zentralbanken zählt insbesondere auch die Bundesbank, vgl. *Häde*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Komm., 3. Aufl. 2007, Art. 108 EGV Rdn. 12; *Kempen*, in: Streinz, EUV/EGV-Komm., 2003, Art. 108 EGV Rdn. 7; *Sodan* NJW 1999, 1521 (1521).

<sup>45</sup> *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 88 Rdn. 69; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 88 Rdn. 30; *Blanke*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 88 Rdn. 58 f.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Loseblattausgabe, Art. 88 (1998) Rdn. 55.

<sup>46</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses, BT-Drs. 16/10651.

<sup>47</sup> Dies geschah unmittelbar durch Gesetz, so dass es keines weiteren Rechtsaktes bedurfte.

heit) der Bundesbank gewahrt bleibt, ist als sehr problematisch anzusehen. Dies hat auch der Gesetzgeber gesehen, so dass die FMSA inzwischen durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung im Juli 2009 von der Deutschen Bundesbank getrennt wurde.<sup>48</sup>

## 2. Aufgaben und Struktur der FMSA

Die Finanzmarktstabilisierungsanstalt nimmt gem. § 3a Abs. 2 S. 1 FMStFG die ihr auf der Grundlage des FMStFG übertragenen Aufgaben im Namen des Fonds wahr, die sowohl die Angelegenheiten im Innen- als auch im Außenverhältnis umfasst. Die Übertragung dieser Aufgaben ist durch § 4 Abs. 2 FMStFG i.V.m. § 1 Abs. 1 FMStFV erfolgt. Die FMSA ist seitdem mit der Verwaltung des Fonds betraut und entscheidet über Stabilisierungsmaßnahmen nach dem FMStFG. Sie kann daher als Organ des Fonds angesehen werden. Die FMSA ist organisatorisch aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliedert. Sie zählt somit zur mittelbaren Staatsverwaltung, da die Verwaltungsaufgaben durch einen vom Bund geschaffenen Verwaltungsträger – hier der FMSA – wahrgenommen werden. Gleichwohl bleibt sie an den Staat angefügt, zumal sie nicht nur ihre Existenz und ihre Aufgaben vom Staat ableitet,<sup>49</sup> sondern ebenso an spezielle Gesetze – dem FMStFG – gebunden ist und der staatlichen Aufsicht<sup>50</sup> untersteht. Mangels mitgliederschaftlicher Strukturen ist die FMSA keine Körperschaft.<sup>51</sup>

Hinsichtlich ihrer grundrechtlichen Stellung ist anzumerken, dass sie wegen ihrer Organisation als Anstalt des öffentlichen Rechts nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsverpflichtet ist.<sup>52</sup>

Bei der Abwicklung der Geschäfte kann die FMSA die Deutsche Bundesbank im Rahmen von § 20 des BBankG in Anspruch nehmen, § 3a Abs. 5 S. 2 FMStFG. Nach § 20 S. 2 BBankG darf die Bundesbank für diese Geschäfte dem Bund, den Sondervermögen des Bundes und den Ländern keine Kosten und Gebühren berechnen. Welche Geschäfte zulässig sind, richtet sich nach § 19 Nr. 2 bis 7 BBankG. Geschäfte des § 19 Nr. 1 BBankG sind hingegen ausdrücklich nicht von § 20 BBankG umfasst. Somit ist insbesondere eine Gewährung von Darlehen gegen Sicherheiten an die Anstalt unzulässig. Ein solches Verbot ergibt sich jedoch

---

<sup>48</sup> Dazu unter III.3.

<sup>49</sup> Allgemein zur Anstalt des öffentlichen Rechts als Verwaltungsträger und ihre Anbindung an den Staat, *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 21 Rdn. 8.

<sup>50</sup> Die FMSA unterliegt gem. § 3a Abs. 2 S. 3 FMStFG n.F. der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen; siehe ausführlich unter IV.3.

<sup>51</sup> Zur mitgliederschaftlichen Organisation einer Körperschaft BVerfGE 37, 1 (24).

<sup>52</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 20; vgl. zur fehlenden Grundrechtsberechtigung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts BVerfGE 21, 362 (369 ff.); *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 30.

auch schon aus Art. 101 EGV, wonach Überziehungs- oder andere Kreditfazilitäten bei der EZB oder den Zentralbanken der Mitgliedstaaten für Organe oder Einrichtungen der Gemeinschaft, Zentralregierungen, regionale oder lokale Gebietskörperschaften oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen der Mitgliedstaaten ebenso verboten sind wie der unmittelbare Erwerb von Schuldtiteln von diesen durch die EZB oder die nationalen Zentralbanken. Wegen der Regelung der Inanspruchnahme der Bundesbank in § 3a Abs. 5 S. 2 FMStFG ist insoweit keine Zustimmung des Bundesministeriums der Finanzen erforderlich, was bei der Einbeziehung von Dritten nach S. 1 aber der Fall ist. Dem entspricht auch § 1 Abs. 4 FMStFV.<sup>53</sup> Auch wird man durch die Formulierung „kann ... in Anspruch nehmen“ annehmen müssen, dass die Bundesbank zur Aufgabenerfüllung gegenüber der FMSA verpflichtet ist.<sup>54</sup>

### 3. Die neue FMSA

Durch das im Juli 2009 in Kraft getretene Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung wurde § 3a FMStFG a.F. grundlegend geändert. Die FMSA ist nicht mehr „bei“ der Deutschen Bundesbank angesiedelt, sondern nunmehr eine bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen (§ 3a Abs. 1 S. 1 FMStFG n.F.). Die FMSA erhält einen neuen Namen „Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung“, ihr Kürzel bleibt erhalten (§ 3a Abs. 1 S. 2 FMStFG n.F.). Träger der Anstalt ist der Bund.<sup>55</sup> Gleichwohl bleiben einzelne Verbindungen, wie beispielsweise § 3a Abs. 3 S. 1<sup>56</sup>, Abs. 5 S. 2<sup>57</sup>, Abs. 6 S. 1 und S. 2<sup>58</sup> FMStFG zeigt, zur Bundesbank bestehen.

Aus der Stellung der FMSA als bundesunmittelbare Anstalt, ergibt sich zum einen, dass der SoFFin durch die Übertragung seiner Verwaltung auf die FMSA, kein eigenverwaltetes, sondern ein fremdverwaltetes Sondervermögen des Bundes darstellt, so dass der Bund freilich auch weiterhin Inhaber des Vermögens bleibt.<sup>59</sup> Zum anderen ergibt sich durch die Eingliederung der FMSA in die mittelbare Bundesverwaltung, dass die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1

<sup>53</sup> So auch *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 22.

<sup>54</sup> So auch *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 23.

<sup>55</sup> Bericht des Haushaltsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung, BT-Drs. 16/13591, S. 15; *Wolfers/Rau* NJW 2009, 2401 (2404).

<sup>56</sup> So werden die Mitglieder des Leitungsausschusses vom Bundesministerium der Finanzen im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank ernannt.

<sup>57</sup> Die Anstalt kann bei der Abwicklung ihrer Geschäfte die Deutsche Bundesbank im Rahmen von § 20 des Bundesbankgesetzes in Anspruch nehmen. Dazu ausführlich oben unter III.2.

<sup>58</sup> Hiernach wird das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt, im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank, die Satzung der Anstalt zu erlassen und zu ändern.

<sup>59</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 4.

Nr. 1 VwVfG gewährleistet ist und dass die FMSA wegen der Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben eine Behörde i.S.d. § 1 Abs. 4 VwVfG darstellt.

Ihre „Vollrechtsfähigkeit“<sup>60</sup> verdankt die FMSA wohl ihrer zusätzlich neu übernommenen Aufgabe aus § 3a Abs. 2 i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 1 FMStFG. Danach kann die Anstalt auf Antrag der übertragenden Gesellschaft teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts errichten, auf die bis zum 31. Dezember 2008 erworbene Risikopositionen sowie auf die nichtstrategienotwenige Geschäftsbereiche der übertragenen Gesellschaft durch Rechtsgeschäft oder Umwandlung zum Zwecke der Abwicklung übertragen werden können (Abwicklungsanstalten). Diese Aufgabe wird die FMSA wohl im eigenen Namen wahrnehmen, und nicht wie ihre bisherigen Aufgaben im Namen des Fonds, vgl. § 3a Abs. 2 S. 1 und S. 2 FMStFG.<sup>61</sup>

Wegen der umfassenden Rechtsfähigkeit der FMSA kann diese weitreichend Träger von Rechten und Pflichten sein und stellt selbst einen Verwaltungsträger dar.<sup>62</sup> Der FMSA kommt wegen ihrer Rechtsfähigkeit aus verwaltungs- bzw. zivilprozessrechtlicher Sicht Beteiligten- bzw. Parteifähigkeit gem. § 61 VwGO und § 50 ZPO zu.

#### 4. Leitungsausschuss

Die FMSA wird gem. § 3a Abs. 3 S. 1 FMStFG vom einem Leitungsausschuss geführt. Er bildet das oberste Verwaltungsorgan der Anstalt.

##### a) Besetzung

Die Mitglieder<sup>63</sup> werden gem. § 3a Abs. 3 S. 1 FMStFG vom Bundesministerium der Finanzen im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank ernannt. „Im Benehmen“ bedeutet nicht mehr als die (gutachterliche) Anhörung der anderen Behörde – hier der Bundesbank –, die dadurch Gelegenheit erhält, ihre Vorstellung in das Verfahren einzubeziehen.<sup>64</sup> „Im Benehmen“ bedeutet im Gegensatz zum „Einvernehmen“ also keine Willensübereinstimmung.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> In der ursprünglichen Form (§ 3a Abs. 1 FMStFG a.F.), konnte die FMSA als teilrechtsfähig angesehen werden. So auch *Ewer/Behnsen* NJW 2008, 3457 (3458); *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 13; *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 7.

<sup>61</sup> So zumindest *Wolfers/Rau* NJW 2009, 2401 (2404).

<sup>62</sup> Der entscheidende Anknüpfungspunkt für den Begriff des Verwaltungsträgers ist die Rechtsfähigkeit, *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2006, § 7 Rdn. 6; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl. 2009, § 21 Rdn. 2.

<sup>63</sup> Bisher sind zwei von den ursprünglichen drei Mitgliedern aus „persönlichen Gründen“ ausgeschieden. Sie haben auf die starke Einflussnahme auf die Arbeit der FMSA von Lenkungsausschuss, Bundesministerium der Finanzen und Bundeskanzleramt aufmerksam gemacht, siehe aus der Presse nur FAZ vom 17.12.2008, S. 18 und FAZ vom 22.01.2009, S. 11.

<sup>64</sup> BVerwGE 92, 258 (262); *Ewer/Behnsen* NJW 2008, 3457 (3458).

<sup>65</sup> BVerwGE 92, 258 (262); *OVG Greifswald* LKV 2008, 381 (381).

## b) Aufgaben

Der Leitungsausschuss leitet die FMSA gem. § 3a Abs. 3 S. 1 FMStFG und ist gem. § 3a Abs. 3 S. 2 FMStFG Dienstvorgesetzter und Vorgesetzter der Beamten, die zur Anstalt abgeordnet werden. Weder das FMStFG noch die FMStFV enthalten aber eine genaue Beschreibung der Aufgaben und Kompetenzen des Leitungsausschusses. Anzunehmen ist wohl, dass ihm die Zuständigkeit für alle Entscheidungen, die nicht dem Bundesministerium der Finanzen oder dem Lenkungsausschuss<sup>66</sup> zugewiesen sind, zusteht.<sup>67</sup> Dazu gehören vor allem Aufgaben der internen Organisation und der Arbeitsweise der FMSA.<sup>68</sup> Ebenso hat der Leitungsausschuss als oberstes Verwaltungsorgan der FMSA diese nach außen und vor Gericht zu vertreten. Auch geht mit dem Leitungsrecht die Befugnis einher, allen anderen Organen und Mitarbeitern der Anstalt Weisungen zu erteilen.<sup>69</sup>

Inwieweit der Leitungsausschuss an den Entscheidungen über die Stabilisierungsmaßnahmen beteiligt ist, ergibt sich aus § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG. Danach hat die Anstalt und somit der Leitungsausschuss Voranfragen und Anträge auf Stabilisierungsmaßnahmen mit einem Entscheidungsvorschlag an den Lenkungsausschuss<sup>70</sup> weiterzureichen. Der FMSA obliegt zumindest auch die Überwachung der Begünstigten, nachdem ihre Stabilisierungsmaßnahmen bewilligt worden sind.<sup>71</sup> Zwar könnte § 3a Abs. 2 FMStFG, ferner § 1 Abs. 1 S. 1 FMStFV, gegen diese Auffassung sprechen, da der FMSA diese Aufgabe nicht unmittelbar durch Gesetz übertragen wurde. Wenn aber gerade die FMSA über Maßnahmen nach dem FMStFG entscheidet, kann es nur sachgerecht sein, dass sie ebenso mit der Überwachung der Begünstigten betraut ist. Die Entscheidung, inwieweit sich die FMSA bei der Erfüllung ihrer Aufgaben geeigneter Dritter bedient, trifft ebenfalls der Leitungsausschuss, vgl. § 3a Abs. 5 S. 1 FMStFG. Dabei wird mangels näherer Einschränkung davon auszugehen sein, dass die Ermächtigung sowohl die Beauftragung anderer öffentlich-rechtlicher Stellen als auch Privater umfasst.<sup>72</sup> Die Einbeziehung Dritter darf jedoch nur nach Maßgabe der nach § 4 Abs. 2 FMStFG zu erlassenden Verordnung erfolgen. § 1 Abs. 4 S. 1 FMStFV enthält insoweit die Vorgabe, dass es der vorherigen Zustimmung des Bundesministeriums der Finanzen bedarf, ehe sich die Anstalt zur Aufgabenerfüllung Dritter bedient. Bei der Beauftragung eines Dritten muss sichergestellt sein, dass dieser an die Bestimmungen des FMStFG, der FMStFV und

<sup>66</sup> Der Lenkungsausschuss ist in § 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 FMStFG geregelt; siehe unter IV.1.

<sup>67</sup> *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 16.

<sup>68</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 50.

<sup>69</sup> *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 16.

<sup>70</sup> Siehe unter IV.1.

<sup>71</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 50.

<sup>72</sup> So auch *Ewer/Behnsen* NJW 2008, 3457 (3458); *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 21.

die nach der FMStFV ergangen Weisungen oder sonstigen Entscheidungen auf vertraglicher oder sonstiger Grundlage gebunden ist, vgl. § 1 Abs. 4 S. 3 FMStFV.

#### **IV. Befugnisse anderer Organe und Aufsicht über die FMSA**

Im Folgenden Abschnitt ist auf die Kompetenzen des Lenkungsausschusses und des parlamentarischen Ausschusses, die Rechts- und Fachaufsicht durch das Bundesministerium der Finanzen einzugehen.

##### **1. Lenkungsausschuss**

Nicht nur die Errichtung der FMSA selbst, sondern auch die Bildung eines Lenkungsausschusses geht auf die Beratungen des Haushaltsausschusses zurück.<sup>73</sup> Dieser ist ein interministerieller Ausschuss, der kein Organ der FMSA, sondern von ihr unabhängig ist.

##### **a) Besetzung und Ausgestaltung**

Dem Lenkungsausschuss gehören gem. § 4 Abs. 3 FMStFG je ein Vertreter des Bundeskanzleramtes, des Bundesfinanzministeriums, des Bundesjustizministeriums, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und ein von den Ländern bestimmtes Mitglied sowie – beratend – ein Vertreter der Deutschen Bundesbank an.<sup>74</sup> Ihm können weitere beratende Mitglieder angehören. Wie diese ausgewählt werden, ist nicht im Gesetz bestimmt.

Der Lenkungsausschuss lässt sich wegen seiner Zusammensetzung, wie auch andere interministerielle Ausschüsse, keiner bestimmten Behörde zurechnen.<sup>75</sup> Es ist jedoch zu sagen, dass es sich wohl, soweit er Entscheidungen mit Außenwirkungen trifft, um Entscheidungen des Bundesministeriums der Finanzen handelt.<sup>76</sup>

##### **b) Aufgaben**

Dem Lenkungsausschuss kommen zwei Funktionen zu: Zum einen ist er eine der Kontrollinstanzen für die FMSA und zum anderen hat er unmittelbare Entscheidungsbefugnis im Auf-

<sup>73</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses, BT-Drs. 16/10651, S. 1.

<sup>74</sup> Die Namen können aus: *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 26 entnommen werden.

<sup>75</sup> Ähnlich auch: *Jaletzke/Denzer*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 15 mit Beispielen anderer interministerieller Ausschüsse; vgl. *Ewer/Behnsen* NJW 2008, 3457 (3459).

<sup>76</sup> So *Jaletzke/Denzer*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 15, die keine Begründung liefern, jedoch auf andere Ausschüsse verweisen: interministerieller Ausschuss für Ausfuhrgarantien und Ausfuhrbürgschaften (IMA), *Janus*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, Bd. II, 3. Aufl. 2007, § 122 Rdn. 39; für das Gebiet KrW/AbfG *Dippel*, in: *Giesberts/Reinhardt*, Online-Kommentar Umweltrecht, Edition 10, Stand: 01.01.2009, § 37 Rdn. 4.

gabenbereich der FMSA.<sup>77</sup> Gem. § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG entscheidet der Lenkungsausschuss über Grundsatzfragen und Angelegenheiten von besonderer Bedeutung. Ferner trifft er Entscheidungen über wesentliche Auflagen nach Maßgabe einer zu § 10 FMStFG erlassenen Rechtsverordnung, der FMStFV. Der Lenkungsausschuss entscheidet dabei auf Vorschlag der FMSA. Die Anstalt unterliegt insofern einer Vorschlags- und Vorlagepflicht, vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 FMStFV. Im Rahmen der Aufsichtsbefugnis des Lenkungsausschusses ist die Anstalt – und nicht nur der Leitungsausschuss selbst – gem. § 1 Abs. 2 S. 1 FMStFV an Weisungen oder Entscheidungen nicht nur des Bundesministeriums der Finanzen, sondern auch des Lenkungsausschusses gebunden. Der Lenkungsausschuss ist jedoch nicht zur Vertretung des Fonds berechtigt. Er kann zwar im Rahmen der ihm zugewiesenen Kompetenzen im Bereich des Fonds tätig werden, beispielsweise in Fällen des § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG, jedoch kommt ihm dabei keine Vertretungsbefugnis zu.<sup>78</sup>

Auskunft darüber, wie das Verhältnis des Lenkungsausschusses zum Bundesministerium der Finanzen zu sehen ist, gibt das Gesetz nicht. Einerseits wird dem Lenkungsausschuss bei der Entscheidung wichtiger Aufgaben (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG) Vorrang gegeben, andererseits kann das Bundesfinanzministerium generell oder im Einzelfall, nicht aber der Lenkungsausschuss, Entscheidungen nach dem FMStFG und der FMStFV selbst treffen (vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 3 FMStFV – Selbsteintrittsrecht). Zwar kann auch das Bundesfinanzministerium im Rahmen des § 1 Abs. 3 FMStFV für den Fonds tätig werden, jedoch kommt ihm ebenso wenig wie dem Lenkungsausschuss eine Vertretungsbefugnis zu.<sup>79</sup> Angenommen wird, dass der Lenkungsausschuss wegen seiner Besetzung mit Mitgliedern mehrerer Ministerien dann ein Vorrecht hat, wenn das Gesetz die Zuständigkeit weder dem Bundesfinanzministerium noch dem Lenkungsausschuss zuspricht.<sup>80</sup> Das ist jedoch nur ein Indiz und kann keinesfalls als zwingende Voraussetzung für ein „Vorrecht“ des Lenkungsausschusses zu verstehen sein. Wie sich die Kompetenzen zwischen Lenkungsausschuss und Bundesfinanzministerium verteilen, ist daher dem Gesetz im Wege der Auslegung zu entnehmen.

Ein Weisungsrecht des Bundesfinanzministeriums gegenüber dem Lenkungsausschuss besteht nicht. Der Lenkungsausschuss ist aber wegen des Demokratieprinzips an Weisungen der Bundesregierung gebunden.

<sup>77</sup> Vgl. *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 22.

<sup>78</sup> *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 13, die in diesem Zusammenhang annehmen, dass der Lenkungsausschuss sogar als „Organ“ des Fonds tätig wird. Die Entscheidungsbefugnis des Lenkungsausschusses hat jedoch nicht zwingend Organstellung zur Folge. Wäre dies der Fall, so ist eine Vereinbarkeit mit der Aussage, dass es sich bei Entscheidungen des Lenkungsausschusses mit Außenwirkung um Entscheidungen des Bundesministeriums der Finanzen handelt, fraglich; was aber gerade *Jaletzke/Denzer*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 15 bejahen.

<sup>79</sup> *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 13.

<sup>80</sup> So *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 25.

## 2. Parlamentarischer Ausschuss

Auch die Stärkung der parlamentarischen Kontrollrechte geht, im Vergleich zu den im ursprünglichen Entwurf vorgesehenen Rechten, auf die Beratungen des Haushaltsausschusses zurück.<sup>81</sup>

### a) Besetzung und Ausgestaltung

Gem. § 10a Abs. 1 S. 1 FMStFG wählt der Deutsche Bundestag für die Dauer einer Legislaturperiode ein „Gremium zum Finanzmarktstabilisierungsfonds“. Es besteht aus neun Mitgliedern des Haushaltsausschusses und wird diesem auch organisatorisch zugeordnet. Es handelt sich demnach nicht um einen vollwertigen Parlamentsausschuss. Da die Mitglieder des Gremiums dem Haushaltsausschuss angehören und das Gremium auch nicht selbst vom Haushaltsausschuss eingesetzt wird, stellt dieser auch keinen Unterausschuss i.S.v. § 55 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GO BT)<sup>82</sup> dar.<sup>83</sup> Gem. § 10a Abs. 1 S. 2 FMStFG bestimmt der Deutsche Bundestag seine Zusammensetzung und Arbeitsweise. Der Deutsche Bundestag hat auf seiner Sitzung am 12. November 2008 entsprechend der Stärke der einzelnen Fraktionen im Bundestag die Mitglieder des Gremiums gewählt.<sup>84</sup> Insofern hat der Deutsche Bundestag den Grundsatz des § 12 GO BT angewandt, wonach die Zusammensetzung von Ausschüssen im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen vorzunehmen ist. Die Kontrolle durch das Parlament ist ein wesentliches Element des verfassungsrechtlich gewährleisteten Demokratieprinzips und somit von zentraler Bedeutung.<sup>85</sup> Durch die Zusammensetzung des Gremiums aus Mitgliedern des Haushaltsausschusses ist es dem Parlament möglich, einen Einblick in die Vermögenslage des SoFFin und somit auch in die Haushalts- und Vermögenslage des Bundes zu bekommen.<sup>86</sup> Denn durch die Ausgliederung des Sondervermögens aus dem Haushaltsplan ist eine Übersicht ohnehin erschwert.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses, BT-Drs. 16/10651, S. 1; die Aufforderung des Bundestages ein Gremium zum Finanzmarktstabilisierungsfonds zu wählen, siehe § 10a FMStFG der Empfehlung auf S. 5 und 12.

<sup>82</sup> Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages in der Fassung und Bekanntmachung vom 2. Juli 1980, BGBl. I 1980, 1237, zuletzt geändert laut Bekanntmachung vom 29. Juli 2008, BGBl. I 2008, 1712.

<sup>83</sup> So auch *Horbach/Diehl*, in: Jaletzke/Veranneman, FMStG-Komm., 2009, § 10a FMStFG Rdn. 2.

<sup>84</sup> 186. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 12.11.2008, Plenarprotokoll 16/186, 19796 C und D; die Mitglieder sind in BT-Drs. 16/10836 genannt.

<sup>85</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 973 ff. (974); vgl. auch *ders.* in Bd. II, 1980, S. 51 ff.

<sup>86</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit von Sondervermögen – auch des SoFFin – siehe unter V.

<sup>87</sup> *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 113 ff.; *Gröpl*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 110 (2001) Rdn. 99; so auch *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 115 ff., 125 ff.

## b) Aufgaben

Nach der Begründung durch den Haushaltsausschuss soll dem Gremium beratende und begleitende Funktion zukommen. Es soll die Arbeit des Fonds, der Anstalt und des Lenkungsausschusses begleiten sowie über strategische Fragen und langfristige Entwicklungen der Finanzmarktpolitik beraten.<sup>88</sup> Der Gesetzgeber hat diese Empfehlung durch § 10a Abs. 2 FMStFG umgesetzt.

So hat das Bundesfinanzministerium gem. § 10a Abs. 2 S. 1 FMStFG das Gremium über alle den Fonds betreffenden Fragen zu unterrichten. Durch diese Regelung soll insbesondere eine parlamentarische Aufsicht über Maßnahmen, die vor allem Schulden des Fonds betreffen, sichergestellt werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit das Gremium in laufende Prozesse eingreifen darf. Das Bundesverfassungsgericht lehnt die Kontrollbefugnis des Bundestages hinsichtlich laufender Prozesse grundsätzlich ab; seine Kontrollbefugnis erstreckt sich lediglich auf bereits abgeschlossene Vorgänge.<sup>89</sup> Dies muss auch für das Gremium zum SoFFin gelten. Ein Recht des Gremiums, Entscheidungen über den Fonds zu treffen, wurde ihm auch nicht durch Gesetz verliehen, so dass ihm insoweit auch keine Entscheidungskompetenz zukommt.<sup>90</sup>

Das Gremium ist weiter befugt, Mitglieder des Lenkungsausschusses und des Leitungsausschusses zu laden, § 10a Abs. 2 S. 2 FMStFG. Insofern kommt dem Gremium ein Unterrichtsrecht zu. Auch wenn das Gesetz dem Gremium nicht ausdrücklich ein Fragerecht zuweist, ist es nur konsequent, wenn das Gremium berechtigt ist, sich im Rahmen einer Vorladung seine Informationen selbst zu beschaffen. Ein weiteres Informationsrecht ergibt sich aus § 11 Abs. 3 S. 3 FMStFG. Danach ist das Gremium in allen Fällen von wesentlicher Bedeutung unverzüglich zu unterrichten. Diese Angelegenheiten beziehen sich offenbar auf die übertragenen Aufgaben des Lenkungsausschusses, die sich aus § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG ergeben. Da die unverzügliche Unterrichtung des Gremiums sicher gestellt werden soll, ist wohl doch vorrangig die Finanzmarktstabilisierungsanstalt gemeint. Schließlich gehen bei ihr die Informationen und Anträge zuerst ein, die dann erst aufgrund des § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG an den Lenkungsausschuss weitergeleitet werden.<sup>91</sup> Aus § 11 Abs. 3 S. 3 und § 4 Abs. 1 S. 2 FMStFG folgt, dass bei fehlender Unterrichtung des Gremiums durch die FMSA den Lenkungsausschuss die Pflicht zur Unterrichtung trifft.

<sup>88</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses, BT-Drs. 16/10651, S. 12.

<sup>89</sup> BVerfGE 67, 100 (139); 110, 199 (215) m.w.N.; a.A. teilweise in der Literatur, so *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 38 Rdn. 36 m.w.N.; dezidiert auch *Teuber*, Parlamentarische Informationsrechte, 2007, S. 154: „nicht generell auf abgeschlossene Vorgänge begrenzt“.

<sup>90</sup> So *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 10a FMStFG Rdn. 12.

<sup>91</sup> So *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 10a FMStFG Rdn. 13.

Nach § 10a Abs. 2 S. 3 FMStFG berät das Gremium ferner über grundsätzliche und strategische Fragen und langfristige Entwicklungen der Finanzmarktpolitik. Was dies inhaltlich bedeutet, ist nicht klar festzustellen. Man wird dem Gremium daher einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Inhaltsbestimmung einräumen müssen. Da dem Gremium beratende und begleitende Funktion zukommt, werden „Beschlüsse“ in diesem Bereich daher eher empfehlenden Charakter haben.<sup>92</sup>

§ 13 Abs. 4 FMStFG bestimmt schließlich, dass es der Zustimmung des Gremiums bedarf, wenn es um Einzelheiten der Abwicklung und Auflösung des Fonds durch Rechtsverordnung der Bundesregierung geht. Nur ist schwer anzunehmen, dass ein solches Zustimmungsrecht mit geltendem Verfassungsrecht im Einklang steht. Denn Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG bestimmt, dass nur durch Gesetz die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden können, Rechtsverordnungen zu erlassen. Zwar ergibt sich daraus nicht, dass „Zustimmungsverordnungen“ generell unzulässig sind,<sup>93</sup> gleichwohl wird aber nicht nur die Mitwirkung des Bundestages,<sup>94</sup> sondern auch die Mitwirkung von Parlamentsausschüssen an der Verordnungsgebung als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen.<sup>95</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht lehnt eine selbständige Mitwirkung – gemeint ist eine selbstverantwortliche Entscheidungskompetenz von Parlamentsausschüssen – bei der Rechtsetzung ab.<sup>96</sup> Verfassungsrechtlich unbedenklich sind hingegen Vorbehalte, wenn sie unter der Schwelle eines Mitentscheidungsrechts bleiben.<sup>97</sup> Dies gilt beispielsweise für Vorbehalte in Bezug auf Anhörungen oder beratende Funktionen.<sup>98</sup> Bei § 13 Abs. 4 FMStFG geht es jedoch darum, dass das Gremium den Rechtsverordnungen, die jeweils Einzelheiten über Abwicklung und Auflösung des Fonds enthalten, zustimmt oder nicht, also mitentscheidet. Wenn jedoch schon Entscheidungskompetenzen von Parlamentsausschüssen verfassungsrechtlich bedenklich sind, dann muss dies für bloße „Gremien“ und somit auch für das Gremium zum Finanz-

<sup>92</sup> So *Horbach/Diehl*, in: Jaletzke/Veranneman, FMStG-Komm., 2009, § 10a FMStFG Rdn. 6.

<sup>93</sup> BVerfGE 8, 274 (322); vgl. in diesem Sinne auch *Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, 1999, S. 301; *Grupp DVBl.* 1974, 177 (181).

<sup>94</sup> Als verfassungsgemäß werden Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Bundestages angesehen: BVerfGE 8, 274 (321 f.); *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 80 Rdn. 42; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 80 Rdn. 102. Aufhebungsvorbehalte sind insofern verfassungsgemäß, wenn sie dem Bundestag nicht selbst die Kompetenz einräumen, Rechtsverordnungen durch Parlamentsbeschluss aufzuheben; Änderungsvorbehalte zugunsten des Bundestages sind hingegen grundsätzlich verfassungswidrig: *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 80 Rdn. 42.

<sup>95</sup> *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 80 Rdn. 101 ff., 104; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 103 Rdn. 65 m.w.N.

<sup>96</sup> BVerfGE 4, 193 (202 f.).

<sup>97</sup> *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 80 Rdn. 19; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 80 Rdn. 101; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 80 Rdn. 41; *Studenroth DÖV* 1995, 525 (537).

<sup>98</sup> *Grupp DVBl.* 1974, 177 (181); *Studenroth DÖV* 1995, 525 (530 f.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., 10. Aufl. 2009, Art. 80 Rdn. 10; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 80 Rdn. 104; im Hinblick auf sonstige beratende Funktionen: BVerfGE 28, 66 (82 ff.); 55, 144 (148 f.).

marktstabilisierungsfonds erst recht problematisch sein. Insofern kann ihm auch kein Mitentscheidungsrecht zukommen.

Wegen der in § 10a Abs. 3 FMStFG vorgesehenen geheimen Sitzungen des Gremiums und der Verpflichtung der Mitglieder und der Teilnehmer der Sitzungen zur Geheimhaltung ist eine öffentliche Kontrolle nahezu ausgeschlossen. Allerdings ist dazu anzumerken, dass es sich bei den Informationen, die dem Gremium zukommen, um besonders sensible und sehr detaillierte Auskünfte über antragstellende Unternehmen handelt. Wären die Sitzungen öffentlich, so wären die Daten nicht nur der Öffentlichkeit zugänglich, sondern insbesondere auch anderen Unternehmen, die mit den antragstellenden Unternehmen im Wettbewerb stehen. Insofern wäre anderen Unternehmen des Finanzsektors auch das Ausmaß der finanziellen Notlage des betreffenden Unternehmens bekannt. Dies würde aber gegen das berechnete und schützenswerte Interesse an der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – vor allem im Hinblick auf andere Konkurrenten – verstoßen. Schließlich geht es im Rahmen des FMStG um die Stabilisierung des Finanzmarktes und nicht darum, durch Veröffentlichung von unternehmensinternen Daten den Wettbewerb zu befördern. Dies würde eben gerade nicht zur Finanzmarktstabilisierung beitragen. Die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Gremiums und die Verpflichtung der Mitglieder und der Teilnehmer der Sitzungen zur Verschwiegenheit sind daher unter den genannten Gesichtspunkten gerechtfertigt.<sup>99</sup>

### 3. Rechts- und Fachaufsicht

Die Anstalt unterliegt gem. § 3a Abs. 2 S. 3 FMStFG der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen. Das Bundesfinanzministerium stellt im Rahmen der Behördenorganisation somit die nächsthöhere Behörde gegenüber der Anstalt dar. Was Rechts- und Fachaufsicht bedeutet, richtet sich nach allgemeinem Verwaltungsrecht. Danach beinhaltet die Rechtsaufsicht sicherzustellen, dass sich die FMSA bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse im Rahmen von Gesetz und der Verfassung hält.<sup>100</sup> Kommt der Anstalt bei ihren Entscheidungen ein Ermessensspielraum zu, so wird dieses Ermessen nur auf Ermessensfehler überprüft.<sup>101</sup> Soweit das Gesetz dies zulässt, umfasst die Fachaufsicht eine Zweckmäßigkeitprüfung sowie die Ersetzung von Ermessensentscheidungen der Anstalt.<sup>102</sup> Dies trifft insbesonde-

<sup>99</sup> So auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 10a FMStFG Rdn. 16; *Horbach/Diehl*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 10a FMStFG Rdn. 7.

<sup>100</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 23.

<sup>101</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 7 Rdn. 17 f.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Allgemeines Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 31 Rdn. 55 f.

<sup>102</sup> *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 14; vgl. *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 23.

re solche Entscheidungen nach §§ 4 Abs. 1, 10 FMStFG i.V.m. § 5 FMStFV. Weil das Bundesministerium der Finanzen die übergeordnete Behörde ist, kann das Bundesfinanzministerium die Ermessensentscheidungen der Anstalt durch eigenes Ermessen ersetzen.

Was die Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechts- und Fachaufsicht betrifft, enthält das FMStFG keine Regelung. Auch die FMStFV geht nicht näher auf Mittel zur Durchsetzung ein, § 1 Abs. 1 S. 2 FMStFV. Zumindest ist anzunehmen, dass dem Bundesministerium der Finanzen wegen seiner Kontrollaufgaben umfassende Informations- und Unterrichtsrechte sowie Beanstandungs- und Anordnungs- und vor allem auch Weisungsrechte zustehen.<sup>103</sup> Die Weisungsabhängigkeit ergibt sich unmittelbar aus § 1 Abs. 2 S. 1 FMStFV, wonach die Anstalt in Bezug auf ihre Aufgabenerfüllung an das FMStFG, an die FMStFV und an die Weisungen und Entscheidungen des Bundesministeriums der Finanzen sowie des Lenkungsausschusses gebunden ist. Dadurch, dass § 1 Abs. 2 S. 1 FMStFV sowohl von „Weisungen“ als auch von „Entscheidungen“ spricht, ist offenbar gemeint, dass sich Weisungen auf inner- oder zwischenbehördliche Regelungen beziehen und Entscheidungen Regelungen mit Außenwirkung zum Inhalt haben. Solche Entscheidungskompetenzen des Bundesministeriums der Finanzen sehen beispielsweise § 1 Abs. 3 Nr. 3 FMStFV mit einem Selbsteintrittsrecht und § 1 Abs. 3 Nr. 4 FMStFV durch ein Zustimmungsvorbehalt vor. Die umfangreiche Informationspflicht der FMSA gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen ergibt sich insbesondere aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 FMStFV. Die Formulierung „sonstige Sachverhalte oder Tätigkeiten der Anstalt im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes“ ist nahezu generalklauselartig ausgestaltet. Dem Bundesministerium der Finanzen ist es auch möglich im Falle des § 1 Abs. 3 FMStFV generell-abstrakte Verwaltungsvorschriften zu erlassen, statt in jedem Einzelfall eine Weisung zu erteilen.<sup>104</sup> Diese beziehen sich aber nur auf die beaufsichtigte Einheit und bindet diese im Innenverhältnis.<sup>105</sup> Eine weitere Informationspflicht der FMSA ergibt sich aus § 1 Abs. 2 S. 2 FMStFV. Hiernach hat die Anstalt nicht nur dem Bundesfinanzministerium, sondern auch dem Lenkungsausschuss Anträge einschließlich Voranfragen vorzulegen. Dadurch soll insbesondere eine rechtzeitige Weitergabe von Informationen sichergestellt werden, so dass das Bundesministerium der Finanzen und der Lenkungsausschuss gegebenen-

---

<sup>103</sup> So auch *Jaletzke/Schmidt*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 15.

<sup>104</sup> § 1 Abs. 3 FMStFV: Das Bundesministerium der Finanzen kann „generell“ (durch Verwaltungsvorschrift) oder „im Einzelfall“ (durch Weisung) handeln; vgl. im Allgemeinen zur Möglichkeit des Bundesministeriums der Finanzen „generell“ oder „im Einzelfall“ handeln zu können, BVerwGE 67, 222 (229); BVerfGE 26, 338 (396).

<sup>105</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 29 f.

falls durch eigene Entscheidungen und Weisungen bereits vor einem außenwirksamen Handeln der Anstalt eingreifen können.<sup>106</sup>

Zwischen Weisungen und Selbsteintritt des Bundesministeriums der Finanzen steht hinsichtlich der Intensität der Zustimmungsvorbehalt. Einen solchen kann das Bundesfinanzministerium auf der Grundlage des § 1 Abs. 3 Nr. 4 FMStFV vorsehen. Wenn das Bundesfinanzministerium jedoch sichergehen will, dass Rechtspositionen Dritter nur berührt werden, sofern es dies gebilligt hat, so müsste es den Zustimmungsvorbehalt auf die „vorherige“ Zustimmung beschränken.<sup>107</sup>

Dem Bundesfinanzministerium stehen weitere umfassende Kompetenzen zu.<sup>108</sup> Neben die umfangreiche Aufsicht durch das Bundesministerium der Finanzen tritt die des Lenkungsausschusses, § 1 Abs. 2 S. 1 FMStFV. Dieser ist sowohl nach dem FMStFG als auch nach der FMStFV befugt, Aufgaben des Bundesfinanzministeriums parallel wahrzunehmen.

Die FMSA unterliegt demnach nicht nur weitreichender Aufsicht durch das Bundesfinanzministerium, sondern auch erheblichen Einflüssen und Einspruchsrechten und anderen Befugnissen sowohl des Bundesministeriums der Finanzen als auch des Lenkungsausschusses und des parlamentarischen Ausschusses.

## V. SoFFin und Haushaltsrecht

Wie oben dargestellt, ist der SoFFin ein durch die FMSA fremdverwaltetes Sondervermögen des Bundes. Daher sind die Einnahmen und Ausgaben des Fonds solche des Bundes. Wegen der Ausgestaltung als Sondervermögen bildet der SoFFin somit eine Ausnahme vom haushaltsrechtlichen Einheits- und Vollständigkeitsprinzip, vgl. Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG. Im Folgenden ist daher auf die Einbettung des Sondervermögens in das Finanzverfassungsrecht einzugehen.

Die Bildung von Sondervermögen ist zwar verfassungsrechtlich zugelassen, wirft jedoch wegen der besonderen haushaltsrechtlichen Stellung auch Fragen auf. So werden Sondervermögen immer wieder als „Schattenhaushalte“ bezeichnet.<sup>109</sup> Hinzu kommt, dass sie sich über-

<sup>106</sup> So auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 45.

<sup>107</sup> So ist vom Wortlaut des § 182 BGB auch die „nachträgliche“ Zustimmung (Genehmigung) umfasst, vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, BGB-Komm., 68. Aufl. 2009, § 182 Rdn. 1; vgl. auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 35.

<sup>108</sup> Übersicht bei *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 3a FMStFG Rdn. 39 ff.; siehe zur Rechts- und Fachaufsicht und zum Zusammenwirken von Bundesfinanzministerium und FMSA *Kroll DÖV* 2009, 477 (478 f.).

<sup>109</sup> *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 60, 144; *Bauer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 14 Rdn. 25; *Köhler* VW 1992, 524 (530); *Höfling/Rixen*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 115 (2003) Rdn. 382.

wiegend der parlamentarischen Kontrolle entziehen.<sup>110</sup> Die haushaltsrechtlichen Grundsätze<sup>111</sup> sollen sicherstellen, dass der Haushaltsplan eine Übersicht über die Verwendung finanzieller Ressourcen des Bundes gibt, indem aufgezeigt wird, in welchem Umfang sich der Bund einzelnen Aufgaben widmet. Bei Sondervermögen sind hingegen nur die Zuführungen und die Ablieferungen in den Haushaltsplan einzustellen. Daher dürfen Sondervermögen nur geschaffen werden, sofern sie zur Aufgabenerfüllung sachlich geboten sind.<sup>112</sup>

Hier stellt sich weiter die Frage, ob es wegen der haushaltsrechtlichen Ausnahmeregelung für Sondervermögen noch einer zusätzlichen besonderen sachlichen Rechtfertigung für ihre Bildung bedarf. Dies wird im Schrifttum überwiegend bejaht.<sup>113</sup> In der Regierungsbegründung zum FMStG heißt es dazu, dass die gesetzliche Einrichtung eines Sondervermögens angesichts der besonderen und kritischen Situation auf dem Finanzmarkt gerechtfertigt sei.<sup>114</sup> Die Lage habe ein unmittelbares und entschiedenes Eingreifen der Bundesregierung gefordert, was auch Kredit- und Garantieermächtigungen in erheblichem Umfang einschließt. Aus Gründen der Transparenz – so heißt es in der Begründung weiter – sollen diese Ermächtigungen in Einsatz und Abwicklung gesondert dargestellt werden. Da die Maßnahmen außerdem zeitlich eng begrenzt sind, wäre eine Darstellung im Haushalt unangemessen, so die Begründung des Gesetzentwurfs.

Ob der Regierungsbegründung in der Sache in allen Punkten zuzustimmen ist, soll an dieser Stelle näher untersucht werden. Nachdem das Bundesverfassungsgericht<sup>115</sup> verdeutlicht hatte, dass der Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans nicht nur finanzwirtschaftlich motiviert ist, sondern insbesondere aufgrund des Haushaltsbewilligungsrechts des Parlaments geboten ist, hat die Literatur quantitative und qualitative Anforderungen an die Errichtung von Sondervermögen entwickelt. In quantitativer Hinsicht wird gefordert, dass die Summe der Ausgaben von Sondervermögen nicht außer Verhältnis zur Höhe der Ausgaben des Bundeshaushalts insgesamt stehen sollte.<sup>116</sup> Ansonsten sei eine Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Haushaltseinheit kaum denkbar.<sup>117</sup> Betrachtet man al-

<sup>110</sup> Vgl. *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 110 Rdn. 20; *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 555; *Burmeister*, Außerbudgetäre Aktivitäten des Bundes, 1997, S. 234.

<sup>111</sup> Detaillierte Übersicht bei *Siekman*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 110 Rdn. 45 ff.

<sup>112</sup> Dazu unter II.1.

<sup>113</sup> *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 554, 556; *Selmer/Kirchhof* VVDStRL 52 (1993), 10 (159); *Jaletzke/Magnusen*, in: Jaletzke/Veranneman, FMStG-Komm., 2009, § 2 FMStFG Rdn. 20, der auf *Höfling/Rixen*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 115 (2003) Rdn. 388 verweist.

<sup>114</sup> Begr. des Gesetzentwurfs zum FMStG, BT-Drs. 16/10600, Begr. zu §§ 1 bis 3, S. 16.

<sup>115</sup> BVerfGE 55, 274 (303).

<sup>116</sup> Vgl. *Nebel*, in: Piduch (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 113 BHO (2007) Rdn. 1; *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 5.

<sup>117</sup> So *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 113 BHO (2007) Rdn. 1. Dabei ist auf die Gesamtheit der Sondervermögen und nicht auf den einzelnen Nebenhaushalt allein abzustellen, *Puhl*, Bud-

lein das potentielle Finanzierungsvolumen des SoFFin, so hat dieses schon einen beträchtlichen Umfang. So ist das Bundesministerium der Finanzen vor allem im Rahmen der Rekapitalisierung (§ 7 FMStFG) und der Risikoübernahme (§ 8 FMStFG) ermächtigt, Kredite in Höhe von 70 Mrd. € aufzunehmen, § 9 Abs. 1 FMStFG. Weitere 10 Mrd. € können mit Einwilligung des Haushaltsausschusses des Bundestages aufgenommen werden, § 9 Abs. 4 FMStFG. Dem Fonds stehen außerdem Garantieermächtigungen in Höhe von 400 Mrd. € zu, § 6 Abs. 1 S. 1 FMStFG. Im Falle der Inanspruchnahme aus einer Garantie kann das Bundesministerium der Finanzen zusätzlich 20 Mrd. € an Krediten aufnehmen, § 9 Abs. 5 FMStFG. Allein der maximale Kreditrahmen des Fonds beträgt demnach 100 Mrd. €

Zählt man zu dem Volumen des SoFFin nun auch noch die der anderen Sondervermögen dazu, so hat die tatsächliche Summe der Sondervermögen gegenüber dem Volumen des Bundeshaushalts bereits eine enorme Höhe erreicht.<sup>118</sup> Da jedoch quantitative Grenzen, wie beispielsweise bei der Staatsverschuldung nach Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG, nicht nachweisbar sind und sich verfassungsrechtlich kaum begründen lassen,<sup>119</sup> kommt es gerade für die Rechtfertigung von Sondervermögen darauf an, dass überwiegende wirtschaftliche und organisatorische Gründe für ihre Errichtung sprechen.<sup>120</sup> In qualitativer Hinsicht ist die Ausgliederung von Sondervermögen aus dem Bundeshaushalt also dann gerechtfertigt, wenn die Bildung eines Sondervermögen geeignet ist, bestimmte Staatsaufgaben besser zu erfüllen als die zentrale Bundesverwaltung.<sup>121</sup> Insoweit kommt dem Gesetzgeber wegen der materiellen Unbestimmtheit ein weitreichender Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu,<sup>122</sup> zumal ihm auch die Kompetenz zur Ausgliederungsentscheidung obliegt.<sup>123</sup> Die Grenze für die Bildung von Sondervermögen und deren Ausgliederung aus dem Bundeshaushalt ist gleichwohl spätestens entlang des Missbrauchsverbots zu ziehen.<sup>124</sup> Das ist der Fall, wenn die Ausgliederung grund-

---

getflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 172; *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 5.

<sup>118</sup> Eine Übersicht zu den Sondervermögen des Bundes bei: Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Finanzbericht 2010, S. 350 ff. So hat die Summe der Nebenhaushalte schon ein größeres Volumen als der Bundeshaushalt erreicht, *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 110 Rdn. 13, der für das Jahr 1992 auf die Zahlen bei *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 105 ff. verweist.

<sup>119</sup> *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 110 Rdn. 13; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 210.

<sup>120</sup> *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 110 Rdn. 13.

<sup>121</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 6; ähnlich auch *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 545 ff., insbesondere auf S. 556: wenn sich eine „für die Erfüllung der konkreten Staatsaufgabe unerlässlichen Funktion außerhalb des Zentralhaushalts ergibt.“

<sup>122</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 173 f.; *Hering*, Die Kreditfinanzierung des Bundes über Nebenhaushalte, 1998, S. 198; *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 6.

<sup>123</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 173, 175 ff.

<sup>124</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 173 ff. (insbesondere S. 210); vgl. BVerfGE 79, 311 (344); *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rdn. 30, der Teilhaushalte (gemeint sind Sondervermögen) als eher verfassungsrechtlich geboten ansieht als

los und daher ausschließlich der Umgehung haushaltsrechtlicher Grundsätze dient.<sup>125</sup> Lassen sich indes sachlich überzeugende Gründe für die Ausgliederung finden, so ist auch die Errichtung eines Sondervermögens zulässig.

Im Falle des SoFFin könnte die Ausgliederung durch die notwendige Flexibilität des Fonds gerechtfertigt sein. Wegen der Nähe zum Finanzmarkt ist ein schnelles Handeln der FMSA geboten. Auch grenzt sich der Fonds durch seine besonderen Aufgaben deutlich von den laufenden öffentlichen Aufgaben ab, so dass es auch sachgerecht ist, diesen getrennt vom Haushalt des Bundes zu führen. Die Bundesregierung hat hinsichtlich des Fonds – wie bereits erwähnt – ähnliche Argumente angeführt, so dass im Falle des SoFFin nicht von Missbrauch ausgegangen werden kann. Insofern erfüllt das Sondervermögen zumindest in qualitativer Hinsicht die geforderten Voraussetzungen. Der Regierungsbegründung ist daher zuzustimmen.

Sondervermögen sind jedoch im Hinblick auf verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Verschuldensgrenze des Bundes als problematisch zu beurteilen.<sup>126</sup> So bedarf es nach Art. 115 Abs. 1 S. 1 GG eines Bundesgesetzes, das die Höhe für die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bestimmt oder zumindest bestimmbar macht. Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG sieht gleichwohl eine Verschuldenshöchstgrenze vor. So dürfen die Einnahmen aus Krediten die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten. Nach Art. 115 Abs. 2 GG können durch Gesetz jedoch Ausnahmen von Abs. 1 für Sondervermögen des Bundes zugelassen werden, um den strukturellen und wirtschaftlichen Besonderheiten bei Sondervermögen Rechnung zu tragen.<sup>127</sup> Ob eine solche Ausnahme auch für den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung zugelassen ist, ist umstritten. Es wird vertreten, dass auch für den Fonds die Verschuldensobergrenze aus Art. 115 Abs. 1 GG zu beachten sei.<sup>128</sup> Eine andere Auffassung ist gegen die Geltung der Verschuldensobergrenze für den SoFFin. Als Begründung wird der ausdrückliche

---

Etatlosigkeit. *Hering* fordert, dass die Errichtung eines Sondervermögens dann zu unterbleiben hat, wenn der Zweck des Sondervermögens eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Budgets zur Folge hat, Die Kreditfinanzierung des Bundes über Nebenhaushalte, 1998, S. 198 f.

<sup>125</sup> Vgl. *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 110 Rdn. 13; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 170 ff.; *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 6.

<sup>126</sup> Besonders kritisch zur normierten Ausnahme in Art. 115 Abs. 2 GG *Selmer*, Art. 115 II GG – eine offene Flanke der Staatsverschuldung?, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, 1997, S. 567 ff.

<sup>127</sup> *Brockmeyer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG-Komm., 11. Aufl. 2008, Art. 115 Rdn. 17; vgl. *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, Art. 115 GG (2008) Rdn. 33.

<sup>128</sup> *Ewer/Behnsen* NJW 2008, 3457 (3458).

Verweis in § 2 Abs. 2 FMStFG auf Art. 115 Abs. 2 GG angeführt.<sup>129</sup> Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da – wie eben gezeigt – gem. Art. 115 Abs. 2 GG durch Bundesgesetz Ausnahmen von Art. 115 Abs. 1 GG zugelassen werden können. Als weitere Begründung gegen die Geltung der Verschuldensobergrenze wird auch die daraus folgende eingeschränkte Flexibilität der Stabilisierungsmaßnahmen angeführt.<sup>130</sup>

Weiter ist danach zu fragen, ob es für die Errichtung eines Sondervermögens einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Dies wird von der Literatur überwiegend bejaht.<sup>131</sup> Als Begründung wird dafür angegeben, dass Ausgaben des Bundes nur geleistet werden dürfen, sofern das Parlament diesen im Rahmen eines Gesamtfinanzierungskonzeptes in Gesetzesform und in dem entsprechenden Verfahren zuvor zugestimmt hat.<sup>132</sup> Doch würde gerade dieser Gesetzesvorbehalt unterlaufen, wenn die Exekutive Teile des Haushaltsentwurfs herausnehmen und diese am Parlament vorbei als Nebenhaushalte abspalten könnte.<sup>133</sup> So könnte die Exekutive Befugnisse an sich ziehen, die dem Parlament vorbehalten sind.<sup>134</sup> Das Haushaltsrecht gewährleistet jedoch gerade umfangreiche Informationsansprüche des Parlaments und auch einzelner Abgeordneter.<sup>135</sup> Wegen des Einheits- und Vollständigkeitsprinzips des Art. 110 Abs. 1 S. 1 GG muss es daher eine gesetzliche Grundlage für die Errichtung eines Sondervermögens geben.<sup>136</sup> Weiter wird nicht nur eine Ermächtigung des Gesetzgebers zur Errichtung eines Sondervermögens gefordert, sondern der Gesetzgeber muss selbst auch noch dazu ermächtigen, dass das Sondervermögen außerhalb des Haushalts geführt wird.<sup>137</sup> Dies ist für den SoF-Fin nach § 11 Abs. 3 FMStFG geschehen, so dass hier auch nicht gegen den Gesetzesvorbehalt verstoßen wurde.

<sup>129</sup> So *Jaletzke/Magnusen*, in: *Jaletzke/Veranneman*, FMStG-Komm., 2009, § 2 FMStFG Rdn. 18; *Brück/Schalast/Schanz* BB 2008, 2526 (2527 f.).

<sup>130</sup> *Brück/Schalast/Schanz* BB 2008, 2526 (2527 f.).

<sup>131</sup> *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 110 Rdn. 13; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 176 f.; *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 113 BHO (2007) Rdn. 1; *Dommach*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 26 BHO (1998) Rdn. 3.

<sup>132</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 177. So wird der Haushaltsplan des Bundes für jedes Jahr als Gesetz verabschiedet.

<sup>133</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 177; vgl. auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 7.

<sup>134</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 177; *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 7.

<sup>135</sup> BVerfGE 110, 199 (225); 70, 324 (355); *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 110 Rdn. 14, 77.

<sup>136</sup> *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 177. *Puhl* fügt hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an eine solche gesetzliche Grundlage an, dass es die Aufgabe, Finanzierung und Art der Bewirtschaftung des Sondervermögens regeln muss, S. 179.

<sup>137</sup> So *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, §§ 1-3 FMStFG Rdn. 8, die darauf verweisen, dass Sondervermögen ebenso auch in den Bundeshaushalt integriert werden können, vgl. Art. 110 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG („... bei Sondervermögen brauchen nur die Zuführungen oder die Ablieferungen eingestellt zu werden.“).

In der Gesamtbetrachtung sind gegen die Errichtung des SoFFin als Sondervermögen demnach keine haushaltsverfassungsrechtlichen Bedenken zu äußern.

## VI. SoFFin und Bundesrechnungshof

Gem. Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG prüft der Bundesrechnungshof die Rechnung sowie die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes. Dieser Prüfung unterliegt die gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung des „Bundes“.<sup>138</sup> Nach § 42 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), § 88 Abs. 1 BHO erstreckt sich die Prüfungsbefugnis des Bundesrechnungshofes auch auf Sondervermögen und somit auf den SoFFin. Dies ist auch durch § 113 S. 2 BHO nochmals gewährleistet, wonach der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Sondervermögen prüft.

Die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung gem. Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG umfasst die Überprüfung der rechnungstechnischen Korrektheit und Rechtmäßigkeit des staatlichen Handelns.<sup>139</sup> In Bezug auf den SoFFin hat der Bundesrechnungshof somit zu prüfen, ob der Fonds die Zweckbindung der zugewendeten Mittel beachtet hat.<sup>140</sup>

Mit „Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung“ ist die Prüfung der Maßnahmen auf ihren wirtschaftlichen Sinn hin gemeint. Eine Maßnahme ist wirtschaftlich, wenn die erreichbaren Ziele für das Gemeinwohl im Hinblick auf den eingesetzten Aufwand an Zeit, Arbeitskraft, Finanzmitteln gerechtfertigt sind, und wenn die gleichen Ziele nicht mit einem geringeren Aufwand erreicht werden können.<sup>141</sup> So hat auch gem. § 4 Abs. 1 S. 1 FMStFG das Bundesministerium der Finanzen über die vom Fonds vorzunehmenden Stabilisierungsmaßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Bedeutung der jeweils von der Stabilisierungsmaßnahme erfassten Unternehmen des Finanzsektors für die Finanzmarktstabilität, der Dringlichkeit und des Grundsatzes des möglichst effektiven und wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel des Fonds zu entscheiden.

Über den SoFFin hinaus kommt dem Bundesrechnungshof gem. § 92 Abs. 1 BHO die Kompetenz zu, die mittelbare oder unmittelbare Beteiligung des Bundes an Unternehmen in einer

<sup>138</sup> *Vogel/Kirchhof*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 114 (1973) Rdn. 107 f.; *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Loseblattausgabe, Art. 114 (2008) Rdn. 68; v. *Mutius/Nawrath*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattausgabe, Art. 114 GG (1999) Rdn. 24; v. *Arnim* ZRP 1988, 83 (89).

<sup>139</sup> Vgl. *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Loseblattausgabe, Art. 114 (2008) Rdn. 96 ff.; *Vogel/Kirchhof*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 114 (1973) Rdn. 85, 93 ff.; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 114 Rdn. 13.

<sup>140</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 11 FMStFG Rdn. 13.

<sup>141</sup> *Vogel/Kirchhof*, in: Bonn-Komm. GG, Loseblattausgabe, Art. 114 (1973) Rdn. 90; vgl. *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Loseblattausgabe, Art. 114 (2008) Rdn. 100 ff.; *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Komm., Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 114 Rdn. 24.

Rechtsform des privaten Rechts unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze zu prüfen. Dieser Fall könnte insbesondere dann eintreten, wenn der Bund sich mittelbar durch den SoFFin im Rahmen einer Rekapitalisierung an Unternehmen beteiligt. § 92 Abs. 1 BHO verschafft dem Bundesrechnungshof jedoch nicht das Recht, die Unternehmen selbst zu prüfen. Vielmehr ist er nur dazu berechtigt, die gesamte Tätigkeit des Bundes in und gegenüber dem Unternehmen zu prüfen.<sup>142</sup>

Der umfassende Prüfungsbereich des § 92 BHO gewährt dem Bundesrechnungshof vor allem eine Betätigungsprüfung in der Hinsicht, ob die Voraussetzungen für eine Beteiligung an dem Unternehmen gegeben sind oder zu einem späteren Zeitpunkt noch fortbestehen,<sup>143</sup> vgl. § 65 Abs. 1 BHO. In Bezug auf den SoFFin kann der Bundesrechnungshof demnach Stellung dazu nehmen, ob die Voraussetzungen des § 7 FMStFG noch vorliegen. Auch kann sich der Bundesrechnungshof in diesem Zusammenhang dazu äußern, ob die dem Unternehmen auferlegten Anforderungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, die sich aus der Beteiligung des Bundes ergeben, noch erfüllt sind und den gewünschten Erfolg haben.<sup>144</sup> Weiter zählt zu den Aufgaben des Bundesrechnungshofs auch, ob die auf Veranlassung des Bundes in die Organe der Beteiligungsunternehmen gewählten oder entsandten Mitglieder alle Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Unternehmen genutzt, die Geschäftsführung ausreichend überwacht und bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigt haben,<sup>145</sup> vgl. § 65 Abs. 6 BHO.

Abgesehen von einer staatlichen Beteiligung sind Unternehmen des Finanzsektors auch verpflichtet, ihren Jahresabschluss durch einen Wirtschaftsprüfer oder Abschlussprüfer prüfen zu lassen.<sup>146</sup> Dies gilt auch – unabhängig von ihrer Rechtsform – für Institute im Sinne des KWG und des VAG, vgl. §§ 27 ff. KWG i.V.m. § 340k HGB, §§ 57 ff. VAG. Auf dieser Linie liegt es, dass der Fonds gem. § 5 Abs. 7 S. 1 FMStFV von dem begünstigten Unternehmen die Abgabe einer Verpflichtungserklärung verlangen kann, die beinhaltet, dass die Erfüllung der

<sup>142</sup> Vgl. *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 92 BHO (2007) Rdn. 1; *Eibelshäuser/Breidert*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 92 BHO (2006) Rdn. 7; vgl. *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 375.

<sup>143</sup> *Eibelshäuser/Breidert*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 92 BHO (2006) Rdn. 9; *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 92 BHO (2007) Rdn. 2.

<sup>144</sup> So *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 11 FMStFG Rdn. 17.

<sup>145</sup> *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 92 BHO (2007) Rdn. 2; *Eibelshäuser/Breidert*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattausgabe, § 92 BHO (2006) Rdn. 9.

<sup>146</sup> So gilt dies gem. §§ 316 ff. HGB für Kapitalgesellschaften mit Ausnahme der kleinen Kapitalgesellschaften i.S.v. § 267 Abs. 1 HGB und für Genossenschaften gem. §§ 53 ff. GenG.

aufgelegten Anforderungen durch den Abschlussprüfer überprüft und in den Prüfungsbericht aufgenommen werden.<sup>147</sup>

Ist der Bund aufgrund einer Rekapitalisierung gem. § 7 FMStFG über den SoFFin mehrheitlich an einem Unternehmen in Privatrechtsform beteiligt, so legen die §§ 53 f. HGrG weitere Anforderungen fest.<sup>148</sup> So kann der Bund die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen lassen (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG), einen erweiterten Prüfungsbericht verlangen (Nr. 2) sowie, dass der Prüfungsbericht der Abschlussprüfer oder, sofern ein Konzernabschluss aufgestellt wurde, den Prüfungsbericht der Konzernabschlussprüfer unverzüglich nach Eingang übersendet wird (Nr. 3).<sup>149</sup> Ihm kommt mithin eine erhöhte Abschlussprüfungskompetenz zu. Die Prüfer nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG sind im Einvernehmen mit dem Bundesrechnungshof zu wählen oder zu bestellen, § 68 Abs. 1 S. 2 BHO. § 54 HGrG gewährleistet dem Bundesrechnungshof weiter ein Selbstunterrichtungs- und Einsichtsrecht. Insofern kann sich der Rechnungshof unmittelbar unterrichten und den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einsehen.

Nun stellt sich die Frage, wie die Prüfungskompetenz des Bundesrechnungshofs zu beurteilen ist, wenn der Bund nicht oder nicht mehrheitlich beteiligt ist, ein Unternehmen aber dennoch Empfänger von Stabilisierungsmaßnahmen ist. Hier greifen die dargestellten Prüfungsrechte des Bundesrechnungshofs nicht unmittelbar. Vielmehr kann der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der juristischen Personen des privaten Rechts gem. § 104 Abs. 1 Nr. 3 BHO prüfen, wenn mit dem Bundesrechnungshof eine Prüfung durch ihn vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung ist auf Grundlage des § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 FMStFG i.V.m. § 5 Abs. 7 S. 1 FMStFV als zwingende Voraussetzung für den Erhalt von Stabilisierungsmaßnahmen zu fordern.<sup>150</sup> Die Prüfungsbefugnisse des Bundesrechnungshofs erstrecken sich in diesem Fall auch auf Unternehmen des Privatrechts, an denen der Bund nicht oder nicht mehrheitlich beteiligt ist.

Eine weitere Kontrollmöglichkeit kommt dem Bundesrechnungshof nach Maßgabe des § 69 BHO zu. Danach übersendet das Bundesministerium der Finanzen dem Bundesrechnungshof die Unterlagen, die dem Bund als Aktionär oder Gesellschafter zugänglich sind (§ 69 S. 1

<sup>147</sup> So auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 11 FMStFG Rdn. 19.

<sup>148</sup> Vgl. für die Anwendung des § 53 Abs. 1 HGrG insbesondere § 53 Abs. 2 S. 1 HGrG. So rechnen für die Anwendung des Abs. 1 als Anteile der Gebietskörperschaft auch Anteile, die einem Sondervermögen der Gebietskörperschaft gehören. Welche Unternehmen von dem Unternehmensbegriff des § 53 HGrG erfasst sind, mag dahin stehen, zumal Unternehmen des hier relevanten Wirtschaftszweiges von der Vorschrift erfasst sind. Zum umstrittenen Unternehmensbegriff in § 53 HGrG, siehe nur *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 375 f. m.w.N.

<sup>149</sup> Trotz der Formulierung „kann“, ist der Bund dazu verpflichtet, die nach § 53 Abs. 1 HGrG eingeräumten Rechte geltend zu machen, vgl. nur *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 381 m.w.N.

<sup>150</sup> So auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 11 FMStFG Rdn. 23; für ein Prüfungsrecht des Bundesrechnungshofs auch *Höfler/Braun* NZBau 2009, 5 (6).

Nr. 1 BHO), die Berichte der gewählten oder entsandten Mitglieder des Überwachungsorgans (Nr. 2) und die ihm nach § 53 HGrG und § 67 BHO zu übersendenden Prüfungsberichte (Nr. 3). Das Bundesministerium der Finanzen teilt dabei auch gem. § 69 S. 2 BHO dem Bundesrechnungshof die Ergebnisse seiner Prüfung mit.

## VII. Hoheitliche Entscheidung und privatrechtliche Durchführung

Weitere Fragen stellen sich im Bereich der Vergabe von Stabilisierungsmaßnahmen. Interessant ist vor allem, in welcher Form die FMSA über Maßnahmen entscheidet und welche Möglichkeiten einzelne Rechtssubjekte haben, sich gegen Entscheidungen der FMSA zu wehren.

### 1. „Leistungsverwaltung“

Je nachdem, wie sich das Verwaltungshandeln gegenüber einem Rechtssubjekt auswirkt, wird zwischen Leistungsverwaltung und Eingriffsverwaltung unterschieden. „Eingriffsverwaltung“ liegt vor, wenn die Verwaltung in den Rechtsbereich eines Rechtssubjekts eingreift und diesem Verpflichtungen oder Belastungen auferlegt, die z.B. seine Freiheit oder sein Eigentum beschränken.<sup>151</sup> Von „Leistungsverwaltung“ spricht man hingegen, wenn die Verwaltung einem Rechtssubjekt Leistungen oder Vergünstigungen gewährt.<sup>152</sup> Im Falle des SoFFin sollen die von den Stabilisierungsmaßnahmen begünstigten Unternehmen des Finanzsektors Leistungen aus dem Fonds in Form von Garantie- und Risikoübernahmen sowie Rekapitalisierungsmaßnahmen erhalten. Somit handelt es sich um den Bereich der Leistungsverwaltung.

### 2. Handlungsformen der FMSA

Die Verwaltung kann in zweierlei Formen handeln; zum einen öffentlich-rechtlich und zum anderen privatrechtlich.<sup>153</sup> Bei der Vergabe von Stabilisierungshilfen durch die FMSA ist im Hinblick auf ihre möglichen Handlungsformen zu differenzieren, ob es um die Entscheidung über Stabilisierungsmaßnahmen („ob“) oder um die Abwicklung der Maßnahmen geht („wie“) geht.

Gem. § 4 Abs. 1 S. 1 FMSStFG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 FMSStFV entscheidet die FMSA auf Antrag eines Unternehmens des Finanzsektors über die vom Fonds gewährten Stabilisierungs-

<sup>151</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 1 Rdn. 20.

<sup>152</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 1 Rdn. 20.

<sup>153</sup> Der Gebrauch privatrechtlicher Handlungsformen ist dem Staat nur ausnahmsweise gestattet und beschränkt sich auch auf diese; er kann nicht Anteil an der Privatautonomie haben, so Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 3 Rdn. 8. Allgemein zu den Handlungsformen der Verwaltung, vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG-Komm., 7. Aufl. 2008, § 54 Rdn. 68a.

maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen. Daran ist zu erkennen, dass die Entscheidung über die Gewährleistung oder Ablehnung von Stabilisierungsmaßnahmen durch Verwaltungsakt erfolgt.<sup>154</sup> Nach § 54 Abs. 1 S. 1 VwVfG kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet, aufgehoben oder geändert werden. Gem. § 54 Abs. 1 S. 2 VwVfG ist es möglich, statt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen zu schließen, an den sich sonst der Verwaltungsakt richten würde. Dies ist aber nur zulässig, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, § 54 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Das ist der Fall, wenn eine Rechtsvorschrift ausdrücklich oder nach Sinn und Zweck vertragliche Regelungen ausschließt oder verbietet.<sup>155</sup> Weder das FMStFG noch die FMStFV enthalten ein ausdrückliches Vertragsverbot. Schweigt das Gesetz, so bedeutet dies im Zweifel Vertragsformerlaubnis.<sup>156</sup> Auf der Stufe des „Ob“ kann nur die Bewilligung einer Stabilisierungsmaßnahme durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen, eine Ablehnung hingegen nicht. Zwar könnte die FMSA mit dem antragstellenden Unternehmen einen Vertrag darüber schließen, dass es keine Leistungen erhält, dies ist aber in der Praxis sehr unwahrscheinlich. Die Ablehnung kann also nur durch Verwaltungsakt erfolgen. Dass die Entscheidung über die Bewilligung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag getroffen wird, ist zwar grundsätzlich zulässig,<sup>157</sup> kann sich gleichwohl als problematisch erweisen. Ein Vertrag kann zum einen den Eindruck erwecken, dass Bedingungen für die Mittelgewährung verhandelbar sind und zum anderen könnten die §§ 48, 49 VwGO wegen der vertraglichen Bindungswirkung unanwendbar werden, so dass eine einseitige Aufhebung des Vertrags durch die Behörde nicht mehr möglich wäre.<sup>158</sup> Dieses Problem könnte gleichwohl dadurch gelöst werden, dass sich die Behörde ihrerseits durch vertragliche Vereinbarung mit dem Unternehmen ein Rücknahme- und Widerrufsrecht (Rücktritt) einräumt. Dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auch die Entscheidung über Stabilisierungsmaßnahmen enthalten kann, ist demnach möglich.

Die Ausgestaltung, also die Ebene des „Wie“, kann ebenso durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen. So kann beispielsweise die Festlegung von Bedingungen für Stabilisierungsmaßnahmen an die Unternehmen gem. § 10 Abs. 2 S. 3 FMStFG nicht nur durch Selbstverpflichtung oder Verwaltungsakt, sondern auch durch Vertrag erfolgen.

<sup>154</sup> *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 16.

<sup>155</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG-Komm., 10. Aufl. 2008, § 54 Rdn. 41.

<sup>156</sup> *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG-Komm., 7. Aufl. 2008, § 54 Rdn. 104.

<sup>157</sup> So *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG-Komm., 7. Aufl. 2008, § 54 Rdn. 47 für die Zuwendung öffentlicher Mittel im Allgemeinen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag kann zugleich auch die Ausgestaltung der vertraglichen Konditionen regeln, vgl. auch *Becker/Mock*, FMStG-Komm., 2009, § 4 FMStFG Rdn. 20.

<sup>158</sup> Zum Meinungsstand *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG-Komm., 7. Aufl. 2008, § 54 Rdn. 48.

Weiter ist es der Verwaltung bei der Abwicklung insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung möglich, sich zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben auch privatrechtlicher Gestaltungsmittel und Handlungsformen zu bedienen (sog. Verwaltungsprivatrecht).<sup>159</sup> Der FMSA kommt insofern ein Wahlrecht zu, ob sie die gewährten Stabilisierungsmaßnahmen nach öffentlichem Recht oder nach Privatrecht abwickelt.

Wird die FMSA im Bereich des öffentlichen Rechts tätig, so ist sie grundrechtsverpflichtet (Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>160</sup> Fraglich ist, wie ihre grundrechtliche Stellung zu beurteilen ist, wenn sie auf dem Gebiet des Verwaltungsprivatrechts tätig wird. Dazu ist zu sagen, dass sich die Verwaltung nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ der Grundrechtsgebundenheit entziehen kann.<sup>161</sup> Die FMSA ist demnach auch dann grundrechtsgebunden, wenn sie sich privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Insbesondere ist die FMSA verpflichtet, bei der Entscheidung über die Gewährung oder Ablehnung von Stabilisierungsmaßnahmen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Auf die sich aus der Vergabe von Stabilisierungshilfen ergebenden Probleme bei der praktischen Durchführung derartiger Maßnahmen in Bezug auf die Grundrechtsgebundenheit der FMSA kann nicht umfassend eingegangen werden. Im Folgenden soll nur kurz die Konkurrentenklage erwähnt werden.

### 3. Konkurrentenklage

Regelmäßig wird es bei prozessualen Auseinandersetzungen um die Frage der Bewilligung von Stabilisierungsmaßnahmen gehen. Ist ein Unternehmen der Auffassung, dass sein Antrag zu Unrecht von der FMSA abgelehnt wurde, oder möchte ein Unternehmen des Finanzsektors generell gegen die (vermeintliche) Ungleichbehandlung bei der Bewilligung vorgehen, so kann es dies im Wege der Konkurrentenklage tun.<sup>162</sup> Bei der Konkurrentenklage sind zwei Arten zu unterscheiden: Von einer negativen Konkurrentenklage spricht man, wenn der Kläger sich gegen die Begünstigung des Konkurrenten wehrt („abwehrende Gleichbehand-

<sup>159</sup> Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG-Komm.*, 7. Aufl. 2008, § 54 Rdn. 68a; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl. 2009, § 3 Rdn. 18. Wie bereits oben in Fn. 153 erwähnt, kann sich die Verwaltung nicht die Privatautonomie zu Nutzen machen.

<sup>160</sup> Siehe auch schon oben unter III.2.

<sup>161</sup> *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl. 2009, § 3 Rdn. 51; vgl. *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), *GG-Komm.*, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rdn. 102; *Stelkens*, *Verwaltungsprivatrecht*, 2005, S. 30 m.w.N.; direkt auf den SoFFin bezogen auch *Böckenförde* NJW 2009, 2484 (2488); vgl. aus der zivilrechtlichen Rspr. BGHZ 29, 76 (80); 37, 1 (27); 52, 325 (327 f.); 91, 84 (96 f.).

<sup>162</sup> Da die Entscheidung, ob ein Unternehmen Stabilisierungsmaßnahmen erhält oder nicht, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird, ist eine Klage nach dem Verwaltungsprozessrecht zu führen; ausführlich dazu *Ewer* AnwBl 2008, 809 ff. Auf der Ebene der Abwicklung ist hingegen zu unterscheiden: Ist die Abwicklung öffentlich-rechtlicher Natur, so ist gleichfalls der Verwaltungsprozessrechtsweg einschlägig. Handelt die FMSA hingegen auf verwaltungsprivatrechtlicher Ebene, so ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Bei letzterem ist die Behörde nach h.L. und st. Rspr. (o. Fn. 161) ebenfalls grundrechtsgebunden, so dass auf diesem Weg eine vermeintliche Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG angegriffen werden kann.

lung“).<sup>163</sup> Als geeignete Klageart kommt in solchen Fällen die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht.<sup>164</sup> Eine positive Konkurrentenklage meint, dass der Kläger seine eigene Begünstigung erstrebt, so dass er insoweit nicht die Begünstigung des Dritten in Frage stellt, sondern mit dem Konkurrenten gleichgestellt werden will („gewährende Gleichbehandlung“).<sup>165</sup> Insofern ist die Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO einschlägig.<sup>166</sup> Für den Fall, dass die Mittel bereits ausgeschöpft sind, ist die Klageart strittig.<sup>167</sup> Im Rahmen der Zulässigkeit einer Konkurrentenklage ist sowohl bei der Anfechtungsklage als auch bei der Verpflichtungsklage insbesondere die Klagebefugnis näher zu untersuchen. So ist eine unternehmerisch tätige Person nur dann klagebefugt, wenn ihr Interesse als rechtlich geschützt anerkannt ist und sie nicht nur ein faktisches Interesse daran hat, andere Konkurrenten abzuwehren.<sup>168</sup>

### VIII. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber hat bei der Entstehung des SoFFin auf bekannte Gesetzesmodelle zurückgegriffen. Sondervermögen sind grundsätzlich keine juristischen Personen und auch nicht rechtsfähig. Der SoFFin ist gleichwohl rechtlich selbstständig und damit im Sinne des öffentlichen Rechts „teilrechtsfähig“. Er hat keine eigenen Organe, vielmehr wird er von der FMSA verwaltet und vertreten. Die FMSA wurde als rechtliche unselbständige Anstalt des öffentlichen Rechts bei der Deutschen Bundesbank errichtet. Das daraus entstandene organisatorisch kaum einzuordnende Konstrukt lässt viele Fragen offen. Es verstößt nicht gegen Verfassungsrecht, solange die Unabhängigkeit der Bundesbank gewahrt bleibt. Wegen ihrer neu übernommenen Aufgabe aus § 8a FMStFG (Errichten von bundesrechtlichen Abwicklungsanstalten) wurde die FMSA nunmehr, im Juli 2009, in eine bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen umgewandelt. Sie ist ein eigener Verwaltungsträger und kann bei der Abwicklung ihrer Geschäfte die Deutsche Bundesbank in Anspruch nehmen. Die FMSA unterliegt der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesfinanzministeriums.

Das Organ der FMSA ist der Leitungsausschuss. Als Verwaltungsorgan hat er die Anstalt nach außen und vor Gericht zu vertreten. Eine genaue Zuweisung weiterer Kompetenzen und

<sup>163</sup> *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, § 6 Rdn. 272.

<sup>164</sup> *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, § 6 Rdn. 273.

<sup>165</sup> Vgl. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, § 6 Rdn. 272.

<sup>166</sup> Vgl. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, § 6 Rdn. 272.

<sup>167</sup> Die h.M. nimmt hier eine Kombination von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage an, siehe nur *Kopp/Schenke*, VwGO-Komm., 15. Aufl. 2007, § 42 Rdn. 48 m.w.N.

<sup>168</sup> *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, § 6 Rdn. 521, siehe ausführlich auch unter Rdn. 522 ff.

Aufgaben ist im Gesetz nicht vorgesehen. Zumindest ist er für alle Entscheidungen zuständig, die nicht dem Bundesministerium der Finanzen oder dem Lenkungsausschuss zugewiesen sind. Der Lenkungsausschuss ist ein von der FMSA unabhängiger, interministerieller Ausschuss. Er ist zum einen eine der Kontrollinstanzen für die FMSA und zum anderen kommt ihm Entscheidungsbefugnis im Aufgabenbereich der FMSA zu. Wie das Verhältnis des Lenkungsausschusses zum Bundesministerium der Finanzen zu sehen ist, ist unklar. Die parlamentarische Aufsicht über Maßnahmen, die vor allem Schulden des Fonds betreffen, wird darüber hinaus vom „Gremium zum Finanzmarktstabilisierungsfonds“ sichergestellt.

Haushaltsrechtlich wirft der Fonds einige Fragen auf. Allerdings ist seine Errichtung in Form eines Sondervermögens in der Gesamtbetrachtung verfassungsrechtlich nicht bedenklich. Auch unterliegt der SoFFin einer umfassenden Prüfung durch den Bundesrechnungshof.

Im Hinblick auf die Vergabe von Stabilisierungshilfen an antragstellende Unternehmen kann die FMSA in zweierlei Formen handeln: Zum einen öffentlich-rechtlich und zum anderen privatrechtlich. Die FMSA kann sich allerdings nur ausnahmsweise privatrechtlicher Handlungsformen bedienen. Auch in diesem Fall darf sie nicht willkürlich handeln, sondern ist an die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts gebunden.

WORKING PAPERS

- 1      Andreas Cahn                      Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für  
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und  
Rechtsschutz Betroffener  
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2      Axel Nawrath                      Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele  
und Aufgaben der Politik, insbesondere des  
Bundesministeriums der Finanzen
- 3      Michael Senger                    Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12  
Abs. 1 KWG  
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4      Georg Dreyling                    Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung  
des Finanzplatzes Deutschland
- 5      Matthias Berger                    Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt  
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6      Felicitas Linden                    Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-  
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7      Michael Findeisen                Nationale und internationale Maßnahmen gegen die  
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein  
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der  
Finanzmärkte
- 8      Regina Nößner                    Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung  
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich  
relevantem Verhalten
- 9      Franklin R. Edwards              The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and  
Investor Protection  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 30 ff.)
- 10     Ashley Kovas                      Should Hedge Fund Products be marketed to Retail  
Investors? A balancing Act for Regulators  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 91 ff.)
- 11     Marcia L. MacHarg                Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a  
New Direction?  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 55 ff.)

- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 135 ff.)
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei  
der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
- 14 Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der  
Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus  
von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
- 15 Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International  
Insolvencies in Europe
- 16 Theodor Baums /  
Kenneth E. Scott Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate  
Governance in the United States and in Germany  
(publ. in: AmJCompL LIII (2005), Nr. 4, 31 ff.; abridged  
version in: Journal of Applied Corporate Finance Vol. 17  
(2005), Nr. 4, 44 ff.)
- 17 Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in  
Europe, in particular against (groups of) Companies
- 18 Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften  
an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte  
Globale Aktie  
(publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)
- 19 Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial  
Groups in the European Union  
(publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)
- 20 Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter  
und seine Folgen  
(publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)
- 21 David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
- 22 Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law  
(deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)

- 23 Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
- 24 Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 25 ff.)
- 25 Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 69 ff.)
- 26 Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 94 ff.)
- 27 Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 129 ff.)
- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 157 ff.)
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 189 ff.)
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 219 ff.)
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 245 ff.)

- 32 Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung  
(publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
- 33 Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern  
(publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
- 34 Andreas Cahn Das neue Insiderrecht  
(publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)
- 35 Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem  
geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für  
Europa
- 36 Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
- 37 Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz  
(publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
- 38 Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen  
Zentralbank und der Bundesbank
- 39 Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments  
Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy  
Regulatory Architecture  
(publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19)
- 40 David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents  
(publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5,  
Issue 2, 2005)
- 41 John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus  
Regulatory Competition  
(publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
- 42 David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the  
Delaware and the German Corporate Statutes
- 43 Garry J. Schinasi/  
Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single  
Financial Market  
(publ. in: Cross Border Banking: Regulatory Challenges,  
Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman  
eds., 2006)
- 44 Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing  
Product Diversity

- 45 Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross-Border Assignments – A potential threat from Europe (publ. in: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270)
- 46 Jochem Reichert/  
Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
- 47 Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule? (publ. in: European Company and Financial Law Review 2006, p. 147)
- 48 Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum (publ. in: Bayer/Habersack (eds.), Aktienrecht im Wandel der Zeit, Vol. 2, 2007, 952 ff.)
- 49 Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“? (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
- 50 Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.] Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, S. 763 ff.)
- 51 Hannes Klühs/  
Roland Schmidbleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT-Gesellschaften (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
- 52 Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
- 53 Stefan Simon/  
Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
- 54 Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
- 55 Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)

- 56 Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie  
(publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)
- 57 Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht  
(publ. in: Die AG 2007, S. 57 ff.)
- 58 Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan  
(publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, 143 ff.)
- 59 Andreas Cahn/  
Jürgen Götz Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung  
(publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
- 60 Roland Schmidbleicher/  
Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation?  
(publ. in: ZBB 2007, 124-129)
- 61 Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien  
(publ. in: Der Konzern 2007, S. 385)
- 62 Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
- 63 Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay  
(publ. in: Krüger Andersen/Engsig Soerensen [Hrsg.], Company Law and Finance 2008, S. 31 ff.)
- 64 Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?  
(publ. in: Die AG 2007, S. 611 ff.)
- 65 Theodor Baums/  
Astrid Keinath/  
Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie  
(publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
- 66 Stefan Brass/  
Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien  
(publ. in: ZBB 2007, S. 257 ff.)
- 67 Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts  
(publ. in: ZHR 2007 [171], S. 599 ff.)
- 68 David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries

- 69 Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG  
(publ. in: Der Konzern 2007, S. 716 ff.)
- 70 Theodor Baums/  
Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von  
Hauptversammlungsbeschlüssen  
(publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
- 71 David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US-  
Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
- 72 Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO  
(publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
- 73 Melanie Döge/  
Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten  
Anstellungsverhältnissen  
(publ. in: GmbHR 2008, S. 527 ff.)
- 74 Roland Schmidtbleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?  
(publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)
- 75 Theodor Baums Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht  
(publ. in: Kley/Leven/Rudolph/Schneider [Hrsg.], *Aktie und  
Kapitalmarkt. Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung  
und Finanzplatz*, 2008, S. 525 ff)
- 76 Andreas Cahn/  
Nicolas Ostler Eigene Aktien und Wertpapierleihe  
(publ. in: Die AG 2008, S. 221 ff.)
- 77 David C. Donald Approaching Comparative Company Law
- 78 Theodor Baums/  
Paul Krüger Andersen The European Model Company Law Act Project  
(publ. in: Tison/de Wulf/van der Elst/Steennot [eds.],  
*Perspectives ind Company Law and Financial Regulation.  
Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, 2009, S. 5 ff.)
- 79 Theodor Baums « Lois modèles » européennes en droit des sociétés  
(publ. in : *Revue des Sociétés* 2008, S. 81 ff.)
- 80 Ulrich Segna Irrungen und Wirrungen im Umgang mit den §§ 21 ff.  
WpHG und § 244 AktG  
(publ. in : Die AG 2008, S. 311 ff.)
- 81 Börsenkooperationen im Labyrinth des Börsenrechts
- Reto Francioni Börsen im internationalen Wettbewerb: Konsolidierung als  
Teilaspekt einer globalen Wachstumsstrategie
- Roger Müller Kooperationen und Zusammenschlüsse von Börsen als

	Horst Hammen	Bewährungsprobe für das Börsenrecht Verschmelzung von Börsen?	VIII
82	Günther M. Bredow/ Hans-Gert Vogel	Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze	
83	Theodor Baums	Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am Beispiel des Bausparrechts (publ. in: Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Nobbe, 2009, S. 815 ff)	
84	José Engrácia Antunes	The Law of Corporate Groups in Portugal	
85	Maike Sauter	Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) (publ. in: ZIP 2008, 1706 ff.)	
86	James D. Cox, Randall S. Thomas, Lynn Bai	There are Plaintiffs and... There are Plaintiffs : An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements	
87	Michael Bradley, James D. Cox, Mitu Gulati	The Market Reaction to Legal Shocks and their Antidotes : Lessons from the Sovereign Debt Market	
88	Theodor Baums	Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft. Überlegungen de lege ferenda (publ. in: Gedächtnisschrift für Gruson, 2009, S. 1 ff)	
89	Theodor Baums	Rücklagenbildung und Gewinnausschüttung im Aktienrecht (publ. in: Festschrift für K. Schmidt, 2008, S. 57 ff)	
90	Theodor Baums	Die gerichtliche Kontrolle von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nach dem Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes (publ. in: ZBB 2009, S. 1 ff)	
91	Tim Florstedt	Wege zu einer Neuordnung des aktienrechtlichen Fristensystems (publ. in: Der Konzern 2008, 504 ff.)	
92	Lado Chanturia	Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der GUS	
93	Julia Redenius-Hövermann	Zur Offenlegung von Abfindungszahlungen und Pensionszusagen an ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied	

- 94 Ulrich Seibert,  
Tim Florstedt Der Regierungsentwurf des ARUG – Inhalt und wesentlich  
Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf  
(publ. in: ZIP 2008, 2145 ff.)
- 95 Andreas Cahn Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG –  
aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen  
Liquiditätsschutzes  
(publ. in: Der Konzern 2009, S. 7 ff)
- 96 Thomas Huertas Containment and Cure: Some Perspectives on the Current  
Crisis
- 97 Theodor Baums,  
Maike Sauter Anschleichen an Übernahmeziele mittels Cash Settled  
Equity Derivaten – ein Regelungsvorschlag
- 98 Andreas Cahn Kredite an Gesellschafter – zugleich eine Anmerkung zur  
MPS-Entscheidung des BGH  
(publ. in: Der Konzern 2009, S. 67 ff)
- 99 Melanie Döge,  
Stefan Jobst Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem  
Ansatz
- 100 Theodor Baums Der Eintragungsstopp bei Namensaktien  
(publ. in: – noch in Vorbereitung –)
- 101 Nicole Campbell,  
Henny Mächler Die Haftung der Verwaltungsgesellschaft  
einer fremdverwalteten Investmentaktiengesellschaft
- 102 Brad Gans Regulatory Implications of the Global Financial Crisis
- 103 Arbeitskreis Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung  
„Unternehmerische sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats  
Mitbestimmung“
- 104 Theodor Baums Rechtsfragen der Bewertung bei Verschmelzung  
börsennotierter Gesellschaften
- 105 Tim Florstedt Die Reform des Beschlussmängelrechts durch das ARUG

ILF



**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT