

Die Tätigkeit der Westdeutschen Landesbank stellt einschließlich des Geschäftsbankenbereichs keine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit dar, sondern als Daseinsvorsorge Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

Oebbecke, Janbernd

First published in:

DVBl Deutsches Verwaltungsblatt, 96. Jg., , Heft 5, S. 228 – 231, Köln 1981

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-08439457948

Überzeugung des Senats allein den »Bankgeschäften anderer Art« zuzuordnen, die gemäß § 36 Abs. 1 SpKG, § 5 der Satzung-WestLB übertragen sind. Ob die Tätigkeit der WestLB in allen Funktionsbereichen untrennbar eine Einheit bildet (*Jakob*, Sparkasse 4/1978, 109) und der an die WestLB gerichtete öffentliche Auftrag als Gesamtaufgabe ohne Trennung in verschiedene Funktionsbereiche anzusehen ist, wie die Staatsanwaltschaft meint, kann letztlich dahinstehen, obwohl hierfür gute Gründe sprechen. Insofern wird auf die zur Einordnung der Sparkassen erfolgte Rechtsprechung des BVerwG (BVerwG 41, 195 und DÖV 1972, 350) verwiesen, nach der die Sparkassen als öffentlich-rechtliche Einrichtungen der staatlichen Daseinsvorsorge als Teil der vollziehenden Gewalt zuzurechnen sind. Dort heißt es u. a.:

»Die öffentlich-rechtliche Sparkasse ist ein Kreditinstitut eigener Art, eine Sonderform der Bank. Sie betreibt zwar wie andere Kreditinstitute Bankgeschäfte i. S. des § 1 Abs. 1 KWG vom 10. 7. 1961 (BGBl. I S. 881). Von anderen Kreditinstituten unterscheidet sie sich jedoch sowohl hinsichtlich ihrer Aufgabenstellung als auch hinsichtlich ihrer Organisationsform und der damit verbundenen Abhängigkeit von einer Gebietskörperschaft als Gewährträger. Ungeachtet der Entwicklung des Sparkassenwesens, die zu einer fortschreitenden Verselbständigung der öffentlich-rechtlichen Sparkassen und zur Angleichung ihrer Geschäftstätigkeit an die der Privatbanken geführt hat, ist es nach wie vor Aufgabe der Sparkasse, den Sparsinn zu fördern und allen Bevölkerungsschichten die Möglichkeit zum Sparen zu geben, damit auch kleine und kleinste Beträge für die Kapitalbildung in der Volkswirtschaft gesammelt werden, sowie der örtlichen Kreditversorgung unter besonderer Berücksichtigung des Mittelstandes und der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise zu dienen...«

Demgemäß hat der BGH in seiner unveröffentlichten Entscheidung vom 23. 10. 1951 (1 StR 399/51) keine Bedenken gesehen, die Tätigkeit des Sparkassenangestellten, der u. a. den Schalterdienst zu versehen, Bücher zu führen und Kontoauszüge zu erteilen hatte, als wesentliches Stück des Sparkassenbetriebes zu werten und diesen Angestellten uneingeschränkt als Beamten im strafrechtlichen Sinne anzusehen.

Nach Auffassung des Senats nimmt die WestLB im Gegensatz zu der Ansicht des LG aber auch insoweit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, als sie im Wettbewerb mit den privaten Kreditinstituten Bankgeschäfte i. S. von § 1 Abs. 1 KWG betreibt. Auch in diesem Bereich erfüllt sie Aufgaben der Daseinsvorsorge und ist nicht rein erwerbswirtschaftlich-fiskalisch orientiert. Wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand dienen der Daseinsvorsorge dann, wenn sie unmittelbar den einzelnen Bürgern Leistungen und Vorteile gewähren, d. h. Leistungen und Vorteile, die dem einzelnen direkt zugute kommen (*Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., Bd. I, S. 372; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., § 23 II b; BVerwG, DVBl. 1958, 869 ff.). Dem öffentlichen Recht ist dagegen die fiskalische Tätigkeit nicht zuzuordnen, mit welcher die Verwaltung ihren eigenen, in der Regel finanziellen Vorteil sucht, der nur insofern indirekt auch Vorteil des einzelnen sein kann, als die Einnahmen aus fiskalischen Unternehmungen eine Ermäßigung der steuerlichen Umlagen gestatten (*Forsthoff*, aaO; BVerwG, aaO). In diesen Fällen nimmt die öffentliche Verwaltung als Fiskus am wettbewerblichen Wirtschafts- und Erwerbsleben teil, um das Finanz- und Verwaltungsvermögen als solches zu erhalten, zu vermehren oder zu veräußern und dafür benötigte Leistungen zu beschaffen (*Wolff*, aaO, § 23 II a). Im Gegensatz dazu steht die Daseinsvorsorge, in deren Rahmen der Träger der öffentlichen Verwaltung

§ 1 KWG i §§ 36, 44 SpKG

Die Tätigkeit der Westdeutschen Landesbank stellt einschließlich des Geschäftsbankenbereichs keine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit dar, sondern als Daseinsvorsorge Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung.

OLG Hamm, Beschluß vom 9. 7. 1980 – 5 Ws 28/80 –

Die Anklage der Staatsanwaltschaft vom 18. 5. 1979 legt dem Angekl. Dr. P., der damals Vorsitzender des Vorstandes der Westdeutschen Landesbank (WestLB) war, Bestechlichkeit sowie Untreue in Tateinheit mit Betrug und dem Angekl. S. Bestechung zur Last. Die Strafkammer hat die Anklage gegen den Angekl. Dr. P. wegen Untreue und Betruges zugelassen, im übrigen jedoch die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt. Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Soweit die WestLB als Staats- und Kommunalbank tätig wird, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dies wird von den Angekl. (Gutachten Prof. *Hoppe*, S. 19) selbst nicht in Abrede gestellt; auch sie gehen davon aus, daß die Vorstandsmitglieder insoweit in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen. Die dem Angekl. Dr. P. angelasteten Diensthandlungen gehören allerdings – auch nicht mittelbar, wie die Staatsanwaltschaft meint – diesem Aufgabenbereich der WestLB an; sie sind vielmehr zur

unmittelbare – nicht existenznotwendige (Forsthoff, aaO, S. 370; Badura, DÖV 1966, 624, 631) – öffentliche Verwaltungs-(Leistungs- und Lenkungs-)zwecke verfolgt (Wolff, aaO), Aufgaben der Versorgung von morgen, Funktionen der Planung usw., kurzum alles, was von seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen (Forsthoff, aaO).

Die der WestLB eingeräumte Befugnis, im allgemeinen Geschäftsbankenbereich tätig zu werden, kann nicht unter rein erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet werden. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute verdanken überwiegend ihre Entstehung, daß der Staat es aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen für erforderlich gehalten hat, bestimmte bankgeschäftliche Tätigkeiten, die von der privaten Kreditwirtschaft nicht oder nicht in dem für erforderlich gehaltenen Umfang durchgeführt wurden, durch eigene Institute wahrnehmen zu lassen. Diese öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute hatten und haben dadurch den besonderen Auftrag, im Sinne der Daseinsvorsorge bestimmte Lücken in der Versorgung der Bevölkerung mit Bankleistungen zu schließen und das Leistungsangebot der privaten Kreditwirtschaft i. S. des Subsidiaritätsprinzips zu ersetzen (BT-Drucks. V/3500, S. 40 ff.; Beck, KWG I. Erg.-Band M 10 b, S. 65). Die Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Institute sind aushelfenden, fördernden, im Wettbewerb ausgleichenden, kontrollierenden und lenkenden Funktionen gewidmet, auf die die Kreditwirtschaft nicht ohne die Gefahr ernsthafter Störungen verzichten kann. Wegen seiner zentralen Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft bedarf das Geld- und Kreditwesen stets der Kontrolle und Lenkung durch den Staat (Twiehaus, Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, S. 129). Diese Aufgabenstellung ist durch die Wettbewerbsenquete der Bundesregierung (BT-Drucks. V/3500, S. 40 ff.) ausdrücklich unterstrichen worden. Darin ist deutlich hervorgehoben worden, daß die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute auch in solchen Bereichen des Bankgeschäfts tätig werden müssen, in denen die privatwirtschaftlich orientierten Banken keine ausreichende Gewinnmöglichkeit sehen. Den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten obliegt daher eine wettbewerbskorrigierende Funktion; sie sollen einmal in den Bereichen eine ausreichende Versorgung mit Bankdienstleistungen gewährleisten, die keine attraktiven Gewinnaussichten bieten (Wettbewerbsergänzungsfunktion), und zum anderen sollen sie durch ihre Tätigkeit eine Intensivierung des Wettbewerbs (Wettbewerbsstimulanzfunktion) bewirken (Heinevetter, aaO, Erl. § 36 SpKG, S. 4). Der Staat nimmt auf diese Art und Weise in dem Bereich des gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Kreditwesens im öffentlichen Interesse Einfluß, um den Markt zu stabilisieren, zu ordnen und so eine umfassende kreditwirtschaftliche Versorgung ohne Gewinnmaximierung zugunsten der Wirtschaft und der Bevölkerung zu gewährleisten (Arndt, Der öffentliche Auftrag, Deutsche Sparkassenzeitung 1969 Nr. 25). Daß die Erfüllung dieses Auftrags gleichzeitig private Interessen befriedigt, die ebenso gut von privaten Kreditinstituten wahrgenommen werden können, kann dabei keine entscheidende Rolle spielen; entscheidend muß sein, daß die Entscheidungen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute nicht von privaten Interessen beeinflußt werden (Heinevetter, aaO, SpKG § 3, S. 6).

Der hier näher umschriebene öffentliche Auftrag gilt für den gesamten der WestLB übertragenen Aufgabenbereich einschließlich des Geschäftsbankenbereichs. Dies ergibt sich

bereits aus § 5 Abs. 5 der Satzung der WestLB. Danach sind die Geschäfte der WestLB zwar nach kaufmännischen Gesichtspunkten zu führen, jedoch unter Berücksichtigung des Gemeinwohls. Die Erzielung von Gewinn ist nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebes. Diese Einschränkung des Aufgabenbereichs der WestLB ist nicht auf einzelne Sparten beschränkt, sondern hat für den gesamten Bankbereich Geltung und unterliegt der staatlichen Aufsicht durch den Finanzminister im Einvernehmen mit dem Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr (§ 44 Abs. 1 SpKG). Hierdurch wird deutlich unterstrichen, daß alle Geschäfte der WestLB unter Berücksichtigung des Gemeinwohls zu führen sind. Das Gewinnstreben ist insoweit der Gemeinwohlverpflichtung untergeordnet mit der Folge, daß die WestLB wie andere Träger bestimmter öffentlicher Leistungsaufgaben aus Rentabilitätsgründen sich bestimmter Aufgaben nicht entziehen kann, was zu vorübergehenden oder dauernden Verlusten zugunsten der öffentlichen Leistungserfüllung führen kann (BT-Drucks. V/3500, S. 41; Beck, aaO, S. 67). Die Berücksichtigung des Gemeinwohls bedeutet zwar nicht, daß die Bank insgesamt unwirtschaftlich arbeiten kann; sie muß wie jedes andere Unternehmen nach kaufmännischen Gesichtspunkten arbeiten, um die Kosten und die notwendigen Mittel zur Rücklagenbildung zu erwirtschaften. Die Erbringung von Bankleistungen soll jedoch nicht Mittel zum Zweck der Gewinnerzielung sein, sondern die Erfüllung der der gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben ermöglichen (BT-Drucks. V/3500, aaO; Heinevetter, aaO, § 5 Satzung/WestLB, Anm. 9.2).

Wenn auch im Laufe der Zeit die Wettbewerbsergänzungsfunktion an Bedeutung verloren hat, weil die Aufgaben, zu deren Erfüllung öffentlich-rechtliche Kreditinstitute errichtet wurden, überwiegend von den Privatbanken in ausreichendem Maß und zu angemessenen Konditionen wahrgenommen werden, (Beck, aaO, S. 69), verpflichtet dies nicht, den sog. Geschäftsbankenbereich aus dem Bereich der Daseinsvorsorge selbst dann herauszunehmen, wenn öffentlich-rechtliche und private Kreditinstitute in diesem Bereich – rein erwerbswirtschaftlich – im Wettbewerb stehen. Private Kreditinstitute sind in den betreffenden Bereichen nur soweit und so lange tätig, wie es ihrer rentabilitätsorientierten und geschäftspolitischen Zielsetzung entspricht, so daß stets bei einer Änderung der Gewinnaussichten mit einer Verlagerung des Geschäftsengagements gerechnet werden muß. In solchen Fällen muß der Staat auf eine Bankengruppe zurückgreifen können, die gemäß ihrem Auftrag zur Versorgung der Bevölkerung mit allen Bankleistungen diese Aufgaben wahrzunehmen hat (BT-Drucks. V/3500, S. 42; Beck, aaO, S. 69; Heinevetter, aaO, Erl. § 36 SpKG, S. 5). Die BT-Drucks. V/3500, S. 42 führt in diesem Zusammenhang daher auch zu Recht folgendes aus:

»Wenn die Aufgaben, zu deren Erfüllung öffentlich-rechtliche Kreditinstitute errichtet wurden, im Laufe der Entwicklung auch für private Kreditinstitute auf die Dauer interessant werden, die entsprechenden Geschäfte deshalb von ihnen aufgenommen, in ausreichendem Maß und zu annehmbaren Konditionen durchgeführt werden, so verliert der öffentliche Auftrag viel von seinem ursprünglichen Gewicht. Die Errichtungskörperschaft wird sich damit früher oder später vor die Notwendigkeit gestellt sehen, den Standort ihres öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts neu zu bestimmen. Die hierdurch aufgeworfenen Fragen können freilich nicht ohne eingehende Analyse der jeweiligen Situationen und der langfristigen Entwicklungstendenzen beantwortet werden. Grundsätzlich können folgende Lösungsmöglichkeiten in Betracht kommen: Die gewandelten Verhältnisse mögen dazu führen, daß Umfang und Bedeutung des

öffentlich-rechtlichen Instituts mehr und mehr schrumpfen, so daß eine Liquidation letztlich ohne Störung der Versorgung der Bevölkerung mit Bankleistungen möglich ist. In bestimmten Einzelfällen wird es sinnvoll sein, den Instituten neue Aufgaben von besonderem öffentlichen Interesse zu übertragen. In anderen Fällen wird sich dagegen die Frage stellen, die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in private Rechtsform zu überführen, wenn ihre Einbeziehung in die (mittelbare) Staatsverwaltung und die mit dem öffentlich-rechtlichen Status verbundenen Vor- und Nachteile von der Sache her nicht mehr gerechtfertigt sind. Solange sich die Verhältnisse, insbesondere die Entwicklungstendenzen, allerdings nicht klar genug übersehen lassen, dürften derart einschneidende Maßnahmen noch nicht vertretbar sein...«

Der Ansicht des LG, die WestLB nehme im Bereich der Geschäftsbankentätigkeit keine Aufgaben der wirtschaftsgestaltenden oder wirtschaftslenkenden Verwaltung wahr, kann demnach nicht gefolgt werden.

In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus zu berücksichtigen, daß die Versorgung mit Bankdienstleistungen zu angemessenen Konditionen auch im Geschäftsbankbereich nur aufgrund der von den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten wahrgenommenen Wettbewerbsstimulanzfunktion mittels Intensivierung des Wettbewerbs erreicht wird. Dies ist von den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute – im übrigen auch von dem Angekl. Dr. P. selbst – wiederholt betont worden (vgl. im einzelnen auch *Heinevetter*, aaO, Erl. § 36 SpKG, S. 4 ff. m. N.).

Schließlich wird die Auffassung, daß der öffentliche Auftrag der WestLB den gesamten Bankbereich erfaßt, auch dadurch unterstrichen, daß die uneingeschränkte Gewährträgerhaftung u. a. des Landes Nordrhein-Westfalen (§ 37 Abs. 2 SpKG) keine Unterschiede im Hinblick auf die verschiedenen Funktionen der WestLB macht. Die Gewährträgerhaftung ist, worauf die Staatsanwaltschaft zu Recht hinweist, das notwendige Korrelat zu der Tatsache, daß die Geschäfte der WestLB nach kaufmännischen Gesichtspunkten, jedoch unter Berücksichtigung des Gemeinwohls – unter Umständen ohne Gewinn – zu führen sind. Ausfluß dieser uneingeschränkten Gewährträgerhaftung ist die Zuerkennung des Privilegs der Mündelsicherung, das für alle Geschäftsbereiche der WestLB gilt (BT-Drucks. V/3500, S. 47 ff.).

Letztlich kann in diesem Zusammenhang auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der untrennbare Zusammenhang aller Funktionen der WestLB sich auch daraus ergibt, daß die Bindung und der Zufluß von Liquidität in einem Aufgabenbereich jeweils die Finanzierungsmöglichkeiten in anderen Sparten verändert. Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, die Tätigkeit der WestLB in allen Funktionsbereichen als eine Einheit und den an die WestLB gerichteten öffentlichen Auftrag als einheitliche Gesamtaufgabe zu betrachten.

Unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte ist der Senat daher der Auffassung, daß die WestLB auch im Geschäftsbankbereich im Rahmen der Daseinsvorsorge Leistungen und Vorteile in Form von Bankleistungen zu angemessenen Konditionen erbringt, die der Wirtschaft und der Bevölkerung unmittelbar zugute kommen; zumindest läßt es sich aufgrund des engen Zusammenhangs aller Bereiche der WestLB nicht rechtfertigen, eine Aufspaltung in dem Sinne vorzunehmen, daß der Geschäftsbankbereich aus dem öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereich der WestLB herausgenommen werden kann.

Anmerkung:

Der Beschluß des OLG Hamm ist über den entschiedenen Fall hinaus von allgemeinem Interesse, weil er Grundfra-

gen der Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute behandelt.

1. Die Begründung, mit der der 5. Strafsenat die Tätigkeit der WestLB beim Betrieb von »Bankgeschäften anderer Art« nicht als erwerbswirtschaftlich-fiskalisch, sondern als Daseinsvorsorge und damit als Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung qualifiziert, vermag nicht zu überzeugen.

Bei der Lektüre des Beschlusses werden zwei Argumentationsstränge deutlich, die allerdings nicht durchgängig voneinander abgesetzt sind. Zum einen werden die »Bankgeschäfte anderer Art« als Teil des »untrennbaren Zusammenhangs aller Funktionen der WestLB« angesehen und damit dem Bereich der öffentlichen Verwaltung zugeordnet, zu dem andere Funktionen unbestritten gehören (dazu unter Ziff. 3). Zum anderen wird das Betreiben dieser Geschäfte selbst als vom »öffentlichen Auftrag« umfaßt beschrieben und damit zur öffentlichen Verwaltung gerechnet (dazu unter Ziff. 2). Sachlich stellt die These der untrennbaren Einheit damit eine Hilfsargumentation dar.

2. Daß die Funktion, Versorgungslücken im Leistungsangebot des privaten Kreditgewerbes zu schließen (Wettbewerbsergänzungsfunktion), unter den heutigen Bedingungen schwerlich zur Begründung eines spezifischen öffentlichen Auftrages¹ zu allgemeiner bankgeschäftlicher Tätigkeit herangezogen werden kann, räumt der Senat selbst ein. Er begegnet dieser Einsicht mit der Überlegung, der Staat müsse in dem Fall, daß die privaten Banken ihr Engagement verlagern, zur Versorgung der Bevölkerung mit Bankleistungen auf eine Bankgruppe zurückgreifen können. Ob die öffentlich-rechtlichen Institute in einer Situation, in der die privaten Banken sich – wohl kaum freiwillig – aus großen Geschäftsfeldern zurückziehen würden, ökonomisch in der Lage wären, die entstehende Lücke zu füllen, erscheint sehr zweifelhaft. Diese »Rückgriffstheorie« übersieht aber noch etwas anderes: Solange der Rückgriffsfall nicht eintritt, dienen die Bankgeschäfte der öffentlich-rechtlichen Institute nur dazu, die Eingreifreserve aufrechtzuerhalten und zu finanzieren; Erhaltung und Finanzierung des Verwaltungsvermögens sind aber nach dem eigenen Verständnis des Senats gerade fiskalische Tätigkeit.

Das zweite Bein, auf das die These vom öffentlichen Auftrag für Bankgeschäfte anderer Art gestellt wird, ist die »Wettbewerbsstimulanzfunktion«: Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute intensivieren durch ihre Tätigkeit den Wettbewerb und sichern so die Versorgung mit Bankdienstleistungen zu angemessenen Konditionen. Dieses Argument ist, worauf der Senat zu Recht hinweist, in den letzten Jahren von den Vertretern des öffentlich-rechtlichen Kreditwesens ins Feld geführt worden. Es muß auf dem Hintergrund der als Wettbewerbsdebatte bezeichneten, Jahrzehnte alten Auseinandersetzung zwischen den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten und den anderen Gruppen der Kreditwirtschaft um die angeblichen oder tatsächlichen Wettbewerbsvorteile der öffentlich-rechtlichen Institute² gesehen werden. Den strategischen Nachteil der öffentlich-rechtlichen Institute in dieser Debatte, daß die geschäftliche Praxis der verschiedenen Gruppen

1 Sehr aufschlußreich zum öffentlichen Auftrag einer der Autoren der sogenannten Wettbewerbsenquête (BT-Drucks. V/3500) Hankel, *manager-magazin* 1977, 149.

2 Oebbecke, *Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen*, 1980, S. 37 m. w. N.

sich nämlich stetig annähert³ und Besonderheiten damit immer schwerer zu motivieren sind, versucht dieses Argument zu unterlaufen, indem es die gleichartige Betätigung im Wettbewerb mit den privaten Banken gerade zur Essenz des öffentlichen Auftrages macht. Im Zusammenhang des Beschlusses erweist sich diese Argumentation jedoch als äußerst problematisch: Wenn es richtig ist, daß sich die Zuordnung zum Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben daraus ergibt, daß der Staat durch Teilnahme mit einem eigenen Institut den Wettbewerb stimuliert, kann es schlechthin keine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung der öffentlichen Hand geben. Der Senat stellt hier erneut die seiner Argumentation zugrundeliegende Unterscheidung zwischen erwerbswirtschaftlich-fiskalischer Tätigkeit des Staates und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Frage.

3. Soll die Argumentation mit der untrennbaren Einheit der Funktionen der WestLB mehr sein als eine *petitio principii*, müßten die für die Annahme dieser Einheit angeführten Argumente es verbieten, unter dem hier relevanten Aspekt der Zuordnung zum Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung zwischen den »Bankgeschäften anderer Art« und den anderen Tätigkeitsfeldern der Bank zu differenzieren.

Diese Probe besteht weder das Argument, die Bank sei generell zur Berücksichtigung des Gemeinwohls verpflichtet, noch der Hinweis auf die Staatsaufsicht, die bei der WestLB reine Rechtsaufsicht ist⁴. Beide erlauben es nicht, den fiskalischen Charakter der Bankgeschäfte anderer Art auszuschließen, denn auch bei fiskalischer Tätigkeit ist die öffentliche Hand an das Gemeinwohl gebunden⁵ und muß das geltende Recht beachten.

Die Erstreckung der Gewährträgerhaftung auf alle Geschäftsbereiche spräche nur dann für die unterschiedslose Zuordnung zum Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wenn sich die Gewährträgerhaftung nicht auch auf fiskalische Bereiche erstrecken könnte. Warum das ausgeschlossen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Bei historischem Licht besehen ist die Gewährträgerhaftung auch nicht das Korrelat für die Gemeinwohlbindung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, wie der Senat meint. So ist die Gewährträgerhaftung bei den Sparkassen ein Kind der wirtschaftspolitischen Not des Jahres 1931. Um die Befürchtung auszuräumen, die Sparkassenvermögen könnten für die Schulden der kommunalen Träger herangezogen werden, wurden in der Bankenkrise die Sparkassen, die bis dahin unselbständige Sondervermögen gewesen waren, rechtlich verselbständigt. Aus der rechtlichen Verselbständigung den Schluß zu ziehen, daß auch der umgekehrte Haftungsweg verschlossen sein sollte, hätte zu einem in der damaligen Situation höchst unerwünschten Vertrauensverlust geführt. Deshalb wurde der Fortbestand der Haftung für eigene Verbindlichkeiten als Gewährträgerhaftung für fremde Verbindlichkeiten dekretiert⁶.

Als letzten Punkt führt der Senat den alle Aufgaben umfassenden Liquiditätsverbund innerhalb der Bank an. Auch dieser Verbund zwingt indessen nicht anzunehmen, die Wahrnehmung von Bankgeschäften anderer Art sei

Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Soweit Mittel aus dem Bereich »Bankgeschäfte anderer Art« in Bereiche der Erfüllung öffentlicher Aufgaben fließen, handelt es sich um die für fiskalische Tätigkeit typische Beschaffung von Mitteln zur Finanzierung von Verwaltungsaufgaben und damit zur Entlastung des Steuerzahlers. Der umgekehrte Mittelfluß ist ebenfalls nicht ungewöhnlich; ihm entspräche in dem Schulbeispiel der fiskalischen Ratskellerverpachtung der Einsatz von Mitteln des städtischen Verwaltungshaushalts für Umbau und Modernisierung der verpachteten Räume.

Die Verhältnisse bei den Sparkassen liegen erheblich anders als bei der WestLB; deshalb ist die Heranziehung von Aussagen zu den Sparkassen sehr problematisch. So haben bei der Willensbildung der Sparkassen Gewährträgerversammlung und Verwaltungsrat ein größeres Gewicht⁷. Die Sparkassen sind auch heute noch rechtlich stärker auf ein Gebiet beschränkt⁸. Vor allem – und das ist im vorliegenden Zusammenhang von ausschlaggebender Bedeutung – bestimmt § 3 SpkG NW, daß die geschäftliche Tätigkeit der Sparkassen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist. De lege lata nehmen die Sparkassen also öffentliche Aufgaben wahr. Jedenfalls aus den im Beschluß des OLG Hamm angeführten Gründen ergibt sich das für die WestLB bei der Erledigung von Bankgeschäften anderer Art nicht.

Landesverwaltungsrat Dr. Janbernd O e b b e c k e,
Münster

7 Vgl. §§ 13 Abs. 1 und 42 Abs. 1 oder 6 Abs. 2 e SpkG NW und § 20 Abs. 2 Satzung WestLB.

8 Vgl. z. B. §§ 1 Abs. 2 SpkG und 20 Abs. 1 SpkVO NW.

3 Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, August 1978 S. 11.

4 Heinevetter, Sparkassengesetz NW, 2. Aufl., § 44 Anm. 2; Rothe, Sparkassengesetz NW, 3. Aufl. 1976, § 44 Anm. II.

5 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 30 II b 3.

6 Oebbecke (Fußn. 2), S. 33 f.