

# Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen

Oebbecke, Janbernd

First published in:

Druckausg. erschienen im Verlag Reckinger & Co., Siegburg, 1980, 3-7922-0030-9, 128 S.

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-38429469426

Oebbecke

Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen

# Schriften zum deutschen Kommunalrecht

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger  
und  
Prof. Dr. Albert von Mutius**

in Verbindung mit dem  
Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Münster

**Band 20**



# **Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen**

von

**Dr. Janbernd Oebbecke**

**D 6**

**1980**

**Verlag Reckinger & Co. Siegburg**

Fachbereich 3 Rechtswissenschaft

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Hoppe

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Menger

Dekan: Prof. Dr. Bernert

Tag der mündlichen Prüfung: 17. 12. 1979



## Vorwort

Die Folgen der *kommunalen Gebietsreform* haben nicht nur die Grundkonzeption der Sparkassenorganisation als solche, sondern über das Merkmal der „Leistungsfähigkeit“ der Sparkassen auch die Diskussion über ihre Eigenkapitalausstattung in den Blickpunkt der interessierten Öffentlichkeit gerückt. Diese Diskussion, die auch im Bericht der Studienkommission „Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft“ ihren Niederschlag gefunden hat, ist jedoch bisher nahezu ausschließlich bank- und sparkassenpolitisch geführt worden. Sie ist für die Gemeinden und Gemeindeverbände nicht nur insoweit von Bedeutung, als sie eine Weichenstellung für die Zukunft der kommunalen Sparkassen betrifft, sondern vor allem auch, weil sie Grundsatzfragen des Verhältnisses zwischen den kommunalen Gewährträgern und ihren Sparkassen einerseits und den Sparkassen und anderen Gruppen der Kreditwirtschaft andererseits aufwirft. Mit der Schrift von *Oebbecke* legen die Herausgeber der „Schriften zum deutschen Kommunalrecht“ nunmehr eine Arbeit vor, die zwei dieser Fragen aus rechtswissenschaftlicher Sicht ausführlich behandelt.

Nach einer kurzen Einführung in die Problematik der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen und die bislang diskutierten Lösungsmöglichkeiten untersucht der Verf., ob eine – häufig unter der Bezeichnung *Anstaltslast* behauptete – Verpflichtung des kommunalen Gewährträgers besteht, seine Sparkasse angemessen auszustatten. Ausgehend von einem in diesem Zusammenhang immer wieder herangezogenen Urteil des Preussischen Oberverwaltungsgerichts schildert Verf. die Entstehung der Theorie vom Bestehen einer solchen Anstaltslast und weist nach, daß entsprechende Verpflichtungen der Gemeinden und Gemeindeverbände *nicht* bestehen.

Der 2. Hauptteil der Arbeit setzt sich mit der unterschiedlichen Behandlung der kommunalen Sparkassen und Kreditgenossenschaften im Hinblick auf die Anerkennung einer bestehenden *Haftung im Kreditwirtschaftsrecht* auseinander. Verf. kommt zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber Sparkassen und Kreditgenossenschaften gleichbehandeln muß, sei es durch Einführung eines Haftungszuschlages bei den kommunalen Sparkassen, sei es durch die Abschaffung des Haftungssummenzuschlages bei den Kreditgenossenschaften.

Alle Rechte vorbehalten.

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus zu fotokopieren oder in irgendeinem anderen Verfahren zu vervielfältigen.

Herstellung Reckinger & Co. Siegburg

80.7-658

ISBN 3-7922-0030-9

Verf. liefert mit dieser Arbeit nicht nur einen wichtigen Beitrag zur Klärung der rechtlichen Grundlagen, die für die bank- und sparkassenpolitische Diskussion über die Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen gelten, sondern er trägt vor allem mit seinen Überlegungen zur Anstaltslast nachhaltig dazu bei, die Rechtsbeziehungen zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden und ihren Sparkassen aufzuhellen.

*Christian-Friedrich Menger*  
*Albert von Mutius*

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIII
Erster Teil: Einführung . . . . .	1
1. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung . . . . .	1
2. Der Begriff des Eigenkapitals . . . . .	2
3. Die Aufbringung des Eigenkapitals . . . . .	3
4. Die Bedeutung des Eigenkapitals für den Betrieb der Sparkassen. . . . .	4
4.1 Die Gründungsfunktion . . . . .	4
4.2 Die Garantiefunktion . . . . .	5
4.3 Die Finanzierungsfunktion . . . . .	6
4.4 Die Funktion des intertemporären Verlustausgleichs . . . . .	6
4.5 Die Funktion als Bemessungsgrundlage für die Gewinnverteilung . . . . .	7
4.6 Die Repräsentativfunktion . . . . .	8
4.7 Die Begrenzungsfunktion . . . . .	8
4.7.1 Begrenzungen zum Schutz der Sicherheit . . . . .	10
4.7.1.1 Grundsatz I . . . . .	10
4.7.1.2 Grundsatz I a . . . . .	10
4.7.1.3 § 13 KWG . . . . .	11
4.7.2 Begrenzungen zum Schutz der Liquidität . . . . .	12
4.7.2.1 Grundsatz II . . . . .	12
4.7.2.2 Grundsatz III . . . . .	13
4.7.2.3 § 12 KWG . . . . .	13
4.8 Spezifische Funktionen des Eigenkapitals für den Betrieb der Sparkassen . . . . .	14
4.8.1 Die Schutzfunktion . . . . .	14
4.8.2 Die Entlastungsfunktion . . . . .	15
4.9 Zusammenfassung . . . . .	15

5.	Vorschläge zur Lösung der Eigenkapitalprobleme bei den kommunalen Sparkassen . . . . .	16
5.1	Sparkasseninterne Maßnahmen . . . . .	17
5.2	Organisationsinterne Maßnahmen . . . . .	17
5.3	Aufsichtsbehördliche und gesetzgeberische Maßnahmen . . . . .	18
5.4	Eigenkapitalbeschaffung durch Gewährträger . . . . .	19
5.5	Eigenkapitalbeschaffung durch Private . . . . .	19
6.	Der weitere Gang der Untersuchung . . . . .	20
Zweiter Teil: Das Bestehen der Anstaltslast . . . . .		23
1.	Das Erscheinungsbild der Anstaltslast im Schrifttum . . . . .	23
1.1	Begriff der Anstaltslast . . . . .	23
1.2	Anstaltslast und Gewährträgerhaftung . . . . .	23
1.3	Die Unzulässigkeit der Abschaffung der Anstaltslast . . . . .	24
1.4	Zweifelsfragen . . . . .	24
2.	Die historische Entwicklung der Anstaltslast auf dem Hintergrund der Entwicklung des Sparkassenrechts . . . . .	25
2.1	Die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts von 1897. . . . .	26
2.1.1	Das preußische Sparkassenreglement vom 12. Dezember 1838 . . . . .	26
2.1.2	Der Sachverhalt und der Gang des Verfahrens . . . . .	27
2.1.3	Die Entscheidungsgründe . . . . .	29
2.1.4	Kritische Würdigung der Entscheidung . . . . .	30
2.1.5	Die Entscheidung im Schrifttum bis 1931 . . . . .	31
2.2	Der Runderlaß von 1937. . . . .	32
2.2.1	Die Bankenkrise und die 3. Notverordnung . . . . .	32
2.2.2	Der Inhalt des Runderlasses . . . . .	34
2.2.3	Vorbereitung und Echo des Runderlasses in der Literatur . . . . .	35
2.2.4	Kritische Würdigung des Runderlasses . . . . .	36
2.3	Die Wettbewerbsenquete von 1968 . . . . .	37
2.3.1	Die Vorgeschichte der Enquete . . . . .	37
2.3.2	Die Ausführungen der Enquete zur Anstaltslast . . . . .	38
2.3.3	Vorbereitung und Wirkung der Enquete im Schrifttum . . . . .	39
2.3.4	Kritische Würdigung der Aussagen der Wettbewerbsenquete zur Anstaltslast . . . . .	40
2.4	Die jüngste Entwicklung . . . . .	42

3.	Möglichkeiten der rechtlichen Begründung der Anstaltslast . . . . .	43
3.1	Die Rechtslage bei rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts allgemein . . . . .	44
3.1.1	Der Befund im Schrifttum . . . . .	44
3.1.2	Die Gründung der rechtsfähigen Anstalt als Grundlage für das Bestehen der Anstaltslast . . . . .	44
3.1.3	Die Wahrnehmung von Aufgaben des Trägers als Grundlage für das Bestehen der Anstaltslast . . . . .	45
3.1.4	Zwischenergebnis . . . . .	46
3.2	Die Rechtslage bei den kommunalen Sparkassen . . . . .	47
3.2.1	Gesetz oder Mustersatzung als Grundlage der Anstaltslast . . . . .	47
3.2.2	Verbandsrecht als Grundlage der Anstaltslast . . . . .	48
3.2.3	Verfassungsrechtliche Fundierung der Anstaltslast . . . . .	49
3.2.3.1	Ausgangspunkt . . . . .	49
3.2.3.2	Die Überlegungen bei Stern/Burmeister . . . . .	49
3.2.3.3	Das Verständnis der Sozialstaatsklausel in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	50
3.2.3.4	Die Reichweite der Argumentation von Stern/Burmeister . . . . .	52
3.2.3.5	Kritische Würdigung . . . . .	53
3.2.3.6	Zwischenergebnis . . . . .	55
3.2.4	Die gewohnheitsrechtliche Begründung der Anstaltslast . . . . .	56
3.2.4.1	Die Heranziehung des Gewohnheitsrechts zur Begründung der Anstaltslast . . . . .	56
3.2.4.2	Begriff und Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts . . . . .	57
3.2.4.3	Das Vorliegen der Voraussetzungen bei der Anstaltslast . . . . .	58
	a) Feststellung des Prüfungshorizontes . . . . .	59
	b) Das Vorliegen der Voraussetzungen im einzelnen . . . . .	61
3.2.4.4	Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gewohnheitsrechtlichen Bilanzausgleichspflicht . . . . .	62
	a) Ausgangsüberlegungen . . . . .	62
	b) Gewohnheitsrecht als „Gesetz“ i.S. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG . . . . .	63
3.2.4.5	Zwischenergebnis . . . . .	63
3.2.5	Die Begründung der Anstaltslast im Wege der Analogie . . . . .	64
3.2.5.1	Ansatzpunkt . . . . .	64
3.2.5.2	Begriff und Voraussetzungen der Analogie . . . . .	64
3.2.5.3	Das Vorliegen einer Regelungslücke . . . . .	65
3.2.5.4	Die Rechtsähnlichkeit der Tatbestände . . . . .	67
	a) § 302 Abs. 1 AktG . . . . .	67
	b) § 317 Abs. 1 S. 1 AktG . . . . .	68
3.2.5.5	Zwischenergebnis . . . . .	68
4.	Ergebnis des Zweiten Teils . . . . .	69

Dritter Teil: Das Bestehen einer Verpflichtung des Gesetzgebers zur Einführung eines Eigenkapitalzuschlags bei den kommunalen Sparkassen . . . . .	71
1. Gang der Untersuchung . . . . .	71
2. Der gegenwärtige Regelungsbestand und seine historische Entwicklung . . . . .	72
2.1 Die Gründzüge der Regelung . . . . .	72
2.2 Die Berücksichtigung von freiem Vermögen und Haftsummenverpflichtung . . . . .	72
2.2.1 Die Anerkennung freien Vermögens . . . . .	72
2.2.2 Der Haftsummenzuschlag . . . . .	73
2.3 Die historische Entwicklung . . . . .	74
2.3.1 Die Entwicklung bis 1931 . . . . .	74
2.3.2 Die Notverordnung von 1931 . . . . .	74
2.3.3 Das Kreditwesengesetz 1934 . . . . .	76
2.3.4 Das Kreditwesengesetz 1961 . . . . .	77
2.4 Zur Möglichkeit der Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung in Verwaltungswege . . . . .	79
3. Die Diskussion über den Haftungszuschlag für kommunale Sparkassen . . . . .	80
4. Die Reichweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des KWG . . . . .	81
5. Zur Grundrechtsfähigkeit kommunaler Sparkassen . . . . .	83
6. Die verfassungsrechtliche Prüfung der Regelung des KWG . . . . .	86
6.1 Prüfung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes . . . . .	86
6.1.1 Der Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes . . . . .	87
6.1.2 Die Kontrolldichte bei der Gleichheitsprüfung . . . . .	87
6.1.3 Anwendung auf die Eigenkapitalregelung des § 10 KWG für die kommunalen Sparkassen . . . . .	88
6.1.3.1 Das Vorliegen von Gründen für die Ungleichbehandlung gegenüber Einzelbankiers und Banken mit persönlich-haftenden Gesellschaftern . . . . .	88
6.1.3.2 Das Vorliegen von Gründen für die Ungleichbehandlung gegenüber den Kreditgenossenschaften . . . . .	89
a) Fehlende Finanzierungsfunktion der kommunalen Haftung . . . . .	89

b) Wettbewerbsbegünstigung der Sparkassen durch Haftungszuschlag . . . . .	89
c) Das Fehlen der „gesellschaftsrechtlichen Besonderheit“ . . . . .	90
d) Das Quantifizierungsargument . . . . .	91
e) Das Entstehen des Eindrucks, die Haftung sei begrenzt . . . . .	91
f) Die Risikobelastung der öffentlichen Hand . . . . .	92
g) Fehlende Verpflichtung zur Rücklagenbildung für die Kommune . . . . .	92
6.1.4 Zwischenergebnis . . . . .	93
6.2 Prüfung anhand der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung . . . . .	93
6.2.1 Der Inhalt der Selbstverwaltungsgarantie . . . . .	94
6.2.1.1 Die klassische Interpretation des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG . . . . .	94
6.2.1.2 Die neuere Entwicklung der Selbstverwaltung . . . . .	94
6.2.1.3 Kompensationsmodell und funktionales Selbstverwaltungsverständnis . . . . .	95
6.2.1.4 Die „verfassungstheoretische Neukonzeption“ Burmeisters . . . . .	97
6.2.1.5 Richters Theorie der „unmittelbaren Verfassungsgarantie“ . . . . .	98
6.2.1.6 Kritische Stellungnahme . . . . .	99
a) Allgemeine Einschätzung . . . . .	99
b) Institutionsgarantie und unmittelbare Verfassungsgarantie . . . . .	100
c) Die gemeindliche Allzuständigkeit . . . . .	100
d) Die Eigenverantwortlichkeit . . . . .	101
e) Zusammenfassung . . . . .	102
6.2.2 Anwendung der Selbstverwaltungsgarantie auf die Eigenkapitalregelung des KWG . . . . .	103
6.2.2.1 Die Eigenkapitalregelung als Aufgabenerfüllungsregelung . . . . .	103
a) Die Eigenkapitalregelung als Regelung der Aufgabenerfüllung der Sparkasse . . . . .	103
b) Die Sparkassentätigkeit als kommunale Verwaltungstätigkeit . . . . .	104
6.2.2.2 Die Verwirklichung der Anforderungsfaktoren . . . . .	105
a) Die Ortsrelevanz . . . . .	105
b) Die Bereichszuordnung . . . . .	106
6.2.2.3 Die Prüfung der Eigenkapitalregelung anhand des Übermaßverbots . . . . .	107
a) Der Inhalt des Übermaßverbots . . . . .	107
b) Die Einhaltung des Übermaßverbots . . . . .	107
6.2.3 Zwischenergebnis . . . . .	108
7. Ergebnis des Dritten Teils . . . . .	109
Zusammenfassung . . . . .	109
Literaturverzeichnis . . . . .	115
Sachverzeichnis . . . . .	125

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz v. 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089) zuletzt geändert durch das Einführungs- gesetz zur Abgabenordnung (EGAO 1977) v. 14.12.1976 (BGBl. I S. 3341)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchKommWiss	Archiv für Kommunalwissenschaften
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B.	Beschluß
BAnz.	Bundesanzeiger
Ba.-Wü.	Baden-Württemberg
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bek.	Bekanntmachung
ber.	berichtigt
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BRS	Baurechtssammlung
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb
Dez.	Dezember
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
d. Verf.	der Verfasser
EFinG	Entscheidungen der Finanzgerichte
Entsch.	Entscheidung
Einl.	Einleitung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen VGH und des VGH Baden-Württemberg

f.	folgender, -e, -es
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (mehrere)
FinG	Finanzgericht
FN	Fußnote (dieser Arbeit)
Fußn.	Fußnote (bei zitierten Werken)
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften i.d.F. der Bek. v. 20.5.1898 (RGBl. S. 369, 810), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29.7.1976 (BGBl. I 2034)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 23.8.1976 (BGBl. I S. 2383)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892 (RGBl. S. 477), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen v. 24.3.1976 (BGBl. I S. 725)
GS.	Gesetzessammlung
GV	Gesetz- und Verordnungsblatt
HambVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
HdBKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Hgb. Hans Peters, Bd. I–III, Berlin 1956–1959
Hess.	Hessischer, -e, -es
Hgb.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl. S. 219), zuletzt geändert durch das Einführungsgesetz zur Abgabenordnung (EGAO 1977) v. 14.12.1976 (BGBl. I S. 3341)
HLB	Hessische Landesbank – Girozentrale
h.M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
kg	Kilogramm
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KWG	Gesetz über das Kreditwesen i.d.F. der Bek. v. 3.5.1976 (BGBl. I S. 1121) geändert durch das Einführungsgesetz zur Abgabenordnung (EGAO 1977) v. 13.12.1976 (BGBl. I S. 3341)
LT-Drucks.	Landtagsdrucksache
M.	Mark
MBI.	Ministerialblatt
MBIW.	Ministerialblatt für Wirtschaft
Mill.	Millionen
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

Nachw.	Nachweise
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
o.ä.	oder ähnliches
o. Begr.	ohne Begründung
öff.	öffentlich
OHG	offene Handelsgesellschaft
o.J.	ohne Angabe des Erscheinungsjahres
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pf.	Pfennig
Pr.	Preußischer, -e, -es
PrVBl	Preußisches Verwaltungsblatt
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen v. 15.8.1969 (BGBl. I. S. 1189, ber. BGBl. I S. 1970, 1113, geändert durch Gesetz v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469)
Rep.	Repertorium
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RM	Reichsmark
RMBliV	Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministerium des Innern
Rnr.	Randnummer
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt
s.	siehe
S.	Satz, Seite
Saarl.	Saarländischer, -e, -es
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
Sept.	September
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte
SpkG	Gesetz über die Sparkassen sowie über die Girozentrale und Sparkassen- und Giroverbände (Sparkassengesetz – SpkG –) i.d.F. der Bek. v. 2.7.1975 (GV NW S. 498)
SpkVO	Verordnung über den Betrieb und die Geschäfte der Sparkassen (Sparkassenverordnung – SpkVO–) v. 1.9.1970 (GV NW S. 692), zuletzt geändert durch VO v. 23.8.1978 (GV NW S. 499, ber. GV NW 1978 S. 527)
StGH	Staatsgerichtshof
s.u.	siehe unten
Tab.	Tabelle
Tz.	Teilziffer
U.	Urteil
u.ä.	unter anderem
u.s.w.	und so weiter
v.	vom, von
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungs-Archiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof

vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(-en)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwRSpr	Verwaltungsrechtsprechung
z.B.	zum Beispiel
ZGKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

## Erster Teil

### Einführung

#### 1. Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung

In den vergangenen Jahren ließen gestiegene Inflationsraten die Bilanzsummen der Kreditinstitute erheblich anwachsen, ohne daß das Eigenkapital dieses inflationsbedingte Wachstum mitvollzogen hätte.<sup>1</sup> Bei den Sparkassen wurde durch den Abbau<sup>2</sup> jahrzehntealter Steuerprivilegien<sup>3</sup> die Eigenkapitalbildung aus Überschüssen des Geschäftsbetriebs erheblich erschwert.<sup>4</sup> Zugleich stellte das weitere Vordringen der Sparkassen in ertragsstärkere Geschäftsbereiche höhere Anforderungen an ihre Eigenkapitalausstattung.<sup>5</sup> Auch die notwendig gewordene Sanierung der Hessischen Landesbank blieb nicht ohne Einfluß auf die Eigenkapitalausstattung der Sparkassen.<sup>6</sup>!

Seit dem Sparkassentag 1976 in Stuttgart<sup>7</sup> ist das aus diesen Entwicklungen resultierende Problem der Eigenkapitalausstattung der Sparkassen auch ins Bewußtsein einer breiteren Öffentlichkeit gerückt. Nicht nur in der Fachpresse<sup>8</sup>, sondern auch in der allgemeinen Tages-<sup>9</sup> und Wochenpresse<sup>10</sup> findet die Diskussion um die Lösung dieses Problems ihren Niederschlag.

Bevor im zweiten und dritten Teil dieser Arbeit zwei rechtliche Aspekte dieser Diskussion näher untersucht werden, sollen im ersten Teil die teils

1 Geiger, H., Bankpolitik S. 166.

2 Dazu Hilbrecht, DB 1977, 1666 ff.

3 Zur Entwicklung dieser Privilegien Koschorreck, Finanzarchiv N.F. Bd. 28, 253 ff.

4 Geiger, H., Bankpolitik S. 93 f.; Geiger, H., Wettbewerbsvorteile S. 49 ff.; Poullain, S. 105; Kurze S. 56; Assmann, Kommunalwirtschaft 1976, 370.

5 Güde S. 118; Kurze S. 137.

6 Kurze S. 39, Fischer, Kreditausfälle, S. 155.

7 s. Für Stabilität und Fortschritt, etwa die Reden Graf Lambsdorff (S. 50 ff.) und Stecker (§. 227).

8 Hier seien – stellvertretend für viele andere – genannt: Oberbeckmann, Sparkasse 1977, 39; Wagener, ZGKW 1978, 330 ff.; Eigenkapitalausstattung der Sparkassen, der Landkreis 1977, 460; Stecker, Kommunalpolitische Blätter 1977, 219 f.; Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, Die Demokratische Gemeinde 1977, 122.

9 Etwa Sparkassen suchen mehr haftendes Kapital, FAZ v. 3. 5. 1977; Gute Ergebnisse lösen Steuerprobleme nicht, Westfälische Nachrichten v. 23. 2. 1977.

10 Etwa Herlt, Die Zeit v. 5. 11. 1976.

rechtlichen, teils wirtschaftlichen Grundlagen der Eigenkapitalausstattung dargelegt werden. Dabei werden der Begriff (Ziff. 2) und die Aufbringung des Eigenkapitals (Ziff. 3) dargestellt, und es wird untersucht, welche Bedeutung dem Eigenkapital für den Betrieb der Sparkassen zukommt (Ziff. 4). Anschließend daran werden die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten für die Eigenkapitalprobleme der kommunalen Sparkassen kurz vorgestellt (Ziff. 5).

Soweit landesrechtliche Regelungen von Bedeutung sind oder zitiert werden, stellt die Arbeit auf die nordrhein-westfälische Rechtslage und die nordrhein-westfälischen Vorschriften ab, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vermerkt ist. Wegen der großen Übereinstimmung im Sparkassenrecht der Bundesländer sind die gefundenen Ergebnisse regelmäßig auf die anderen Länder und Landesrechte übertragbar.

## 2. Der Begriff des Eigenkapitals

Unter dem Eigenkapital eines Unternehmens wird in der Betriebswirtschaftslehre der dem Eigentümer gehörende Anteil am Gesamtkapital verstanden.<sup>11</sup> Anders ausgedrückt: Das Eigenkapital ist die Differenz zwischen Vermögen und Schulden eines Unternehmens.<sup>12</sup> Wegen der Bezugnahme auf den Begriff Eigentümer ist es in Grenzfällen, z. B. bei der stillen Gesellschaft, schwierig zu bestimmen, ob Eigenkapital vorliegt.<sup>13</sup> Die Problematik ist derjenigen vergleichbar, juristisch zwischen stiller Gesellschaft und Darlehen zu unterscheiden.<sup>14</sup> Da diese Arbeit es nicht mit solchen Grenzfällen zu tun hat, mag der Hinweis auf das Problem genügen.<sup>15</sup>

Zum Eigenkapital gehören also bei einer Aktiengesellschaft das Grundkapital, die offenen Rücklagen, der Gewinn, der nach dem tatsächlichen Status nicht erforderliche Anteil der Wertberichtigungen und Rückstellungen<sup>16</sup> und die stillen Reserven abzüglich eines Verlustes.<sup>17</sup>

Die Schwierigkeit, die Höhe stiller Reserven und den bei Wertberichtigungen und Rückstellungen anzusetzenden Betrag zu ermitteln, vermeidet das KWG, indem es für seine Zwecke den Begriff des „haftenden Eigenkapitals“ benutzt und ihn für die einzelnen Rechtsformen der Kreditinstitute präzise definiert (§ 10 Abs. 2 KWG). So zählen zum haftenden Eigenkapital einer als

Aktiengesellschaft geführten Bank gem. § 10 Abs. 2 Nr. 2 KWG das eingezahlte Grundkapital abzüglich des Betrags der eigenen Aktien und die Rücklagen. Diese Methode der Addition und Subtraktion von ihrem Betrage nach klar feststellbaren Posten wird auf alle Rechtsformen angewandt; auf Einzelheiten braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Stille Reserven, Wertberichtigungen und Rückstellungen bleiben in jedem Fall unberücksichtigt. Der Reingewinn, dessen Verbleib im Unternehmen beschlossen ist, ist dem haftenden Eigenkapital zuzurechnen, ein entstandener Verlust ist abzuziehen (§ 10 Abs. 3 KWG).

Der Begriff des haftenden Eigenkapitals ist damit einerseits enger, indem er z. B. die stillen Reserven nicht umfaßt; andererseits ist er weiter als der Begriff des Eigenkapitals, weil er in zwei Fällen die Möglichkeit vorsieht, einer bestehenden Haftung durch einen Zuschlag Rechnung zu tragen (§ 10 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 KWG).<sup>18</sup>

## 3. Die Aufbringung des Eigenkapitals

Für ein Unternehmen gibt es zwei Möglichkeiten der Eigenkapitalbildung: die Zuführung von Mitteln durch die Eigentümer (Eigenfinanzierung) und die Rückbehaltung von Gewinnen (Selbstfinanzierung).<sup>19</sup> Ein Spezifikum der Sparkassen ist – jedenfalls bis heute –, daß sie ihr Eigenkapital ausschließlich durch Selbstfinanzierung aufbringen.<sup>20</sup> Diese Eigenheit ist historisch bedingt; praktisch oder rechtlich ausgeschlossen ist die Eigenfinanzierung nicht; inzwischen ist die Einzahlung von Dotationskapital in einem Sparkassengesetz als Möglichkeit vorgesehen.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Hagenmüller/Diepen S. 75; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 225.

<sup>19</sup> Güde S. 121; Wöhe S. 495 ff. spricht statt von „Eigenfinanzierung“ von „Einlagen- und Beteiligungsfinanzierung“.

<sup>20</sup> Mülhaupt, Einführung S. 73; v. Köppen S. 342, 353; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 170; Mülhaupt, Strukturwandlungen S. 116; Geiger, H., Bankpolitik S. 166; Güde, S. 121. Hinweise auf Einzelfälle der Einzahlung von Dotationskapital durch Gewährträger bei Güde S. 121 (gemeint ist wohl die Nassauische Sparkasse) und Kurze S. 187.

<sup>21</sup> Güde S. 121; der in der Fußnote angesprochene § 23 Abs. 4 des Saarländischen Sparkassengesetzes lautet: „Als Einlagen im Sinne des Absatzes 3 gelten auch die Erlöse aus dem Verkauf von Sparkassenbriefen und Schuldverschreibungen. Ist die Sparkasse auf Dauer mit einem Dotationskapital ausgestattet, so richtet sich die Zulässigkeit der Abführung an den Gewährträger nach der Summe von Dotationskapital und Sicherheitsrücklage.“

<sup>11</sup> v. Köppen S. 36; Sellien/Sellien Sp. 1158; Hax in Hax/Wessels S. 417; Heinen, E. S. 248.

<sup>12</sup> Wöhe S. 564; v. Köppen S. 37; Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 55; Holdijk S. 28 f.

<sup>13</sup> Gutenberg S. 199 f.; Hax in Hax/Wessels S. 417.

<sup>14</sup> s. dazu etwa Larenz, Schuldrecht, Besonderer Teil S. 392 f.: Erman-Schopp vor § 607 Rnr. 21.

<sup>15</sup> Die möglichen Kriterien einer Abgrenzung untersucht Kurze S. 5 ff.

<sup>16</sup> Stark vereinfacht; im einzelnen s. v. Köppen S. 83 ff. und 105 ff.

<sup>17</sup> v. Köppen S. 55 ff.

#### 4. Die Bedeutung des Eigenkapitals für den Betrieb der Sparkassen

Bei der Feststellung, welche Bedeutung das Eigenkapital für den Betrieb der Sparkassen hat, soll von den Funktionen, die dem Eigenkapital generell im Bankbetrieb zukommen, ausgegangen werden. Jede dieser Funktionen wird darauf untersucht, inwieweit das Eigenkapital sie auch bei den kommunalen Sparkassen mit ihren besonderen Verhältnissen wahrnimmt, da die allgemeinen Aussagen bei den öffentlich-rechtlichen Instituten mit Gewährträgerhaftung nur bedingt gelten.<sup>22</sup>

Die Einteilung der Funktionen folgt der Gliederung Hagenmüllers<sup>23</sup>, weil diese gegenüber anderen Vorschlägen<sup>24</sup> den Vorzug größerer Differenziertheit genießt.<sup>25</sup> Dabei wird in Kauf genommen, daß die einzelnen Funktionen sich bei der Einteilung teilweise überschneiden<sup>26</sup> und auf leicht unterschiedlichen Eigenkapitalbegriffen basieren.<sup>27</sup> Die Darstellung wird ergänzt durch den Punkt „spezifische Funktionen des Eigenkapitals für den Betrieb der Sparkassen“, um den Besonderheiten der kommunalen Sparkassen auch insoweit Rechnung tragen zu können, als diese besondere, im allgemeinen Bankbetrieb nicht wahrgenommene Funktionen des Eigenkapitals bewirken.

##### 4.1 Die Gründungsfunktion

Ist die Gründung eines Kreditinstituts theoretisch auch ohne Eigenkapital denkbar, so ist dieser Weg praktisch jedenfalls verschlossen, weil die nach § 32 Abs. 1 KWG erforderliche Erlaubnis zum Betrieb eines Kreditinstituts versagt wird, wenn „die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel, insbesondere ein ausreichendes haftendes Eigenkapital“ fehlen (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 KWG).

In dieser Funktion als Errichtungsgrundlage<sup>28</sup> können die Rücklagen nicht zum Eigenkapital zählen, weil sie erst während des Betriebes aus Überschüssen gebildet werden.<sup>29</sup> Wenn die Bilanzen der Sparkassen auch heute noch kein

Grund-, Stamm- oder Dotationskapital enthalten, sondern allein Rücklagen<sup>30</sup>, spiegeln sie die Anfangsgeschichte der Sparkassen wider. Diese wurden als unselbständige Anstalten<sup>31</sup> mit sächlichen Mitteln der Gemeinden betrieben<sup>32</sup> und waren anfangs allein im Spar-, also im Passivgeschäft tätig.<sup>33</sup> Das Aktivgeschäft diente lediglich der möglichst sicheren Anlage der im Spargeschäft hereingenommenen Gelder.<sup>34</sup> Eine Notwendigkeit für ein Kapital bestand daher weder zur Finanzierung einer Geschäftsausstattung noch zur Erteilung von Krediten oder zur Schaffung einer Vertrauensbasis.<sup>35</sup>

Heute kommen echte Neugründungen von Sparkassen praktisch nicht vor, so daß die Gründungsfunktion für die Sparkassen keine Rolle spielt.

##### 4.2 Die Garantiefunktion

Das Eigenkapital fängt bei Banken wie bei anderen Unternehmen Verluste auf und verhindert, daß sie auf das Fremdkapital durchschlagen<sup>36</sup>; es dient damit der Sicherheit der Einlagen. Diese „Pufferfunktion“<sup>37</sup> hat bei Kreditinstituten besondere Bedeutung angesichts des hohen Anteils an Fremdkapital einerseits und der spezifischen Risiken des Kreditgeschäfts andererseits.<sup>38</sup>

Die Notwendigkeit mit dem Eigenkapital Verluste aufzufangen, ergibt sich selbstverständlich nur, wenn Verluste eingetreten sind. Je intensiver vorgesorgt wird, um durch Maßnahmen der Sicherheitspolitik den Eintritt von Verlusten von vornherein zu verhindern und ihre Folgen einzugrenzen, desto geringer wird die Bedeutung des Eigenkapitals in dieser Funktion praktisch sein. Deshalb wird bei den Sparkassen die Sicherheit in erster Linie durch die gegenüber anderen Instituten ungleich stärkeren rechtlichen Bindungen<sup>39</sup> bei den Geschäften gewährleistet.<sup>40</sup> In zweiter Linie schützt das Eigenkapital die

30 Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 128 f.; v. Köppen S. 151; zu den Ausnahmen s. o. Ziff. 3 FN 20.

31 Trende S. 83 f.; Wolff/Bachof II, § 100 II a.

32 So war die Berliner Sparkasse „auf dem Rathaus etabliert“ (Trende S. 84) und die Stadtparkasse Münster von ihrer Gründung im Jahre 1829 bis 1889 in Räumen der Stadtverwaltung untergebracht (Es begann am 7. Januar 1829 mit Sparkasse und Pfandleihanstalt, Westfälische Nachrichten v. 31. 8. 1977).

33 Marquardt/Perdelwitz, Der Sparkassen-Vorstand S. 1.

34 Vgl. dazu das preußische Reglement, die Einrichtung des Sparkassenwesens betreffend vom 12. Dezember 1838 (GS 1839, 5 ff.), das eine ausführliche Regelung des Spargeschäfts enthält, das Aktivgeschäft aber nur kurz (Nr. 5) unter dem Gesichtspunkt der Anlagensicherheit behandelt; s. auch v. Köppen S. 151.

35 Dazu s. unten Ziff. 4.6.

36 Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 59; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 230; Mülhaupt, Strukturwandlungen S. 115; Brinkmann, DB 1976, 878.

37 v. Köppen S. 64, Holdijk S. 63.

38 v. Köppen S. 120; Mülhaupt, Strukturwandlungen S. 115.

39 Vgl. die Vorschriften der SpkVO.

40 s. auch Unverzagt, Sparkasse 1956, 251 ff.

22 Hagenmüller, Bankbetrieb I, S. 232; Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 60 Fußn. 14; Güde S. 117.

23 Bankbetrieb und Bankpolitik S. 57 ff.; Bankbetrieb I S. 228 ff.

24 s. dazu v. Köppen, S. 122 f.

25 Die Gliederung Hagenmüllers wird auch von Güde S. 115 f. verwandt.

26 Hagenmüller räumt diese Überschneidungen selbst ein, die sich seiner Ansicht nach nicht vermeiden lassen, wenn man einen möglichst vollständigen Eindruck gewinnen will (Bankbetrieb und Bankpolitik S. 58).

27 Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 232.

28 Zur Gründungsfunktion oder Funktion als Errichtungsgrundlage s. Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 58; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 229; v. Köppen, S. 171 ff.; Holdijk S. 69 ff.

29 Zu den Rücklagen s. näher Kurze S. 17 ff.

Einleger; zuletzt steht der Gewährträger in unbegrenzter Höhe für die Verbindlichkeiten der Sparkasse ein.<sup>41</sup> Man kann insofern von einer Rangordnung der Garantieträger sprechen.<sup>42</sup>

Versagt in einem Bankbetrieb des privaten Sektors einmal die „aktive Sicherheitspolitik“<sup>43</sup>, ist die Sicherheit der Gläubiger so groß wie das Eigenkapital in seinem umfassendsten Sinn, also etwa einschließlich der stillen Rücklagen.<sup>44</sup> Bei den Sparkassen ist sie in der gleichen Situation ohne Rücksicht auf das Eigenkapital unbeschränkt. Es erscheint deshalb gerechtfertigt im Hinblick auf diese Funktion nicht nur davon zu sprechen, die Gewährträgerhaftung ergänze das Eigenkapital<sup>45</sup>, vielmehr ersetzt sie es.<sup>46</sup>

#### 4.3 Die Finanzierungsfunktion

Die dauernden Anlagen eines Kreditinstitutes in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen dürfen nach § 12 KWG nach ihren Buchwerten das haftende Eigenkapital nicht übersteigen. Was hier als gesetzliche Verpflichtung der Kreditinstitute formuliert ist, entspricht der als „goldene Bilanzregel“ (enge Fassung) bezeichneten Faustregel kaufmännischer Finanzierung, wonach das Anlagevermögen mit Eigenkapital zu finanzieren ist<sup>47</sup> und entspringt wie diese der Sorge um die Liquidität, die es gebietet, langfristig gebundene und wenig liquide Aktiva durch langfristig im Unternehmen verbleibende Passiva zu finanzieren.<sup>48</sup> Diese Finanzierungsfunktion<sup>49</sup> nimmt das Eigenkapital auch bei den Sparkassen wahr; auf die Probleme bei der Einhaltung des § 12 KWG wird unter Ziff. 4.7.2.3 eingegangen.

#### 4.4 Die Funktion des intertemporären Verlustausgleichs

Ein Unternehmen ohne Eigenkapital müßte schon bei kleinen Verlusten seinen Betrieb wegen Überschuldung einstellen, auch wenn diese sehr bald durch Gewinne wettgemacht werden. Das Eigenkapital vermag Verluste bis zu seiner vollen Höhe aufzufangen. Verluste eines Jahres können durch Gewinne des folgenden kompensiert werden.<sup>50</sup> Der Vorgang der Abschreibung von Verlusten vom Eigenkapital wird bei der Funktion des intertemporären Ver-

41 v. Köppen S. 159.

42 v. Köppen S. 159, 250; zu den unterschiedlichen Möglichkeiten der Einlagensicherung vgl. Szagunn/Voigt S. 19 ff.

43 Güde S. 78.

44 Die kollektiven Sicherungssysteme bleiben hier außer Betracht.

45 Mülhaupt, Einführung S. 73.

46 Deppe S. 136; ähnlich Holdijk S. 72.

47 Wöhe S. 550.

48 v. Köppen S. 176.

49 Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 59; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 230; Brinkmann, DB 1976, 878; Holdijk S. 65 ff.

50 Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 59; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 231.

lustausgleichs also unter einem anderen Aspekt gesehen als bei der Garantiefunktion. Diese hat die Sicherheit der Einlagen im Blick, jene die Möglichkeit der Fortführung des Betriebs.

Praktisch wird die Funktion des intertemporären Verlustausgleichs bei den Banken allerdings nur von den stillen Rücklagen wahrgenommen. Mit Rücksicht auf ihr „standing“, den „Goodwill“, das Vertrauen der Kundschaft sind die Banken genötigt, nach außen eine möglichst kontinuierliche Geschäftsentwicklung erkennen zu lassen. Der Ausgleich von Gewinnen und Verlusten geschieht deshalb soweit möglich über die stillen Reserven, also den Teil des Eigenkapitals, der nicht in der Bilanz erscheint.<sup>51</sup>

Diese Praxis wird dadurch erleichtert, daß Kreditinstitute größere Freiheit bei der Bewertung genießen und die bei anderen Unternehmen erforderlichen detaillierten Angaben über ihre Bewertungs- und Abschreibungsmethoden im Jahresabschluß nicht zu machen brauchen.<sup>52</sup> Für die Sparkassen gilt nichts anderes.<sup>53</sup>

#### 4.5 Die Funktion als Bemessungsgrundlage für die Gewinnverteilung

Wie bei anderen Unternehmen ist das Verhältnis der Anteile am Grund- oder Stammkapital auch bei Kreditinstituten Maßstab für die Verteilung des Gewinns.<sup>54</sup> Für die Sparkassen hat diese Funktion keine Bedeutung, weil ihr Betrieb nicht in erster Linie auf Gewinnerzielung gerichtet<sup>55</sup> und die Verwendung des Jahresüberschusses, die nach anderen Gesichtspunkten erfolgt, in besonderen Vorschriften geregelt ist.<sup>56</sup> Das Sparkassengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen geht zudem davon aus, daß jede Sparkasse nur einen Gewährträger hat, sei es nun eine einzelne Kommune oder ein Zweckverband<sup>57</sup>, so daß eine Bemessungsgrundlage für die Gewinnverteilung nicht notwendig ist.

51 Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 56, 59; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 231 f.; Büschgen S. 518; Kurze S. 20 ff.; nach Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 105 ist dieser Teil im allgemeinen genauso hoch wie der offene Teil des Eigenkapitals; nach Güde S. 112 sind die Sparkassen davon „jedoch noch weit, weit entfernt“.

52 Büschgen S. 518, 600; Güde S. 111 ff.; s. § 26 a KWG und § 5 Abs. 2 Nr. 6 PublG.

53 Szagunn/Neumann/Wohlschieß § 26 a Rnr. 1; Holdijk S. 48 m.w.N.

54 Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 59; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 231; vgl. §§ 60 Abs. 1 AktG, 29 Abs. 2 S. 1 GmbHG, 19 Abs. 1 S. 2 GenG.

55 § 1 Abs. 1 S. 2 der Mustersatzung für Sparkassen in NW (MBl. 1970, 1675 f.); s. auch § 3 SpkG.

56 Etwa § 27 SpkG.

57 Vgl. etwa §§ 3 S. 1, 4 Abs. 2, 5 S. 1, 6 Abs. 1 SpkG.

#### 4.6 Die Repräsentativfunktion

Bei allen Unternehmen, die ihre Bilanz veröffentlichen, kommt dem Eigenkapital eine Werbefunktion zu; indem es durch seine Höhe die finanzielle Situation – wenn auch unvollkommen – widerspiegelt, schafft es Vertrauen.<sup>58</sup> Besonders im Auslandsgeschäft kommt dem Eigenkapital in dieser Funktion besondere Bedeutung zu.<sup>59</sup>

Bei den Sparkassen ersetzt die Gewährträgerhaftung das Eigenkapital in dieser Funktion.<sup>60</sup>

#### 4.7 Die Begrenzungsfunktion

Die Begrenzungs- oder Bremsfunktion<sup>61</sup> des Eigenkapitals ergibt sich daraus, daß in kreditwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen das Eigenkapital als Bemessungsgrundlage für Begrenzungen des Geschäftsvolumens der Kreditinstitute dient. Diese Bestimmungen sind im KWG enthalten oder finden dort ihre Grundlage.

Seinem Zweck, „die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates zu wahren und die Gläubiger der Kreditinstitute nach Möglichkeit vor Verlusten zu schützen“<sup>62</sup> versucht dieses Gesetz nämlich dadurch gerecht zu werden, daß es allgemeine gesetzliche Ordnungsvorschriften für die innere Struktur der Kreditinstitute, besonders für ihre Ausstattung mit Eigenkapital und die Liquidität (§§ 10–12 KWG) und für eine solide Geschäftsführung, besonders im Kreditgeschäft (§§ 13–20 KWG) aufstellt. Es verzichtet damit darauf, von der Seite des Staats auf einzelne Geschäfte Einfluß zu nehmen und läßt einer geschäftlichen Betätigung einen größeren Freiraum.<sup>63</sup>

Während das Gesetz für das Kreditgeschäft und für die dauernden Anlagen in Grundbesitz usw. (§ 12 KWG) klare Gebots- und Verbotsnormen enthält, beschränkt es sich bei der Festlegung der angemessenen Eigenkapitalausstattung und die Sorge für die ausreichende Liquidität (§§ 10 Abs. 1 S. 1, 11 S. 1 KWG) auf „Programmsätze“<sup>64</sup> und bestimmt, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen stelle im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank und nach Anhörung der Spitzenverbände der Kreditinstitute Grundsätze auf, nach

58 Hagenmüller, Bankbetrieb und Bankpolitik S. 59 f.; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 231; Mülhaupt, Strukturwandlungen S. 116 spricht von „Akquisitionsfunktion“; ebenso Holdijk S. 67.

59 s. die Nachweise FN 58.

60 Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 129; auch die Wettbewerbsenquete erkennt die werbende Funktion der Gewährträgerhaftung an (S. 50); Holdijk S. 75.

61 Mülhaupt, Einführung S. 157; Hagenmüller, Bankbetrieb I S. 229 f.; v. Köppen S. 181 ff.; Holdijk S. 71 ff.

62 BT-Drucks. III/1114 S. 20.

63 BT-Drucks. III/1114 S. 20; s. auch BT-Drucks. III/2563 S. 2.

64 BT-Drucks. III/1114 S. 23.

denen es „im Regelfall“ beurteilt, ob den Anforderungen der „Programmsätze“ genügt ist (§§ 10 Abs. 1 S. 2, 11 S. 2 KWG). Die Grundsätze werden im Bundesanzeiger veröffentlicht (§§ 10 Abs. 1 S. 3, 11 S. 3 KWG).<sup>65</sup>

Ihrem Rechtscharakter nach sind die „Grundsätze“ nach Auffassung der Literatur weder Rechtsnormen noch Verwaltungsakte.<sup>66</sup> Sie begrenzen das Ermessen des Bundesaufsichtsamtes<sup>67</sup> und stellen „nicht unmittelbar verbindliche Verlautbarungen von besonderem Gewicht“ dar.<sup>68</sup> Die Einhaltung der Grundsätze kann vom Bundesaufsichtsamt vor allem anhand der Monatsausweise überwacht werden, die die Kreditinstitute gem. § 25 Abs. 1 KWG an die Deutsche Bundesbank einreichen müssen und die diese mit ihrer Stellungnahme an das Bundesaufsichtsamt weiterreicht (§ 25 Abs. 2 KWG). Ein wiederholter oder nicht nur geringfügiger Verstoß gegen die Grundsätze begründet – so die Auffassung im Schrifttum – die widerlegliche Vermutung eines Verstoßes gegen § 10 Abs. 1 oder § 11 KWG und berechtigt das Amt zum Tätigwerden nach § 45 KWG, soweit das Kreditinstitut nicht Sonderverhältnisse nachweist, die ein Abweichen von den Grundsätzen rechtfertigen.<sup>69</sup> Die Grundsätze sollen eine Beweislastumkehr bewirken.<sup>70</sup> Die nach § 45 KWG möglichen Maßnahmen des Bundesaufsichtsamtes – Entnahme-, Gewinnausschüttungs-, Kreditgewährungsverbot und u. U. das Verbot bestimmter Anlagen – stellen erhebliche Eingriffe in die geschäftliche Dispositionsfreiheit dar. Von daher ergibt sich die große Bedeutung der Grundsätze für die Praxis der Kreditinstitute.<sup>71</sup>

Bei der nachfolgenden Betrachtung der Grundsätze des Bundesaufsichtsamtes und der Regelungen des KWG, die bei der Begrenzung des Geschäftsumfanges direkt oder indirekt an das Eigenkapital anknüpfen, wird zwischen solchen Restriktionen, die vornehmlich der Sicherheit der Einlagen dienen, und solchen unterschieden, die die jederzeitige Liquidität sicherstellen sollen.

Nicht eingegangen werden soll auf die Rolle des Eigenkapitals für die Refinanzierung durch Wechseldiskontierung bei der Bundesbank.<sup>72</sup> Eine die

65 Zur Zeit gelten die „Grundsätze über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute“ i.d.F. der Bek. Nr. 1/69 vom 20.1.1969 (BAnz. Nr. 17), geändert durch Bek. vom 22.12.1972 (BAnz. Nr. 3/1973), zuletzt geändert durch Bek. v. 30.8.1974 (BAnz. Nr. 166).

66 Bähre/Schneider § 10 Anm. 9; Zimmerer/Schönle § 10 Anm. II; Schönle S. 438; Beck § 10 Rnr. 16; Schmidt, Sparkasse 1962, 131.

67 Bähre/Schneider § 10 Anm. 9.

68 Schönle S. 438.

69 Schönle S. 438; Bähre/Schneider § 45 Anm. 2; Beck § 10 Rnr. 42 ff.; Schork, Kommentar § 45 Anm. 2; Zimmerer/Schönle § 10 Anm. II 2; Szagunn/Neumann/Wohlschies § 10 Rnr. 3; Schork, Bank-Betrieb 1964, 37.

70 Zimmerer/Schönle § 10 Anm. II 2; Schönle S. 438; a.A. Beck § 10 Rnr. 16.

71 Zu möglichen Sanktionen der Bundesbank bei Nichteinhaltung der Grundsätze s. Beck § 10 Rnr. 53 und 69.

72 Vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsberichte 1975 Nr. 4 S. 21 ff.

Geschäftsentwicklung begrenzende Wirkung kommt dem Eigenkapital bei den Sparkassen insofern kaum zu, weil das Wechselgeschäft bei den Sparkassen eine verhältnismäßig geringe Rolle spielt und die Rediskontkontingente von der Bundesbank nach liquiditäts-, geld- und kreditpolitischen Erfordernissen festgesetzt werden.<sup>73</sup>

#### 4.7.1 Begrenzungen zum Schutz der Sicherheit

##### 4.7.1.1 Grundsatz I

Nach Grundsatz I, der ebenso wie Grundsatz I a auf § 10 KWG beruht, sollen „die Kredite und Beteiligungen eines Kreditinstitutes abzüglich der Wertberichtigungen sowie abzüglich der passiven Rechnungsabgrenzungsposten aus Gebührenabgrenzung im Teilzahlungsfinanzierungsgeschäft . . . das 18fache des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen“. Im weiteren Text wird näher bestimmt, was unter „Krediten“ zu verstehen ist.

Durch diese Anbindung der Kreditsumme an das haftende Eigenkapital wird eine Beziehung zwischen den nach allgemeiner Erfahrung in erster Linie risikobehafteten Aktiven und dem Eigenkapital hergestellt<sup>74</sup>, das bei Ausfällen als Schutzwall vor den Einlagen liegt.<sup>75</sup>

Die Begrenzung des Kreditgeschäfts durch den Grundsatz I ist damit auch für die Sparkassen bedeutsam und praktisch.<sup>76</sup>

##### 4.7.1.2 Grundsatz Ia

Der Unterschiedsbetrag zwischen Aktiv- und Passivdevisenpositionen, so fordert Grundsatz I a, wo diese Begriffe auch näher bestimmt werden, soll bei einem Kreditinstitut täglich bei Geschäftsabschluß 30 % des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen. Bei den innerhalb eines Monats und eines Kalenderjahres fällig werdenden Positionen liegt die Grenze bei 40 %. Damit werden die Risiken des Devisengeschäfts, die durch die Freigabe der Wechselkurse im Jahre 1973 erheblich erhöht wurden, und das Engagement im Devisentermingeschäft, die u. a. den Fall Herstatt verursachten, begrenzt.<sup>77</sup> Nicht die Höhe der Aktiv- oder Passivposten wird dabei limitiert, sondern der Differenzbetrag. Dadurch soll der Abschluß von risikoausschließenden Gegengeschäften veranlaßt werden.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Güde S. 68; Kurze S. 132 ff.

<sup>74</sup> Szagunn/Neumann/Wohlschies, Anh. zu §§ 10 und 11 Rnr. 8; Stähr, Sparkasse 1977, 127.

<sup>75</sup> s.o. Ziff. 4.2.

<sup>76</sup> Güde S. 117 f.; Kurze S. 113 ff., dort auch gründliche Zahlenbelege.

<sup>77</sup> Szagunn/Neumann/Wohlschies, Anh. zu §§ 10 und 11 Rnr. 14.

<sup>78</sup> Szagunn/Neumann/Wohlschies, Anh. zu §§ 10 und 11 Rnr. 14; Bähre/Schneider § 10 Anm. 11; Güde S. 108.

Da die Sparkassen im Hinblick auf Devisengeschäfte sparkassenrechtlichen starken Beschränkungen unterliegen<sup>79</sup>, spielt Grundsatz I a hier keine Rolle.<sup>80</sup>

##### 4.7.1.3 § 13 KWG

Im Rahmen der Vorschriften über das Kreditgeschäft (§§ 13–20 KWG) enthält § 13 KWG Vorschriften über Großkredite. Darunter werden nach der Legaldefinition des § 13 Abs. 1 S. 1 KWG solche Kredite verstanden, die 15 % des haftenden Eigenkapitals des Kreditinstituts übersteigen. § 13 KWG enthält:

###### a) Anzeigepflichten

- Großkredite sind der Deutschen Bundesbank anzuzeigen (§ 13 Abs. 1 S. 1 KWG).
- Sie sind erneut anzuzeigen, wenn sie um 20 % des zuletzt angezeigten Betrages erhöht werden oder 75 % des haftenden Eigenkapitals übersteigen. (§ 13 Abs. 1 S. 2 KWG).

###### b) Vorschriften über die innerbetriebliche Willensbildung

- Kreditinstitute in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft dürfen Großkredite nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter gewähren (§ 13 Abs. 2 KWG).

###### c) Kreditgewährungsverbote

- Die fünf größten Großkredite dürfen das Dreifache des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen (§ 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 KWG).
- Alle Großkredite dürfen das Achtfache des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen (§ 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG).
- Der einzelne Großkredit darf 75 % des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen (§ 13 Abs. 4 KWG).

Wegen der Ausnahmen und Modifikationen der Regelung muß auf den Gesetzestext verwiesen werden.

Die Vorschrift dient der Eindämmung der Gefahren, die mit Krediten verbunden sind, die im Verhältnis zum Eigenkapital zu hoch sind. Diese Gefahren liegen in etwaigen Kreditverlusten, der Beeinträchtigung der Liquidität und Rentabilität beim Einfrieren solcher Kredite und der entstehenden Abhängigkeit vom Kreditnehmer.<sup>81</sup> Ihre jetzige Fassung hat sie durch die Novellierung des Jahres 1976 erhalten, deren parlamentarische Beratung unter dem Eindruck des Falles Herstatt stand.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> s. § 31 Nr. 2 SpkVO; Güde S. 107 f.

<sup>80</sup> Güde S. 108; Kurze S. 122; Holdijk S. 78.

<sup>81</sup> Szagunn/Neumann/Wohlschies § 13 Rnr. 1; Bähre/Schneider § 13 Rnr. 1.

<sup>82</sup> BT-Drucks. VII/4631 S. 1; vgl. auch Assmann, Kommunalwirtschaft 1976, 371.

Die begrenzende Wirkung des § 13 KWG liegt, was die Kreditgewährungsverbote betrifft, auf der Hand. Stark abgeschwächt tritt sie aber auch bei den Anzeigepflichten und den Vorschriften über die Beschlußfassung auf, deren Erfüllung mit Umständen verbunden und damit lästig und kostenträchtig ist. § 13 KWG gilt für die Sparkassen in gleicher Weise wie für andere Kreditinstitute. Die Auswirkungen sind allerdings aus zwei Gründen für die Sparkassen nicht so gravierend: Zum einen unterliegen die Sparkassen sparkassenrechtlichen Beschränkungen auch hinsichtlich der Höhe von Krediten<sup>83</sup>; diese sind größtenteils enger als die Grenzen des § 13 KWG.<sup>84</sup> Wenn im Einzelfall ein Kredit zu hoch für eine Sparkasse ist, kann – zweitens – die Girozentrale einspringen. Die mit der Kreditaufnahme bei einem anderen Institut vorhandene Gefahr des Abwanderns wird damit stark gemindert.

#### 4.7.2 Begrenzungen zum Schutz der Liquidität

##### 4.7.2.1 Grundsatz II

Grundsatz II, der ebenso wie Grundsatz III seine Grundlage in § 11 KWG findet, bindet die Höhe langfristiger Anlagen an die Höhe langfristiger Finanzierungsmittel. Als langfristige Finanzierungsmittel sind nach Grundsatz II nicht nur das Eigenkapital sowie Verbindlichkeiten und Schuldverschreibungen mit einer Laufzeit von mehr als vier Jahren anzusehen, sondern nach der „Bodensatztheorie“ auch 10 % der Verbindlichkeiten mit täglicher Fälligkeit und vereinbarter Laufzeit bis zu vier Jahren und 60 % der Spareinlagen und der Schuldverschreibungen mit einer Laufzeit bis zu vier Jahren. Die Bodensatztheorie trägt der Erfahrung Rechnung, daß bei einer Vielzahl von Gläubigern nicht alle bei Fälligkeit über ihr Guthaben verfügen und sich regelmäßige Einzahlungs- und Auszahlungsströme die Waage halten. Sie gestattet deshalb, kurzfristige Finanzierungsmittel zum Teil langfristig anzulegen.<sup>85</sup>

Grundsatz II soll ebenso wie Grundsatz III die jederzeitige Zahlungsfähigkeit der Kreditinstitute sichern.<sup>86</sup> Er orientiert sich an der „goldenen Bankregel“ der Betriebswirtschaftslehre<sup>87</sup>, wonach sich Aktiva und Passiva nicht nur der Höhe, sondern auch ihrer Qualität, insbesondere ihrer Fristigkeit nach entsprechen müssen, wenn die Bank stets zahlungsfähig bleiben soll.<sup>88</sup>

Grundsatz II stellt auch für die Sparkassen eine „echte Bremse der

83 Vgl. §§ 22 ff. SpkVO.

84 Güde S. 81, Kurze S. 130 ff.; Holdijk S. 79 f.

85 Mülhaupt, Einführung S. 155.

86 Zum Zusammenspiel der beiden Grundsätze Szagunn/Neumann/Wohlschließ Anh. zu §§ 10 und 11 Rnr. 19.

87 Mülhaupt, Einführung S. 160; Beck § 11 Rnr. 41; Deutsche Bundesbank, Monatsberichte 1969 Nr. 3 S. 40.

88 Mülhaupt, Einführung S. 154.

Geschäftstätigkeit“ dar.<sup>89</sup> Allerdings hat das Eigenkapital an dieser Bremswirkung nur einen sehr geringen Anteil. Nach Güdes Angaben war das Eigenkapital an den langfristigen Finanzierungsmitteln der Sparkassen nach Grundsatz II am 31. 12. 1974 von insgesamt 144,6 Mrd. DM nur mit 9,2 Mrd. DM beteiligt, während der anrechnungsfähige Betrag der Spareinlagen allein 102,8 Mrd. DM betrug.<sup>90</sup> Von einer Bremswirkung des Eigenkapitals bei den Sparkassen kann man deshalb im Hinblick auf Grundsatz II kaum sprechen.

##### 4.7.2.2 Grundsatz III

In Grundsatz III wird die Liquiditätsregel des Grundsatzes II für die dort nicht erfaßten Aktivposten ergänzt, indem bestimmte Aktiva (z. T. nur prozentual) in ihrer Höhe an bestimmte Passiva gebunden werden. Zu den Passiva wird auch ein Finanzierungsüberschuß aus Grundsatz II gezählt.

Das Eigenkapital wirkt sich in diesem Rahmen nur sehr indirekt aus, indem es zu einem evtl. Finanzierungsüberschuß aus Grundsatz II beiträgt, wenn auch nur zu einem kleinen Teil. Schon deshalb kommt ihm im Hinblick auf Grundsatz III keine Bremsfunktion zu.

##### 4.7.2.3 § 12 KWG

Als Sonderregelung bindet § 12 KWG die langfristigen, schwer liquidierbaren Anlagen in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen der Höhe nach an das haftende Eigenkapital.<sup>91</sup> Damit ist die „goldene Bilanzregel“ in ihrer engsten Fassung für Kreditinstitute Gesetz.<sup>92</sup> Die gesetzliche Fixierung war hier anders als bei den Grundsätzen möglich, weil diese Regel nicht elastisch an die wirtschaftliche Situation angepaßt zu werden braucht.<sup>93</sup>

Für die Sparkassen steht § 12 KWG neben den sparkassenrechtlichen Sonderregeln, wonach Sparkassenmittel nur in bestimmte Grundstücke und Gebäude angelegt werden dürfen und die Anlage höchstens 10 % der Spareinlagen betragen darf.<sup>94</sup> Die Sparkassen sind nach diesen sparkassenrechtlichen Vorschriften auf die Beteiligung an Einrichtungen des Sparkassen- und Giroverbandes beschränkt.<sup>95</sup> Trotz dieser ohnehin vorhandenen Beschränkungen ist die Einhaltung des § 12 KWG für die Sparkassen teilweise nicht unproblematisch, teils wegen der – tatsächlich oder vermeintlich – unausweich-

89 Güde S. 53.

90 Güde S. 53.

91 Bähre/Schneider § 12 Anm. 1.

92 Szagunn/Neumann/Wohlschließ § 12 Rnr. 1; s. auch oben Ziff. 4.3.

93 Schork, Kommentar § 12 Anm. II.

94 Vgl. § 29 SpkVO.

95 Vgl. § 30 SpkVO; näher dazu und zu Ausnahmemöglichkeiten Heinevetter, 1. Aufl. zu § 30 SpkVO.

lichen Errichtung von Sparkassenneubauten, teils auch wegen der Kapitalerhöhung der Sparkassen- und Giroverbände.<sup>96</sup>

#### 4.8 Spezifische Funktionen des Eigenkapitals für den Betrieb der Sparkassen

Das Eigenkapital der Sparkassen nimmt aufgrund der besonderen rechtlichen Verhältnisse wie gezeigt Funktionen, die ihm bei anderen Kreditinstituten zukommen, nicht wahr. Die besonderen Verhältnisse bewirken aber andererseits, daß das Eigenkapital bei den Sparkassen zusätzliche Funktionen hat. Die erwähnten Besonderheiten der Gewährträgerhaftung und bei der Gewinnverwendung ziehen die Schutzfunktion<sup>97</sup> und die Entlastungsfunktion des Eigenkapitals nach sich.

##### 4.8.1 Die Schutzfunktion

Bereits bei der Untersuchung der Garantiefunktion wurde gesagt, daß sich eine Reihenfolge der Haftungsträger aufstellen läßt: die Einlagen werden in erster Linie durch geschäftspolitische Maßnahmen und rechtliche Bindungen bei den Geschäften<sup>98</sup>, dann durch das Eigenkapital und zuletzt durch die Gewährträgerhaftung geschützt.<sup>99</sup> Diese vom Sparkassenkunden her gesehene Reihe verkürzt sich aus der Sicht der haftenden Kommune:

Sie wird vor der Inanspruchnahme zur Deckung von Risiken, wie sie mit Bankgeschäften verbunden sind, in erster Linie durch vorsichtige Geschäftsführung und rechtliche Bindungen geschützt, denen die Sparkassen bei ihren Geschäften unterliegen. Versagt diese erste Sicherung, greift als zweite das Eigenkapital ein. Erst wenn es völlig verbraucht ist, haftet die Kommune, denn erst nach völligem Verbrauch des Eigenkapitals können die Gläubiger nicht mehr aus dem Vermögen der Sparkasse befriedigt werden (§ 5 S. 2 SpkG). Bei den Sparkassen schützt das Eigenkapital demnach den Gewährträger.<sup>100</sup>

Diese Zusammenhänge sind seit langem bekannt: nach Nr. 7 des preußischen Reglements, die Einrichtung der Sparkassen betreffend<sup>101</sup>, hatten Überschüsse so lange im Betrieb zu verbleiben „bis sich ein hinreichendes Kapital gebildet hat, um etwaige Verluste des Fonds zu decken und die Verpflich-

96 s. Güde S. 119; Zahlenangaben bei Kurze S. 123 ff.

97 Kurze spricht im Anschluß an ein unveröffentlichtes Gutachten von *Otfrid Fischer* von der „originären Funktion“ (S. 76).

98 s. o. Ziff. 4.2.

99 *Unverzagt*, Sparkasse 1956, 252 trennt die „laufende Überwachung“ durch die Staatsaufsicht von der Bindung durch Geschäftsbeschränkungen.

100 Güde S. 116; Kurze S. 76 f.; *Holdijk* S. 74 f.

101 v. 12. Dezember 1839 (GS. 1839, 5 ff.).

tungen gegen die Einleger zu erfüllen, ohne daß es nötig ist, deshalb die allgemeine Vertretung der Stadtgemeinden in Anspruch zu nehmen“.<sup>102</sup>

##### 4.8.2 Die Entlastungsfunktion

Ein privates Kreditinstitut kann seine Aufwendungen dadurch herabsetzen, daß es Fremdkapital durch Eigenkapital ersetzt.<sup>103</sup> Allerdings erwarten die Eigentümer eine Verzinsung ihres eingesetzten Kapitals. Diese Verzinsung stellt zwar keinen Aufwand im Sinne von Wertverzehr<sup>104</sup> dar, gleichwohl belastet sie das Unternehmen.<sup>105</sup> Hinzu kommt, daß die Ersetzung von Eigenkapital durch Fremdkapital unter dem Gesichtspunkt der Eigenkapitalrentabilität sich so lange günstig auswirkt wie das Fremdkapital mehr Ertrag als Aufwand erbringt (sog. Leverage-Effekt).<sup>106</sup>

Im Gegensatz dazu müssen die Sparkassen das vorhandene Kapital nicht verzinsen, sie brauchen auf Eigentümer keine Rücksicht zu nehmen.<sup>107</sup> Erhöht sich ihr Eigenkapital, sinkt nicht nur der Aufwand, sondern auch der „Kapitaldienst“.<sup>108</sup> Betriebswirtschaftlich gesehen erfährt die Sparkasse eine Entlastung<sup>109</sup>, die sie z. B. zur weiteren Eigenkapitalbildung oder zur Verbilligung ihrer Leistungen oder auch zu Ausschüttungen an den Gewährträger nutzen kann.<sup>110</sup>

#### 4.9 Zusammenfassung

Von den sieben Funktionen, die dem Eigenkapital bei anderen Kreditinstituten zukommen, erfüllt das Eigenkapital bei den Sparkassen nur drei:

- In seiner *Finanzierungsfunktion* finanziert es die langfristigen, schwer liquidierbaren Anlagen wie Grundstücke oder Beteiligungen.
- In der *Funktion des intertemporären Verlustausgleichs*, die praktisch weitgehend von den stillen Reserven wahrgenommen wird, ermöglicht es auch bei zeitweilig ungünstigem Geschäftsgang, nach außen eine kontinuierliche Entwicklung erkennen zu lassen.

102 Vgl. etwa aus den Materialien des SpkG LT-Drucks. III/430 S. 29.

103 *Hagenmüller*, Bankbetrieb III S. 334.

104 *Wöhe* S. 685.

105 *Hagenmüller*, Bankbetrieb III S. 335; v. *Köppen* S. 252.

106 *Hagenmüller*, Bankbetrieb III S. 336; zum Leverage-Effekt vgl. *Wöhe* S. 54.

107 *Mülhaupt*, Strukturwandlungen S. 124; zur Gewinnverwendung bei den Sparkassen s. oben Ziff. 4.5.

108 *Hagenmüller*, Bankbetrieb III S. 335.

109 *Perdelwitz*, Sparkasse 1937, 267 spricht davon, daß die Sparkasse „um so rentabler wirtschaften kann, je höher ihre Sicherheitsrücklage ist“, denn sie „kostet die Sparkasse keine Zinsen, sondern bringt ihr Zinsen“.

110 Es wird von der Situation der einzelnen Sparkasse abhängen, welche Möglichkeit sie wählt.

- Nach der Regelung des KWG bremsst das Eigenkapital als Anknüpfgröße für geschäftsbeschränkende Vorschriften die Geschäftsausweitung. Damit nimmt es *Begrenzungsfunktion* wahr.

In der Garantie- und der Repräsentativfunktion wird das Eigenkapital durch die Haftung des Gewährträgers ersetzt. Die Gründungsfunktion spielt keine Rolle, weil Neugründungen so gut wie nicht vorkommen und die bestehenden Sparkassen ihren Betrieb ohne Eigenkapital aufgenommen haben. Die Gewinnverteilung ist bei den Sparkassen abweichend von der privater Unternehmen geregelt; das Eigenkapital spielt dabei keine Rolle.

Aufgrund der bestehenden Besonderheiten hat das Eigenkapital bei den Sparkassen zwei zusätzliche Funktionen, die ihm bei anderen Kreditinstituten nicht zu kommen;

- In seiner *Schutzfunktion* schirmt es den kommunalen Gewährträger vor einer Inanspruchnahme ab.
- Als zinslos bereitgestelltes Kapital erfüllt es eine *Entlastungsfunktion*.

Engpässe bei der Eigenkapitalausstattung machen sich bei den Sparkassen zuerst bei der Einhaltung des Grundsatzes I, der den Geschäftsumfang an das haftende Eigenkapital bindet, und bei § 12 KWG, der die langfristigen, schwer liquidierbaren Anlagen im Hinblick auf die Finanzierungsfunktion auf die Höhe des Eigenkapitals begrenzt, bemerkbar. Bei Einhaltung des Grundsatzes II und des § 13 KWG entstehen weniger Schwierigkeiten. Die Grundsätze I a und III sind im Hinblick auf das Eigenkapital für die Sparkassen unproblematisch.

## 5. Vorschläge zur Lösung der Eigenkapitalprobleme bei den kommunalen Sparkassen

Zur Lösung der Eigenkapitalprobleme der kommunalen Sparkassen werden eine Reihe von Vorschlägen diskutiert. Für den folgenden Überblick werden diese Vorschläge fünf verschiedenen Gruppen zugeordnet:

- Sparkasseninterne Maßnahmen
- Organisationsinterne Maßnahmen
- Aufsichtsbehördliche und gesetzgeberische Maßnahmen
- Eigenkapitalbeschaffung durch Gewährträger
- Eigenkapitalbeschaffung durch Private.<sup>111</sup>

111 Kurze S. 139.

### 5.1 Sparkasseninterne Maßnahmen

Um ihre Selbstfinanzierung<sup>112</sup> zu verbessern, können die Sparkassen versuchen, durch geschäftspolitische Maßnahmen ihren Gewinn zu steigern. Hier kommt eine Senkung der Kosten ebenso in Frage wie eine Änderung der Gebührenpolitik oder der Geschäftsstruktur durch Verlagerung auf ertragsstärkere Geschäfte.<sup>113</sup>

Während diese Möglichkeiten eine Erhöhung des Eigenkapitals zum Ziel haben, können die Sparkassen auch versuchen, die Anforderungen an das Eigenkapital zu begrenzen. Denkbar ist Zurückhaltung bei der Geschäftsexpansion und die Bevorzugung solcher Geschäfte, die im Rahmen des Grundsatzes I wenig oder gar nicht angerechnet werden.<sup>114</sup>

Beide Strategien versprechen nur begrenzt Erfolg.<sup>115</sup> Sie stoßen entweder sehr bald an praktische Grenzen wie die Kostensenkung oder an die Grenzen des Marktes wie die Änderung der Geschäftsstruktur. Eine Änderung der Gebührenpolitik und Zurückhaltung bei der Geschäftsausweitung gefährden die Marktstellung der Sparkassen. Änderungen der Geschäftsstruktur zur Verbesserung der Erträge führen tendenziell zu stärkeren Belastungen des Grundsatzes I, Geschäfte die dort wenig oder gar nicht angerechnet werden, sind tendenziell ertragsschwächer.<sup>116</sup> Insoweit sind beide Strategien sogar gegenläufig.

So wichtig geschäftspolitische Maßnahmen dieser Art auch sein mögen, die besonderen Probleme der Eigenkapitalausstattung der Sparkassen vermögen sie auch deshalb nicht zu lösen, weil sie nicht sparkassenspezifisch sind. Die mit den Sparkassen im Wettbewerb stehenden Institutsgruppen verfahren nach gleichen oder ähnlichen Grundsätzen.

### 5.2 Organisationsinterne Maßnahmen

Die Zusammenarbeit innerhalb der Sparkassenorganisation bietet auch Hilfsmöglichkeiten bei Problemen mit der Eigenkapitalausstattung der Sparkassen.

Soweit die Einhaltung des § 12 KWG Schwierigkeiten bereitet, können Sparkassenneubauten im Leasingwege errichtet oder vorhandene Gebäude veräußert und dann langfristig gemietet werden. Die eingeschaltete Immobiliengesellschaft ist organisationseigen, eventuell unter Beteiligung der Sparkasse

112 Zum Begriff s. Ziff. 3.

113 Kurze S. 146 ff.

114 Kurze S. 143 ff.

115 Kurze S. 151.

116 Hier spiegelt sich der allgemeine Zielkonflikt zwischen Rentabilität und Sicherheit wider (dazu s. Güde S. 16). Zum Kommunalkredit vgl. Kurze S. 145.

selbst. Diese kann der Gesellschaft die benötigten Mittel auch als Kredit zur Verfügung stellen.<sup>117</sup>

Die Einhaltung der Großkreditbestimmungen des § 13 KWG kann durch Metakredite unter Beteiligung der örtlichen Girozentrale erleichtert werden.<sup>118</sup> Dabei kann die Girozentrale auch nur im Innenverhältnis beteiligt werden, ohne gegenüber dem Kreditnehmer in Erscheinung zu treten.<sup>119</sup>

Die Einhaltung von Grundsatz I und § 12 KWG läßt sich auf folgendem Wege sicherstellen: Eine Ein-Mann-GmbH des zuständigen Sparkassen- und Giroverbandes nimmt am Kapitalmarkt Gelder auf und überläßt diese der Sparkasse als stille Einlagen auf fünf, besser zehn Jahre mit der Abrede, daß eine Rückzahlung erst nach Befriedigung der anderen Gläubiger erfolgen soll. Die Einlage muß verzinst werden, soweit dadurch bei der Sparkasse keine Verluste entstehen. Diese als „Haftelagen-Vertrag“ bezeichnete Konstruktion<sup>120</sup> nutzt die Möglichkeit des § 10 Abs. 4, S. 1 KWG, wonach Einlagen stiller Gesellschafter dem haftenden Eigenkapital zugerechnet werden, wenn sie bis zur vollen Höhe am Verlust teilnehmen oder erst nach Befriedigung der Gläubiger zurückgefordert werden können.

Alle drei Möglichkeiten sind nicht sparkassenspezifisch, sondern grundsätzlich auch für andere Kreditinstitute geeignet. Alle drei verursachen Kosten oder wenigstens wie die Metakredite<sup>121</sup> Ertragsausfälle. Wegen auftretender Finanzierungsprobleme und der Zinsbelastung ist der Haftelagen-Vertrag nur als Übergangslösung in Notfällen geeignet.<sup>122</sup>

### 5.3 Aufsichtsbehördliche und gesetzgeberische Maßnahmen

Für alle Kreditinstitute und damit auch für die Sparkassen würde die Einhaltung des Grundsatzes I erleichtert, wenn das Bundesaufsichtsamt die Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung reduzierte, indem es etwa statt der 18fachen eine 20- oder 25fache Auslastung zuließe.<sup>123</sup>

Denkbar wäre auch eine – teilweise – Berücksichtigung von Pensionsrückstellungen beim Eigenkapital.<sup>124</sup> Die Aussichten auf solche Änderungen sind gering; nach den Erfahrungen der letzten Jahre (Herstatt, HLB usw.) sind eher Verschärfungen zu erwarten.<sup>125</sup>

Sparkassenspezifisch wäre dagegen die Berücksichtigung der Gewährträger-

117 Kurze S. 152 ff.

118 Güde S. 219 ff.; Kurze S. 155 f.

119 Kurze S. 155.

120 Kurze S. 157 ff.; Holdijk S. 212 ff.

121 Zu Problemen der Metakredite s. auch Güde S. 221.

122 Kurze S. 163 ff.

123 Kurze S. 166 f.

124 Kurze S. 167 f.

125 Kurze S. 167 f.

haftung durch einen Zuschlag zum haftenden Eigenkapital in § 10 KWG.<sup>126</sup> Eine solche gesetzgeberische Maßnahme würde an die spezifische Struktur der Sparkassen anknüpfen und schüfe eine langfristige Entlastung für die Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen.<sup>127</sup>

### 5.4 Eigenkapitalbeschaffung durch Gewährträger

Eine in jeder Hinsicht zweckentsprechende Lösung der Eigenkapitalprobleme der Sparkassen wäre die Gewährung von Dotationskapital durch die Kommunen. Hier kommt nicht allein die Zuführung von Barmitteln, die auch durch Kredite aufgebracht werden könnten, sondern auch die Gewährung von Sacheinlagen in Frage.<sup>128</sup>

Den Vorteilen dieser Lösung aus der Sicht der Sparkassen steht die Finanzknappheit der Kommunen gegenüber, die angesichts der relativ schwachen Stellung, die die Sparkassen als kommunale Kreditinstitute im Verteilungswettbewerb um die Verwendung kommunaler Haushaltsmittel im Vergleich zu anderen Bedarfsträgern z. B. auf dem bildungs- oder sozialpolitischen Sektor haben, die Gewährung von Dotationskapital im großen Stil unwahrscheinlich macht.<sup>129</sup>

Zum Teil besteht allerdings die Auffassung, die Kommunen seien zu entsprechenden Zahlungen aufgrund eines sparkassenrechtlichen Instituts der Anstaltslast verpflichtet.<sup>130</sup>

### 5.5 Eigenkapitalbeschaffung durch Private

Um private Geldgeber zur Stärkung der Eigenkapitalbasis der kommunalen Sparkassen heranzuziehen, wird die Einführung „nachrangigen Haftkapitals“ und „Genußscheinkapitals“ diskutiert.

Beim nachrangigen Haftkapital<sup>131</sup> stellen private Einleger einem Kreditinstitut längerfristige Darlehen zur Verfügung und erklären sich gegen einen Zinszuschlag mit dem Rücktritt ihrer Forderung hinter die anderen Gläubiger des Kreditinstituts bereit. Der Unterschied zum Haftelagenvertrag besteht

126 Kurze S. 169 ff.; Oberbeckmann, Sparkasse 1977, 38; Stecker, Kommunalpolitische Blätter 1977, 220; H. Geiger, Gemeindehaushalt 1977, 194.

127 Kurze S. 184; Holdijk S. 190 ff.

128 Kurze S. 186 ff.

129 Kurze S. 191 ff.; s. auch Herlt, Die Zeit vom 5. 11. 1976; weniger skeptisch Oberbeckmann, Sparkasse 1977, 38; Holdijk S. 207.

130 So z. B. Ahlers, ZGKW 1974, 57 ff.; a.A. F.D.P.-Fraktionsvorsitzenden-Konferenz S. 1 Ziff. 4; skeptisch dazu Oberbeckmann, Sparkasse 1977, 38; nicht festgelegt auch Heinrichs, Städte- und Gemeinderat 1977, 178.

131 Schmidt, Sparkasse 1977, 79 ff.; Hadding/Schneider, Sparkasse 1977, 390 ff.; Kurze S. 199 ff.; Holdijk S. 220 ff.; H. Geiger, Gemeindehaushalt 1977, 194 f.

nicht nur in der Person des Einlegers, sondern auch darin, daß die Verzinsung vom Geschäftserfolg des Kreditinstituts unabhängig ist. Aus diesem Grund wird auch das Vorliegen einer stillen Gesellschaft i.S. des § 10 Abs. 4 KWG verneint und eine Änderung des KWG zur Einführung eines solchen Kapitals für erforderlich gehalten.<sup>132</sup> Ungeklärt ist, ob die Gewährträgerhaftung auch für das nachrangige Haftkapital gelten soll.<sup>133</sup>

Genußscheinkapital wird von Privaten gegen die Einräumung verbriefteter Genußrechte, in diesem Fall auf einen Anteil am Gewinn, eingezahlt. Aus steuerlichen Gründen müßte die Kapitalüberlassung unbefristet erfolgen und ein Anspruch auf Teilhabe am Liquidationsgewinn würde nicht gewährt. Weil Genußscheinkapital im KWG nicht genannt ist, wird auch hier eine Gesetzesänderung für erforderlich gehalten.<sup>134</sup>

Beide Formen sind nicht sparkassenspezifisch. Es liegt nahe, daß die zu erfüllenden Renditeerwartungen der privaten Einleger eine stärkere Gewinnorientierung der Geschäftspolitik der Sparkassen nach sich ziehen.<sup>135</sup> Ob langfristig den Einlegern, etwa durch Sitz und Stimme im Verwaltungsrat Einfluß auf die Geschäftspolitik gewährt werden muß, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>136</sup>

Die Möglichkeit, die Sparkassen in Kreditinstitute privater Rechtsform umzuwandeln<sup>137</sup>, bleibt im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht.

## 6. Der weitere Gang der Untersuchung

Bei dem kurzen Überblick über die in der Diskussion befindlichen Lösungsmöglichkeiten hat sich ergeben, daß nur zwei Lösungen sparkassenspezifisch sind:

- die Einführung eines Eigenkapitalzuschlags zur Berücksichtigung der kommunalen Gewährträgerhaftung und
- die Einzahlung von Dotationskapital durch die Gewährträger aufgrund einer möglicherweise bestehenden Verpflichtung.

132 Kurze S. 200; Schmidt, Sparkasse 1977, 79 ff. läßt nicht genau erkennen, ob er davon ausgeht, das nachrangige Haftkapital falle schon heute unter § 10 Abs. 4 S. 1 KWG oder seine Anerkennung sei eine systemgerechte legislatorische Fortführung dieser Vorschrift.

133 s. dazu die Erklärung der kommunalen Spitzenverbände in: Eigenkapitalausstattung der Sparkassen, der Landkreis 1977, 460.

134 Kurze S. 205 ff.

135 Otto Graf Lambsdorff in: Für Stabilität und Fortschritt, S. 52; Kurze S. 215.

136 Kurze S. 204; Oberbeckmann, Sparkasse 1977, 38; Frenkel, Die Zeit v. 1. 7. 1977; F.D.P.-Fraktionsvorsitzenden-Konferenz S. 3.

137 s. näher Kurze S. 217 ff.; Holdijk S. 176 ff.

Im zweiten Teil wird sich die Arbeit mit der Frage befassen, ob eine solche Verpflichtung zur Zahlung von Dotationskapital besteht.

Im dritten Teil wird an die Beobachtung anknüpfend, daß das KWG zwar bei Privatbankiers und Kreditgenossenschaften, nicht jedoch bei den Sparkassen eine über das Betriebskapital hinausreichende Haftung im Rahmen der Eigenkapitalvorschriften berücksichtigt, geprüft werden, ob der Gesetzgeber von Rechts wegen auch für die Sparkassen einen Eigenkapitalzuschlag vorsehen muß.

Sowohl im zweiten als auch im dritten Teil spielt die unter der Bezeichnung „Anstaltslast“ im Schrifttum angenommene Verpflichtung der Kommune, Unterbilanzen ihrer Sparkasse auszugleichen und die Sparkasse zur Erfüllung des Anstaltszwecks instand zu halten, eine bedeutsame Rolle: Im zweiten Teil, weil die Anstaltslast die einzige mögliche Grundlage für eine Ausstattungspflicht der Kommune ist. Zur Wahrung des Zusammenhangs wird das Bestehen der Anstaltslast im zweiten Teil nicht nur im Hinblick auf die Ausstattungspflicht, sondern auch auf die Bilanzausgleichspflicht untersucht, auf die es erst im dritten Teil ankommt.

Im dritten Teil, weil sie, wenn sie besteht, das Haftungsverhältnis zwischen Kommune und Sparkasse entscheidend prägt und bei einem Vergleich, wie er etwa bei Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes anzustellen wäre, berücksichtigt werden muß.

## Zweiter Teil

### Das Bestehen der Anstaltslast

#### 1. Das Erscheinungsbild der Anstaltslast im Schrifttum

##### 1.1 Begriff der Anstaltslast

Unter Anstaltslast<sup>1</sup> wird die Verpflichtung des Trägers einer Sparkasse verstanden, diese während ihres Bestehens zur Erfüllung ihrer Aufgaben instand zu halten und eine etwaige Unterbilanz auszugleichen.<sup>2</sup> Es lassen sich also zwei Pflichten unterscheiden:

- die Instandhaltungspflicht und
- die Bilanzausgleichspflicht.

Die Pflicht zum Ausgleich einer Unterbilanz wird dabei als Spezialpflicht angesehen, die sich aus der allgemeinen Instandhaltungspflicht ergibt.<sup>3</sup> Zum Teil wird die Bilanzausgleichspflicht nicht selbständig genannt.<sup>4</sup>

##### 1.2 Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Während die Anstaltslast also das „Innenverhältnis“ zwischen Sparkasse und Gewährträger regelt, betrifft die Gewährträgerhaftung im „Außenverhältnis“ die Beziehungen zwischen Sparkassengläubiger und Kommune.<sup>5</sup> Die Gewährträgerhaftung verpflichtet die Kommune, für die Verbindlichkei-

1 Der Begriff wird soweit ersichtlich zum erstenmal von *Storck*, Der Gemeindetag 1939, 574 verwandt.

2 *Ahlers* ZGKW 1974, 57; *Clausen* S. 85; *Heinen*, N. S. 107, *Petry* S. 95 f.; *Schultze-Kimmle*, Sparkasse 1968, 351; *Szagunn/Voigt* S. 45 ff.; *Wahl* S. 17 sowie die in FN 3 und 4 Genannten. Zur Literatur vor 1945 s. unten bei Ziff. 2.1 und 2.2.

3 Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Sparkasse 1965, 53; *Fenge*, BB 1969, 1401; *Heinevetter* § 5 Rnr. 2; *Hoffmann*, HdBKWP Bd. III S. 754; *Hoffmann*, Sparkasse 1960, 103; *Krebs/Dülp*, Art. 4 SpkG Anm. I 2 b; *Lohr* S. 29 f.; *Rothe* § 2 Anm. IV; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 454; Wettbewerbsenquete S. 47; *Wolff/Bachof* II § 100 II c 4; an die Formulierung bei *Wolff* lehnen sich an: Hess. VGH, U. v. 23.3.1966 – OS II 6/63 –, ESVGH 16, 151 (153); FinG Rh.-Pf., U. v. 28.1.1969 – II – 455–456/66 –, EFinG 1969, 239 (240).

4 *Klüber*, Handbuch S. 200; *Stern/Burmeister* S. 27; *Stern/Nierhaus* S. 20; *Holdijk* S. 17.

5 *Fenge* BB 1969, 1401; *Heinen* N. S. 107; *Heinevetter* § 37 Rnr. 4; *Schlierbach*, Kommentar § 3 Anm. 2 A; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 448; *Stern/Burmeister* S. 26.

ten der Sparkasse einzustehen, soweit die Gläubiger aus deren Vermögen nicht befriedigt werden (§ 5 SpkG). Die praktische Bedeutung der Gewährträgerhaftung wird als gering eingeschätzt, weil sie wegen des Eingreifens der Anstaltslast nicht zum Tragen kommt.<sup>6</sup>

Zwischen beiden Instituten wird zwar begrifflich scharf geschieden<sup>7</sup>, es wird aber häufig betont, daß sie sachlich zusammenhängen<sup>8</sup>, zum Teil wird dabei von der Gewährträgerhaftung als speziell geregelter Anstaltslast<sup>9</sup>, als „nach außen projizierter Kehrseite“<sup>10</sup> und als „sinnvoller Ergänzung“ der Anstaltslast<sup>11</sup> gesprochen oder Anstaltslast und Gewährträgerhaftung werden als Ausdruck eines gemeinsamen Prinzips angesehen.<sup>12</sup>

### 1.3 Die Unzulässigkeit der Abschaffung der Anstaltslast

Von einem Teil der jüngsten Literatur wird die Anstaltslast in mehr oder weniger modifizierter Form für unabdingbar oder ihre Abschaffung für rechtlich unzulässig erklärt. Dabei wird zum Teil an die öffentliche Aufgabenstellung der Sparkassen<sup>13</sup>, zum Teil an ein allgemeines Prinzip des Verwaltungsrechtes<sup>14</sup> angeknüpft. Die außerjuristische Sparkassenliteratur verzichtet auf Modifikationen und Begründungen und erklärt die Abschaffung der Anstaltslast ohne Umschweife für unmöglich.<sup>15</sup>

### 1.4 Zweifelsfragen

Während über das Bestehen der Anstaltslast in der Literatur Einigkeit herrscht, ist im übrigen manches unsicher.

Während die Mehrzahl der Stimmen einfach von der Pflicht spricht, eine Unterbilanz auszugleichen<sup>16</sup>, fordern andere, der Gewährträger müsse eingetretene Verluste der Sparkasse ersetzen<sup>17</sup> oder bereits das Entstehen einer

6 *Rothe* § 5 Anm. 3; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 449; Wettbewerbsenquete S. 49.

7 a.A. *Wahl* S. 17 (o. Begr.);

8 *Heinevetter* § 37 Rnr. 4; *Krebs/Dülp* Einl. SpkG Anm. 3.

9 *Clausen* S. 82.

10 Wettbewerbsenquete S. 50.

11 Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Sparkasse 165, 54.

12 *Twiehaus*, S. 46; *Klüber*, Handbuch S. 201 spricht von „zwei Seiten derselben Sache“.

13 *Heinevetter*, § 37 Rnr. 5 (die Ausführungen gelten dem Zusammenhang nach auch für die Sparkassen); *Stern/Nierhaus* S. 90.

14 Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Sparkasse 1965, 53 ff.; Wettbewerbsenquete S. 50 und S. VIII.

15 *Kurze* S. 218.

16 z. B. *Clausen* S. 55; *Heinen* S. 107; *Krebs/Dülp*, Art. 4 SpkG Rnr. 2 b; *Rothe* § 2 Anm. IV.

17 *Heinevetter* (1. Aufl.), § 5 Rnr. 2; *Hoffmann*, HdBKWP Bd. III S. 754; *Wahl* S. 17.

Unterbilanz verhindern.<sup>18</sup> Teilweise wird die Bilanzausgleichspflicht darauf beschränkt, daß die Bilanz am Jahresende ausgeglichen ist<sup>19</sup>, teilweise wird eine weitergehende Unterstützung durch den Gewährträger verlangt.<sup>20</sup> Diese Unschärfen mögen auf mangelnder Präzision der Formulierungen und auch mangelnder Absetzung der Bilanzausgleichspflicht von der Instandhaltungspflicht beruhen.

Eine echte Kontroverse besteht jedoch in der Frage, ob die Anstaltslast<sup>21</sup> „lediglich eine Pflicht aufgrund des Gesetzes gegenüber dem Staat ist“<sup>22</sup> oder ob der Sparkasse ein Anspruch gegenüber dem Gewährträger zusteht.<sup>23</sup> Es liegt auf der Hand, daß diese Frage für die Position der Sparkasse gegenüber dem Gewährträger von großer Bedeutung ist, aber auch für Dritte, die einen Anspruch der Sparkasse gegen den Gewährträger möglicherweise pfordern könnten. Wichtig ist der Streit auch für die Bilanzierung bei den Sparkassen.

Diese Zweifelsfragen erklären sich zum Teil aus der Geschichte des Instituts der Anstaltslast, wie es heute in der Literatur erscheint. Ohne die Kenntnis dieser Geschichte und der Geschichte des Sparkassenwesens und des Sparkassenrechts, auf deren Hintergrund sie sich vollzieht, bleiben nicht nur diese Zweifelsfragen, sondern der ganze Komplex Anstaltslast schwer verständlich. Aus diesem Grunde schließt sich nun eine kurze Darstellung der wesentlichen Phasen der Entwicklung der Anstaltslast mit den notwendigen Ausblicken auf die Entwicklung des Sparkassenrechts an.

## 2. Die historische Entwicklung der Anstaltslast auf dem Hintergrund der Entwicklung des Sparkassenrechts

Die Geschichte der Anstaltslast wird im folgenden in vier Abschnitte eingeteilt. Dabei wird ausgegangen von der als grundlegend betrachteten<sup>24</sup> und heute noch häufig zitierten<sup>25</sup> Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungs-

18 *Ahlers*, ZGKW 1974, 57.

19 So ist wohl *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 449 mit seinem Hinweis auf den ordnungsgemäßen kaufmännischen Betrieb zu verstehen.

20 Nach *Heinevetter* § 5 Rnr. 2 muß der Sparkasse noch ein Spielraum bei der Einhaltung der Grundsätze I bis III verbleiben.

21 Soweit von der Anstaltslast als einer „Obliegenheit“ gesprochen wird (*Hoffmann*, Sparkasse 1960, 103), ist dieser Begriff wohl nicht technisch zu verstehen.

22 Wettbewerbsenquete S. 48 unter Berufung auf den Runderlaß von 1937 (s.u.); ebenso *Krebs/Dülp* Art. 4 SpkG Anm. I 2 b; *Lohr* S. 30; *Rothe* § 2 Anm. IV; *Stern/Burmeister* S. 27; eine eigene Begründung versucht *Heinen*, N. S. 108.

23 *Petry*, S. 95 ff.; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 44.

24 *Krebs/Dülp*, Art. 4 SpkG Anm. I 2 a; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 447.

25 *Ahlers*, ZGKW 1974, 57; *Heinevetter*, § 37 Rnr. 5; *Stern/Nierhaus* S. 89 und die in FN 24 Genannten.

gerichts aus dem Jahre 1897 (Ziff. 2.1). Von dem Runderlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern und des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers von 1937 (Ziff. 2.2) geht der Weg dann über die Wettbewerbsenquete des Jahres 1968 (Ziff. 2.3) in die jüngste Zeit, wo die Anstaltslast Anstöße von der kommunalen Gebietsreform und der Krise der Hessischen Landesbank erhalten hat (Ziff. 2.4).

## 2.1 Die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts von 1897

### 2.1.1 Das preußische Sparkassenreglement vom 12. Dezember 1838

Das preußische Sparkassenreglement vom 12. Dezember 1838<sup>26</sup>, das bis weit in unser Jahrhundert verbindliche Regelung des Sparkassenwesens blieb, lag der Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1897 zugrunde.

Das Reglement machte die Einrichtung einer Sparkasse von einer Zustimmung der „Kommunal-Repräsentation . . ., insonderheit zu der in allen Fällen von der Gesamtheit der Kommune zu übernehmenden Vertretung“ und einer staatlichen Genehmigung abhängig (Nr. 1–4 des Reglements).

Die eingenommenen Spargelder durften nur auf bestimmte, besonders sichere Anlagen verwandt werden (Nr. 5). Im Interesse der Sicherheit der Einlagen wurde auch bestimmt, daß die Sparkasse „einen besonderen, von anderen Kassen der Stadtverwaltung unvermischt zu erhaltenden Fonds“ zu bilden hatte (Nr. 6). Diese Bestimmung war notwendig, weil die Sparkassen nach dem Reglement als unselbständige Anstalten geführt wurden.<sup>27</sup>

Aus Überschüssen sollte zuerst eine Sicherheitsrücklage gebildet werden, um eventuelle Verluste decken zu können, ohne die „allgemeine Vertretung“ der Kommune in Anspruch nehmen zu müssen (Nr. 7). Nr. 8 enthielt eine Regelung zum Kommunalkredit. Durch diese Vorschriften, so das Reglement in Nr. 8, sei zugleich der Gefahr der Störung und Zerrüttung des Kommunalhaushalts vorgebeugt und „dafür gesorgt, daß die allgemeine Vertretungs-Verbindlichkeit der Kommunen nur in den seltensten Fällen in Anspruch zu nehmen seyn“ werde. Unter Vertretung ist dabei das finanzielle Einstehen der Gemeinde für ihre unselbständige Anstalt Sparkasse zu verstehen.<sup>28</sup>

Das Reglement enthält dann ausführliche Vorschriften über Kündigungsfristen, Mindest- und Höchstbeträge von Spareinlagen (Nr. 10–12) und über die Sparkassenbücher (Nr. 13–16). Der Mindestinhalt des Statuts einer Sparkasse ergibt sich aus Nr. 17 f. Die Aufsicht über die Sparkassen sollte sich nach den allgemeinen Vorschriften richten. Die Oberpräsidenten und Regie-

26 GS 1839, 5.

27 v. Knebel-Doerberitz S. 47; Schlierbach, Kommentar, Einl. I 1 (S. 35).

28 Zu diesem Sprachgebrauch s. *Trende* S. 120.

rungen wurden aber verpflichtet, den Sparkassen besondere Aufmerksamkeit zu widmen, sich von der Zweckmäßigkeit und Ordnung des Betriebs – auch durch außerordentliche Kassenrevisionen – zu überzeugen und „wo sie Unordnungen und Mißbräuche bemerken, mit Ernst auf deren Abstellung zu dringen“ (Nr. 19). Den Vorschriften über die Aufsicht folgten dann Sondervorschriften über Sparkassen größerer Landesteile und Übergangsregelungen. Das Sparkassenreglement trat in Nordrhein-Westfalen am 1. April 1958 außer Kraft.<sup>29</sup>

### 2.1.2. Der Sachverhalt und der Gang des Verfahrens<sup>30</sup>

Am 6. Februar 1866 beschloß die Amtsversammlung des Amtes Herne die Einrichtung einer Sparkasse für die Gemeinden des Amtes.<sup>31</sup> Als erster Rendant wurde Wilhelm Sprick gewählt; er hatte eine Kautions von 1000 Talern zu stellen und eine Bürgschaft über 2000 Taler beizubringen.<sup>32</sup> Am 1. Januar 1867 wurde die Sparkasse eröffnet.<sup>33</sup>

Aufgrund der schnellen Entwicklung des Industriegebiets mit starken Bevölkerungszuwächsen<sup>34</sup> wurde zum 1. August 1875 aus fünf der ursprünglich 11 Gemeinden des Amtes Herne das Amt Wanne gebildet. Die Sparkasse änderte ihren Namen in Sparkasse der Ämter Herne und Wanne. Im Jahre 1891 wurde die Gemeinde Eickel aus dem Amt Wanne ausgegliedert und selbständiges Amt. Die Sparkasse nahm den Namen Sparkasse der Ämter Herne, Wanne und Eickel an.<sup>35</sup>

Kurze Zeit nach der Abtrennung des Amtes Wanne, am 22. November 1876, verschwand der Rendant Sprick spurlos.<sup>36</sup> „Spekulationssüchtig, der Kuxerei verfallen, flottlebend, auch wohl guten Freunden gefällig, hatte er sich die kaum zu überbietende Nachlässigkeit der Administratoren zunutze gemacht und Gelder der ihm anvertrauten Kassen in erheblichem Umfang unterschlagen.“<sup>37</sup>

29 § 53 Nr. 1 des Sparkassengesetzes vom 7. 1. 1958 (GVBl. S. 5, ber. S. 352).

30 Soweit nicht anders belegt, orientiert sich die folgende Darstellung am Sachverhalt der Entscheidung des Pr.OVG vom 4. Juni 1897 (–I.872–), abgedruckt PrVBl. Bd. 19 (1897/98) S. 280 ff. Eine Abschrift der Entscheidung, aus der sich auch die vollständigen Namen der beteiligten Kommunen usw. ergeben, befindet sich im Geheimen Staatsarchiv der Stiftung Preußischer Kulturbesitz (Rep. 184 – Plenar-Registrator Nr. 234 Blatt 211–218).

31 *Wenke* S. 19, 22; das in der Entscheidung des Pr.OVG angegebene Datum des 24. August 1866 ist der Tag des Beschlusses über das Statut.

32 *Wenke* S. 26.

33 *Wenke* S. 29; vgl. auch *R. Lange*, S. 20 ff.

34 s. dazu *Wenke* S. 18.

35 *Wenke* S. 37.

36 *Wenke* S. 33 f.

37 *Wenke* S. 34.

Das Defizit bei der Sparkasse betrug zum Jahresende 1881 noch 765 709,93 Mark<sup>38</sup> – für damalige Verhältnisse eine gewaltige Summe.<sup>39</sup>

Zur Deckung der Verluste wurde zwischen den beiden Ämtern verhandelt und das Ergebnis dieser Verhandlungen vom Oberpräsidenten genehmigt. Die beiden Ämter hatten sich in der Höhe des festgestellten Defizits als Darlehensschuldner der Sparkasse zu bekennen, diese Schuld zu verzinsen und mit mindestens 1 % jährlich, beginnend mit dem 1. April 1883, zu amortisieren. Die erforderliche Summe war von den beiden Ämtern nach dem Verhältnis der direkten Staatssteuern aufzubringen. Bis zum Rechnungsjahr 1892/93 – inzwischen war auch das Amt Eickel gebildet worden – wurde nach dieser Regelung verfahren.

Für das Rechnungsjahr 1893/94 verlangte die Amtsversammlung Herne eine Änderung des bisherigen Verteilungsmaßstabes in der Weise, daß die Staatssteuern nur insoweit zu berücksichtigen seien, als sie von den Gemeinden mit kommunalen Steuerzuschlägen herangezogen werden konnten. Aufgrund einer Änderung des Steuerrechts wurde in den Gemeinden des Amtes Herne nämlich eine Reihe von Bergwerksgesellschaften zur Staatseinkommenssteuer veranlagt, die im Amtsgebiet zwar ihren Sitz hatten, deren Bergbauunternehmen aber außerhalb lagen und deshalb von den Gemeinden des Amtes Herne nicht nach ihrem Einkommen besteuert werden konnten.

Eine Einigung kam nicht zustande. Der Regierungspräsident wies darauf den Landrat an, den Betrag im bisherigen Verhältnis im Wege der Zwangsetatisierung beizutreiben. Auch nachdem der Landrat diese Verfügung dem Amt mitgeteilt hatte, beharrte die Amtsversammlung auf ihrem Standpunkt und ermächtigte den Amtmann, gegen eine eventuelle Zwangsetatisierung Klage zu erheben. Der Regierungspräsident erneuerte daraufhin seine Anweisung an den Landrat. Dieser teilte diese neue Verfügung dem Amt mit und forderte zur Abführung nach dem bisherigen Maßstab auf. Die hiergegen gerichtete Klage wies der Bezirksausschuß am 24. September 1895 mit der Begründung zurück, es handle sich erst um die Androhung der Zwangsetatisierung. Zur Sache führte er aus, die Aufbringung der Tilgungsbeträge obliege den drei Ämtern als gesetzliche, aus der Garantielast folgende Verpflichtung gem. Nr. 1 des Sparkassenreglements und § 1 des Sparkassenstatuts und sei nach dem bisherigen Maßstab zu verteilen. Der Landrat in Bochum ordnete jetzt

38 Stadtarchiv Herne, Protokolle der Amtsversammlung Herne 1877–1890, Sitzung vom 20. April 1882, Bl. 90 ff., 91.

39 1880 kostete im Einzelhandel ein kg Kartoffeln 6 Pf., ein kg Zucker 1,03 M., ein Ei durchschnittlich 5,4 Pf., ein kg Rindfleisch 1,14 M., ein kg Kaffee 3,52 M. Ein Arbeitnehmer verdiente durchschnittlich im Jahr im Bereich Bergbau und Salinen 750 M., Metallverarbeitung 747 M., Druck 1198 M. (Angaben nach *Hoffmann/Grumbach/Hesse*). Der Amtmann des Amtes Herne erhielt 1881 2400 M. Gehalt, 600 M persönliche Zulage und 3600 M. Bureaugelder (Stadtarchiv Herne, Protokolle der Amtsversammlung Herne 1877–1890, Sitzung vom 18. Oktober 1881, Bl. 78).

mit Verfügung vom 15. November 1895 die Zwangsetatisierung gem. § 35 Zuständigkeitsgesetz an.

Der Bezirksausschuß wies die hiergegen gerichtete Klage zurück, weil die Zwangsetatisierung aus den in dem Urteil vom 24. September 1895 angeführten Gründen als durchaus berechtigt anzuerkennen sei.<sup>40</sup> Gegen diese Entscheidung legte das Amt fristgerecht Berufung ein.

### 2.1.3 Die Entscheidungsgründe

Die Gründe der Entscheidung über die Berufung enthalten zuerst eine ausführliche Darstellung des zugrunde liegenden Sachverhalts, des bisherigen Verfahrensgangs und des Vorbringens der Parteien. Wegen der großen Bedeutung und der entlegenen Fundstelle der Entscheidung sei der erste, in unserem Zusammenhang bedeutsame Absatz der sich anschließenden rechtlichen Überlegungen des Gerichts im Wortlaut wiedergegeben:

„Der Berufung war auch der Erfolg zu versagen. Handelte es sich lediglich um eine auf einem Darlehensvertrage beruhende Schuld der drei Aemter, so könnte es zweifelhaft sein, ob die zwangsweise Eintragung der Zins- und Tilgungsraten zulässig sei. In Wahrheit liegt aber ein Darlehensverhältnis gar nicht vor, die Pflicht zur Leistung wird vielmehr aus der Garantiepflicht der drei Aemter für die von dem Amt H. gegründete und nach Abzweigung der Aemter W. und E. als gemeinschaftliches Institut beibehaltene Sparkasse hergeleitet. Die Pflicht der Kommunalverbände, für die von ihnen begründeten Sparkassen einzutreten, aber beruht auf Nr. 1 des Sparkassenreglements vom 12. Dezember 1838 (GS 1839, S. 5), nach welcher die Vertretung der Sparkasse in allen Fällen von der Gesamtheit der Kommune zu übernehmen und diese Verpflichtung im Statut festzusetzen ist und ist daher als eine gesetzliche, auf öffentlich-rechtlicher Verpflichtung beruhende anzusehen. Sie umfaßt zwar zunächst nur die Pflicht, bei Insuffizienz der Sparkasse den Gläubigern derselben gegenüber für den Ausfall einzutreten, sie schließt aber auch die weitergehende in sich, die Sparkasse, so lange sie besteht, durch die Gewährung der erforderlichen Mittel in Stand zu setzen, ihren Verpflichtungen gerecht zu werden und den Geschäftsverkehr fortzusetzen. Danach ist die Kommunalaufsichtsbehörde, der es nach Nr. 19 des Reglements vom 12. Dezember 1838 obliegt, da, wo sie Unordnungen und Mißstände bemerkt, mit Ernst auf deren Abstellung zu dringen, berechtigt, zu verlangen, daß Unterbilanzen durch Zuschuß der erforderlichen Mittel aus Kommunalfonds wieder ausgeglichen werden; denn als eine Unordnung ist es gewiß zu bezeichnen, wenn ein Institut, welches der Vermittlung des Geldverkehrs dient und

40 Entscheidung vom 22. Januar 1896 (Prozeßliste I von 1895, Nr. 138, Abteilung II), Stadtarchiv Bochum, Akten des Landrats Bochum, Verzinsung und Tilgung des Sprick'schen Sparkassen-Defects 1882 – 1898/I – 106.

in erster Linie eine Sammelstelle für die Ersparnisse der ärmeren Klassen bilden soll, dauernd mit einer Unterbilanz wirtschaftet. Läßt die Aufsichtsbehörde zu, daß die Unterbilanz buchmäßig in der Weise ausgeglichen wird, daß der garantispflichtige Kommunalverband in Höhe des Fehlbetrages als Schuldner geführt wird und diesen nur allmähig durch Baarzahlungen tilgt, inzwischen aber die zur Deckung der Verpflichtungen der Sparkasse erforderlichen Zuschüsse in der Form von Zinsen des nicht getilgten Fehlbetrages leistet, so verlangt sie ein Minderes, als sie zu verlangen berechtigt war. Es ist daher davon auszugehen, daß die von den drei Aemtern geforderte Leistung dann als eine auf gesetzlicher Verpflichtung beruhende anzusehen ist, wenn diese zur Vertretung der Sparkasse zu H. verpflichtet sind.“

Im folgenden wird nun begründet, daß die Garantiepflcht das Amt selbst und nicht etwa die dazu gehörigen Gemeinden treffe. Mit dem Landrat habe die zuständige Stelle gehandelt. Das Gericht setzt sich dann ausführlich mit der Frage des Verteilungsmaßstabs als dem eigentlichen Streitpunkt auseinander und lehnt die Rechtsauffassung des klagenden Amtes ab. Auf die Begründung dazu braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.

#### 2.1.4 Kritische Würdigung der Entscheidung

Das Pr.OVG hatte über die Rechtmäßigkeit einer Zwangsetatisierung nach § 35 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883<sup>41</sup> zu entscheiden. Diese Vorschrift lautet:

„Unterläßt oder verweigert eine Landgemeinde (Amt, Bürgermeisterei) oder ein Gutsbezirk die ihnen gesetzlich obliegenden, von der Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit festgestellten Leistungen auf den Haushaltsetat zu bringen oder außerordentlich zu genehmigen, beziehungsweise zu erfüllen, so verfügt der Landrath, unter Anführung der Gründe, die Eintragung in den Etat, beziehungsweise die Feststellung der außerordentlichen Ausgabe. Gegen die Verfügung des Landraths steht der Gemeinde beziehungsweise dem Besitzer des Guts die Klage bei dem Bezirksausschusse zu.“

Der Kreis der „gesetzlich obliegenden Leistungen“ wurde bei der Anwendung dieser Vorschrift eng begrenzt. Vertraglich übernommene privatrechtliche Verpflichtungen gehörten nicht hierher.<sup>42</sup>

Bevor das OVG zu dem eigentlichen Streitpunkt des Verteilungsmaßstabes kommen konnte, mußte es also feststellen, ob es sich bei den Leistungen des Amtes Herne an die Sparkasse um „gesetzlich obliegende“ handelte. Diese Prüfung lag um so näher, als das Gericht in seiner Sachdarstellung davon

41 Genau: Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden. Vom 1. August 1883, GS S. 237 ff.

42 Oertel S. 605 für die praktisch gleichlautende Vorschrift des § 78 Städteordnung.

gesprochen hatte, die Ämter hätten sich als Darlehensschuldner bekannt.<sup>43</sup> Die Feststellung, es handele sich um eine vertraglich übernommene Verpflichtung und nicht um eine gesetzliche, hätte zur Folge gehabt, daß das Amt Herne nicht einmal zur Zahlung nach dem von ihm gewünschten Verteilungsmaßstab zwangsweise hätte herangezogen werden können.

Diese Feststellung vermied das Gericht, indem es eine Eintrittspflicht aus Nr. 1 des Sparkassenreglements herleitete. Dem Wortlaut nach trägt diese Vorschrift, die von der „Vertretung der Sparkasse“ spricht, diese Auslegung indessen nicht, wie auch das OVG einräumen muß.<sup>44</sup> Zur Begründung der von ihm vorgenommenen Erweiterung der Vertretungsverpflichtung auf eine Einstandspflicht zieht das Gericht Nr. 19 des Reglements heran, wonach die Sparkassenaufsicht Unordnungen und Mißbräuche abzustellen hat und qualifiziert das Wirtschaften mit einer dauernden Unterbilanz als Unordnung.

Dieses Verfahren ist methodisch äußerst zweifelhaft: Das Gericht zieht, um das Vorliegen eines Tatbestandmerkmals einer Vorschrift der allgemeinen Kommunalaufsicht zu begründen, die Vorschrift über die spezielle Sparkassenaufsicht heran. Der erheblich weitere Rahmen, der der Sparkassenaufsicht gegenüber der allgemeinen Kommunalaufsicht nach preußischem Recht gesetzt war<sup>45</sup>, wird damit in die eng begrenzte Vorschrift über die Zwangsetatisierung übertragen. Modern ausgedrückt: Mit dem Rückgriff auf den Blankettbegriff der „Unordnung“ der Nr. 19 des Reglements macht das Gericht aus der Rechtsaufsicht des § 35 Zuständigkeitsgesetz eine Zweckmäßigkeitssaufsicht.

Wollte man diese Zweifel zurückstellen und der Argumentation des Gerichts folgen, verliert sie ihre Tragfähigkeit aber mit dem Außerkrafttreten des Sparkassenreglements, also am 1. April 1958.<sup>46</sup>

#### 2.1.5 Die Entscheidung im Schrifttum bis 1931

Die Entscheidung wird in den folgenden Jahrzehnten im sparkassenrechtlichen Schrifttum zitiert, teils im Zusammenhang mit der Staatsaufsicht<sup>47</sup>,

43 PrVBl. Bd. 19 S. 280.

44 PrVBl. Bd. 19 S. 281: „Sie umfaßt zwar zunächst nur die Pflicht, bei Insuffizienz der Sparkasse den Gläubigern derselben gegenüber für den Ausfall einzutreten . . .“

45 Jost S. 17; v. Knebel-Doeberitz S. 191; Nicolai S. 215; Schlierbach, Kommunalwirtschaft 1973, 436 spricht von weitreichender Zweckmäßigkeitssaufsicht. Unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung wurde z. T. versucht, die Sparkassenaufsicht einzulegen; Abicht S. 22; Duhmer S. 47 f.; Oehler, Sparkasse 1929, 280; anders: Perdelwitz/Fabricius/Kleiner S. 154 f. Zur Entwicklung s. auch Sprengel, Sparkasse 1963, 386.

46 § 53 Nr. 1 des Sparkassengesetzes vom 7. 1. 1958 (GVBl. S. 5, bes. S. 352).

47 Kleberg, Sparkasse 1928, 93; v. Knebel-Doeberitz S. 192; Oehler, Sparkasse 1929, 279.

teils bei der Haftung.<sup>48</sup> Die meisten Autoren beschränken sich dabei auf eine annähernd wörtliche Wiedergabe oder wörtliche Zitate.<sup>49</sup>

## 2.2 Der Runderlaß von 1937

### 2.2.1 Die Bankenkrise und die 3. Notverordnung

Die Weltwirtschaftskrise hatte in Deutschland, wo ihre Auswirkungen noch durch die Reparationszahlungen verstärkt wurden, ihren Höhepunkt in der Bankenkrise des Jahres 1931.

Am 11. Mai 1931 wurde der Jahresabschluß der Österreichischen Creditanstalt veröffentlicht, wonach fast das ganze Eigenkapital dieser Bank verloren war.<sup>50</sup> Der einsetzende Run griff auch auf die deutschen Banken über. Am 13. Juli 1931 schloß die Darmstädter und Nationalbank (Danatbank) ihre Schalter.<sup>51</sup> Es folgten Auszahlungsbeschränkungen, Bankfeiertage und Einschränkungen des Zahlungsverkehrs. Nur mit großen Schwierigkeiten gelang es im Laufe der folgenden Monate, der Krise Herr zu werden.<sup>52</sup>

Von diesen Ereignissen blieb der Sparkassensektor nicht unberührt. So hatte die Landesbank der Rheinprovinz bereits am 11. Juli 1931 – zwei Tage vor dem Zusammenbruch der Danatbank – der Reichsregierung mitgeteilt, sie sei völlig illiquide.<sup>53</sup> Ähnlich war die Situation bei der Landesbank der Provinz Westfalen.<sup>54</sup> Auf die Sparkassen, die im Mai 1931, dem letzten Monat mit einem Einzahlungsüberschuß, einen Spareinlagenbestand von 11 224,9 Mill. RM aufwiesen, in den Folgemonaten Auszahlungsüberschüsse von 166,8 Mill. RM (Juni), 287,2 Mill. RM (Juli), 312,1 Mill. RM (August) usw. zu bewältigen hatten, mußte es sich gefährlich auswirken, wenn die Landesbanken – nicht nur die westdeutschen – auf die die Sparkassen liquiditätsmäßig angewiesen waren<sup>55</sup>, versagten. Im Dezember 1931 hatten die Sparkassen noch einen Spareinlagenbestand von 9 722,2 Mill. RM; damit

48 *Matthias* S. 447, *Nicolai* S. 24; *Oehler*, *Recht der öffentlichen Sparkassen* S. 24; *Oertel* S. 303; *Schierjott* S. 22; *Simon*, *Sparkassenrecht* S. 81.

49 Anders aber: *Oehler*, *Sparkasse* 1929, 279. Er setzt sich kritisch mit der Entscheidung auseinander und lehnt das Bestehen einer Ausgleichspflicht bei Vorliegen einer Unterbilanz ab; *Schierjott* führt ohne Begründung aus (S. 22), der ordnungsgemäße Gang einer Kommunalverwaltung bedinge, daß die einzelnen Abteilungen in jeder Hinsicht ihre Aufgaben erfüllen, die Sparkasse vor allem zahlungsfähig bleibe. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Sparkasse selbst juristische Persönlichkeit besitze oder nicht.

50 *Born* S. 64.

51 *Born* S. 106.

52 Zur Überwindung der Krise s. *Born* S. 110 ff.

53 *Born* S. 97 f.

54 *Treeck* S. 44 f.

55 *Treeck* S. 13.

hatten sie seit Mai 1 502,7 Mill. RM<sup>56</sup>, und damit mehr als 13 % ihres Bestandes verloren.

Es zeigten sich nun Schwächen der Sparkassenorganisation: die Vorschriften über die Haltung einer Liquiditätsreserve von 10 % bei den Girozentralen waren zwar eingehalten; diese Einlage war jedoch zum Teil längerfristig festgelegt. Die Landesbanken hatten ihrerseits die Liquiditätsreserve größtenteils den Kommunen kurzfristig zugeführt.<sup>57</sup> Diese Kommunalkredite waren jedoch ebenso illiquide wie die kurzfristigen Kommunalkredite der Sparkassen.<sup>58</sup> Die Finanzlage der Kommunen war nämlich äußerst angespannt; Hauptgrund dafür waren die Arbeitslosen, die nach 39 Wochen aus der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert wurden. Für die steigende Zahl der Dauerarbeitslosen mußten die Kommunen Wohlfahrtsunterstützung zahlen, während die Steuern aufgrund der Depression sanken.<sup>59</sup> Die Gemeinden, die schon vor der Krise stark verschuldet waren, hatten nun ihren Einfluß bei den Sparkassen und Girozentralen ausgenutzt, um weitere Kredite zu erhalten.<sup>60</sup>

Die Gewährung von Krediten an Kommunen und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften wurde den Sparkassen und Girozentralen durch § 3 der Verordnung des Reichspräsidenten vom 3. August 1931 untersagt.<sup>61</sup> Erheblich stärkere Eingriffe in die Rechtsverhältnisse der kommunalen Kreditinstitute brachte die „Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen. Vom 6. Oktober 1931.“ (3. Notverordnung).<sup>62</sup>

Die 3. Notverordnung enthielt in Art. 1 § 1 eine Verordnungsermächtigung und -verpflichtung für die Landesregierungen, auch unter Abweichungen vom bestehenden Landesrecht alle Maßnahmen zur Anpassung des Sparkassenwesens an die folgenden Vorschriften zu treffen.<sup>63</sup> Art. 1 § 2 verpflichtete zur Umgestaltung der Sparkassen, die unselbständige Anstalten waren, in Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit. Insoweit die Kommune für die Verbindlichkeiten der Sparkasse haftete, sollte diese Haftung für die bisherigen und künftigen Verbindlichkeiten bestehen bleiben. Den Organen der Sparkassen sollten neben Mitgliedern der Organe des Gewährverbandes auch andere Per-

56 Alle Zahlen nach *Treeck*, Tab. 1.

57 *Treeck* S. 9 f.

58 *Treeck*, S. 8.

59 *Born* S. 38 f.

60 *Born* S. 62 f.; *Klüber*, *Kommunalwirtschaft* 1967, 460 f.; zu den Girozentralen auch *Stucken* S. 393.

61 RGBl. I S. 429.

62 RGBl. I S. 537 ff.; soweit im folgenden die 3. Notverordnung zitiert wird, ist stets Kapitel I des Fünften Teils gemeint (S. 554 ff.).

63 Zur Frage, ob und inwieweit die 3. Notverordnung auch unmittelbar galt, vgl. – allerdings hinsichtlich der Würdigung des Art. 9 angesichts des Wortlauts wenig überzeugend – *Perdelwitz/Fabricius/Kleiner* S. 103 ff.

sonen angehören (Art. I § 3). Die weiteren Vorschriften befaßten sich mit Bestimmungen über die Anlage der Sparkassengelder sowie die Girozentralen und die Deutsche Girozentrale, Deutsche Kommunalbank, die im vorliegenden Zusammenhang nicht von Interesse sind.

Mit dem Erlaß der Sparkassenverordnung<sup>64</sup> kam Preußen der durch die Notverordnung statuierten Verpflichtung nach.

Durch die Verselbständigung der Sparkassen und den Übergang des Sparkassenvermögens auf die neuen Rechtssubjekte war nicht nur die Unsicherheit über den rechtlichen Status der Sparkassen<sup>65</sup> und die aus der fehlenden Rechtsfähigkeit resultierenden praktischen Schwierigkeiten beseitigt<sup>66</sup>, zugleich wurde damit Überlegungen, das Vermögen der Sparkassen für die Schulden der Kommunen heranzuziehen, der Boden entzogen.<sup>67</sup> Aus der „Haftung“<sup>68</sup> der Kommunen für eigene Verbindlichkeiten wurde die Gewährträgerhaftung<sup>69</sup> für die – fremden – Verbindlichkeiten der Sparkassen, denn das eigentlich folgerichtige Entfallen der kommunalen Haftung hätte einen in der Krisensituation in hohem Maße unerwünschten Vertrauensverlust zur Folge gehabt.<sup>70</sup> Der kommunale Einfluß wurde durch die Bestimmungen über die Zusammensetzung der Organe reduziert<sup>71</sup>; die Anlagebestimmungen dienten der Liquiditätssicherung.<sup>72</sup>

### 2.2.2 Der Inhalt des Runderlasses<sup>73</sup>

Von Verlusten, wie sie etwa zum Zusammenbruch der Danatbank geführt hatten, waren auch die Sparkassen nicht völlig verschont geblieben. Bei den Sparkassen waren „über die Pflichtstellung der Gewährverbände von Sparkassen, die mit Verlust abschließen, nach verschiedenen Richtungen hin sowohl in der Praxis als auch im Fachschrifttum Meinungsverschiedenheiten aufgetreten.“<sup>74</sup> Zur Beseitigung dieser Unklarheiten sollte der gemeinsame Rund-

64 Vom 21. Juli/4. August 1932 (GS. S. 241 ff.; 275). Zur Doppelverkündigung s. *Perdelwitz/Fabricius/Kleiner* S. 102.

65 Vgl. etwa v. *Knebel-Doerberitz* S. 112 ff.; *Nicolai* S. 22.

66 *Perdelwitz/Fabricius/Kleiner* S. 102 f.; *Treeck* S. 50.

67 *Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenrecht S. 5 f.; *Perdelwitz/Fabricius/Kleiner* S. 102; *Stadelmayer* S. 67; *Treeck* S. 50 f.

68 Zur Terminologie s. *Nörtemann* S. 83; *Perdelwitz*, Sparkasse 1932, 344; *Paul*, Sparkasse 1936, 28.

69 Die Ansicht von *Ammermann*, JW 1932, 3230 f., die Kommune hafte primär – also neben der Sparkasse – hat sich nicht durchgesetzt.

70 *Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenrecht S. 7.

71 *Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenrecht S. 6 f.; *Treeck* S. 51 f.

72 *Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenrecht S. 8 ff.

73 Az.: V b I 1 Nr. 105 u. I 5519/37, RMBliV, Sp. 1591 ff. und MBIWi. S. 214 ff.; im folgenden wird der Runderlaß nach RMBliV zitiert.

74 Sp. 1591.

erlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern und des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers vom 2. Oktober 1937<sup>75</sup> dienen.

Der Runderlaß geht zunächst kurz auf die Gewährträgerhaftung ein. Mit der Gewährträgerhaftung sei die Pflichtenstellung des Gewährverbandes nicht erschöpft. Schon vor der rechtlichen Verselbständigung der Sparkassen sei von der Aufsicht daran festgehalten worden – hier erwähnt der Runderlaß die Entscheidung des OVG –, die Kommune könne gezwungen werden, Fehlbeiträge auszugleichen. Es handle sich hierbei um nichts anderes als um die jeder Gemeinde obliegende Pflicht, eine – wenn auch freiwillig errichtete – Anstalt, solange sie betrieben wird, zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Anstaltszwecks instand zu halten. Bei einem Kreditinstitut fordere das zumindest den Gleichstand zwischen Aktiva und Passiva. Diese kommunalrechtliche Pflicht bestehe auch nach der Verselbständigung fort. Es handle sich nicht um einen Anspruch der Sparkasse, sondern um eine kommunalrechtliche Obliegenheit der Gemeinde; Dritte könnten daraus keinen Anspruch ableiten, es sei lediglich eine Pflicht aufgrund des Gesetzes gegenüber dem Staat, deren Erfüllung aufsichtlich erzwungen werden könnte. Erhöhte Bedeutung habe die Pflichtenstellung durch die alljährliche Veröffentlichungspflicht der Sparkassenbilanz erfahren. Wenn früher nur eine dauernde Unterbilanz auszugleichen gewesen sei, so müsse die Bilanz nunmehr grundsätzlich in jedem Fall ausgeglichen und so veröffentlichungsfähig gemacht werden. Im weiteren befaßt sich der Erlaß noch mit Einzelheiten des gemeindlichen Eintretens.<sup>76</sup>

### 2.2.3 Vorbereitung und Echo des Runderlasses in der Literatur

Der Runderlaß war in der Literatur vorbereitet worden: Nachdem das in den ersten Jahren nach den Rechtsänderungen der Jahre 1931 und 1932 erschienene Schrifttum überwiegend nur von der Gewährträgerhaftung sprach und die Entscheidung des OVG nicht erwähnte<sup>77</sup>, erschien 1936 in der Zeitschrift „Sparkasse“ ein Aufsatz von Paul, der auf einem „theoretisch-rechtspolitischen Gutachten“ basierte.<sup>78</sup>

Darin gibt der Autor einen Überblick über die Haftungsverhältnisse vor und nach der rechtlichen Verselbständigung der Sparkassen und postuliert unter Hinweis auf die Bedeutung der Sparkassentätigkeit sowie auf das Sparkassenreglement und die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsge-

75 s. FN 73.

76 Sp. 1591 ff.

77 *Dorsel* S. 12 ff.; *Duhmer* S. 42 f.; *Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenrecht S. 56 ff.; *Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenvorstand S. 29, wo der Bilanzausgleich ausdrücklich nur als Gebot der Vernunft hingestellt wird; *Nörtemann* S. 83; *Will*, (1935) S. 17; anders aber *Jahn* S. 61; *Paul*, Die städtische Sparkasse S. 229 f.

78 Sparkasse 1936, 126 ff. und 149 ff.

richts eine Einstandspflicht der Gemeinde. Die Untersuchung schließt mit dem Wunsch nach einer einheitlichen Regelung dieser Frage durch die Reichsregierung.<sup>79</sup> Noch bevor dieser Wunsch mit dem Runderlaß in Erfüllung ging, wurden die Überlegungen Pauls im Schrifttum aufgegriffen.<sup>80</sup>

Der Runderlaß hatte ein starkes Echo in der Literatur. Zum Teil wurde er lediglich referiert<sup>81</sup>, teils wurden verbliebene Zweifelsfragen diskutiert.<sup>82</sup> In der Folgezeit ist der Runderlaß bis heute häufig zitiert worden.<sup>83</sup>

#### 2.2.4 Kritische Würdigung des Runderlasses

Bei Betrachtung des Runderlasses fallen zwei gegenüber den früheren Äußerungen zur Anstaltslast neue Elemente auf:

Das eine ist die Qualifizierung der Anstaltslast als Sonderfall einer jeder Gemeinde obliegenden Pflicht, eine – wenn auch freiwillig errichtete – Anstalt, solange sie betrieben wird, zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Anstaltzwecks in stand zu halten. Jeder Hinweis, wodurch eine solche Pflicht begründet werden könnte oder in welchen anderen Fällen sie besteht, fehlt. Die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts gibt dazu nichts her, weil sie auf das Sparkassenreglement und damit auf eine rechtliche Besonderheit der Sparkassen und nicht auf allgemeine Überlegungen gestützt wurde.

Mit dieser Entscheidung war auch nicht zu begründen, daß die Pflicht der Kommune gegenüber dem vom OVG angenommenen Umfang dadurch erweitert wurde, daß – und das ist der zweite neue Aspekt – nicht mehr allein die dauernde, sondern jede Unterbilanz die Ausgleichspflicht der Kommune auslösen soll. Hierzu versucht der Runderlaß eine Begründung unter Hinweis auf die Bilanzveröffentlichungspflicht. Dabei bleibt offen, ob damit das Bestehen der entsprechenden Rechtspflicht rechtlich oder die Notwendigkeit ihres Bestehens rechtspolitisch begründet werden soll. Im ersten Sinn, als juristische Argumentation also, ist der Gedankengang des Runderlasses doppelt untauglich: weder kann die Bilanzveröffentlichungspflicht, die die Sparkassenorgane trifft, Pflichten der Trägerkommune auslösen, noch kann sie dadurch überstrapaziert werden, daß ihr, die auf Offenlegung der wirtschaftlichen Verhält-

79 Sparkasse 1936, 154.

80 *Perdelwitz*, Sparkasse 1937; 263 ff.; *Perdelwitz/Fabricius/Kleiner* S. 175 ff.

81 *Bilke*, Deutsche Verwaltung 1937, 359 ff.; Die Erfüllung der kommunalen Sparkassenhaftung, Deutsche Sparkassen-Zeitung v. 14. 10., 1937; *Pagenkopf*, Die nationalsozialistische Gemeinde 1937, 573 ff.; *Thiel*, RVBl. 1938, 333 ff.

82 *Kleiner*, Sparkasse 1938, 37 ff.; *Kleiner*, Sparkasse 1938, 366 ff.

83 *Keil* S. 69 f.; *Will* (1942) S. 21; Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Sparkasse 1965, 53; *Rothe*, § 2 Anm. IV; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 449; *Stern/Nierhaus* S. 89; skeptisch *Köttgen*, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit S. 72 Fußn. 98.

nisse gerichtet ist, eine Pflicht zur Gestaltung dieser Verhältnisse entnommen wird.

Der Klarstellung<sup>84</sup> halber sei angemerkt: Als generell-abstrakte Regelung durch die Verwaltung<sup>85</sup> ist der Runderlaß Verwaltungsvorschrift, nicht Rechtsnorm. Er vermochte also im Außenverhältnis, d. h. außerhalb der den erlassenden Ministerien nachgeordneten Behörden keine Rechtswirkungen zu erzeugen.<sup>86</sup> Seine Bedeutung bei der Feststellung des Bestehens oder Nicht-Bestehens von Rechten und Pflichten von Sparkassen und Kommunen ist der eines Aufsatzes – also der Äußerung einer Rechtsmeinung – vergleichbar.

#### 2.3 Die Wettbewerbsenquete von 1968

Das Ansehen, das der Runderlaß im einschlägigen Schrifttum genießt, wird noch übertroffen von der Autorität, die dem unter dem Namen Wettbewerbsenquete bekannten Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung aus dem Jahre 1968 beigemessen wird.

##### 2.3.1 Die Vorgeschichte der Enquete

Schon vor dem ersten Weltkrieg begann die Diskussion über die Wettbewerbsverhältnisse im Kreditwesen.<sup>87</sup> Mit dem immer stärkeren Vordringen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in ursprünglich den anderen Institutsgruppen vorbehaltene Geschäftssparten im Laufe dieses Jahrhunderts verstärkten sich die Angriffe aus dem privaten Kreditgewerbe, besonders dem Genossenschaftssektor gegen die sog. Sparkassenprivilegien.<sup>88</sup> Die Vorarbeiten zu einem neuen Kreditwesengesetz, die Ende der fünfziger Jahre begannen, standen deshalb im Zeichen einer immer intensiveren Opposition hauptsächlich gegen steuerliche Sonderregelungen für die öffentlich-rechtlichen Institute, einseitige Stellungnahmen öffentlicher Stellen zu ihren Gunsten und die öffentliche Haftung mit ihren Auswirkungen, besonders auf das Anlagerecht der Versicherungen.<sup>89</sup>

84 *Schlierbach*, Kommentar § 3 Anm. 2 A und *Rothe* § 2 Anm. IV betonen, daß der Erlaß nicht aufgehoben sei; nach *Schlierbach* kann er „auch nicht als obsolet“ angesehen werden. Anscheinend gehen diese Autoren davon aus, daß der Erlaß Rechtswirkungen hinsichtlich des Bestehens der Anstaltslast zeitigt.

85 *Wolff/Bachof* I § 45 II c.

86 *Forsthoff* S. 139; *Wolff/Bachof* I § 24 II d.

87 Wettbewerbsenquete S. II.

88 Wettbewerbsenquete S. II und 14; zur älteren Diskussion s. z. B. auch *Simon*, Sparkasse 1932, 1 ff., 26 ff.

89 Wettbewerbsenquete S. II, V; s. auch die Literaturübersicht in Sparkasse 1963, 257 ff.

Mit einer Entschließung vom 16. März 1961 ersuchte der Bundestag die Bundesregierung daher, zu prüfen und gegebenenfalls gesetzliche Vorschläge zu machen, ob es Wettbewerbsverschiebungen aufgrund gesetzlicher und verwaltungsmäßiger Bevorzugungen gebe, und ob die Sicherheit der Einlagen durch Schaffung allgemeiner Sicherheitseinrichtungen verbessert werden könne, wobei Unterschiede im Wettbewerb zwischen den Institutsgruppen beseitigt werden sollten.<sup>90</sup> Siebeneinhalb Jahre später wurde der „Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung“<sup>91</sup>, die sogenannte Wettbewerbsenquete vorgelegt.

### 2.3.2 Die Ausführungen der Enquete zur Anstaltslast

Die Enquete gliedert sich in vier Hauptteile:

- A) Analyse des Tatsachenbildes
- B) Der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute
- C) Die Prüfung der Normen und der Verwaltungspraxis, durch die möglicherweise der Wettbewerb verschoben wird und
- D) Einlagensicherung.

Im Teil B), der „Betrachtungen“ über „Voraussetzungen und zulässiges Ausmaß der Betätigung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute einerseits“ und eine „Darlegung bestimmter mit der öffentlich-rechtlichen Struktur verbundene Besonderheiten andererseits“ enthält<sup>92</sup>, sind bereits die zentralen Aussagen zur Anstaltslast enthalten. Die Gründung besonderer öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute gehe – so heißt es dort – darauf zurück, daß die Errichtungskörperschaft es aus verschiedenen Gründen nicht als zweckmäßig ansehe, die entsprechende Aufgabe der Daseinsvorsorge im Rahmen und nach den Regeln der Bürokratie, sondern durch rechtlich-verselbständigte Einrichtungen durchführen zu lassen. „Dieser besonderen organisatorischen Gestaltung entspricht nach allgemeiner Auffassung die Pflicht der Errichtungskörperschaften, dafür zu sorgen, daß diese Kreditinstitute während der Dauer ihres Bestehens ihren Auftrag erfüllen können. Diese Träger müssen ihre öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute also funktionsfähig halten, insbesondere ihre wirtschaftliche Basis sichern und notfalls finanzielle Lücken schließen. Diese als Anstaltslast bezeichnete ‚öffentliche Haftung‘, über deren wettbewerbliche Bedeutung Näheres auf den Seiten 47 ff. ausgeführt wird, ist somit untrennbar mit dem öffentlich-rechtlichen Status verbunden.“<sup>93</sup>

Diese näheren Ausführungen bilden den ersten Punkt in Teil C) der Untersuchung. In einer Vorbemerkung werden die öffentlich-rechtlichen Kredit-

90 Wettbewerbsenquete S. 13.

91 v. 18. November 1968, BT-Drucks. V/3500.

92 Wettbewerbsenquete S. 40 Tz. 1.

93 a.a.O. S. 42 f. Tz. 1.4.

institute in Gruppen aufgeteilt, von denen ein Teil Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, ein Teil nur die Anstaltslast und ein weiterer Teil der seiner „Tradition entsprechend körperschaftlich organisiert“ ist, weder Anstaltslast noch Gewährträgerhaftung kenne.<sup>94</sup> Kreditinstitute, bei denen eine Haftung bestehe, jedoch keine Anstaltslast, gebe es nicht.<sup>95</sup> Es folgt eine Erklärung des Unterschieds zwischen den beiden Instituten.<sup>96</sup>

Die Verfasser der Enquete führen weiter aus: Mit der Errichtung einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts übernehme die Errichtungskörperschaft die Verantwortung für das von ihr ins Leben gerufene Rechtssubjekt. Diese Verantwortung schließe insbesondere die (öffentlich-rechtliche) Verpflichtung ein, „die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen.“ Die Anstaltslast wird dann als „kommunal- bzw. landes- oder bundesrechtliche Pflicht“ bezeichnet.<sup>97</sup> Der folgende, kurze geschichtliche Rückblick geht davon aus, daß die Anstaltslast sowohl vor, als auch nach der rechtlichen Verselbständigung der Sparkassen bestanden habe.<sup>98</sup>

Die in der Enquete folgende Beurteilung der Bedeutung der öffentlichen Haftung für den Wettbewerb setzt diese gering an. Die Gewährträgerhaftung stehe dabei allerdings praktisch noch völlig hinter der Anstaltslast zurück.<sup>99</sup> Da die Anstaltslast nach einhelliger Auffassung zum Wesen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt gehöre, sei ihre isolierte Abschaffung unmöglich.<sup>100</sup>

Nach Teil D), der sich mit der Einlagensicherung befaßt, „bilden Anstaltslast und Gewährträgerhaftung volle von der Vermögenslage des Instituts unabhängige Sicherheit für alle Einlagen und für die sonstigen Verbindlichkeiten.“<sup>101</sup>

### 2.3.3 Vorbereitung und Wirkung der Enquete im Schrifttum

Noch nicht im Hinblick auf die Enquete, wohl aber auf die Wettbewerbsdiskussion befaßt sich Hoffmann mit der Anstaltslast. Die Haftung als solche werde „auch insoweit überbetont, als für jede öffentliche Anstalt eine Trägerkörperschaft schon nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die

94 a.a.O. S. 47 Tz. 1.1.1.

95 a.a.O. S. 47 Fußn. 65 werden dann allerdings „Sonderfälle“ genannt, die „historisch bedingt“ seien.

96 a.a.O. S. 47 Tz. 1.1.2.

97 a.a.O. S. 47 Tz. 1.1.2.1.

98 a.a.O. S. 48 Tz. 1.1.2.1.

99 a.a.O. S. 49 Tz. 1.1.3.1.

100 a.a.O. S. 50 Tz. 1.1.3.2; vgl. auch S. 50 Tz. 1.1.4 und S. VIII Tz. 3.

101 a.a.O. S. 140 Tz. 3.2.1.

Obliegenheit hat, die Anstalt zu ordnungsgemäßer Erfüllung des Anstaltszwecks instand zu halten (Anstaltslast)<sup>102</sup>. 1965 meldete sich der Deutsche Sparkassen- und Giroverband mit einem ausführlichen Beitrag „Die Sparkassen im Wettbewerb“ zu Wort.<sup>103</sup> In dieser Schrift wird die öffentliche Haftung unter der Überschrift „Die öffentlich-rechtliche Struktur der Sparkassen“ behandelt. Es heißt dort, „daß die im Innenverhältnis zwischen Kommune (Errichtungskörperschaft) und Sparkasse bestehende Beziehung, die als Anstaltslast die Kommune trifft, einem allgemeinen Prinzip des Verwaltungsrechts entspricht und unabdingbar ist. Die nach außen wirkende Haftung der Kommune ist eine sinnvolle Ergänzung der Anstaltslast, die aber keine praktischen Auswirkungen hat.“<sup>104</sup> Diese Gedanken haben erkennbar Eingang in die Wettbewerbsenquete gefunden.<sup>105</sup>

Die Anstaltslast findet daneben noch in einer Reihe von Veröffentlichungen Erwähnung, die im Zusammenhang mit der Wettbewerbsenquete entstanden.<sup>106</sup> In den folgenden Jahren ist die Enquete besonders in der Kommentarliteratur<sup>107</sup>, aber auch in anderen Veröffentlichungen zitiert worden.<sup>108</sup>

#### 2.3.4. Kritische Würdigung der Aussagen der Wettbewerbsenquete zur Anstaltslast

Wenn man sich mit der Enquete und ihren einzelnen Aussagen befaßt, muß man sich vor Augen halten, daß der Auftrag der Enquete, wie er in der Entschließung des Bundestags formuliert war<sup>109</sup>, keine wissenschaftliche, sondern eine politische Untersuchung forderte. Dieser politische Charakter der Aussagen der Enquete kommt in verschiedener Weise zum Ausdruck:

Erstens: Die Enquete ist nicht unbeeinflusst von den Ansichten und Interessen der betroffenen Wirtschaftskrise (Lobby). „Dabei (bei der Untersuchung, d. Verf.) wurden zahlreiche Eingaben und Stellungnahmen des Kreditgewerbes verwertet. Außerdem hat der Bundesminister für Wirtschaft wiederholt Vertreter des Kreditgewerbes zu einer Reihe der zu untersuchenden Fragen gehört.“<sup>110</sup>

Zweitens: Von einer politischen Untersuchung ist zu erwarten, daß ihre

102 Sparkasse 1960, 103.

103 Sparkasse 1965, 19 ff.

104 Sparkasse 1965, 53 f.

105 s. die Zitate unter Ziff. 2.3.2.

106 Fenge, BB 1969, 1399 ff. (1401); *Schultze-Kimmler*, Sparkasse 1968, 348 ff. (351); *Stern/Burmeister* S. 27; *Szagunn/Voigt* S. 45 f.

107 *Heinevetter*, § 5 Rnr. 1 und 8, § 37 Rnr. 3–5; vgl. auch *Heinevetter*, 1. Auflage § 37 Rnr. 3; *Krebs/Dülp*, Einl. Rnr. 3, Art. 4 SpkG Anm. 2; *Rothe*, § 2 Anm. IV; *Schlierbach*, Kommentar § 3 Anm. 2.

108 *Ahlers*, ZGKW 1974, 58; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 451.

109 Wettbewerbsenquete S. 13.

110 Wettbewerbsenquete S. III.

Aussagen so aufeinander abgestimmt sind, daß die Durchsetzung der politischen Ziele und der entsprechenden gesetzgeberischen Vorschläge nicht durch andere Aussagen erschwert wird.

Drittens: Die Aussagen der Enquete sind, soweit überhaupt, nur durch amtliche Quellen (Gesetze, Erlasse, Satzungen usw.) nicht aber durch wissenschaftliche Veröffentlichungen belegt.

Die beiden wesentlich neuen Thesen der Wettbewerbsenquete sind das Bestehen der Anstaltslast bei allen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten<sup>111</sup> und die Nichtabschaffbarkeit der Anstaltslast. Beide werden nur vage begründet, indem zum einen bei der vorgenommenen empirischen Betrachtung die nicht ins Bild passenden Fälle als historische Besonderheiten abgetan werden<sup>112</sup> und zum anderen auf das Bestehen einer nicht näher belegten herrschenden bzw. einhelligen Verwaltungsrechtslehre verwiesen wird.<sup>113</sup> Bei der zweiten These zeigt sich außerdem – darauf wurde schon hingewiesen – der Einfluß des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes.<sup>114</sup>

Im Hinblick auf die beiden mit dem Untersuchungsauftrag verfolgten politischen Ziele: Angleichung der Wettbewerbsbedingungen und Verbesserung der Einlagensicherheit hatte die kommunale Haftung ambivalenten Charakter. Während die wettbewerbliche Begünstigung des Sparkassensektors durch diese Haftung<sup>115</sup> für ihre Abschaffung sprechen mußte, war ihr Fortbestehen im Interesse der Einlagensicherheit in hohem Maß wünschenswert.<sup>116</sup> Dieses Dilemma löste sich, wenn die Anstaltslast zu einem nicht disponiblen Wesensmerkmal jedes öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts erklärt wurde. Damit war die kommunale Haftung der Wettbewerbsdiskussion zugleich solange entzogen, „als die Existenzberechtigung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute anerkannt wird“.<sup>117</sup> Daß die ungeschriebene Anstaltslast gegenüber der Gewährträgerhaftung in der Wettbewerbsenquete so stark in den Vordergrund gerückt wird<sup>118</sup>, ermöglicht erst die Ausdehnung auf alle Institute, die mit der ausdrücklich, aber nur bei einigen Instituten vorgesehenen Gewährträgerhaftung kaum überzeugend gelingen konnte.

111 *Pröhl*, § 11 Anm. 2 d S. 177 geht 1935 als selbstverständlich davon aus, daß es öffentlich-rechtliche „Kreditanstalten“ ohne Haftung gibt, ebenso *Reichardt* § 11 Anm. 28.

112 Wettbewerbsenquete S. 47 Fußn. 64 und 65.

113 Wettbewerbsenquete S. 47 Tz. 1.1.2.1, S. 50 Tz. 1.1.3.

114 s. oben Ziff. 2.3.3.

115 Daß die öffentliche Haftung ein Vorteil ist, räumt die Enquete ein (S. 49 Tz. 1.1.3.1); s. dazu auch *Berkenhoff*, Städte- und Gemeindebund 1975, 63.

116 Zu dieser Funktion der öffentlichen Haftung s. Wettbewerbsenquete S. 50 Tz. 1.1.4.

117 Wettbewerbsenquete S. 50 Tz. 1.1.4.

118 Wettbewerbsenquete S. 49 f. Tz. 1.1.3.1.

## 2.4 Die jüngste Entwicklung

In der jüngsten Zeit ist das Thema Anstaltslast besonders im Zusammenhang mit der Sanierung der Hessischen Landesbank-Girozentrale (HLB) und im Rahmen der auf die kommunale Neugliederung folgenden Sparkassenneugliederung berührt worden.

Die bei der HLB eingetretenen Verluste machten finanzielle Hilfen der beiden Gewährträger, des Landes Hessen und des Hessischen Sparkassen- und Giroverbandes in Höhe von 2,4 Milliarden DM erforderlich.<sup>119</sup> Die Größenordnung der damit erforderlichen Anstrengungen wird klar, wenn man bedenkt, daß das Eigenkapital aller hessischen Sparkassen Ende 1973 768,8 Mill. DM<sup>120</sup> betrug. Daß in diesem Zusammenhang die Anstaltslast herangezogen wurde, die geeignet war, eventuell aufkommende Zweifel an der Notwendigkeit von Bilanzhilfen sowohl im Verhältnis HLB-Gewährträger, als auch zwischen Sparkassen und Gewährträgern<sup>121</sup> zu entkräften, ist nicht verwunderlich. So hat sich Helmut Schlierbach, Syndikus des Hessischen Sparkassen- und Giroverbandes, in einem Aufsatz ausführlich mit der Problematik befaßt.<sup>122</sup> Neu ist dabei, daß er die Anstaltslast gewohnheitsrechtlich begründet<sup>123</sup>, und daß er sie auf die seiner Ansicht nach körperschaftlich organisierte HLB überträgt<sup>124</sup>; die Wettbewerbsenquete hatte körperschaftlich organisierte Institute noch von der Geltung der Anstaltslast ausgeschlossen.<sup>125</sup> Daß der Fall der HLB auch außerhalb Hessens Diskussionen auslöste, zeigt die Entschließung des Präsidiums des Deutschen Städtetages vom 26. 11. 1976<sup>126</sup>, wo zu der Hilfe der Sparkassenorganisation für den Hessischen Sparkassen- und Giroverband Stellung genommen und von neuen Formen der Zuführung von Eigenkapital und entsprechenden „Verpflichtungen“ der Gewährträger gesprochen wird, sowie die ausführliche Kommentierung des § 37 SpkG, der die Gewährträgerhaftung bei der Westdeutschen Landesbank Girozentrale behandelt, in der 2. Auflage des Kommentars von Heinevetter und die dort angestellten Überlegungen zur Begrenzung und Beseitigung der öffentlichen Haftung.<sup>127</sup>

Durch die kommunale Neugliederung ist allein in Nordrhein-Westfalen die

119 Die Helaba beginnt sich freizuschwimmen, FAZ v. 18. Mai 1977 S. 15; Zur HLB-Krise s. auch *Fischer*, Kreditausfälle, S. 153 ff.  
 120 *Fischer*, Österreichisches Bank-Archiv 1975, 57.  
 121 Hierhin gehört neben *Schlierbach* FN 122 auch *Ahlers*, ZGKW 1974, 57 ff.  
 122 Kommunalwirtschaft 1975, 447 ff.  
 123 Kommunalwirtschaft 1975, 448.  
 124 Kommunalwirtschaft 1975, 451.  
 125 Wettbewerbsenquete S. 47.  
 126 Sparkassen- und Gewährträgerhaftung, der Städtetag 1976, 701 f.  
 127 *Heinevetter*, § 37 Rnr. 6 und 7.

Zahl der kreisfreien Städte von 37 auf 23, die der Kreise von 57 auf 31 und die der kreisangehörigen Gemeinden von 2297 auf 373 zurückgegangen.<sup>128</sup>

Diese Veränderungen bei den Gewährträgern bleiben nicht ohne Einfluß auf die Sparkassenstruktur.<sup>129</sup> In einem als Buch veröffentlichten Gutachten haben Stern und Nierhaus sich mit der Sparkassenneugliederung im Raum Köln befaßt. In diesem Gutachten verstehen die Autoren die Anstaltslast als „Funktionsbündel . . .“, das alle kommunalrechtlichen und anstaltsrechtlichen Verpflichtungen der Errichtungskörperschaft zur Wahrung und Sicherung der Funktionsfähigkeit der Anstalt umfaßt.“<sup>130</sup> Sie leiten aus der Anstaltslast ab, „daß die Stadt Köln im Zuge der nach § 32 SpkG möglichen Neuordnungsmaßnahmen nicht ohne rechtlich und wirtschaftlich zwingenden Grund ihrem Sparkasseninstitut die Rechtswohltat des Zuwachsanspruchs (auf die nach der kommunalen Gebietsreform im Stadtgebiet liegenden Kreissparkassenzweigen, d. Verf.) nach § 33 SpkG entziehen darf.“<sup>131</sup>

Heinrichs begründet mit der Anstaltslast und der in ihrem Rahmen seiner Ansicht nach zukünftig zu erbringenden Leistungen zur Stärkung der Eigenkapitalbasis der Sparkassen die Notwendigkeit der Beteiligung von Gemeinden an Kreissparkassen im Wege der Bildung von Zweckverbänden, „denn es dürfte sich als schwer durchführbar erweisen, wenn Kreise mit nicht unerheblichen Beiträgen die Kapitalbasis reiner Kreissparkassen aufstocken wollen, diese Mittel jedoch über die Kreisumlage von den kreisangehörigen Städten und Gemeinden aufgebracht werden müssen“.<sup>132</sup>

## 3. Möglichkeiten der rechtlichen Begründung der Anstaltslast

Im folgenden wird untersucht, ob die Anstaltslast, also eine allgemeine Instandhaltungspflicht, die eine spezielle Pflicht zum Bilanzausgleich einschließt, bei den kommunalen Sparkassen besteht. Dabei steht die Frage, ob eine solche Pflicht generell bei rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts besteht<sup>133</sup>, am Anfang. Daran schließt sich die Prüfung der besonderen Rechtslage bei den Sparkassen an.

128 Innenminister NW S. 31 – die Zahlen sind um die durch die Rechtsprechung des VerFGH NW vorgenommenen Veränderungen geringfügig korrigiert.  
 129 s. die Nachweise zur Sparkassenneugliederung bei *Hoppe/Oebbecke*, Kommunalwirtschaft 1978, 241 ff., Fußn. 1.  
 130 *Stern/Nierhaus* S. 89 f., s. auch S. 20.  
 131 *Stern/Nierhaus* S. 91.  
 132 *Heinrichs*, Städte- und Gemeinderat 1977, 178.  
 133 So z. B. *Heinevetter* § 37 Rnr. 5; *Krebs/Dülp* Art. 4 Anm. I 2 a; *Rothe* § 2 Anm. IV; *Schlierbach*, Kommentar § 3 Anm. 2 A; *Stern/Nierhaus* S. 20; Wettbewerbsenquete S. 47 jeweils m.w.N.

### 3.1 Die Rechtslage bei rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts allgemein

#### 3.1.1 Der Befund im Schrifttum

Die Untersuchung der Verhältnisse bei den rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts<sup>134</sup> ist um so mehr angebracht, als sich die immer wieder behauptete, jedoch nicht belegte „herrschende Verwaltungsrechtslehre“<sup>135</sup> nicht feststellen läßt. Der insoweit von Schlierbach getroffenen Feststellung<sup>136</sup> kommt über die „heute führenden Lehrbücher“<sup>137</sup> hinaus Gültigkeit zu. Nirgendwo wird bei der Behandlung des Rechts der öffentlichen Anstalt die Anstaltslast oder eine entsprechende Pflicht erwähnt. Dem von Schlierbach zitierten<sup>138</sup>, unter der Überschrift „Die Sparkassen“ stehenden Satz bei Wolff/Bachof: „Außerdem ist der Sparkassenträger wie jeder Anstaltsherr verpflichtet, die Anstalt während ihres Bestehens zur Erfüllung ihrer Aufgaben imstande zu halten und daher eine etwaige Unterbilanz durch Zuschüsse auszugleichen“<sup>139</sup>, steht nicht nur das Schweigen bei der Behandlung des allgemeinen Anstaltsrechts in dem gleichen Werk gegenüber; die vollrechtsfähigen Anstalten, zu denen ausdrücklich die Sparkassen gerechnet werden, qualifiziert Wolff als „dem Anstaltsträger wie jedem Dritten gegenüber selbständige rechtliche Zurechnungs-, Zuordnungs-, Vermögens- und Haftungseinheit“<sup>140</sup>

Der naheliegende Schluß, die Anstaltslast bestehe jedenfalls nicht in solcher Allgemeinheit, ist hier indessen noch nicht gerechtfertigt. Bevor eine abschließende Aussage gemacht werden kann, müssen vielmehr die bei den im sparkassenrechtlichen Schrifttum für das allgemeine Bestehen der Anstaltslast angeführten Gesichtspunkte auf ihre Tragfähigkeit überprüft werden. Es sind dies die Gründung der rechtsfähigen Anstalt durch den Anstaltsträger und die Erfüllung von Aufgaben des Anstaltsträgers durch die Anstalt.

#### 3.1.2 Die Gründung der rechtsfähigen Anstalt als Grundlage für das Bestehen der Anstaltslast

„Die Tatsache allein, daß der Gewährträger die Sparkasse gründet und als Träger ihren Fortbestand in der gewählten Rechtsform garantiert“, so meint Heinen, begründe für ihn eine Erhaltungspflicht.<sup>141</sup> Der Überlegung Rechnung tragend, daß alle rechtsfähigen Anstalten gegründet werden, spricht die Wett-

134 Zu diesem Begriff s. *Wolff/Bachof* II, § 98 I; *Jecht* S. 49.

135 Wettbewerbsenquete S. 47; *Ahlers* S. 59; *Rothe* § 2 Anm. IV.

136 Kommunalwirtschaft 1975, 447.

137 *Schlierbach* a.a.O.

138 a.a.O.

139 *Wolff/Bachof* II § 100 II c 4.

140 *Wolff/Bachof* II § 98 II b 1.

141 *Heinen*, N. S. 107; ähnlich *Schlierbach*, Kommentar 1. Aufl., § 3 Anm. 2.

bewerbsenquete allgemein von der „Verantwortung für das von ihr ins Leben gerufene Rechtssubjekt“, die die Errichtungskörperschaft übernehme und die die Instandhaltungspflicht einschließe.<sup>142</sup> Schlierbach drückt diesen Gedanken bildhaft aus: „Es handelt sich um die Unterhaltspflicht des Muttergemeinwesens gegenüber seinem wenn auch rechtlich selbständigen, so aber doch in seinem Weiterleben vom Willen des Muttergemeinwesens abhängigen und hinsichtlich des lebensnotwendigen Unterhalts anspruchsberechtigten ‚Kind‘.“<sup>143</sup>

Nun ist es immerhin fraglich, ob das idyllische Bild von der Mutter, die ihrem Kind Unterhalt gewährt, das Verhältnis zwischen den öffentlichen Kreditinstituten oder Rundfunkanstalten und ihren Trägern nicht verfälscht. Es bleibt – schiebt man auch noch die mehr moralische als juristische Kategorie der Verantwortung beiseite – als Kern der Argumentation: die Tatsache der Gründung erzeugt die Instandhaltungspflicht der Errichtungskörperschaft.

Mangels irgendeines Hinweises, warum im öffentlichen Recht etwas Besonderes gelten soll, müßte dieser Gedanke auch auf das Zivilrecht übertragen werden können. Eine Instandhaltungspflicht der Gründer oder Gesellschafter usw. gegenüber einer juristischen Person ist dort aber unbekannt.<sup>144</sup> Im speziellen Fall der Sparkassen läßt diese Argumentation außer acht, daß sie nicht von den Kommunen als rechtsfähige Anstalt errichtet wurden, sondern diesen Status durch Gesetz erhielten<sup>145</sup>; von einer Errichtung durch eine Errichtungskörperschaft kann also nicht die Rede sein.

Beim Versuch der Begründung, daß den Anstaltsträger, den man sich zugleich als Anstaltsgründer vorstellt, eine Instandhaltungspflicht trifft, leistet der Hinweis, diese Pflicht ergebe sich aus der Gründung, nichts. Es handelt sich vielmehr um eine *petitio principii*. Wohl mit Rücksicht darauf verwendet Schlierbach diesen Gedanken zunehmend beschreibend und weniger begründend.<sup>146</sup>

#### 3.1.3 Die Wahrnehmung von Aufgaben des Trägers als Grundlage für das Bestehen der Anstaltslast

Die rechtsfähige Anstalt werde mit der Wahrnehmung von Aufgaben betraut, die in den Kreis der Aufgaben des Anstaltsträgers gehören. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben sei gefährdet, wenn der Anstaltsträger die Anstalt nicht zu ihrer Erfüllung instand halte. – Mit diesem Gedankengang wird im

142 S. 47 Tz. 1.1.2.1; ebenso *Rothe* § 2 Anm. IV; *Schlierbach*, Kommentar § 3 Anm. 2 A; ähnlich *Lohr* S. 29 f.

143 Kommunalwirtschaft 1975, 448 f.

144 Es sei hier darauf hingewiesen, daß nicht die Haftung gegenüber Dritten in Rede steht.

145 s. oben Ziff. 2.2.1.

146 Vgl. die Veränderung der Formulierung an den FN 141, 142 und 143 zitierten Stellen.

jüngeren Schrifttum versucht, das Bestehen der Anstaltslast zu begründen.<sup>147</sup> Er geht auf Twiehaus zurück, der in seiner Untersuchung über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute von einer „Gewährleistung“ spricht, unter die er sowohl die Gewährträgerhaftung als auch die Anstaltslast faßt.<sup>148</sup> Twiehaus weist „andeutungsweise“ auf diesen Gedankengang hin, nimmt aber ausdrücklich zur Frage des Bestehens einer solchen allgemeinen Garantie nicht abschließend Stellung.<sup>149</sup>

Die dargelegte Argumentation ist sicher insoweit richtig, als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts zur Durchführung von Tätigkeiten errichtet werden<sup>150</sup>, die der Anstaltsträger zwar erledigt wissen, aber nicht selbst erledigen will. Daß die Vornahme dieser Tätigkeiten gefährdet ist, wenn die nötigen personellen und sachlichen Mittel nicht zur Verfügung stehen, ist ebenfalls nicht von der Hand zu weisen. Aus dieser Gefährdung kann sich eine Verpflichtung zu einer entsprechenden Ausstattung der rechtsfähigen Anstalt jedoch nur dann ergeben, wenn den Anstaltsträger eine Verpflichtung zur Sicherstellung der Vornahme der der Anstalt obliegenden Tätigkeiten trifft. Man kann zwar davon ausgehen, daß ein Träger öffentlicher Verwaltung sich einer solchen Verpflichtung nicht durch die organisatorische Ausgliederung in eine Anstalt entledigen kann; daß der Träger durch den freiwilligen Organisationsakt der Anstaltserrichtung für sich selbst eine Verpflichtung schaffen kann, die nicht ohnehin bestünde, kann man jedoch nicht annehmen. Mithin kann die Erfüllung von Aufgaben des Anstaltsträgers durch die selbständige Anstalt eine Instandhaltungspflicht nur auslösen, wenn es sich nicht um freiwillige, sondern um Pflichtaufgaben<sup>151</sup> handelt und auch dann nur in dem Umfang, in dem die Verpflichtung besteht. Ob und inwieweit die Aufgaben einer Anstalt Pflichtaufgaben des Anstaltsträgers sind, läßt sich nicht pauschal für alle Anstalten, sondern nur für jeden Anstaltstyp gesondert feststellen.

#### 3.1.4 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis läßt sich nunmehr festhalten, daß die Anstaltslast bei den rechtsfähigen Anstalten allgemein nicht besteht. Das schließt indessen nicht aus, daß eine entsprechende allgemeine Instandhaltungspflicht oder spezielle Teilpflichten bei einzelnen Arten von rechtsfähigen Anstalten auf-

147 Heinevetter, § 37 Rnr. 5; Stern/Nierhaus S. 90.

148 Twiehaus S. 46.

149 Twiehaus S. 48 f.

150 Zu Gründen für die Schaffung rechtsfähiger Anstalten Forsthoff S. 496 f.; Kierstein S. 50; Wolff/Bachof II § 84 I c.

151 Zu der Unterscheidung vgl. Wolff/Bachof II § 84 IV b.

grund satzungsrechtlicher<sup>152</sup> oder gesetzlicher<sup>153</sup> Anordnung oder aufgrund verfassungsrechtlicher Überlegungen<sup>154</sup> besteht.

Ob das bei den kommunalen Sparkassen der Fall ist, soll im Anschluß geprüft werden. Dabei soll auch der Frage nachgegangen werden, ob die Anstaltslast aus anderen Gründen gilt.

### 3.2 Die Rechtslage bei den kommunalen Sparkassen

#### 3.2.1 Gesetz oder Mustersatzung als Grundlage der Anstaltslast

Weder das Sparkassengesetz noch die Mustersatzung für Sparkassen in Nordrhein-Westfalen<sup>155</sup> enthalten eine Regelung der Anstaltslast. § 5 SpkG und § 2 der Mustersatzung beinhalten nur Vorschriften über die Gewährträgerhaftung. Die vereinzelt Versuche in der Vergangenheit, daraus auch die Geltung der Anstaltslast abzuleiten<sup>156</sup>, müssen am klaren Wortlaut dieser Vorschriften scheitern. Die Bestimmungen regeln das Außenverhältnis; zu den Beziehungen zwischen Sparkasse und Gewährträger enthalten sie keine Aussage.<sup>157</sup>

152 So enthalten etwa die folgenden Vorschriften die Verpflichtung des Trägers zu Zahlungen an öff.-rechtliche Versicherungsanstalten; es handelt sich allerdings nur um Liquiditätshilfen, für die eine Rückzahlungspflicht besteht: § 4 Abs. 8 S. 1 der Satzung der Westfälischen Provinzial-Feuersozietät Versicherung der Sparkassen, Münster vom 23. 10. 1969 (GVBl. 1970, 60 ff.), zuletzt geändert durch Satzung vom 1. 4. 1976 (GVBl. 328 f.); § 5 Abs. 8 S. 1 der Satzung der Westfälischen Provinzial-Lebensversicherungsanstalt Versicherung der Sparkassen, Münster vom 23. 10. 1969 (GVBl. 1970, 65 ff.), zuletzt geändert durch Satzung vom 1. April 1976 (GVBl. 328); § 11 Abs. 2 S. 1 der Satzung der Schleswig-Holsteinischen Landesbrandkasse vom 27. 7. 1973 (Abl. Schl.-H. 1973, 642 ff.); § 7 Abs. 3 S. 2 der Satzung der Provinzial-Lebens-, Unfall- und Haftpflicht-Versicherungsanstalt Schleswig-Holstein in Kiel vom 27. 7. 1973 (Abl. Schl.-H. 1973, 645 ff.).

153 z. B. §§ 4 Abs. 2 S. 2, 13 Nr. 4 des Hessischen Gesetzes über die Neuordnung des öffentlichen Bank- und Sparkassenwesens i.d.F. der Bek. v. 2. Januar 1976 (GVBl. 1976, 16 ff.) für die Hessische Landesbank-Girozentrale.

154 Aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird im Schrifttum ein Anspruch der Rundfunkanstalten auf funktionsgerechte Finanzierung hergeleitet (Ossenbühl S. 16; Stern/Bethge S. 38 ff.).

155 Runderlaß des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr vom 1. September 1970 – II/A 1 – 182 – 59 – 60/70 (MBl.NW 1970, 1675). Gem. § 4 Abs. 3 S. 2 SpkG bedürfen Abweichungen von der Mustersatzung der Genehmigung des Regierungspräsidenten. Nach Nr. 13 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Sparkassengesetz (Runderlaß des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr vom 25. März 1971 in MBl. NW 853) können bei der Entscheidung über die Genehmigung solcher Abweichungen nur die besonderen Verhältnisse der Sparkasse ausschlaggebend sein.

156 Wahl S. 17; ähnlich Schlierbach, Kommentar 1. Aufl. § 3 Anm. 2.

157 Lohr S. 29; Rothe § 2 Anm. IV; Schlierbach, Kommunalwirtschaft 1975, 448; Stern/Nierhaus S. 20 und Szagunn/Voigt S. 45 nehmen ebenfalls an, daß eine gesetzliche Verankerung der Anstaltslast fehlt; so auch wohl Heinevetter § 37 Rnr. 5; unklar aber § 5 Rnr. 1.

Die Anstaltslast läßt sich auch nicht auf dem Umweg über die Interessen der Sparkassengläubiger aus der Gewährträgerhaftung ableiten. Zwar bringt die Inanspruchnahme des Gewährträgers aus seiner Haftung für den Sparkassengläubiger Erschwernisse mit sich; so muß er sich nach erfolgter Zahlungsaufforderung gegenüber der Sparkasse an die Kommune wenden. Die rechtzeitige finanzielle Hilfe des Gewährträgers für die Sparkasse erspart dem Gläubiger diese Belastung. Nun aus dem „sozialen Sinn“ der Sparkasse schließen zu wollen, die Kommune sei zu dieser Hilfe verpflichtet<sup>158</sup>, mißachtet die klare gesetzliche Regelung, die dem Sparkassengläubiger die „Belastungen“ zumutet, indem sie die Gewährträgerhaftung auf den Fall der Leistungsunfähigkeit der Sparkasse beschränkt.

Soweit bei einzelnen Sparkassen in Abweichung von den Vorschriften der Mustersatzung<sup>159</sup> eine ausdrückliche Regelung der Anstaltslast in der Satzung getroffen sein sollte, hätte sie nur für die betreffende Sparkasse Bedeutung.

### 3.2.2 Verbandsrecht als Grundlage der Anstaltslast

Bereits vor mehr als 40 Jahren ist auf den Schaden hingewiesen worden, der entstände, wenn ein Sparkassengläubiger von der Gewährträgerhaftung Gebrauch machen müßte. Die entstehende Vertrauenskrise würde kaum auf die einzelne Sparkasse beschränkt bleiben.<sup>160</sup> Daß der Bilanzausgleich zur Verhinderung des Eintritts der Gewährträgerhaftung in hohem Maße sparkassenpolitisch wünschenswert ist, ist in der Tat nicht zu bestreiten. – Es hätte – die verfassungsrechtliche Zulässigkeit unterstellt<sup>161</sup> – nahegelegen, dieses sparkassenpolitische Interesse durch eine entsprechende Verpflichtung zum Bilanzausgleich für den Gewährträger in der Satzung des jeweiligen Sparkassen- und Giroverbandes zu verankern, dem ja nach wie vor Sparkassen und Gewährträger angehören.<sup>162</sup> In den Satzungen der Sparkassen- und Giroverbände<sup>163</sup> fehlt es aber an jedem Hinweis auf eine verbandsrechtliche Fundierung der Anstaltslast bzw. der Teilpflicht zum Bilanzausgleich.

158 So aber *Heinen*, N. S. 107.

159 Zur Möglichkeit solcher Abweichungen s. FN 155.

160 *Paul*, Sparkasse 1936, 129.

161 Dazu s. unten Ziff. 3.2.4.4.

162 § 45 SpkG; vor der Vonselbständigkeit der Sparkassen konnte strenggenommen nur der Gewährträger einem Sparkassen- und Giroverband angehören; diese Mitgliedschaft ist dann beibehalten worden (*Marquardt/Perdelwitz*, Sparkassenrecht S. 61).

163 Vgl. Satzung des Rheinischen Sparkassen- und Giroverbandes v. 4. 11. 1975 (MBl. 2104) und Satzung des Westfälisch-Lippischen Sparkassen- und Giroverbandes v. 17. 8. 1976 (MBl. 1843).

## 3.2.3 Verfassungsrechtliche Fundierung der Anstaltslast

### 3.2.3.1 Ausgangspunkt

Bei der Erörterung, ob aus der Wahrnehmung von Aufgaben des Trägers durch die Anstalt auf das Bestehen der Anstaltslast geschlossen werden könne, ist darauf hingewiesen worden, daß die Erfüllung von Aufgaben des Trägers durch die Anstalt eine Instandhaltungspflicht des Trägers gegenüber der Anstalt nur auslösen könne, wenn es sich um Pflichtaufgaben des Trägers handelt. Ob und inwieweit Anstalten solche Pflichtaufgaben wahrnehmen, könne nur gesondert für jeden Anstaltstyp festgestellt werden.<sup>164</sup> Für die kommunale Sparkasse muß die Frage demnach lauten: Sind die Kommunen zur kreditwirtschaftlichen Betätigung verpflichtet?

Die kommunalrechtliche Literatur rechnet die Errichtung und Unterhaltung von öffentlichen Einrichtungen, insbesondere auch von Versorgungsbetrieben in den Kreis der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben.<sup>165</sup> In diesen Kreis würden grundsätzlich auch die der kreditwirtschaftlichen Versorgung dienenden<sup>166</sup> kommunalen Sparkassen gehören.<sup>167</sup> Ausgehend von Überlegungen in der Untersuchung von Stern/Burmeister soll nun geprüft werden, ob Verfassungsrecht eine kommunale Pflicht zum Betrieb von Sparkassen begründet und somit für kommunale Sparkassen etwas anderes gilt als für andere kommunale Einrichtungen.

### 3.2.3.2 Die Überlegungen bei Stern/Burmeister

Aus dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip ergibt sich nach Stern/Burmeister im Verhältnis zum Bürger auch und vor allem die Verpflichtung zu staatlicher Leistungsgewährung und zu institutioneller Sicherung von Teilhaberechten.<sup>168</sup> Der Staat sei verpflichtet, eine soziale Ordnung zu gestalten, die vorbeugend die Entstehung sozialer Bedingungen verhindere, unter denen die Leistungsansprüche des einzelnen gefährdet werden könnten. Um ihrer Pflicht zur Gewährleistung einer lückenlosen, krisenfesten und dauerhaften Versorgung mit elementaren Versorgungsgütern nachzukommen, müsse die „öffentliche Hand“ einen institutionell gesicherten Apparat zur Verfügung stellen, der speziell diese Aufgaben zu erfüllen habe.<sup>169</sup> Die Beseitigung von Einrichtungen, die im Verhältnis zum Bürger als notwendige Bedingung für die Effektivierung des Anspruchs auf öffentliche Versorgung mit existentiell notwendigen Leistungen anzusehen seien, stelle einen Verstoß gegen die

164 s. o. Ziff. 3.1.3.

165 *Kottenberg/Rehn* § 2 Anm. I 3; v. *Loebell* § 2 Anm. 5.

166 § 3 S. 1 SpkG.

167 So ausdrücklich *Schwabe* S. 43.

168 S. 100.

169 S. 101.

Sozialstaatsverbürgung dar.<sup>170</sup> Der Widerspruch zwischen dieser Bestandsgarantie und der Organisationsgewalt des Staates löse sich, wenn man erkenne, daß es nicht nur um Kompetenzsicherung, sondern um die individualrechtliche Sicherungsfunktion im Verhältnis zum Bürger gehe.<sup>171</sup>

Zu dem Kreis garantierter Einrichtungen gehörten auch jene wirtschaftlichen Einrichtungen, „deren Betätigung im Lichte eines spezifisch sozialstaatlichen Auftrags auf standardgemäße Deckung allgemeiner zivilisatorischer Elementarbedürfnisse zugeschnitten ist“. Dazu seien heute auch die kommunalen Kreditinstitute zu rechnen. Der Bürger sei nämlich mehr denn je auf eine lückenlose und krisenfeste Kreditversorgung sowie auf günstige monetäre Anlagemöglichkeiten angewiesen.<sup>172</sup> Allerdings sei diese Feststellung einzuschränken, wenn und soweit es an dem Angewiesensein des einzelnen auf die Leistungen speziell von öffentlichen Kreditinstituten fehlen würde.<sup>173</sup>

In der Tat könne der einzelne, wie die Analyse der Wettbewerbsenquete zeige, gegenwärtig die Mehrzahl der kreditwirtschaftlichen Leistungen ohne Beeinträchtigung auch im privaten Kreditsektor erlangen.<sup>174</sup> Berechtigte Zweifel daran, ob nicht beim Wegfall der lenkenden und korrigierenden Funktion der Sparkassen aufgrund der Bedingungen ertragswirtschaftlicher Geschäftspolitik alsbald Lücken in der Kreditversorgung des „kleinen Mannes“ entstanden, seien nicht schlankweg von der Hand zu weisen. Allein das Entstehen einer solchen Gefahr widerspreche der sozialstaatlichen Verantwortung der „öffentlichen Hand“.<sup>175</sup>

Als Ergebnis halten Stern/Burmeister fest: „Die Institution ‚Sparkasse‘ ist als Typus einer notwendigen sozialen Einrichtung in ihrem Bestand durch das Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich gesichert.“<sup>176</sup>

### 3.2.3.3 Das Verständnis der Sozialstaatsklausel in Literatur und Rechtsprechung

Zum richtigen Verständnis dieser Argumentation soll in aller Kürze ein Überblick darüber gegeben werden, wie die Sozialstaatsklausel im Schrifttum und in der Judikatur verstanden wird.

Die Formel „sozialer Bundesstaat“ in Art. 20 Abs. 1 GG wird, vor allem auch im Hinblick auf die Formulierung „sozialer Rechtsstaat“ in Art. 28 Abs. 1 GG dahin verstanden, die Bundesrepublik Deutschland sei Bundesstaat und Sozialstaat.<sup>177</sup> Was rechtlich aus dieser Eigenschaft als Sozialstaat folgt, ist

170 S. 102.

171 S. 104 f.

172 S. 107.

173 S. 108.

174 S. 108.

175 S. 109.

176 S. 110.

177 von Mangoldt/Klein Art. 20 Anm. VII 1.

bisher nur in geringem Umfang geklärt.<sup>178</sup> Die Schwierigkeiten bei dieser Klärung beruhen zum Teil darauf, daß anders als für den „Bundesstaat“ oder den „Rechtsstaat“ das Grundgesetz für den „Sozialstaat“ nur sehr wenig konkretisierende Detailvorschriften enthält.<sup>179</sup>

Einigkeit besteht darüber, daß es sich nicht um einen unverbindlichen Programmsatz, sondern um eine unmittelbar geltende, alle Staatsgewalt bindende Leitlinie handelt.<sup>180</sup> Sie ist nicht nur bei der Auslegung des Grundgesetzes und einfachgesetzlicher Vorschriften zu beachten<sup>181</sup>; ihr kommt auch Verpflichtungskraft zu.<sup>182</sup> Sie enthält das Verbot einer eindeutig oder zielgerichtet unsozialen Politik.<sup>183</sup> Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat auch zu sozialer Aktivität.<sup>184</sup> Es ist besonders auf den Ausgleich sozialer Ungleichheiten und Gegensätze gerichtet und dient zuvörderst der Erhaltung und Sicherung der menschlichen Würde.<sup>185</sup> Der Staat ist verpflichtet, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.<sup>186</sup> Allerdings: „Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ‚Was‘, das Ziel, die gerechte Sozialordnung, es läßt aber für das ‚Wie‘, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen.“<sup>187</sup> Das Sozialstaatsgebot enthält einen Auftrag, seine Ausgestaltung ist Sache des Gesetzgebers.<sup>188</sup> Er ist etwa frei darin, sich der Mithilfe privater Organisationen zu bedienen.<sup>189</sup> Sein Spielraum reicht bis zur Grenze des offenkundigen Mißbrauchs.<sup>190</sup>

Im einzelnen hat das Bundesverfassungsgericht dem Sozialstaatsgebot etwa das „Gebot sozialer Steuerpolitik“<sup>191</sup> entnommen und die Verpflichtung des Staates zur Resozialisierung<sup>192</sup> oder dazu abgeleitet, Sorge zu tragen, daß auch die arme Partei ihre Belange dem Gleichheitsgebot gemäß vor Gericht geltend

178 Hesse S. 84 m.w.N.

179 Herzog, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 20 Rnr. 152.

180 Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats S. 64; Herzog a.a.O. Rnr. 153.

181 BVerfG, B. v. 19. 12. 1951 – 1 BvR 220/51 –, BVerfGE 1, 97 (105); Maunz S. 76.

182 Stern S. 714.

183 ebd.

184 Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats S. 70 f.

185 BVerfG, U. v. 18. 7. 1967 – 2 BvF 3 – 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62 –, BVerfGE 22, 180 (204); B. v. 3. 7. 1973 – 1 BvR 153/69 –, BVerfGE 35, 348 (355).

186 BVerfG, B. v. 19. 12. 1951 (FN 181) S. 105; U. v. 18. 7. 1967 (FN 185) S. 204.

187 BVerfG, U. v. 18. 7. 1967 (FN 185) S. 204.

188 Schnapp in v. Münch, GG-Kommentar, Art. 20 Rnr. 19; Hesse, S. 86 f.

189 BVerfG, U. v. 18. 7. 1967 (FN 185) S. 204.

190 Stern S. 715.

191 BVerfG, U. v. 24. 1. 1962 – 1 BvR 845/58 –, BVerfGE 13, 331 (347); B. v. 15. 12. 1970 – 1 BvR 559, 571, 586/70 –, BVerfGE 29, 402 (412).

192 BVerfG, U. v. 5. 6. 1973 – 1 BvR 563/72 –, BVerfGE 35, 202 (236).

machen kann.<sup>193</sup> Zwischen den Privaten bestimme es die Vertragsfreiheit inhaltlich, wobei seine Ausgestaltung dem Gesetzgeber obliege.<sup>194</sup>

In der Literatur wird auch von der Pflicht des Staates zur Daseinsvorsorge<sup>195</sup> und seiner Mitverantwortung für die Versorgung der Bevölkerung mit den benötigten wirtschaftlichen Gütern gesprochen, womit das Sozialstaatsprinzip den Bestand öffentlicher Unternehmen, aber auch staatliche Maßnahmen zur Ordnung privater Wirtschaftstätigkeit legitimiere.<sup>196</sup> Es garantiere im Kern diejenigen Rechtsbereiche, die zum Wesen des sozialen Rechtsstaates gehören, worunter etwa Arbeitsschutz, Sozialhilfe, Sozialversicherung und Betriebsverfassung gerechnet werden.<sup>197</sup> Als Verfassungsprinzip räume soziale Gerechtigkeit jeder Schicht oder Gruppe in der Bevölkerung die ihr zukommenden Rechte ein, insbesondere „die wirtschaftliche und kulturelle Lebensfähigkeit auf einem angemessenen Niveau (Standard)“.<sup>198</sup> Stern entnimmt in einer jüngeren Schrift der Sozialstaatsklausel den staatlichen Auftrag zum Aufbau einer sozialen Infrastruktur, worunter „die Einrichtungen und Vorkehrungen verstanden werden, die in einem bestimmten, fortgeschrittenen Entwicklungsstadium der Gesellschaft als Grundausrüstung notwendig sind, um eine angemessene wirtschaftliche und personale Entfaltungsmöglichkeit des Individuums zu gewährleisten.“<sup>199</sup> Ob sich aus dem Sozialstaatsprinzip Teilhaberechte des einzelnen ergeben können, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offengehalten. Aus dem Gleichheitssatz i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip können sich allerdings dann – so das Gericht –, wenn der Staat Bildungseinrichtungen geschaffen hat, Ansprüche auf Zugang zu diesen Einrichtungen ergeben.<sup>200</sup>

### 3.2.3.4 Die Reichweite der Argumentation von Stern/Burmeister

Stern/Burmeister halten die Institution „Sparkasse“ für verfassungsrechtlich garantiert. Die Geltung der Anstaltslast als generelle Verpflichtung der Trägerkommune zur Instandhaltung der Sparkasse und zum Bilanzausgleich würde indessen das Bestehen einer Individualgarantie, d. h. einer Garantie des Bestandes jeder einzelnen kommunalen Sparkasse voraussetzen. Das Verhältnis zwischen Institutions- und Individualgarantie und die Erstreckung der

193 BVerfG, B. v. 3. 7. 1973 (FN 185).

194 BVerfG, B. v. 12. 11. 1958 – 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 –, BVerfGE 8, 274 (329); B. v. 12. 1. 1967 – 1 BvR 335/63 –, BVerfGE 21, 87 (91).

195 So bereits Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats S. 71.

196 Stein S. 70.

197 Hesse S. 86 f.

198 Maunz S. 86.

199 Stern S. 694.

200 BVerfG, U. v. 18. 7. 1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33,303 (331).

institutionellen Garantie ist von Art. 28 Abs. 2 GG her bekannt: Diese Vorschrift enthält nach h.M.

- eine institutionelle Garantie der Gemeinden und Gemeindeverbände,
- eine Rechtsinstitutionsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung
- und eine subjektive Rechtsstellungsgarantie der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Abwehr von Eingriffen in den institutionell garantierten Rahmen.<sup>201</sup>

Weil Art. 28 Abs. 2 GG die Gemeinden also nicht individuell, sondern nur institutionell garantiert, muß nur die Organisationsform Gemeinde überhaupt existieren, nicht aber ist die einzelne Gemeinde gegen Auflösung gesichert.<sup>202</sup> Für die Auflösung von Gemeinden im Zuge der Territorialreform verlangt die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Länder lediglich das Vorliegen der Voraussetzungen des öffentlichen Wohls.<sup>203</sup>

Eine institutionelle Garantie der Sparkassen, wie von Stern/Burmeister postuliert, würde also nur fordern, daß es kommunale Sparkassen gibt, aber nicht die einzelne Sparkasse in ihrem Bestand schützen. Eine Verpflichtung der Trägerkommune zur Erhaltung der einzelnen Sparkasse kann demnach aus einer solchen institutionellen Garantie nicht abgeleitet werden. Allenfalls könnte man daran denken, das Erfordernis der Gemeinwohlorientierung der Entscheidung über den Bestand der Sparkasse vom Verhältnis Gemeinde/Staat auf das allerdings völlig anders strukturierte Verhältnis Sparkasse/Trägerkommune zu übertragen. Das würde jedoch voraussetzen, daß die Begründung der institutionellen Garantie der Sparkasse der jetzt vorzunehmenden kritischen Würdigung standhält.

### 3.2.3.5 Kritische Würdigung

Zweifel an der Argumentation von Stern/Burmeister ergeben sich bereits bei einer Überprüfung ihrer Grundlagen: ob dem Sozialstaatsprinzip die für die Argumentation zentralen „Teilhaberechte“<sup>204</sup> und „Leistungsansprüche“<sup>205</sup> entnommen werden können, ist nicht nur im Schrifttum<sup>206</sup>, sondern

201 Stern, in Bonner Kommentar Art. 28 Rnr. 66.

202 Maunz, in Maunz/Dörig/Herzog/Scholz Art. 28 Rnr. 45 ff.; Hesse S. 190; Stern S. 306; Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 28 Rnr. 13.

203 Hoppe/Rengeling S. 70 ff.; Stern S. 306; BayVerfGH, Entscheidung v. 15.2.1974 – Vf. 9-VII-72 –, DVBl. 1973, 28 (33); StGH Ba.-Wü., U. v. 8.9.1972 – Nr. 6/71 –, DÖV 1973, 163; VerfGH NW, U.v. 24.4.1970 – VGH 13/69 –, DVBl. 1970, 794; Saarl. VerfGH, U. v. 28.6.1974 – Lv 8/74 –, NJW 1974, 1995; VerfGH Rh.-Pf., U. v. 17.4.1969 – VerfGH 2/69 –, DVBl. 1969, 799 (800).

204 Stern/Burmeister S. 101.

205 Stern/Burmeister S. 101.

206 Vgl. Herzog, in Maunz/Dörig/Herzog/Scholz Art. 20 Rnr. 175, 196; Schnapp, in v. Münch, GG-Kommentar I Art. 20 Rnr. 19; Mössner S. 173 ff.

auch in der maßgeblichen Rechtsprechung<sup>207</sup> des Bundesverfassungsgerichts<sup>208</sup> noch keineswegs geklärt. Und wenn bei der Feststellung, ob die kreditwirtschaftliche Versorgung nicht auch von den privaten Banken geleistet werden könne, von der „Analyse des Tatsachenbefundes der Wettbewerbsenquete“ ausgegangen wird, „deren Ergebnisse hier keiner kritischen Würdigung unterzogen werden können“<sup>209</sup>, steht und fällt die Überzeugungskraft der weiteren Ausführungen mit der Tragfähigkeit dieser Basis.

Wenig folgerichtig erscheint es, wenn zuerst die Pflicht der öffentlichen Hand zur Versorgung mit „existentiell notwendigen Leistungen“<sup>210</sup> aus der Sozialstaatsklausel abgeleitet wird, die kreditwirtschaftlichen Leistungen aber nicht unter diese, sondern unter „standardgemäße Deckung allgemeiner zivilisatorischer Elementarbedürfnisse“<sup>211</sup> gerechnet werden. Offenkundig ist der Umfang der garantierten Versorgung nach der letztgenannten Formel ungleich weiter, da hier durch die Begriffe „standardgemäß“ und „zivilisatorisch“ über das Lebensnotwendige erheblich hinausgehende Anforderungen gestellt werden.

Den Haupteinwand gegen ihre Ableitung sehen die Autoren selbst: Sie ist nur schlüssig, wenn die kreditwirtschaftliche Versorgung nicht anders als durch die Sparkassen gewährleistet werden kann. Gegen diesen Einwand weisen sie auf die Möglichkeit, daß die Banken bei Wegfall der Sparkassen „alsbald Zugeständnisse an das Erwerbsstreben mit der Konsequenz einer Veränderung des Konditionsgefüges machen“ und sich aus unattraktiven Bereichen zurückziehen könnten, so daß Lücken in der Kreditversorgung entstünden. Das möge zwar als Hypothese abgetan werden, „läßt aber dennoch berechtigte Zweifel nicht schlankweg von der Hand weisen“. Allein die Entstehung einer solchen Gefahr sei aber mit der sozialstaatlichen Verantwortung der öffentlichen Hand nicht in Einklang zu bringen.<sup>212</sup>

Die Notwendigkeit der Institution Sparkasse wird also, wenn auch vorsichtig verklausuliert, mit dem aus dem privatwirtschaftlichen Charakter der Banken folgenden Erwerbsstreben und den daraus nach Ansicht der Autoren resultierenden Gefahren begründet.

Die Genossenschaftsbanken, für die „sich die Gewinnmaximierung als tragende Zielvorstellung der Geschäftspolitik verbietet“<sup>213</sup>, bleiben außer Betracht. Unberücksichtigt bleibt auch, ob die Sparkassen selbst angesichts der Notwendigkeit, den Eigenkapitalzuwachs zu erwirtschaften, noch einen

wesentlichen Spielraum für die „ertragswirtschaftlich unattraktiven Bereiche“<sup>214</sup> haben.

Der Hinweis auf Gefahren, die bei einer Übertragung der kreditwirtschaftlichen Versorgung auf erwerbswirtschaftliche Institute entstehen sollen, ist nicht überzeugend: Ungleich elementarere Versorgungsbereiche, etwa die Lebensmittel- und Kleidungsversorgung liegen vollständig in privater Hand, ohne daß sich die beschriebenen Gefahren gezeigt hätten. Auch in der kreditwirtschaftlichen Versorgung ist der Staat frei, wie er seinem sozialstaatlichen Auftrag nachkommt.<sup>215</sup> Das Sozialstaatsprinzip verbietet nicht, die Versorgung ganz Privaten zu übertragen. Durch rechtliche Einwirkungen auf die Konditionen und durch ein geeignetes Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht ließen sich möglicherweise entstehende Gefahren steuern. Das Sozialstaatsprinzip verbietet insbesondere auch nicht die Überführung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in private Rechtsformen im Eigentum der öffentlichen Hand.<sup>216</sup> Die Sicherung eventueller Rechte des einzelnen ist dadurch nicht betroffen und vermag daher auch Einschränkungen der staatlichen Organisationsgewalt nicht zu rechtfertigen. Eine verfassungsrechtliche Garantie der Institution „kommunale Sparkasse“ ist nicht anzuerkennen.

Das Sozialstaatsgebot erlaubt keine entsprechende Ableitung. Eine andere Auffassung „verkennt die Bedeutung der Formel, gerade auch im Kontext demokratischer Ordnung des Grundgesetzes“ und erliegt so der „Neigung, alles Wünschenswerte in sie hineinzulegen und es auf diese Weise als Verfassungsgebot auszugeben.“<sup>217</sup>

### 3.2.3.6 Zwischenergebnis

Für die Ausgangsfrage danach, ob sich aus einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Kommunen zur Kreditversorgung die Anstaltslast als Instandhaltungs- und Bilanzausgleichspflicht ableiten läßt, bedeutet das Ergebnis der kritischen Würdigung der Gedankengänge von Stern/Burmeister, daß sich nicht einmal eine institutionelle Garantie der Sparkasse aus dem Sozialstaatsprinzip ergibt. Andere Ansatzpunkte für die Herleitung einer Garantie der einzelnen Sparkasse sind nicht erkennbar. Die Anstaltslast findet demnach keine Grundlage im Verfassungsrecht.

214 Für die *Stern/Burmeister* S. 109 die Gefahr sehen, die Banken könnten sich beim Wegfall der kommunalen Sparkassen aus ihnen zurückziehen.

215 s. o. Ziff. 3.2.3.3.

216 Für die Altersversorgung vgl. *Gerstenmaier* S. 67: „Nicht die Abschaffung der Sozialversicherung ist dem Gesetzgeber als Folge der Sonderentscheidung für den sozialen Staat untersagt, sondern die vollständige Abkehr ohne gleichzeitige Einführung adäquaten Ersatzes.“

217 *Hesse* S. 87.

207 s. dazu *Menzel*, DÖV 1972, 543.

208 s. o. Ziff. 3.2.3.3.

209 *Stern/Burmeister* S. 108.

210 *Stern/Burmeister* S. 97.

211 *Stern/Burmeister* S. 107.

212 *Stern/Burmeister* S. 108 f.

213 *Wettbewerbsenquete* S. 20.

### 3.2.4 Die gewohnheitsrechtliche Begründung der Anstaltslast

#### 3.2.4.1 Die Heranziehung des Gewohnheitsrechts zur Begründung der Anstaltslast

In seinem Aufsatz „Anstaltslast und Gewährträgerhaftung“<sup>218</sup> stellt Schlierbach fest, daß das außersparkassenrechtliche Schrifttum eine Anstaltslast nicht kennt. Er läßt dann im Hinblick auf die Unterschiede zwischen Gewährträgerhaftung und Anstaltslast und eine fehlende ausdrückliche Regelung der Anstaltslast dahinstehen, ob die Anstaltslast heute noch eine gesetzliche Grundlage finde. Auf jeden Fall sei die Anstaltslast gewohnheitsrechtlich begründet.<sup>219</sup> Inzwischen steht er mit dieser 1974 geäußerten Meinung nicht mehr allein.<sup>220</sup>

Wenn im folgenden der Überzeugungskraft dieser Begründung nachgegangen wird, soll von der grundsätzlichen Anerkennung des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle ausgegangen werden, wie sie der noch herrschenden Auffassung<sup>221</sup> entspricht. Die erheblichen Bedenken, denen diese Auffassung ausgesetzt ist, werden dabei nicht übersehen. Sie sollen hier nur kurz und ohne Anspruch auf Vollständigkeit angedeutet werden:

Nicht die Rechtsgemeinschaft sei, wie die Theorie des Gewohnheitsrechts behauptet, der Setzer des Gewohnheitsrechtes, sondern der Rechtsanwender, der die Gewohnheitsrechtssätze nicht finde, sondern mache.<sup>222</sup> „Was uns dann in der Literatur ständig als ‚Gewohnheitsrecht‘ entgegentritt, sind unsere eigenen Entdeckungen.“<sup>223</sup> Die Überzeugungskraft des Arguments „Das haben wir schon immer so gemacht“ lasse in der pluralistischen Gesellschaft nach.<sup>224</sup> Mit der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes sei die Annahme von durch Übung der Rechtsgemeinschaft erzeugtem Recht schwer vereinbar.<sup>225</sup>

Wie sich zeigen wird, kommt es auf die Berechtigung dieser Kritik nicht an. Daß sie nicht völlig von der Hand zu weisen ist, zeigt gerade der vorliegende Fall. Wie hier das Gewohnheitsrecht als „letztes Aufgebot“<sup>226</sup> ins juristische Treffen geführt wird, erinnert an die häufig zitierte<sup>227</sup> Anekdote von dem

218 Kommunalwirtschaft 1975, 447 ff.

219 S. 448.

220 s. Heinevetter § 37 Anm. 5.

221 Nachweise s. unter Ziff. 3.2.4.3.

222 Freitag S. 169 f.

223 Esser S. 114; s. auch Ossenbühl, in Erichsen/Martens S. 97.

224 Meyer-Cording S. 72; Ossenbühl, in Erichsen/Martens S. 97.

225 Kirchhof S. 92.

226 Tomuschat S. 10.

227 Esser S. 106 Fußn. 43; Freitag S. 22; Ossenbühl, in Erichsen/Martens S. 96 Fußn. 193.

schwäbischen Amtsrichter, der einen Referendar auf ein angebliches Gewohnheitsrecht hingewiesen hat und auf dessen Skepsis bemerkt: „Wisse Se, so a Gewohnheitsrecht muß au amol afange.“

#### 3.2.4.2 Begriff und Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts

In Literatur und Rechtsprechung werden leicht voneinander abweichende Definitionen des Gewohnheitsrechts verwandt.<sup>228</sup> Hier wird die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung benutzte Formulierung zugrunde gelegt. Danach ist Gewohnheitsrecht „Recht, das nicht durch förmliche Setzung, sondern durch längere tatsächliche Übung entstanden ist, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muß und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird“.<sup>229</sup>

Voraussetzungen für Gewohnheitsrecht sind danach:<sup>230</sup>

- eine langandauernde und allgemeine Übung (objektives Element)
- die Überzeugung der Beteiligten von der rechtlichen Gebotenheit der Übung (subjektives Element)
- die Formulierbarkeit der Übung als Rechtsnorm (formales Element)

Wenig problematisch ist das objektive Element der langandauernden Übung. Zwar läßt sich nicht genau angeben, wie lange die Übung gewährt haben muß<sup>231</sup>; es ist aber davon auszugehen, daß sie mindestens langjährig sein muß.<sup>232</sup> In einzelnen Fällen ist von den Gerichten ein Zeitraum von 20 Jahren für nicht ausreichend<sup>233</sup>, ein Zeitraum von 43 Jahren für ausreichend gehalten worden.<sup>234</sup>

Zu dieser objektiven Komponente muß das subjektive Merkmal treten, daß die Beteiligten von der rechtlichen Gebotenheit der Übung überzeugt sind. Hier ist manches streitig: während die Rechtsprechung allein auf die Beteilig-

228 Vgl. etwa die Definitionen bei: *Enneccerus/Nipperdey* S. 261; *Wolff/Bachof* I § 25 III a; BVerwG, U. v. 21.1.1955 – II C 177/54 –, VwRSpr 8, 247 (249); BayVerfGH, Entsch. v. 26.7.1968 – Vf. 37 – VII – 68 –, VwRSpr 20, 1 (2); BVerwG, B. v. 31.8.1978 – 7 B 127.77 –, DVBl. 1979, 116 (118).

229 BVerfG, B. v. 28.6.1967 – 2 BvR 143/61 –, BVerfGE 22, 114 (121); B. v. 18.2.1970 – 1 BvR 226/69 –, BVerfGE 28, 21 (28 f.); B. v. 14.2.1973 – 2 BvR 667/72 –, BVerfGE 34, 293 (303 f.).

230 *Ossenbühl*, in *Erichsen/Martens* S. 95; *Wolff/Bachof* I § 25 III a; BVerwG, U. v. 26.5.1959 – VII C 135.57 –, BVerwGE 8, 317 (321 f.); BVerfG, B. v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 –, BVerfGE 41, 251 (263).

231 *Enneccerus/Nipperdey* S. 267; *Forsthoff* S. 146; BVerwG, U. v. 26.5.1959 – VII C 135.57 –, BVerwGE 8, 317 (322).

232 OVG Münster, U. v. 17.12.1975 – VIII A 611/71 –, DÖV 1976, 677.

233 BVerwG, U. v. 26.5.1959 (FN 231), S. 322.

234 BSG, U. v. 25.11.1965 – 9 RV 370/63 –, NJW 1966, 692.

ten abstellt<sup>235</sup>, verlangt ein Teil des Schrifttums darüber hinaus eine allgemeine Rechtsüberzeugung.<sup>236</sup> Mangels anderer Möglichkeiten, eine solche Überzeugung festzustellen<sup>237</sup>, die ohnehin nicht psychologisch real, sondern als eine des objektiven Sinns gedacht wird<sup>238</sup>, muß dann aber doch auf die Beteiligten und die Gerichts- und Verwaltungspraxis zurückgegriffen werden.<sup>239</sup> Hier soll der Rechtsprechung gefolgt werden, die auf die Überzeugung der Beteiligten abstellt und damit die geringeren Anforderungen stellt. – Eine Rechtsüberzeugung kann nicht durch Zwang entstehen<sup>240</sup>; die Rechtsüberzeugung nur einer Seite reicht nicht aus<sup>241</sup>, und ernsthafter Widerspruch vereitelt ihr Entstehen.<sup>242</sup>

Das formelle Element besagt, daß der einzelne Gewohnheitsrechtssatz formulierbar und inhaltlich bestimmt sein muß<sup>243</sup>, denn Gewohnheitsrecht gilt wie geschriebenes Recht.<sup>244</sup> Diese Klarheit des Normbestands ist im Interesse der Rechtssicherheit unerlässlich.<sup>245</sup>

Die Gleichstellung des Gewohnheitsrechts mit Gesetzesrecht hat weiter zur Folge, daß die Entstehung von Gewohnheitsrecht an die grundgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen gebunden ist.<sup>246</sup> Auf Gebieten, die bundesrechtlicher Regelung vorbehalten sind, kann also nur Bundesgewohnheitsrecht entstehen, auf Gebieten landesrechtlicher Gesetzgebung nur Landesgewohnheitsrecht.

### 3.2.4.3 Das Vorliegen der Voraussetzungen bei der Anstaltslast

Nachdem die Geltungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht damit kurz beschrieben sind, soll untersucht werden, ob sie im Fall der Anstaltslast vor-

235 BVerfG, s. die oben FN 229 zitierten Entscheidungen und B. v. 17.3.1959 – 1 BvR 53/56 –, BVerfGE 9, 213 (221); BVerwG, U. v. 21.10.1960 – VII C 52.60 –, DVBl. 1961, 205 f. (206); BSG, U. v. 25.11.1965 (FN 234) S. 693; HambVerfG, U. v. 5.11.1975 – HVerfG 1/75 –, DVBl. 1976, 444 (447); OVG Münster, U. v. 17.12.1975 (FN 232).

236 Larenz, Methodenlehre S. 425; *Enneccerus/Nipperdey* S. 261.

237 Freitag S. 44 ff.

238 Forsthoff S. 146.

239 *Enneccerus/Nipperdey* S. 266 f.

240 Forsthoff S. 147.

241 BVerfG, B. v. 11.4.1967 – 2 BvG 1/62 –, BVerfGE 21, 312 (325); HambVerfG, U. v. 5.11.1975 (FN 235).

242 BSG, U. v. 25.11.1965 (FN 234), S. 694.

243 *Wolff/Bachof* I § 25 III a; BVerwG, U. v. 26.5.1959 (FN 231) S. 321; BVerfG, B. v. 28.6.1967 S. 122, B. v. 18.2.1970 S. 35 (beide FN 229); B. v. 27.1.1976 (FN 230).

244 BGH, U. v. 30.1.1958 – II ZR 174/56 –, VwRSpr 10, 522.

245 *Schumann* S. 315 Anm. 18.

246 *Enneccerus/Nipperdey* S. 271; *Forsthoff* S. 148; *Maunz* S. 146; *Schmidt-Bleibtreu/Klein* Vorb. vor Art. 70 Rnr. 7 f.; BVerwG, U. v. 2.12.1960 – VII O 48.60 – DVBl 1961, 593 (596); BVerwG, U. v. 21.1.1955 (FN 228).

liegen. Um diese Prüfung zu erleichtern, soll vorab der Umfang des Prüfungshorizonts festgestellt werden.

#### a) Feststellung des Prüfungshorizontes

Nach den eigenen Ausführungen Schlierbachs ist die allgemeine Instandhaltungspflicht noch erheblich seltener als der „allerdings sehr wenige“ Male vorgekommene Bilanzausgleich praktiziert worden.<sup>247</sup> Damit scheidet die gewohnheitsrechtliche Verfestigung mit der notwendigen längeren Übung und der Ausformung eines hinreichend konkreten Tatbestandes hier von vornherein aus. Die Prüfung kann sich also auf die gewohnheitsrechtliche Geltung der Bilanzausgleichspflicht beschränken.

Ob sich die Prüfung auf das ganze Bundesgebiet erstrecken kann oder auf das jeweilige Bundesland – bei unserer Untersuchung Nordrhein-Westfalen – beschränken muß, hängt davon ab, ob die Anstaltslast als Bilanzausgleichspflicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes oder des Landes unterfällt. An die grundgesetzliche Aufteilung dieser Kompetenzen ist nach einhelliger Auffassung nämlich auch das Gewohnheitsrecht gebunden.<sup>248</sup>

Völlige Einhelligkeit ist in der Literatur über die Gesetzgebungskompetenz für das Sparkassenwesen bisher nicht erzielt worden. Ausgangspunkt der Überlegungen ist jeweils die Frage, wie weit die Zuständigkeit des Bundes gem. Art. 74 Nr. 11 reicht, wonach die konkurrierende Gesetzgebung<sup>249</sup> des Bundes sich auf „das Recht der Wirtschaft (. . . Bank- und Börsenwesen. . .)“ erstreckt. Daß der Bund überhaupt Regelungen über die Sparkassen, die ja Kreditinstitute sind, treffen kann, ist deshalb nicht zweifelhaft. Andererseits besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß sich aus dem Charakter der Sparkassen als öffentliche Anstalten und Einrichtungen der Kommunen auch ein der Regelungskompetenz des Landes vorbehaltener Bereich ergibt, und das Sparkassenwesen nicht aus Praktikabilitätsgründen uneingeschränkt der Bundeskompetenz zugeordnet werden kann.<sup>250</sup> Die bei dieser Sachlage notwendige Abgrenzung nimmt fast jeder Autor nach einer eigenen Formel vor:

Nach Sprengel<sup>251</sup> ist der Bund für den Bereich Geschäftspolitik zuständig, während die Regelung des Bereichs Organisation den Ländern vorbehalten ist, „mit Ausnahme gewisser wichtiger organisatorischer Grundfragen, die der Bund regeln kann, weil sie als notwendiger Bestandteil der Geschäftspolitik

247 Kommunalwirtschaft 1975, 450.

248 s. o. Ziff. 3.2.4.2.

249 Die Gesetzgebungshoheit des Bundes im Bereich konkurrierender Gesetzgebung ist allerdings nach Art. 72 Abs. 2 GG auf die dort geregelten Fälle beschränkt. Daraus ergibt sich die – in der Literatur soweit ersichtlich bisher noch nicht erörterte – Frage, ob sich in diesem Bereich überhaupt Bundesgewohnheitsrecht bilden kann. Die Frage soll hier unerörtert bleiben.

250 So aber *Twiehaus* S. 9.

251 DÖV 1952, 72.

der Sparkassen begriffen werden können“. Zu diesen Grundfragen rechnet Sprengel u. a. die Gewährleistung für die Einlagen und die Personalhoheit.<sup>252</sup>

Nach Maunz<sup>253</sup> steht die Gesetzgebung über „Verfassung und Organisation“ den Ländern zu.

Igelspacher<sup>254</sup> ordnet die Befugnis zur Normierung des Sparkassen-Organisationsrechtes allein den Ländern zu, macht aber Ausnahmen für die – hier nicht interessierenden – wettbewerbsregelnden Maßnahmen, und „wenn für eine verständige Regelung der Bankfunktion ein Eingriff in die Organisation unerlässlich ist (Sachzusammenhang)“, wobei er recht strenge Maßstäbe anlegt.<sup>255</sup>

Dirk Schmidt<sup>256</sup> beschränkt den Bund auf die Regelung der bankgeschäftlichen Tätigkeit der Sparkassen. „Im Rahmen des Sachzusammenhangs kann der Bund auch organisationsrechtliche Spezialfragen reglementieren.“ Der Autor zählt die Gewährträgerhaftung und die Personalhoheit ausdrücklich nicht dazu.

Von Münch<sup>257</sup> unterscheidet zwischen der Bundeskompetenz für das materielle Sparkassenrecht (Recht der Geschäftsbetätigung) und der Zuständigkeit der Länder für das formelle Sparkassenrecht (Verfassung und Organisation).

Die Reihe der Abgrenzungsformeln ließe sich fortsetzen.<sup>258</sup> Darauf kann indessen verzichtet werden, denn auch nach der Auffassung Sprengels, der gegenüber den jüngeren Veröffentlichungen einen verhältnismäßig weiten Bereich der Bundeskompetenz annimmt, gehört die Bilanzausgleichspflicht in die ausschließliche Regelungsbefugnis der Länder. Anders als die Gewährträgerhaftung bezieht sie sich allein auf das Innenverhältnis zwischen Sparkasse und Gewährträger<sup>259</sup> und läßt die Außenbeziehungen unberührt. Beziehungen zur Geschäftspolitik der Sparkasse weist sie nicht auf.

Für die hier vorzunehmende Prüfung ergibt sich damit die Einschränkung, daß bei der Frage, ob die Voraussetzungen eines Wohnheitsrechts vorliegen, allein auf das Land Nordrhein-Westfalen abzustellen ist.

Die unterschiedlichen Auffassungen stimmen darin überein, daß Wohnheitsrecht begriffsnotwendig ungeschriebenes, nicht gesetztes Recht ist.<sup>260</sup>

252 So auch *Schlierbach*, Kommentar, Einleitung III 1 und – mit Nuancierungen – *Stern/Burmeister* S. 183 f.

253 In *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 74 Rnr. 69.

254 S. 68 f.

255 S. 176 f.

256 Gesetzgebungskompetenz S. 855.

257 Rnr. 48 zu Art. 74 in: v. *Münch*, GG-Kommentar II; ähnlich *Gönnenwein* S. 493 und *Pagenkopf*, Wirtschaftsrecht S. 173.

258 Vgl.: *Hoffmann*, HdBKWP Bd. III S. 750; *Heinen* S. 129 und die Nachweise bei *Igelspacher* und *Dirk Schmidt*.

259 s. o. Ziff. 1.2.

260 s. o. Ziff. 3.2.4.2.

Umgekehrt ist also da, wo gesetztes Recht vorliegt, kein Raum für Wohnheitsrecht. Oben ist nun festgestellt worden, daß das Preußische Oberverwaltungsgericht die Anstaltslast dem preußischen Sparkassenreglement entnommen hat.<sup>261</sup> Die Literatur der folgenden Jahrzehnte und auch der Runderlaß von 1937 sind dem gefolgt, indem sie sich zustimmend auf die Entscheidung des Gerichts berufen haben.<sup>262</sup> Gleichgültig, ob die hier geäußerte Skepsis gegenüber der Herleitung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts<sup>263</sup> begründet ist oder nicht, als Ergebnis einer Auslegung findet die Anstaltslast bis zum Außerkrafttreten des Sparkassenreglements am 1. April 1958<sup>264</sup> eine gesetzliche Grundlage. Die Auslegung von Gesetzen ist aber sorgfältig von Wohnheitsrecht zu trennen.<sup>265</sup> Hinsichtlich der Anstaltslast konnte die Bildung von Wohnheitsrecht in Nordrhein-Westfalen also erst am 1. April 1958 einsetzen, weshalb die folgende Prüfung auf die Zeit danach zu beschränken ist. Wollte man trotz der Herleitung der Anstaltslast aus der gesetzlichen Regelung des Sparkassenreglements für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Sparkassengesetzes Wohnheitsrecht annehmen, würde man deswegen zum gleichen Ergebnis kommen, weil das Sparkassengesetz als umfassende Kodifikation des Sparkassenrechts alle älteren Rechtsquellen außer Kraft setzte, wie besonders die Vorschrift des § 53 SpkG<sup>266</sup> zeigt.

Im folgenden wird also untersucht, ob sich in Nordrhein-Westfalen seit dem 1. April 1958 ein Wohnheitsrecht mit dem Inhalt der Bilanzausgleichspflicht nachweisen läßt. Von den gegen die Annahme der Bildung von Wohnheitsrecht in kodifizierten Rechtsgebieten vorgebrachten Bedenken<sup>267</sup> wird dabei abgesehen.

#### b) Das Vorliegen der Voraussetzungen im einzelnen

Als objektives Element muß eine längere Übung feststellbar sein. Bedenken können hier schon bestehen, ob der Zeitraum von 20 Jahren seit 1958 als ausreichend anzusehen ist. Aber das Verstreichen dieser Zeit ist für sich allein nicht geeignet, Wohnheitsrecht zu bilden, wenn es an der entsprechenden

261 s. o. Ziff. 2.1.3.

262 s. o. Ziff. 2.1.5 und 2.2.2 sowie *Bilke*, Deutsche Verwaltung 1937, 359; Die Erfüllung der kommunalen Sparkassenhaftung, Deutsche Sparkassen-Zeitung v. 14.10.1937 (beide unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Reglement); *Keil* S. 68; *Kleiner*, Sparkasse 1938, 37; *Pagenkopf*, Die nationalsozialistische Gemeinde 1937, 677; *Paul*, Sparkasse 1936, 154 (ausdrückliche Bezugnahme auf das Reglement); *Perdelwitz/Fabricius/Kleiner*, S. 176; *Storck*, Der Gemeindetag 1937, 574; *Thiel*, Reichsverwaltungsblatt 1938, 334; *Will* (1942) S. 22.

263 s. o. Ziff. 2.1.4.

264 § 53 Nr. 1 des Sparkassengesetzes vom 7.1.1958 (GVBl. 5 ff.).

265 *Esser* S. 129 f. und passim; *Schumann* S. 314 f.

266 s. FN 264.

267 BVerfG, B. v. 8.1.1959 – 1 BvR 296/57 –, BVerfGE 9, 109 (113).

Übung fehlt. Von einer Übung kann erst gesprochen werden, wenn ein Verhalten nicht nur einmal oder wenige Male, sondern häufig praktiziert wurde. Schieflagen von Sparkassen, die einen Bilanzausgleich erfordern würden, sind aber so selten<sup>268</sup>, daß in Nordrhein-Westfalen eine genügende Zahl von Anwendungsfällen nicht feststellbar ist.

Die Annahme eines Gewohnheitsrechts mit dem Inhalt der Bilanzausgleichspflicht scheidet also bereits an den objektiven Erfordernissen. Ob in den Fällen, wo der Bilanzausgleich praktisch geworden ist, die Kommunen oder besser: die Verantwortlichen in den Kommunen im Bewußtsein rechtlicher Gebotenheit gehandelt haben, wie es zur Annahme von Gewohnheitsrecht erforderlich wäre, erscheint außerdem zweifelhaft. Noch zweifelhafter ist die Erfüllung des formellen Erfordernisses der normgleichen Ausformung. Sowohl die bestehende Uneinheitlichkeit in der Frage, ob der Sparkasse ein entsprechender Anspruch zusteht<sup>269</sup>, als auch die Meinungsverschiedenheit über den Zeitpunkt des Eingreifens der Kommune<sup>270</sup> schließen die Formulierbarkeit der Übung, auch wenn eine solche nachweisbar wäre, aus.

#### 3.2.4.4 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gewohnheitsrechtlichen Bilanzausgleichspflicht

##### a) Ausgangsüberlegungen

Wenn damit auch für Nordrhein-Westfalen feststeht, daß die Anstaltslast auch aufgrund von Gewohnheitsrecht keine Geltung beanspruchen kann, so ist doch nicht völlig auszuschließen – wenn auch unwahrscheinlich –, daß dieser Befund für andere Bundesländer anders ausfällt. Theoretisch könnte sich dort in der Zeit seit der Kodifizierung des Sparkassenrechts durch das jeweilige Sparkassengesetz eine gewohnheitsrechtliche Bilanzausgleichspflicht gebildet haben. Im Hinblick darauf scheint es angebracht, die Vereinbarkeit der gewohnheitsrechtlichen Bilanzausgleichspflicht mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu untersuchen.

Die Bilanzausgleichspflicht greift in das den Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Recht der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung ein, indem sie die Kommunen zur Aufbringung der zum Bilanzausgleich erforderlichen Mittel verpflichtet. Für die allgemeine Instandhaltungspflicht gilt das gleiche, weshalb die folgenden Ausführungen darauf übertragen werden können. Allerdings ist das Selbstverwaltungsrecht nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Problematisch ist aber, ob zu den „Gesetzen“ i.S. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auch Gewohnheitsrecht zählt.

268 *Rothe* § 3 Anm. IV; Wettbewerbsenquete S. 49.

269 s. o. Ziff. 1.4.

270 Vgl. etwa einerseits *Ahlers*, ZGKW 1974, 58 und andererseits *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 449.

#### b) Gewohnheitsrecht als „Gesetz“ i.S. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich neben dem in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegten Grundsatz „nulla poena sine lege“, dem Gewohnheitsrecht nicht genügt<sup>271</sup>, mit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG befaßt und in ständiger Rechtsprechung nur vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als dem darin liegenden Erfordernis durch förmliche Rechtssetzung geschaffener Normen genügend angesehen.<sup>272</sup>

Für Gesetzesvorbehalte nimmt das Schrifttum generell an, daß allenfalls vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht genügt.<sup>273</sup> Auch soweit die Neubildung von Gewohnheitsrecht im verwaltungsrechtlichen Bereich nicht generell ausgeschlossen wird, wird gefordert, daß nachkonstitutionelle Eingriffsermächtigungen unter parlamentarischer Mitwirkung zustande gekommen sind.<sup>274</sup>

Für den Vorbehalt gesetzlicher Regelung in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG fordert ein Teil der Literatur sogar formelle Gesetze<sup>275</sup>, während andere auch Rechtsverordnungen genügen lassen wollen, da diese auf gesetzlicher Ermächtigung beruhen und damit dem Parlamentsvorbehalt genügen.<sup>276</sup> Nach beiden Ansichten ist Gewohnheitsrecht – jedenfalls nachkonstitutionelles – nicht geeignet, Pflichten für die Gemeinden zu begründen. Eine gewohnheitsrechtliche Bilanzausgleichspflicht verstieße deshalb gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und wäre deshalb nichtig.<sup>277</sup>

#### 3.2.4.5 Zwischenergebnis

Auch gewohnheitsrechtlich ist eine Anstaltslast bei den kommunalen Sparkassen nicht begründet.

271 BVerfG, U. v. 3.7.1962 – 2 BvR 15/62 –, BVerfGE 14, 174 (185); B. v. 14.5.1969 – 2 BvR 238/68 –, BVerfGE 26, 41 (42).

272 BVerfG, B. v. 19.12.1962 – 1 BvR 163/56 –, BVerfGE 15, 226 (233); B. v. 28.6.1967 – 2 BvR 143/61 –, BVerfGE 22, 114 (121); B. v. 18.2.1970 – 1 BvR 226/69 –, BVerfGE 28, 21 (28); B. v. 14.2.1973 – 2 BvR 667/72 –, BVerfGE 34, 293 (303); B. v. 28.11.1973 – 1 BvR 13/67 –, BVerfGE 36, 212 (218); B. v. 19.2.1975 – 1 BvR 38, 566/68 –, BVerfGE 38, 373 (383); B. v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 –, BVerfGE 41, 251 (263).

273 *Jesch* S. 114; *Friauf* Sp. 876; *Kirchhof* S. 92; *Wolff/Bachof* I § 30 III b; *Freitag* S. 166; generell skeptisch im Hinblick auf gewohnheitsrechtliche Eingriffsermächtigungen *Menger*, VerwArch 1973, 426.

274 *Friauf* Sp. 876.

275 *Maunz*, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 28 Rnr. 51; *Zuhorn/Hoppe* S. 54.

276 *Stern* in: *Bonner Kommentar* Art. 28 Rnr. 115; *Roters*, in *v. Münch*, GG-Kommentar, Art. 28 Rnr. 51.

277 In dem Beschluß des BVerfG v. 31.8.1978 (– 7 B 127.77 –, DVBl. 1979, 116) ist diese Frage ausdrücklich offengelassen (117).

### 3.2.5 Die Begründung der Anstaltslast im Wege der Analogie

#### 3.2.5.1 Ansatzpunkt

Nachdem die Anstaltslast weder im geschriebenen Recht noch im Gewohnheitsrecht eine Grundlage hat, bietet es sich an, die echte oder vermeintliche Lücke im Wege der Analogie zu schließen. Als Normen, deren Rechtsfolgen denen der Anstaltslast mindestens zum Teil entsprechen oder ähnlich sind, kommen hier die Vorschriften der §§ 302 Abs.1 und 317 Abs. 1 S. 1 AktG in Frage. Landesrechtliche, insbesondere sparkassenrechtliche Normen bieten sich dagegen zur Begründung einer Analogie soweit erkennbar nicht an. Die beiden Vorschriften lauten:

§ 302 Abs. 1 AktG: „Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den freien Rücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.“

§ 317 Abs. 1 S. 1 AktG: „Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahres tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Beide Vorschriften räumen einem Rechtssubjekt, der rechtlich oder faktisch abhängigen Gesellschaft, Ausgleichs- bzw. Schadensersatzansprüche gegen ein anderes Rechtssubjekt, das herrschende Unternehmen, ein. Ob sich diese Regelungen auf das Verhältnis Kommune – Sparkasse übertragen lassen, und zwar so, daß die Rechtsbeziehung mindestens teilweise der Anstaltslast entspricht, soll im folgenden untersucht werden. Grundsätzlich ist im öffentlichen Recht eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften jedenfalls nicht ausgeschlossen.<sup>278</sup>

#### 3.2.5.2 Begriff und Voraussetzungen der Analogie

Unter Analogie ist die Übertragung einer für einen oder mehrere untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen gesetzlich nicht geregelten, ähnlichen Tatbestand zu verstehen.<sup>279</sup> Dabei wird zwischen der Gesetzesanalogie – Anwendung eines einzelnen, ähnlichen Rechtssatzes –

278 Forsthoff S. 168.

279 Larenz, Methodenlehre S. 366.

und der Rechtsanalogie – Anwendung eines aus mehreren Rechtssätzen genommenen Rechtsgedankens – unterschieden.<sup>280</sup>

Erste Voraussetzung der analogen Anwendung eines Rechtssatzes ist das Vorliegen einer sogenannten offenen Gesetzeslücke. Darunter ist eine „planwidrige Unvollständigkeit“<sup>281</sup> des Gesetzes von der Art zu verstehen, daß es für bestimmte Fälle keine Regelung enthält, für die es nach seiner eigenen Teleologie eine Regelung enthalten sollte.<sup>282</sup> Dabei muß sorgfältig zwischen einer Unvollständigkeit, die der gesetzlichen Regelungsabsicht widerspricht, und einer möglicherweise rechtspolitisch verfehlten Entscheidung, einen bestimmten Fall nicht zu regeln, unterschieden werden.

Im ersten Fall handelt es sich um eine Gesetzeslücke, die der Rechtsanwender schließen kann, in zweitem um eine (Fehl-)Entscheidung des Gesetzgebers, die er zu respektieren hat. Ob das eine oder andere der Fall ist, ist eine Frage wertender Entscheidung<sup>283</sup>; Gesetzesmaterialien usw. können den Wertungsraum reduzieren, völlig beseitigen können sie ihn nicht.

Bei der Analogie werden solch offene Lücken nun geschlossen, indem man auf den gesetzlich nicht geregelten Sachverhalt die Rechtsfolgen eines gesetzlich geregelten ähnlichen überträgt. „Ähnlichkeit“ bedeutet, daß die beiden Sachverhalte zwar nicht in allen, aber in den für die rechtliche Bewertung wesentlichen Hinsichten übereinstimmen.<sup>284</sup> Welche das sind, ist der Beurteilung des Rechtsanwenders überlassen, so daß es sich bei der Analogie nicht um ein formallogisches Schlußverfahren, sondern in doppelter Hinsicht um einen Akt wertender Erkenntnis handelt; bei der Feststellung der Lücke und bei der Auswahl der für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Aspekte.<sup>285</sup>

#### 3.2.5.3 Das Vorliegen einer Regelungslücke

Die Anstaltslast ist im Sparkassengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen wie auch in den Sparkassengesetzen der anderen Bundesländer nicht geregelt. Eine offene Regelungslücke ist nach dem eben Gesagten darin jedoch nur zu sehen, wenn das Fehlen nach der eigenen Teleologie des Gesetzes planwidrig ist. Daß das Sparkassengesetz von 1958 nach der Absicht des Gesetzgebers als „zusammenfassende Neuregelung“<sup>286</sup> die Vielfalt der früheren Regelungen durch eine einheitliche Rechtsgrundlage ersetzen sollte, wurde bereits ausgeführt.<sup>287</sup> Hier ist jetzt zu klären, ob diese Regelung im Hinblick auf die

280 Wolff/Bachof I § 28 III d; Larenz, Methodenlehre S. 368 ff.

281 Elze zit. nach Larenz, Methodenlehre S. 358.

282 Larenz, Methodenlehre S. 372.

283 Larenz, Methodenlehre S. 359.

284 Larenz, Methodenlehre S. 366.

285 Larenz, Methodenlehre S. 367.

286 LT-Drucks. III/430 S. 32.

287 s. o. Ziff. 3.2.4.3 a).

Anstaltslast nach den Vorstellungen des Gesetzgebers als vollständig anzusehen ist. Anders ausgedrückt: Hat sich der Gesetzgeber bewußt gegen eine gesetzliche Verankerung entschieden, um die Aufbringung von Mitteln zur Instandhaltung oder zum Bilanzausgleich für die kommunalen Sparkassen der verantwortlichen kommunalpolitischen Entscheidung zu überlassen oder ist die Frage nicht beachtet worden und eine Regelung nach der Gesamtkonzeption der gesetzlichen Regelung (inzwischen) unabweisbar?

Zwei Punkte sind in diesem Zusammenhang von Interesse:

Zum einen muß der nordrhein-westfälische Gesetzgeber das Problem gekannt und demzufolge bewußt auf eine Regelung verzichtet haben; daß die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, eine umfangreiche Literatur<sup>288</sup> und der Runderlaß von 1937 bei der Schaffung des Sparkassengesetzes unbekannt waren, scheidet aus dem Bereich des Möglichen aus.

Zum anderen heißt es in der Einzelbegründung des Regierungsentwurfs zur Vorschrift des § 32 des Entwurfs, der die Regelung über die Gewinnverwendung und die Zuführungen zur Sicherheitsrücklage enthält:

„Die Gläubiger der Sparkasse können den Gewährträger nur in Anspruch nehmen, wenn sie aus dem Vermögen der Sparkasse nicht befriedigt werden. In einem solchen Falle zahlt also der Gewährträger einen Zuschuß zur Deckung der Unterbilanz der Sparkasse. Insofern füllt er das verlorene Eigenkapital der Sparkasse wieder auf. Die Haftung des Gewährträgers schafft aber kein neues Eigenkapital der Sparkasse.“<sup>289</sup>

Gleichgültig, wie man diese unklare Passage im einzelnen versteht: sie geht davon aus, daß ein Zuschuß an die Sparkasse nur im Falle der Gewährträgerhaftung geleistet wird. Damit ist dem richtigen und vernünftigen Gedanken Ausdruck gegeben, daß die Befriedigung der Gläubiger der Sparkasse durch den Gewährträger praktisch nur über die Sparkasse erfolgen kann. Der Gewährträger selbst kann nämlich weder die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche prüfen, noch hat er den technischen Apparat zur Leistung und Buchung der anfallenden Zahlungen. Demgegenüber soll die Anstaltslast gerade den Eintritt des Falls der Gewährträgerhaftung verhindern: „Eine Inanspruchnahme des Anstaltsträgers aus der Gewährträgerhaftung ist überhaupt nur dann möglich, wenn der Anstaltsträger die ihm gegenüber seiner Anstalt obliegenden Pflichten, insbesondere die Pflicht zum Ausgleich von finanziellen Lücken, nicht erfüllt.“<sup>290</sup>

Die Gesetzesbegründung geht damit offensichtlich davon aus, daß keine Verpflichtung des Gewährträgers besteht, wie sie die Anstaltslast beinhalten

288 s. o. Ziff. 2.1–2.2.3.

289 LT-Drucks. III/430 S. 29.

290 Wettbewerbsenquete S. 50; s. auch *Krebs/Dülp* Art. 4 Anm. 3 b und *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1975, 448.

soll, sondern daß dieser erst im Fall der Gewährträgerhaftung tätig werden muß.

Der Gesetzgeber hat also auf eine Aufnahme der Anstaltslast in das Gesetz bewußt verzichtet und ging davon aus, daß eine Verpflichtung des Gewährträgers, wie sie als Inhalt der Anstaltslast angenommen wird, nicht besteht. Es fehlt damit an einer Gesetzeslücke, die im Wege der Analogie geschlossen werden könnte. Wie bei der Prüfung, ob die Anstaltslast auf Gewohnheitsrecht gestützt werden könne, soll die Prüfung jedoch im Hinblick darauf weitergeführt werden, daß der Befund in anderen Bundesländern weniger eindeutig sein könnte.

### 3.2.5.4 Die Rechtsähnlichkeit der Tatbestände

#### a) § 302 Abs. 1 AktG

Tatbestandsvoraussetzungen des § 302 Abs. 1 AktG sind

- das Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages
- ein während der Vertragsdauer entstandener Jahresfehlbetrag
- der Nichtausgleich des Fehlbetrags durch während der Vertragszeit in die freien Rücklagen eingestellten Beträge.

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen verpflichtet § 302 Abs. 1 AktG das herrschende Unternehmen zum Ausgleich des Fehlbetrags.

Nach § 291 Abs. 1 AktG ist ein Beherrschungsvertrag

- ein Vertrag, durch den
- eine Aktiengesellschaft
- einem anderen Unternehmen
- die Leitung ihrer Gesellschaft unterstellt.

Unter einem Gewinnabführungsvertrag ist nach der gleichen Vorschrift ein Vertrag zu verstehen, der die Verpflichtung zur Abführung des gesamten Gewinns enthält.

§ 302 AktG soll den aufgrund § 291 AktG eintretenden Wegfall des Schutzes der §§ 53, 58 und 60 AktG für die Substanz der Gesellschaft und ihre Aktionäre kompensieren und dient der Erhaltung der Vermögenssubstanz.<sup>291</sup>

An der subjektiven Qualifikation des kommunalen Gewährträgers als „Unternehmen“ muß die Anwendung dieser Vorschrift auf das Verhältnis Gewährträger – Sparkasse nicht scheitern; auch Gebietskörperschaften können Unternehmen i.S. des Aktienkonzernrechts sein.<sup>292</sup>

Scheitern muß sie indessen daran, daß zwischen Kommune und Gewähr-

291 *Würdinger*, in: Großkommentar AktG § 302 Einleitung.

292 BGH, U. v. 13.10.1977 – II ZR 123/76 –, NJW 1978, 104 ff.; von *Mutius/Nessel-müller* NJW 1976, 1878 ff.; *Emmerich/Sonnenschein* S. 39.

träger kein Vertrag i.S. des § 291 Abs. 1 AktG und auch aus anderen Rechtsgründen kein Verhältnis besteht, das dem in § 302 Abs. 1 AktG vorausgesetzten wertungsgemäß entsprechen würde. Das Sparkassenrecht enthält vielmehr in § 27 SpkG eine in ihrer Funktion § 58 AktG entsprechende Vorschrift über die Verwendung des Jahresüberschusses. §§ 12 Abs. 6 und 18 Abs. 1 SpkG verpflichten Verwaltungsrat und Vorstand ausdrücklich auf ein Handeln in eigener Verantwortung. Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind in ausdrücklicher Abweichung von § 91 Abs. 1 GO an Weisungen nicht gebunden (§ 13 Abs. 6. 2 SpkG). Ihren Grundgedanken nach kann die Vorschrift des § 302 Abs. 1 AktG nicht auf das Verhältnis des kommunalen Gewährträgers zur Sparkasse übertragen werden.

#### b) § 317 Abs. 1 S. 1 AktG

Nach § 317 Abs. 1 S. 1 AktG muß

- ein herrschendes Unternehmen
  - einer abhängigen Gesellschaft
  - mit der kein Beherrschungsvertrag besteht,
  - wenn es sie zur Vornahme eines für sie nachteiligen Rechtsgeschäftes oder zum für sie nachteiligen Treffen oder Unterlassen einer Maßnahme veranlaßt hat
  - und den Nachteil nicht bis zum Jahresende tatsächlich oder durch Gewährung eines Rechtsanspruchs ausgleicht,
- den daraus entstehenden Schaden ersetzen.

Nach § 17 Abs. 1 AktG ist ein herrschendes Unternehmen ein Unternehmen, das auf ein rechtlich selbständiges anderes Unternehmen (abhängiges Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.

Auch für die analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt es wegen der spezifischen sparkassenrechtlichen Regelung an dem Beherrschungsverhältnis. Der Satz „Wer Aufsichtsrat und Vorstand besetzen kann, beherrscht die Gesellschaft.“<sup>293</sup>, wie er im Aktienrecht gilt, trifft für das Sparkassenrecht aufgrund der besonderen Rechtslage nicht zu.<sup>294</sup>

#### 3.2.5.5 Zwischenergebnis

Die Anstaltslast kann auch nicht im Wege der Analogie begründet werden. In Nordrhein-Westfalen fehlt es dafür schon an einer echten Gesetzeslücke.

<sup>293</sup> *Emmerich/Sonnenschein* S. 49.

<sup>294</sup> Zur Freiheit der Sparkasse von Ingerenzen des Trägers s. auch *Weides*, Städte- und Gemeinderat 1978, 89.

#### 4. Ergebnis des Zweiten Teils

Eine Rechtspflicht, wie sie unter dem Namen „Anstaltslast“ im sparkassenrechtlichen Schrifttum im Verhältnis zwischen Sparkasse und Gewährträgerkommune angenommen wird, ist nicht begründet. Eine entsprechende Verpflichtung besteht weder generell bei rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts noch speziell bei den kommunalen Sparkassen.

Für die Diskussion um die Probleme der Eigenkapitalausstattung der Sparkassen bedeutet dieses Ergebnis, daß den Sparkassen ein Rechtsanspruch auf ausreichende Eigenkapitalausstattung gegen die Kommunen nicht zusteht.

## Dritter Teil

### Das Bestehen einer Verpflichtung des Gesetzgebers zur Einführung eines Eigenkapitalzuschlags bei den kommunalen Sparkassen

#### 1. Gang der Untersuchung

Im Ersten Teil der Arbeit wurde festgestellt, daß von den diskutierten Lösungen des Eigenkapitalproblems lediglich zwei sparkassenspezifisch sind: die Kapitaleinzahlung aufgrund einer möglicherweise bestehenden Verpflichtung der Gewährträger und die Einführung eines Eigenkapitalzuschlags zur Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung.

Aufgrund der Untersuchung im Zweiten Teil konnte festgestellt werden, daß eine Verpflichtung der Gewährträger zur Einzahlung von Kapital nicht besteht. Eine fehlende Bereitschaft der kommunalen Gewährträger zur Bereitstellung von Mitteln kann also nicht erzwungen werden.

Die zweite sparkassenspezifische Lösung der Eigenkapitalprobleme – die Berücksichtigung der kommunalen Haftung in Form eines Zuschlags zum haftenden Eigenkapital nach dem KWG – setzt eine entsprechende Änderung des Gesetzes und damit ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraus. Der dritte Teil der Arbeit soll sich nun mit der Frage befassen, ob der Gesetzgeber zu einer solchen Änderung verpflichtet ist. Diese Frage liegt aus folgendem Grund besonders nahe:

Nicht nur die Sparkassen, sondern auch Privatbankiers und Kreditgenossenschaften kennen eine über das im Betrieb befindliche Kapital hinausreichende Haftung. Im Gegensatz zu der Gewährträgerhaftung des kommunalen Sparkasse wird jedoch sowohl die persönliche Haftung des Privatbankiers als auch die genossenschaftliche Haftpflicht auf das haftende Eigenkapital nach dem KWG angerechnet.

Die Untersuchung beginnt mit einer Darstellung des gegenwärtigen Regelungsbestandes und seiner historischen Entwicklung (Ziff. 2), die als Grundlage für die weitere Erörterung notwendig ist. Sie wird ergänzt um eine gedrängte Darstellung der Argumentationslage in der Diskussion um den Haftungszuschlag für kommunale Sparkassen (Ziff. 3). Ziff. 4 behandelt dann mit der Reichweite der vorliegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum KWG ebenso wie Ziff. 5 mit der Grundrechtsfähigkeit kommunaler Spar-

kassen Vorfragen der verfassungsrechtlichen Prüfung in Ziff. 6. Das Ergebnis des Dritten Teils faßt Ziff. 7 noch einmal zusammen.

## 2. Der gegenwärtige Regelungsbestand und seine historische Entwicklung

Im folgenden wird von einem ganz knappen Überblick über die Regelungstechnik der Eigenkapitalvorschriften des KWG (Ziff. 2.1) ausgegangen. Es schließt sich eine kurze Darstellung der beiden gesetzlich vorgesehenen Fälle der Berücksichtigung einer Haftung an (Ziff. 2.2). Nach einer Übersicht über die historische Entwicklung (Ziff. 2.3) wird dann die Möglichkeit geprüft, auf der Basis des geltenden Rechts zu einer Berücksichtigung der kommunalen Haftung zu kommen (Ziff. 2.4).

### 2.1 Die Grundzüge der Regelung

Unter den Ordnungsvorschriften, mit denen die Ziele des KWG erreicht werden sollten<sup>1</sup>, knüpfen die aufgrund § 10 Abs. 1 KWG erlassenen Grundsätze I<sup>2</sup> und I a<sup>3</sup> sowie die Regelungen der §§ 12<sup>4</sup> und 13 KWG<sup>5</sup> an den Begriff des „haftenden Eigenkapitals“ an. Wie bereits im Ersten Teil der Arbeit dargelegt<sup>6</sup>, handelt es sich dabei um einen in § 10 Abs. 2–5 für die unterschiedlichen Rechtsformen nach dem Prinzip der Addition und Subtraktion genau beschriebener Bilanzposten legaldefinierten Begriff.

Dem Grundsatz nach zählen danach zum haftenden Eigenkapital das im Betrieb befindliche Kapital (Geschäftskapital, Grundkapital, Stammkapital, Geschäftsguthaben oder Dotationskapital) und die offenen Rücklagen. Diese Regelung wird durch rechtsformspezifische und rechtsformunabhängige Zu- und Abschläge ergänzt.

## 2.2 Die Berücksichtigung von freiem Vermögen und Haftsummenverpflichtung

### 2.2.1 Die Anerkennung freien Vermögens

Gem. § 10 Abs. 4 S. 2 KWG kann nachgewiesenes freies Vermögen eines Privatbankiers oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Bank auf Antrag in einem vom Bundesaufsichtsamt zu bestimmenden Umfang als haftendes Eigenkapital anerkannt werden. Das Bundesaufsichtsamt hat in

1 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.

2 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.1.1.

3 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.1.2.

4 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.2.3.

5 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.1.3.

6 s. o. Erster Teil Ziff. 2.

seiner Mitteilung 1/63 vom 29. Juni 1963<sup>7</sup> dargelegt, nach welchen Grundsätzen freies Vermögen anerkannt wird. In dieser Mitteilung ist das Verwaltungsverfahren näher geregelt und bestimmt, mit welchen Werten Vermögensgegenstände angesetzt werden können. So wird bei Grundstücken ein Abschlag von 50 % vom Verkehrswert vorgenommen, bei festverzinslichen Wertpapieren ein Abschlag von 20 % vom Börsenkurs. In Ziff. 3 der Mitteilung heißt es dann:

„Die Anerkennung erfolgt widerruflich und in der Regel unbefristet.

Im allgemeinen wird freies Vermögen nur bis zur Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen haftenden Eigenkapitals anerkannt.

Die Anerkennung freien Vermögens erstreckt sich nicht auf die Fälle, in denen das Eigenkapital als Finanzierungsmittel dient. Das anerkannte freie Vermögen rechnet daher nicht zum haftenden Eigenkapital im Sinne des § 12 KWG und zum Eigenkapital im Sinne der Liquiditätsgrundsätze (gegenwärtig Grundsatz II).“

### 2.2.2 Der Haftsummenzuschlag

Bei eingetragenen Genossenschaften sind nach § 10 Abs. 2 Nr. 3 KWG die Geschäftsguthaben und die Rücklagen als haftendes Eigenkapital anzurechnen. Hinzuzurechnen ist ein Zuschlag, den der Bundesminister der Finanzen nach Anhörung der Bundesbank durch Rechtsverordnung festsetzt. Dieser Zuschlag soll der Haftsummenverpflichtung der Genossen Rechnung tragen. Nach Übertragung durch den Minister<sup>8</sup> hat das Bundesaufsichtsamt mit der Verordnung vom 6. Dezember 1963<sup>9</sup> von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht.

Nach § 1 der Verordnung beträgt der Zuschlag bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht drei Viertel des Gesamtbetrages der Haftsummen, bei unbeschränkter Haftpflicht das Doppelte des Gesamtbetrages der Geschäftsanteile. Der Zuschlag darf die Hälfte des ohne ihn vorhandenen Eigenkapitals nicht übersteigen.

Entsprechend der Fassung des Gesetzes wird der Zuschlag nicht nur bei den Grundsätzen I und I a sowie bei § 13 KWG einbezogen, die dem Schutz der Sicherheit dienen, sondern auch bei der liquiditätssichernden Vorschrift des § 12 KWG<sup>10</sup>, obwohl die Haftsummenverpflichtung der Genossen sich allein auf die Sicherheit auswirkt.<sup>11</sup> Der ebenfalls liquiditätssichernde Grund-

7 Abgedruckt bei Schork, Kommentar S. 604 f.

8 § 1 der Verordnung zur Übertragung der Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen auf das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen vom 19. Januar 1962 (BGBl. I S. 17) i.V.m. § 10 Abs. 2 Nr. 3 KWG.

9 BGBl. I S. 871.

10 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.2.3.

11 s. dazu Bähre/Schneider § 10 Anm. 6; Schork, Kommentar § 10 Rnr. 34; Szagunn-Neumann/Wohlschließ § 10 Rnr. 21; Wettbewerbsenquete S. 69.

satz II<sup>12</sup> spricht dagegen nur von „Eigenkapital“, so daß eine Berücksichtigung des Haftsummenzuschlags ausscheidet.

### 2.3 Die historische Entwicklung

#### 2.3.1 Die Entwicklung bis 1931

Elemente einer staatlichen Bankenaufsicht gibt es, seit es Banken gibt. Eine venezianische Verordnung bestimmte bereits 1524, daß jede Bank einen Revisor haben müsse, der über die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu wachen hatte.<sup>13</sup> Eine allgemeine Bankenaufsicht wurde in zahlreichen ausländischen Staaten bereits im vorigen Jahrhundert eingerichtet.<sup>14</sup> Dagegen wurde in Deutschland ihre Einführung im 19. Jahrhundert, meist unter dem Eindruck von Bankzusammenbrüchen, zwar auch diskutiert, die Befürworter konnten sie aber nicht durchsetzen.<sup>15</sup> Es blieb bei der Gewerbefreiheit auch für Banken. Unter staatlicher Aufsicht standen allerdings die öffentlich-rechtlichen Institute<sup>16</sup> und seit dem Erlaß des heute noch geltenden Hypothekbankgesetzes im Jahre 1899 die Hypothekbanken.<sup>17</sup>

Beschränkungen der Bankenfreiheit wurden zur Regelung des Devisenverkehrs im ersten Weltkrieg<sup>18</sup> und zur Verhinderung der Kapitalflucht und zur Regelung von Depot- und Depositengeschäften in den ersten Jahren der Weimarer Republik<sup>19</sup> eingeführt. Seit dem Jahresende 1929 herrschte jedoch wieder die Bankenfreiheit wie vor dem Krieg.<sup>20</sup>

#### 2.3.2 Die Notverordnung von 1931

Die Bankenkrise des Jahres 1931<sup>21</sup> brachte dann die bis heute endgültige Einführung der Bankenaufsicht.<sup>22</sup> Der zweite Teil der Notverordnung vom 19. September 1931<sup>23</sup> enthielt unter der Überschrift „Kuratorium und Reichskommissar für das Bankgewerbe“ die organisatorischen Grundlagen für

12 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.2.1.

13 Honold S. 37; Zimmerer/Schönle S. 15.

14 Honold S. 38; Zimmerer/Schönle S. 15.

15 Schork, Kommentar S. 1; Honold S. 39 ff.; Bähre/Schneider, Einl. S. 42.

16 Honold S. 42 f.; für die Sparkassen s. auch oben Zweiter Teil Ziff. 2.1.1.

17 Schork, Kommentar S. 1; Honold S. 43; Bähre/Schneider, Einl. S. 42.

18 Bähre/Schneider, Einl. S. 42; Szagunn/Neumann, Einl. S. 33.

19 Honold S. 44 f.; Bähre/Schneider, Einl. S. 43.

20 Bähre/Schneider, Einl. S. 44; Szagunn/Neumann, Einl. S. 33.

21 s. o. Zweiter Teil Ziff. 2.2.1.

22 s. dazu auch Szagunn/Neumann, Einl. S. 34; Bähre/Schneider, Einl. S. 44; Zimmerer/Schönle S. 17 ff.

23 Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie. Vom 19. September 1931. (RGBl. I S. 493).

eine Bankenaufsicht, die sich auf alle Kreditinstitute erstreckte, die nicht schon einer staatlichen Aufsicht unterlagen.<sup>24</sup>

Die Einführung der Bankenaufsicht war eine unmittelbare Folge der staatlichen Intervention im Rahmen der Bankenkrise.<sup>25</sup> In einer am 4. August 1931 gehaltenen Rundfunkrede stellte der Reichskanzler fest, daß „die Reichsregierung selbstverständlich nicht darauf verzichten kann, längst überlegte Maßnahmen auf dem Gebiete des gesamten Kredit- und Kapitalverkehrs vorzubereiten. Diese Erklärung bedeutet keinen Schlag gegen das freie Bankgewerbe, aber nachdem einmal der Staat auf dringendes Ersuchen der Beteiligten sich rettend und schützend auf diesem Gebiet hat einschalten müssen, kann er sich nicht der Pflicht entziehen, auch Maßnahmen vorbeugender Art für die Zukunft zu treffen.“<sup>26</sup>

Grob skizziert sah die Verordnung folgende Regelung vor: Es wurde ein fünfköpfiges Kuratorium für das Bankgewerbe bestellt und ein Reichskommissar für das Bankgewerbe ernannt.

Dem Kuratorium oblag die Aufstellung von Richtlinien für die Tätigkeit des Reichskommissars. Es vermittelte die Zusammenarbeit zwischen Reichsbank und Reichskommissar und entschied in Zweifelsfällen darüber, ob ein Institut der Bankenaufsicht unterfiel.

Aufgabe des Reichskommissars war es, sich ständig über die Lage des Bankgewerbes zu informieren und die allgemeine Bankpolitik vom Standpunkt der deutschen Gesamtwirtschaft aus zu beeinflussen. Zur Erfüllung dieser Aufgaben standen ihm weitgehende Rechte zu, etwa auf Akteneinsicht oder das Recht, Organe der Kreditinstitute einzuberufen. Auf Verlangen hatte er der Reichsregierung und der Reichsbank zu berichten. Nach der Verordnung war er weiter befugt, dem Kuratorium Vorschläge für „Grundsätze allgemeiner Art über die Geschäftsführung der Banken“ zu machen.<sup>27</sup> Die Aufstellung solcher Grundsätze fiel in den Kompetenzbereich des Kuratoriums.

Einzelheiten der Organisation der Bankenaufsicht nach der Notverordnung von 1931 sind im Rahmen dieser Untersuchung nicht von Interesse; festzuhalten bleibt, daß die Verordnung eine Ermächtigung zur Aufstellung allgemeiner Grundsätze für die Geschäftsführung der Banken enthielt, von der allerdings kein Gebrauch gemacht worden ist.<sup>28</sup>

24 Art. 1 § 10 Abs. 2 des Zweiten Teils der Verordnung.

25 Die Frage, ob die Verordnung angemessen auf die Erfahrungen der Krise reagierte, wird unterschiedlich beurteilt. S. einerseits Möschel S. 214, andererseits Paersch S. 64.

26 Zitiert bei Paersch S. 34.

27 Art. 1 § 6 Abs. 2 des Zweiten Teils der Verordnung.

28 Möschel S. 203.

## 2.3.3 Das Kreditwesengesetz 1934

Im Sommer 1933 wurde ein Untersuchungsausschuß einberufen, der „das Bankwesen in seinen organisatorischen und wirtschaftlichen Grundlagen einer eingehenden und umfassenden Erörterung“ unterziehen und feststellen sollte, „durch welche Maßnahmen ein dauernd zuverlässiges Funktionieren des deutschen Kreditapparates sichergestellt werden kann“.<sup>29</sup> Der Untersuchungsrahmen wird aus der Gliederung der vorbereitenden Referate erkennbar, die unter den Überschriften „Der derzeitige Krisenzustand des deutschen Bankwesens und seine Ursachen“, „Die bisherigen Sanierungsversuche“ und „Die Politik der Reichsbank gegenüber dem Bankwesen“ zusammengefaßt wurden.

Am 5. Dezember 1934 erging dann auf der Grundlage der Ergebnisse der Enquete<sup>30</sup> das Reichsgesetz über das Kreditwesen.<sup>31</sup> Das Gesetz, das am 1. Januar 1935 in Kraft trat<sup>32</sup>, galt bis zum Erlaß des KWG 1961 fort, wenn es auch häufig geändert wurde, vor allem hinsichtlich der Organisation der Bankenaufsicht.<sup>33</sup>

In §§ 11–19 enthielt das Gesetz „Vorschriften für das Kreditgeschäft und die Liquidität“. Davon nahmen folgende Vorschriften auf das „haftende Eigenkapital“ Bezug:

- § 11 Abs. 1 begrenzte die Gesamtverpflichtungen eines Kreditinstituts auf genau bestimmten Bilanzposten auf ein vom Aufsichtsamt festzusetzendes Mehrfaches des haftenden Eigenkapitals.
- Nach § 12 Abs. 1 sollten die von einem Kreditinstitut an denselben Kreditnehmer gewährten Kredite einen vom Aufsichtsamt bestimmten Hundertsatz des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen.
- § 17 Abs. 2 beschränkte die Anlagen eines Kreditinstituts in Grundstücken, Gebäuden und dauernden Beteiligungen auf den Betrag des haftenden Eigenkapitals.

Die Vorschriften entsprechen damit den §§ 10 Abs. 1 i.V.m. Grundsatz I, 13 Abs. 4 und 12 des geltenden KWG.

Ebenfalls weitgehend der Regelung des geltenden KWG entsprach die Legaldefinition des haftenden Eigenkapitals in § 11 Abs. 2–5 des KWG 1934. Abweichend vom geltenden Recht enthielt § 11 Abs. 5 KWG 1934 unter c) eine Ermächtigung für das Aufsichtsamt „bei Kreditinstituten des öffentlichen Rechts, für welche öffentlich-rechtliche Gewährträger haften, Bestim-

mungen zu treffen, inwieweit diese Haftung an die Stelle des haftenden Eigenkapitals treten kann“. Von dieser Ermächtigung wurde indessen in der Zeit bis zum Erlaß des KWG 1961 kein Gebrauch gemacht, wie überhaupt die Bankenaufsicht von den Vorschriften des §§ 11–19 KWG 1934 nur § 12 Abs. 1 durch eine entsprechende Bekanntmachung ausgefüllt hat.<sup>34</sup>

## 2.3.4 Das Kreditwesengesetz 1961

Am 25. Mai 1959 brachte die Bundesregierung beim Deutschen Bundestag den Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen ein.<sup>35</sup> Vorausgegangen waren diesem Gesetzentwurf seit Ende der vierziger Jahre Vorschläge und Initiativen zu einer Neuregelung des Rechts der Kreditwirtschaft von verschiedenen Seiten. Bereits in der zweiten Legislaturperiode des Bundestags hatte beispielsweise auch die Bundesregierung dem Parlament den Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vorgelegt; aus Zeitgründen war dieser Entwurf allerdings nicht mehr beraten worden.<sup>36</sup>

In dem nunmehr vorgelegten Regierungsentwurf eines Kreditwesengesetzes wurde die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung mit folgenden Argumenten begründet:

- Veränderung der staatsrechtlichen Situation und der Wirtschaftsverfassung
- Notwendigkeit der Anpassung an die Rechtslage nach Erlaß des Bundesbankgesetzes
- Unübersichtlichkeit und Verstreutheit der bisherigen Rechtsgrundlagen
- Notwendigkeit der Anpassung der organisatorischen Bestimmungen an die veränderten Erfordernisse.<sup>37</sup>

Während über die grundsätzliche Notwendigkeit einer Neuregelung Einigkeit zwischen Bundesregierung und Bundesrat bestand, zeigten sich im Hinblick auf das hier zuletzt genannte Argument erhebliche Differenzen: Die Bundesregierung strebte ein zentrales Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen an<sup>38</sup>, während die Länder die nach dem Krieg entstandene dezentrale Bankenaufsicht<sup>39</sup> beibehalten wollten. Neben verwaltungsökonomischen und wirtschaftspolitischen Bedenken machten die Länder auch verfassungsrechtliche Bedenken geltend.<sup>40</sup> Sie konnten sich aber weder mit ihren politischen, noch bei dem eingeleiteten Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht mit ihren juristischen Argumenten durchsetzen: am 28. Juni 1961

29 Pressenotiz, Untersuchung des Bankwesens 1933, 1. Teil 1. Band S. 5.

30 Der Bericht des Präsidenten des Reichsbankdirektoriums als Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses für das Bankwesen vom Ende Oktober 1934 ist abgedruckt bei Beck M 7 sowie in den Kommentaren von *Pröhl* und *Reichardt*.

31 RGBl. S. 1203 ff.

32 § 58 Abs. 1 KWG 1934.

33 s. näher *Zimmerer/Schönle* S. 20 ff.

34 *Möschel* S. 216; *Szagunn/Neumann*, Einl. S. 39; *Honold* S. 69.

35 BT-Drucks. III/1114.

36 Zur Entwicklung seit 1945 *Szagunn/Neumann*, Einl. S. 31 ff.; *Beck*, E 3 S. 7 ff.

37 BT-Drucks. III/1114 S. 20.

38 § 5 des Entwurfs und die Begründung BT-Drucks. III/1114 S. 20 ff.

39 Dazu s. *Honold*, S. 75 f.

40 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. III/1114.

wies der Bundestag den Einspruch des Bundesrats mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit zurück<sup>41</sup>, und mit Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 1962 stellte das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit des KWG mit dem Grundgesetz fest.<sup>42</sup>

Die im Rahmen dieser Untersuchung interessierende Vorschrift des § 9 des Entwurfs, die von hier nicht interessierenden geringfügigen Änderungen abgesehen dem geltenden § 10 KWG entspricht, brachte mit Einführung der „Grundsätze“ in Abs. 1 eine Neuerung gegenüber dem KWG 1934. Demgegenüber nimmt die Entwurfsbegründung zu der Legaldefinition des haftenden Eigenkapitals ausdrücklich auf die Regelung des KWG 1934 Bezug:

„Absatz 2 stellt klar, welche Bilanzposten der Passivseite bei den verschiedenen Rechtsformen der Kreditinstitute als haftendes Eigenkapital anzusehen sind. Die Definition knüpft im wesentlichen an die bisher geltende Regelung an, klärt aber einige in der Praxis aufgetretene Zweifelsfragen.“<sup>43</sup> Mit keinem Wort geht der Entwurf der Bundesregierung auf das Fehlen einer der Ermächtigung zur Berücksichtigung der öffentlichen Haftung in § 11 Abs. 5 c) KWG 1934 entsprechenden Regelung ein.

Seinen Vorstellungen über die dezentrale Organisation der Aufsicht entsprechend sah der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf statt der vom Bundesaufsichtsamt aufzustellenden Grundsätze eine gesetzliche Sollvorschrift über die Eigenkapitalausstattung vor, die durch die Richtlinien der Bundesbank ergänzt werden sollte. Weiter schlug er u. a. die Aufnahme eines Absatzes 5 in § 9 des Entwurfs vor: „Bei Kreditinstituten, für deren Verbindlichkeiten öffentlich-rechtliche Gewährträger haften, gilt das haftende Eigenkapital als angemessen, sofern die durch Gesetz oder Satzung vorgeschriebenen jährlichen Zuführungen zu den Rücklagen vorgenommen werden.“

Zur Begründung wurde ausgeführt:

„Bei Kreditinstituten, für deren Verbindlichkeiten öffentlich-rechtliche Körperschaften als Gewährträger haften, ist die Sicherheit der Einleger durch diese Haftung gewährleistet. Hier hat das haftende Eigenkapital die Funktion eines Risikopuffers im Interesse des zur Haftung verpflichteten Gewährträgers. Daher ist es dann nicht mehr als angemessen anzusehen, wenn die Institute nicht in der Lage sind, diejenigen Zuführungen zu den Rücklagen vorzunehmen, die ihnen durch sondergesetzliche Regelung bzw. durch Satzung vorgeschrieben sind.“<sup>44</sup>

Die Bundesregierung hielt in ihrer Stellungnahme zu den Einwendungen

41 Beck, E 3 S. 12.

42 – 2 BvF 4, 5/61, 1, 2/62 –, BVerfGE 14, 197.

43 BT-Drucks. III/1114 S. 31.

44 BT-Drucks. III/1114 S. 57 f.

des Bundesrates die vorgeschlagenen Ergänzungen „nach der Konzeption der Bundesregierung zu Abs. 1“ nicht für erforderlich.<sup>45</sup>

In dem schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses wird ebenfalls nicht ausdrücklich auf die öffentlich-rechtlichen Institute mit Gewährträgerhaftung eingegangen, sondern lediglich zu § 9 Abs. 1 des Entwurfs bemerkt, die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Grundsätze könnten elastisch den jeweiligen wirtschaftlichen Gegebenheiten und den Verhältnissen der einzelnen Sparten des Kreditgewerbes angepaßt werden.<sup>46</sup> Festzuhalten ist, daß das KWG 1961 im Gegensatz zum KWG 1934 die Gewährträgerhaftung im Rahmen der Vorschriften über das Eigenkapital nicht berücksichtigt. Gründe sind dafür in den Gesetzesmaterialien nicht genannt.

#### 2.4 Zur Möglichkeit der Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung im Verwaltungswege

Soeben wurde bereits erwähnt, daß die Bundesregierung den Vorschlag des Bundesrates, eine Berücksichtigung der öffentlichen Haftung vorzusehen, mit dem Hinweis auf ihre Konzeption zu Absatz 1 des heutigen § 10 abgelehnt hat.<sup>47</sup> Dieser Hinweis könnte die Frage nahelegen, ob eine Anerkennung der öffentlichen Haftung durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in den Grundsätzen oder sonst im Verwaltungswege nicht geboten oder möglich ist.

In der Tat ist kurz nach Erlaß des Gesetzes die Auffassung vertreten worden, das Bundesaufsichtsamt werde den öffentlich-rechtlichen Haftungsverhältnissen bei der Festsetzung der Grundsätze entsprechend Rechnung tragen müssen.<sup>48</sup> Diese Auffassung hat sich aber weder in der Praxis des Bundesaufsichtsamtes noch im Schrifttum durchgesetzt. Die Kommentarliteratur vertritt im Gegenteil die Ansicht, mit der Vorschrift des § 11 Abs. 5 c) KWG 1934 sei auch die Ermächtigung zur Anrechnung der Gewährträgerhaftung weggefallen.<sup>49</sup> Die eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers verbiete es, im Verwaltungswege generelle Maßnahmen zu treffen, die auf eine Anrechnung hinauslaufen.<sup>50</sup> Die abschließende Fassung des § 10 Abs. 2 Nr. 4 KWG und die trotz weitgehender Übernahme der Konzeption des früheren Gesetzes vorgenommene Streichung der Vorschrift des § 11 Abs. 5 c) KWG 1934 lassen in der Tat keinen anderen Schluß zu.

45 BT-Drucks. III/1114 S. 68.

46 Zu BT-Drucks. III/2563 S. 9.

47 BT-Drucks. III/1114 S. 68.

48 Zimmerer/Schönle, § 10 Rnr. 10.

49 Bähre/Schneider, § 10 Rnr. 7; Beck § 10 Rnr. 234; Szagunn/Neumann/Wohlschieß § 10 Rnr. 23.

50 Schork, Kommentar, § 10 Rnr. 39.

### 3. Die Diskussion über den Haftungszuschlag für kommunale Sparkassen

Es wundert nicht, daß die Diskussion über die Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen sehr bald die Rechtslage nach dem KWG 1934 und die Möglichkeit der Wiedereinführung des Haftungszuschlags einbezog. Die Argumente für eine solche gesetzgeberische Maßnahme finden sich zusammengefaßt im Jahresbericht 1977 des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes:<sup>51</sup>

- Die kommunale Haftung sei gegenüber der Nachschußpflicht der Genossen bankaufsichtlich nicht geringer zu bewerten.<sup>52</sup>
- Die Sparkassen mit ihrer aufgrund von Geschäftsbeschränkungen und Staatsaufsicht gegenüber anderen Instituten erhöhten Sicherheit dürften nicht mit engeren Eigenkapitalbestimmungen belegt werden.
- Die Nichtberücksichtigung der Haftung benachteilige die Sparkassen im Wettbewerb.<sup>53</sup>

Der Verband fordert einen am sonstigen Eigenkapital als Bemessungsgrundlage orientierten Haftungszuschlag.<sup>54</sup> Darauf, daß während der Vorberatungen zum KWG 1961 gerade die Sparkassenorganisation sich gegen eine Quantifizierung der Gewährträgerhaftung aussprach, wird nicht eingegangen.<sup>55</sup>

Die Forderung nach Quantifizierung der Gewährträgerhaftung wird in der Stellungnahme der F.D.P.-Fraktionsvorsitzenden-Konferenz abgelehnt, weil – das Eigenkapital nicht nur Haftungs-, sondern auch Finanzierungsfunktion erfülle. In diesem Sinne sei die kommunale Haftung kein Ersatz für fehlendes Eigenkapital,

- die Einführung eines Haftungszuschlags den Wettbewerb zugunsten der Sparkassen verzerren würde.<sup>56</sup>

Das Entstehen eines Wettbewerbsvorteils war auch einer der Gründe gewesen, den die Wettbewerbsenquete für die Berechtigung der im KWG getroffenen Regelung anführte.<sup>57</sup> Die Enquete lieferte die in den Gesetzes-

51 S. 57.

52 Vgl. auch: *Schork* § 10 Rnr. 39; *Schlierbach*, Kommunalwirtschaft 1973, 441 und 1975, 451; *Oberbeckmann*, Sparkasse 1977, 38; *H. Geiger*, Gemeindehaushalt 1977, 194.

53 Vgl. auch: *Zimmerer/Schönle* § 10 Rnr. 10; Sparkassen und Gewährträgerhaftung, Städtetag 1977, 649; *Assmann*, Kommunalwirtschaft 1976, 371.

54 Deutscher Sparkassen- und Giroverband Jahresbericht 1977 S. 57.

55 *Kurze* S. 172, der auf die Jahresberichte 1955 (S. 27 f.) und 1957 (S. 38) des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes hinweist.

56 Ziff. 13 der Stellungnahme vom 11. Januar 1977.

57 S. 69; vgl. auch *Schork*, Kommentar § 10 Rnr. 39; *Beck* § 10 Rnr. 234.

materialien vermifste Begründung für die Abweichung gegenüber dem KWG 1934 gewissermaßen nach, indem sie neben dem Wettbewerbsgesichtspunkt folgende Argumente anführte:<sup>58</sup>

- Bei öffentlich-rechtlichen Instituten bestehe weder die Identität des Haftenden, die zur Anerkennung freien Vermögens geführt habe, noch die gesellschaftsrechtliche Besonderheit, die zur Anerkennung des Haftsummenzuschlags bei den Kreditgenossenschaften geführt habe.
  - Die öffentliche Haftung sei schwierig zu quantifizieren.<sup>59</sup>
  - Es könne der Eindruck entstehen, der Gesetzgeber sehe die Haftung nur in der anerkannten Höhe als wirksam an.<sup>60</sup>
- In der Kommentarliteratur zu § 10 KWG wurden darüber hinaus als Gründe für die Nichtberücksichtigung der Haftung vermutet
- die Sorge, „der öffentlichen Hand könnten sonst noch mehr Risiken zugeschoben werden“<sup>61</sup>
  - Die Gemeinden seien nicht zwingend zur Rücklagenbildung für die Haftung verpflichtet.<sup>62</sup>

### 4. Die Reichweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des KWG

Mit seinem Urteil vom 24. Juli 1962<sup>63</sup> stellte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts fest: „Das Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 (BGBl. I S. 881) ist mit dem Grundgesetz vereinbar.“<sup>64</sup> Angesichts dieser Entscheidung fragt es sich, ob eine verfassungsrechtliche Überprüfung der Vorschrift des § 10 KWG auf die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung über das Eigenkapital der Kreditinstitute sinnvoll ist.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entfalten nämlich bindende Wirkung:

- Sie erwachsen in formelle Rechtskraft, da sie nach ihrer Verkündung mit Rechtsmitteln nicht angreifbar sind.<sup>65</sup>
- Wie andere formell rechtskräftige gerichtliche Erkenntnisse entfalten sie auch materielle Rechtskraft.<sup>66</sup> Die Beteiligten sind an die Entscheidung gebunden. Ob materielle Rechtskraft auch den Entscheidungen in Normen-

58 S. 69 f.

59 Vgl. bereits *Pröhl* S. 177, s. auch *Beck* § 10 Rnr. 234.

60 Vgl. auch *Schork*, Kommentar § 10 Rnr. 39.

61 *Szaggun/Neumann/Wohlschieß* § 10 Rnr. 23.

62 *Beck* § 10 Rnr. 234.

63 s. oben Ziff. 2.3.4.

64 – 2 BvF 4, 5/61, 1, 2/62 –, BVerfGE 14, 197 (198).

65 *Zuck*, NJW 1975, 908; *Lange*, K. JuS 1978, 2.

66 *Rupp*, H. G. S. 404 ff.; *H. H. Klein* NJW 1977, 697 f.

kontrollverfahren zukommt, kann wegen § 31 Abs. 2 BVerfGG dahinstehen.<sup>67</sup>

- Gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Zu den Behörden zählen auch die Kommunen und rechtlich selbständige Anstalten wie die Sparkassen.<sup>68</sup> Nach h.M. erstreckt sich die Bindung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG auf die tragenden Gründe.<sup>69</sup>
- § 31 Nr. 6 BVerfGG legt bestimmten Entscheidungen des Gerichts, u. a. den Entscheidungen im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle gem. § 13 Nr. 6 BVerfGG, durch die ein Gesetz für mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird. „Gesetzeskraft“ bei. Damit ist nicht gesagt, daß diese Entscheidungen Gesetzen gleichstünden.<sup>70</sup> Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft unterscheiden sich also durch ihren Adressatenkreis: die Rechtskraft wirkt inter partes, die Bindungswirkung trifft die genannten staatlichen Stellen und die Gesetzeskraft wirkt inter omnes.<sup>71</sup>

Das Urteil zur Vereinbarkeit des KWG mit dem Grundgesetz ist im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach § 13 Nr. 6 BVerfGG ergangen. Der Entscheidungsformel kommt demnach Gesetzeskraft zu; erstreckt sich der Ausspruch des Gerichts auch auf § 10 KWG und die verfassungsrechtliche Gebotenheit eines Haftungszuschlags für die kommunalen Sparkassen, erscheint eine weitere Untersuchung nur noch insoweit sinnvoll, als seit der Entscheidung eine relevante Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten ist, die die bindende Wirkung des Ausspruchs beseitigt hat.<sup>72</sup>

Ob das Urteil jede weitere verfassungsrechtliche Prüfung des Gesetzes überflüssig macht oder gar verbietet, ist indessen zweifelhaft. Das Gericht hat das KWG nämlich ausgehend von den verfassungsrechtlichen Bedenken der antragstellenden Bundesländer lediglich unter dem Aspekt geprüft, ob die Bildung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen als selbständige Bundesoberbehörde (§ 5 KWG) mit dem Grundgesetz vereinbar war und ob das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedurft hätte. Hier kommt zum Ausdruck, daß das Gericht ein Gesetz zwar unter allen erdenklichen Gesichtspunkten zu prüfen hat, aber die Begründung des Antrags faktisch eine Konzentration des Interesses auf die gerügten Mängel und so die Vernachlässigung anderer Punkte herbeizuführen vermag<sup>73</sup>, und „eine hinreichende Richtig-

67 Rupp, H. G. S. 404; H. H. Klein, NJW 1977, 698; Lange, K. JuS 1978, 2.

68 Geiger, W. § 31 Anm. 3; Leibholz/Rupprecht § 31 Rnr. 2.

69 Rupp, H. G. S. 406; Endemann S. 24; Lange, K. JuS 1978, 6; a. A. Vogel S. 599 ff.

70 Lange, K. JuS 1978, 1 ff (6).

71 Brox, S. 818; Lange, K. JuS 1978, 6.

72 Brox, S. 821 ff.; H. H. Klein, NJW 1977, 698.

73 Sachs, S. 326 f.

keitsgewähr bei dem Umfang des Streitgegenstandes nicht gegeben ist“.<sup>74</sup> Das Bundesverfassungsgericht bestimmt deshalb anhand der Entscheidungsgründe, worauf sich die vorausgegangene Entscheidung bezog, und läßt im übrigen eine erneute Prüfung zu.<sup>75</sup> Auch nach Ansicht des Schrifttums ist deshalb die bindende Wirkung auf die vom Gericht berücksichtigten Punkte zu beschränken.<sup>76</sup> Die Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Juli 1962 erstreckt sich also nicht auf die Aspekte, die das Gericht unberücksichtigt gelassen hat.<sup>77</sup>

## 5. Zur Grundrechtsfähigkeit kommunaler Sparkassen

Als Maßstab für die vorgesehene verfassungsrechtliche Prüfung bieten sich die Grundrechte an. Sie kommen jedoch nur dann als Maßstab in Betracht, wenn sie für kommunale Sparkassen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts gelten.

Art. 19 Abs. 3 GG bestimmt die Geltung der Grundrechte für inländische juristische Personen, „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“. Damit stellt die Vorschrift klar, daß die Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen nicht generell ausgeschlossen ist.<sup>78</sup> Auf der Basis dieses Verfassungstextes wird um die Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts eine Diskussion geführt, in der die Meinungen weit auseinandergehen. Einigkeit besteht soweit erkennbar nur darin, daß die sog. Prozeßgrundrechte der Art. 101 Abs. 1 S. 2 und 103 Abs. 1 GG auf alle juristischen Personen anwendbar sind.<sup>79</sup> Das Resultat der in Rechtsprechung und Schrifttum geführten Diskussion ist als „desolat“ bezeichnet worden.<sup>80</sup> Der Meinungsstand zur Frage der Grundrechtsfähigkeit kommunaler Sparkassen spiegelt den Zustand der Diskussion wider:

- Nachdem das Bundesverwaltungsgericht in einer älteren Entscheidung die Anwendbarkeit des Art. 12 GG auf kommunale Sparkassen, ohne ausführlich auf die Problematik einzugehen, bejaht hatte<sup>81</sup>, schränkte es später dahin ein, daß die Vorschrift im Verhältnis zur Staatsaufsicht nicht anwendbar sei<sup>82</sup>, wohl aber gegenüber der Bankenaufsicht.<sup>83</sup>

74 Sachs, S. 329.

75 BVerfG, B. v. 12.12.1967 – 2 BvL 14/62, 3/64, 11/65, 15/66 und 2 BvR 15/67 –, BVerfGE 22, 405 f.

76 Sachs S. 329; Lange, K. JuS 1978, 7.

77 Möschel S. 272.

78 Ulsamer S. 201.

79 Scholler/Broß, DÖV 1978, 238 f.

80 Achterberg S. 4.

81 BVerwG, U. v. 10.7.1958 – I C 195/56 –, DÖV 1959, 61 (62).

82 BVerwG, B. v. 28.12.1971 – I CB 16.66 –, Sparkasse 1972, 116.

83 Vgl. Gebel S. 136, der sich auf einen unveröffentlichten Teil des Beschlusses bezieht.

- Rupp-von Brünneck lehnt die Grundrechtssubjektivität der kommunalen Sparkassen unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ab.<sup>84</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gelten die Grundrechte grundsätzlich nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Etwas anderes gilt, wenn ausnahmsweise die juristische Person des öffentlichen Rechts unmittelbar dem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zuzuordnen ist<sup>85</sup>, was das Gericht z. B. für die Rundfunkanstalten<sup>86</sup> und die Kirchen angenommen hat.<sup>87</sup>
- Abel legt den Sparkassen Grundrechtsfähigkeit zu, weil sie gewaltunterworfen seien und materiell private Aufgaben wahrnehmen.<sup>88</sup>
- Nach Stern/Burmeister nehmen die Sparkassen Kreditwirtschaft als Verwaltungstätigkeit wahr, die unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Weil diese Form wirtschaftlicher Betätigung „einen individuellen Sicherungsbezug besitzt, partizipieren die Sparkassen insoweit am Grundrechtsschutz des Art. 12 GG“.<sup>89</sup>
- Dagegen verneint Ulsamer die Grundrechtssubjektivität, weil die Sparkassen Aufgaben erfüllen, die der Staat im öffentlichen Interesse wegen ihrer Bedeutung im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung wahrnehme, würden sie nicht bereits von selbständigen Rechtsgebilden wahrgenommen.<sup>90</sup>
- Gebel vertritt die Auffassung, die Sparkassen könnten sich auf die individuellen Grundrechte berufen, weil sie „ihrer gegenwärtigen Rechtsstellung sowie tatsächlichen Geschäftspraxis nach heute nicht mehr als materielle Glieder des Staates angesehen werden können, sondern gesellschaftliche Funktionen wahrnehmen und im Interesse ihrer Kunden tätig werden“.<sup>91</sup> Sie könnten nicht mehr als „Träger materiell öffentlicher Verwaltung“ angesehen werden.<sup>92</sup>
- von Mutius nimmt eine partielle Grundrechtsfähigkeit an, insoweit Sparkassen „Rechtssubjektivität in grundrechtsgeschützten Bereichen“ besitzen

84 Rupp – von Brünneck S. 369 f.

85 BVerfG, B. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63 –, BVerfGE 31, 362 (373); U. v. 27.7.1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 –, BVerfGE 31, 314 (321 f.); B. v. 9.4.1975 – 2 BvR 879/73 –, BVerfGE 39, 302 (312 f.); B. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73 und 226/74 –, BVerfGE 45, 63 (78).

86 BVerfG, U. v. 27.7.1971 – 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 –, BVerfGE 31, 314 (322).

87 BVerfG, B. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63 –, BVerfGE 21, 362(373); B. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73 und 226/74 –, BVerfGE 45, 63 (79).

88 Abel S. 129.

89 Stern/Burmeister S. 238.

90 Ulsamer S. 216.

91 Gebel S. 135.

92 Gebel S. 134.

- und sich in einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ befinden. Ausgeschlossen sei die Grundrechtsfähigkeit gegenüber der Staatsaufsicht und dem Gewährträger.<sup>93</sup>
- Dreier sieht die Sparkassen von seinem systemtheoretischen Ansatz her als Teil des Sozialsystems „Wirtschaft als Trägersystem des Kommunikationsmediums Geld“ und will die Sparkassen an der Schutzwirkung der Art. 12 und 14 GG als „spezifischer Schutz Einrichtung dieses Systems“ teilhaben lassen.<sup>94</sup>
- Nach Dürig scheidet die Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Sparkassen im Ergebnis aus. Die Interessenverbindung zum Individuum sei heute so lose, daß man nicht mehr davon sprechen könne, hinter der Sparkasse stünden primär die Individualinteressen der Sparer.<sup>95</sup>
- Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den sog. Auskiesungsurteilen des Bundesgerichtshofs<sup>96</sup> hat die Diskussion um die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts einen neuen Anstoß erfahren. Hoffnung auf eine abschließende Klärung oder auch nur die Herausbildung einer überwiegenden Meinung scheint indessen noch nicht begründet.<sup>97</sup>
- Der keineswegs vollständige Überblick über den Meinungsstand zeigt, daß eine Klärung der Frage nach der Grundrechtsfähigkeit der kommunalen Sparkassen nicht nur eine überzeugende Position zum Gesamtproblem der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts verlangen würde, sondern auch eine fundierte Bewertung der Aufgaben und Tätigkeit der kommunalen Sparkassen. Ein Urteil darüber, ob die Sparkassen materiell-öffentliche Aufgaben erfüllen und damit der Verwaltung zuzurechnen sind, implizieren nämlich auch die Auffassungen von Dreier und von Mutius, wenn sie die Sparkassen dem Sozialsystem Wirtschaft (und nicht Politik) zuordnen oder eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“ konstatieren, die bei Annahme einer unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienender Verwaltungstätigkeit nicht zu begründen ist. Daß z. B. § 3 SpkG den Sparkassen einen öffentlichen Auftrag auferlegt, ist nicht allein deshalb unmaßgeblich, weil auch die realen Gegebenheiten heranzuziehen sind<sup>98</sup>, sondern auch, weil der Landesgesetzgeber nicht konstitutiv über die Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes entscheiden kann. Zur Bildung eines sicheren Urteils in diesem Punkt reicht eine Aufarbeitung des vorhandenen Schrift-

93 von Mutius, in: Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung zu Art. 19 Abs. 3 Rnr. 138.

94 Dreier S. 100 f.

95 Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 19 Abs. III Rnr. 49.

96 B. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73 und 226/74 –, BVerfGE 45, 63.

97 Vgl. die divergierenden Positionen von Scholler/Broß, DÖV 1978, 238 ff. und Starck, JuS 1977, 732 ff.

98 Gebel S. 124.

tums und die Einbringung von Erfahrungswissen nicht aus, wie konträre und jeweils plausibel begründete Ergebnisse<sup>99</sup> belegen. Es erscheint vielmehr eine gründliche Realanalyse unter Verwendung sozial-, verwaltungs- und wirtschaftswissenschaftlicher Methoden unerlässlich. Eine solche Untersuchung kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Für die weitere Untersuchung empfiehlt sich ein pragmatisches Vorgehen. Ohne sich diese Position zu eigen zu machen, wird deshalb der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts und des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes zugrunde gelegt: das Sparkassengesetz geht in § 3 davon aus, daß die Sparkassen öffentliche Aufgaben wahrnehmen, womit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Grundrechtssubjektivität ausgeschlossen ist.

Damit ist auch das Grundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG auf die Sparkassen nicht anwendbar. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scheidet das Gleichheitsgebot der Verfassung damit als Prüfungsmaßstab jedoch nicht aus. Vielmehr gilt der allgemeine Gleichheitssatz als selbstverständlicher, ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Rechtsbereichen, auch innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaues.<sup>100</sup>

## 6. Die verfassungsrechtliche Prüfung der Regelung des KWG

Entsprechend den unter Ziff. 5 gewonnenen Ergebnissen beschränkt sich die folgende Prüfung auf die Heranziehung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Ziff. 6.1) und die der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Ziff. 6.2).

### 6.1 Prüfung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes

Die folgende Prüfung untersucht, nachdem kurz der Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes (Ziff. 6.1.1) und die Kontrolldichte bei seiner Anwendung (Ziff. 6.1.2) dargestellt wurden, ob ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt (Ziff. 6.1.3). Dabei wird untersucht, ob es im Verhältnis zu den Einzelbankiers und den Banken mit persönlich-haftenden Gesellschaftern (Ziff. 6.1.3.1) und im Verhältnis zu den Kreditgenossenschaften (Ziff. 6.1.3.2) Gründe gibt, die eine Ungleichbehandlung der kommunalen Spar-

kassen rechtfertigen. Unter Ziff. 6.1.4 wird das Ergebnis der Prüfung festgehalten.

#### 6.1.1 Der Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes

Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes setzt mindestens zwei Sachverhalte voraus, die verglichen werden können. Zwei (oder mehrere) Sachverhalte stimmen niemals in allen Merkmalen überein, sonst läge Identität vor, und die Möglichkeit, einen Vergleich anzustellen, scheidet aus.<sup>101</sup> Der Gleichheitssatz erlaubt eine unterschiedliche Behandlung zweier (oder mehrerer) Sachverhalte nur, wenn sie sachlich begründet ist<sup>102</sup>, oder – anders ausgedrückt – wenn die bestehenden Unterschiede zwischen den Sachverhalten im konkreten Zusammenhang wesentlich sind.<sup>103</sup>

#### 6.1.2 Die Kontrolldichte bei der Gleichheitsprüfung

Die Entscheidung, ob eine Ungleichbehandlung sachlich begründet ist bzw. die bestehenden Unterschiede wesentlich sind, enthält eine Wertung.<sup>104</sup> Sie ist – abgesehen von ganz eindeutigen Fällen – nicht im Wege einer rationalen Ableitung zu treffen.<sup>105</sup> Damit stellt sich auch für die Rechtskontrolle durch Anwendung des Gleichheitssatzes die Frage nach der Kontrolldichte<sup>106</sup>, also nach der Intensität der Anwendung und Handhabung des Kontrollmaßstabes.<sup>107</sup> Das Bundesverfassungsgericht überprüft gesetzgeberische Entscheidungen nur darauf, ob sie „willkürlich“ sind. Willkür liegt vor, wenn sich „ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund“ nicht finden läßt.<sup>108</sup> „Vernünftig“ ist ein Grund, wenn er konsensfähig ist<sup>109</sup>: „Vernünftige Argumente haben die Chance, jenseits der privaten Absichten, Interessen und Vorurteile auf Einsicht zu treffen und akzeptiert zu werden.“<sup>110</sup>

In der Vergangenheit hat das Bundesverfassungsgericht gelegentlich

101 Gubelt, in: v. Münch, GG-Kommentar, Art. 3 Rnr. 13; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 3 Rnr. 3.

102 Podlech S. 87; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 3 Rnr. 13.

103 BVerfG, U. v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 –, BVerfGE 1, 14 (52); ständige Rechtsprechung, vgl. etwa B. v. 17.1.1978 – 1 BvL 13/76 –, BVerfGE 47, 109 (124); s. auch Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 3 Rnr. 332.

104 Podlech S. 79; Rupp, H. H. S. 371.

105 Böckenförde S. 79.

106 Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Rnr. 294.

107 Definition nach Hoppe, Planung und Pläne S. 707.

108 BVerfG, U. v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 –, BVerfGE 1, 14 (52); ständige Rechtsprechung, vgl. etwa B. v. 17.1.1978 – 1 BvL 13/76 –, BVerfGE 47, 109 (124) m.w.N.; Rupp, H. H. S. 371.

109 Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Rnr. 339.

110 Esser zit. nach Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Rnr. 339 Fußn. 1.

99 Vgl. Stern/Burmeister S. 69 ff., die die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bejahen und Gehel S. 123 ff., der sie verneint.

100 BVerfG, B. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63 – BVerfGE 21, 362 (372); B. v. 21.5.1968 – 2 BvL 2/61 –, BVerfGE 23, 353 (373 f.); B. v. 4.2.1969 – 2 BvL 20/63 –, BVerfGE 25, 198 (205); B. v. 24.6.1969 – 2 BvR 446/64 –, BVerfGE 26, 229 (244); B. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 und 14/72 –, BVerfGE 35, 263 (271 f.); diese Judikatur wird auch von den Vertretern einer sehr restriktiven Auffassung zu Art. 19 Abs. 3 GG gebilligt. Vgl.: Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 III Rnr. 55; Starck, JuS 1977, 735.

gemeint, dem Gesetzgeber in bestimmten Fällen eine besonders weite Gestaltungsfreiheit einräumen zu müssen, etwa bei der Regelung der Kriegs- und Kriegsfolgelasten<sup>111</sup>, bei „technischen Sachverhalten“<sup>112</sup> oder bei gewählender Staatstätigkeit.<sup>113</sup> Bei der Überprüfung des § 10 KWG im Hinblick auf die Verankerung eines Eigenkapitalzuschlags für die kommunalen Sparkassen liegt ein solcher Fall nicht vor; insbesondere handelt es sich auch nicht um „wirtschaftslenkende Maßnahmen innerhalb einer Marktordnung“<sup>114</sup>, sondern um eine auf Abwehr von Gefahren für die Einleger und die Volkswirtschaft<sup>115</sup> angelegte Norm.

### 6.1.3 Anwendung auf die Eigenkapitalregelung des § 10 KWG für die kommunalen Sparkassen

Die Regelung des § 10 KWG verstößt also gegen den allgemeinen Gleichheitssatz und ist damit verfassungswidrig, wenn sich ein vernünftiger Grund dafür nicht finden läßt, daß bei den Privatbankiers und Banken mit persönlich-haftenden Gesellschaftern und bei den Kreditgenossenschaften eine über das im Betrieb befindliche Kapital hinausgehende Haftung durch einen Zuschlag berücksichtigt wird, bei den kommunalen Sparkassen aber nicht.<sup>116</sup>

#### 6.1.3.1 Das Vorliegen von Gründen für die Ungleichbehandlung gegenüber Einzelbankiers und Banken mit persönlich-haftenden Gesellschaftern

Die persönlich-haftenden Gesellschafter von Banken in der Form der OHG, KG und KGaA haften primär für die im Bankgeschäft entstandenen Verbindlichkeiten.<sup>117</sup> Primäre Haftung bedeutet, daß die Gläubiger nicht erst versuchen müssen, sich aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen, oder auch nur die Gesellschaft mahnen müssen.<sup>118</sup> Wie der Einzelbankier ist der persönlich-haftende Gesellschafter einer Bank damit dem sofortigen Zugriff der Bankgläubiger ausgesetzt.

Demgegenüber können die Sparkassengläubiger den Gewährträger erst in

Anspruch nehmen, „soweit sie aus dem Vermögen der Sparkasse nicht befriedigt werden“.<sup>119</sup> Der kommunale Gewährträger haftet also nur subsidiär.<sup>120</sup>

Für den Gläubiger bedeutet die primäre Haftung die Möglichkeit leichteren Zugriffs auf den Haftungsträger. Die in der Haftung liegende Sicherheit ist für die Gläubiger des Kreditinstituts damit schneller und einfacher zu realisieren.

Die primäre Haftung rechtfertigt eine gegenüber der Sparkasse mit nur subsidiärer Haftung unterschiedliche Behandlung der Einzelbankiers und der Kreditinstitute mit persönlich-haftenden Gesellschaftern.

#### 6.1.3.2 Das Vorliegen von Gründen für die Ungleichbehandlung gegenüber den Kreditgenossenschaften

Im folgenden sollen die in der bisherigen Diskussion für die Berechtigung der jetzigen Regelung angeführten Gesichtspunkte geprüft werden. Dabei folgt die Darstellung der Reihenfolge der Argumente unter Ziff. 3.<sup>121</sup>

##### a) Fehlende Finanzierungsfunktion der kommunalen Haftung

Die Stellungnahme der F.D.P.-Fraktionsvorsitzenden-Konferenz lehnt die Einführung eines Eigenkapitalzuschlags für die kommunalen Sparkassen ab, weil die kommunale Haftung im Hinblick auf die Finanzierungsfunktion<sup>122</sup> kein Ersatz für fehlendes Eigenkapital sei.

Zur Begründung einer Ungleichbehandlung der Sparkassen gegenüber den Kreditgenossenschaften ist dieses Argument nicht geeignet, denn die Haftung der Genossenschaftsmitglieder erfüllt diese Funktion ebensowenig.

##### b) Wettbewerbsbegünstigung der Sparkassen durch Haftungszuschlag

Verschiedentlich ist als Rechtfertigung für die Nichtberücksichtigung der kommunalen Haftung im Rahmen der Eigenkapitalvorschriften angeführt worden, die Einführung des Eigenkapitalzuschlags verbessere die Wettbewerbsstellung der kommunalen Sparkassen.

In der Tat würde der Haftungszuschlag den Sparkassen eine Geschäftsausweitung erlauben und ihre Wettbewerbsstellung durch Erweiterung der Grenzen für die geschäftliche Expansion verbessern. Ebenso richtig ist aber der Hinweis, die bisherige Nichtberücksichtigung stelle einen Wettbewerbsnachteil für die Sparkassen dar.<sup>123</sup>

Diese Ambivalenz zeigt einen methodischen Fehler auf: die Wettbewerbsstellung der Sparkassen ist unmittelbar mit der Ungleichbehandlung durch § 10 KWG verknüpft. Daß eine Ungleichbehandlung bestimmte notwendige

111 BVerfG, B. v. 13.1.1976 – 1 BvR 631/69 u. 24/70 –, BVerfGE 41, 126 (175).

112 BVerfG, B. v. 13.11.1974 – 1 BvL 27/73 –, BVerfGE 38, 225 (229).

113 kritisch dazu *Rupp, H. H.* S. 372 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

114 BVerfG, U. v. 27.1.1965 – 1 BvR 213, 715/58 u. 66/60 –, BVerfGE 18, 315 (331).

115 s. o. Erster Teil Ziff. 4.7.

116 In der Sache entspricht die folgende Prüfung damit dem von *Podlech* S. 96 vorgeschlagenen Schema (positiv dazu: *Otte*, *Der Staat* 1973, 366 und *Starck*, DVBl. 1973, 708 f.), ohne jedoch seine Terminologie zu übernehmen.

117 Für die oHG: § 128 HGB; für die KG §§ 161 Abs. 2, 128 HGB; für die KGaA § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB; vgl. dazu *Hueck/Hueck* S. 240.

118 *Westermann*, Rnr. 361.

119 § 5 S. 2 2. HS SpkG.

120 *Heinevetter* § 5 Rnr. 1.

121 Auf eine erneute Anführung der unter Ziff. 3 gebrachten Belege wird verzichtet.

122 s. o. Erster Teil Ziff. 4.3.

123 Vgl. die Nachw. in FN 53 und *Holdijk* S. 197 ff.

Folgen hat, vermag sie indessen nicht zu begründen. Vielmehr bedarf der Eintritt der notwendigen Folge der Ungleichbehandlung einer Rechtfertigung; andernfalls wird die Ungleichbehandlung mit sich selbst gerechtfertigt.<sup>124</sup> Im vorliegenden Fall müßten also Gründe für die Beibehaltung der jetzigen Wettbewerbssituation angeführt werden. Daß die Gleichbehandlung von Sparkassen und Kreditgenossenschaften Folgen für den Wettbewerb hätte, kann die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.<sup>124</sup>

c) Das Fehlen der „gesellschaftsrechtlichen Besonderheit“

Die Wettbewerbsenquete zieht zur Begründung für die Nichtberücksichtigung der kommunalen Haftung heran, daß „die gesellschaftsrechtliche Besonderheit, die zur Anerkennung eines ‚Haftsummenzuschlags‘ bei Kreditgenossenschaften geführt“ hat, bei den Sparkassen nicht bestehe. Die Genossenschaft trage, obwohl juristische Person, weitgehend personenrechtliche Züge. Ihre spezifische Zielsetzung der Förderung von Erwerb und Wirtschaft ihrer Mitglieder komme nicht zuletzt darin zum Ausdruck, daß die Genossen mit Rücksicht auf ihre beschränkte Leistungsfähigkeit nur ein geringes Eigenkapital aufbringen müssen, andererseits aber zur Stärkung des Kredits den Gläubigern durch entsprechende Gestaltung der Nachschußpflicht zusätzlich Sicherheit geben.<sup>125</sup>

Es mag richtig sein, daß die Kreditgenossenschaften gegenüber den Sparkassen die von der Enquete angeführten Besonderheiten aufweisen. Angesichts des unter Ziff. 6.1.1 erwähnten Umstandes, daß sich zwei Sachverhalte notwendigerweise immer unterscheiden, vermag die Tatsache, daß Unterschiede vorliegen, allein eine Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.<sup>126</sup> Das wird besonders deutlich, wenn man sich klar macht, daß andernfalls die umgekehrte Regelung – Eigenkapitalzuschlag bei den Sparkassen, nicht jedoch bei den Kreditgenossenschaften – nach dem gleichen Muster begründet werden könnte: Bei den Sparkassen liegen kommunalrechtliche Besonderheiten vor. Sie haben den Charakter kommunaler Anstalten. Ihre spezifische Zielsetzung der kreditwirtschaftlichen Versorgung der Bevölkerung ihres Gewährträgergebietes und ihres Gewährträgers kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, daß der Gewährträger mit Rücksicht auf den stets bestehenden Finanzbedarf für andere Aufgaben kein Eigenkapital aufbringen muß, andererseits aber zur Stärkung des Kredits den Gläubigern durch die Gewährträgerhaftung zusätzliche Sicherheit gibt. –

Es soll jedoch geprüft werden, ob – wie bei den Einzelbankiers und persönlich-haftenden Gesellschaftern – die rechtliche Ausgestaltung der Haftung

bei den Kreditgenossenschaften eine Ungleichbehandlung gegenüber den Sparkassen rechtfertigt.

Die Haftung der Genossen ist in §§ 23, 105 GenG geregelt. Danach sind die Genossen verpflichtet, Nachschüsse zur Konkursmasse zu leisten, soweit die Konkursgläubiger wegen ihrer Forderungen aus dem Vermögen der Genossenschaft nicht befriedigt werden können. Es handelt sich um einen mit Konkursöffnung entstehenden Anspruch der Genossenschaft gegen ihre Mitglieder.<sup>127</sup> Die Nachschußpflicht ist also wie die Gewährträgerhaftung subsidiär. Im Unterschied zur unmittelbaren Gewährträgerhaftung ist sie aber mittelbar<sup>128</sup>, d. h. die Gläubiger können sich nicht selbst an den Haftungsträger halten, sondern die Genossenschaft hat Ansprüche, die der Konkursverwalter geltend macht. Damit ist die Gläubigerstellung bei der Genossenschaft schwächer als bei den Sparkassen, weil der Einzelgläubiger nicht selbst jederzeit Befriedigung verlangen kann, sondern die Durchführung des Konkurses abwarten muß. Eine Rechtfertigung für die rechtliche Ungleichbehandlung der Sparkassen gegenüber den Kreditgenossenschaften kann aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Haftung jedenfalls nicht hergeleitet werden.

d) Das Quantifizierungsargument

Daß die Quantifizierung der Gewährträgerhaftung, d. h. die für die Festlegung eines Eigenkapitalzuschlags notwendige betragsmäßige Erfassung schwierig ist, hängt damit zusammen, daß sie prinzipiell unbegrenzt besteht. Das Problem besteht jedoch ebenso bei den Genossenschaften mit unbegrenzter Nachschußpflicht und könnte z. B. wie bei diesen durch eine Anlehnung an das im übrigen vorhandene Eigenkapital gelöst werden.<sup>129</sup> Die unterschiedliche Behandlung der kommunalen Sparkassen gegenüber den Kreditgenossenschaften läßt sich mit den Schwierigkeiten der Quantifizierung nicht begründen.<sup>130</sup>

e) Das Entstehen des Eindrucks, die Haftung sei begrenzt

Vereinzelt kann sicherlich der Eindruck entstehen, der Gesetzgeber sehe die Gewährträgerhaftung nur in der durch Eigenkapitalzuschlag berücksichtigten Höhe als wirksam an. In der Regel wird jedoch derjenige, dem diese Einzelheiten des Kreditwirtschaftsrechtes bekannt sind, auch zutreffend über

124 Vgl. die Ausführungen von *Podlech* S. 158 zu BVerfGE 5, 22 (23).

125 Wettbewerbsenquete S. 69.

126 s. *Podlech* S. 52.

127 *Lang/Weidmüller* § 105 Rnr. 4; *Paulick* S. 342; *Velten* S. 47 ff.; *Antoine* S. 21.

128 Zum Begriff: *Westermann* Rnr. 361.

129 Der Eigenkapitalzuschlag beträgt gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Zuschlagsverordnung (v. 6.12.1963, BGBl. I S. 871) das Doppelte des Gesamtbetrages der Geschäftsanteile.

130 Wie hier *Kurze* S. 176.

den Unterschied zwischen der unbegrenzten Höhe der Haftung und ihrer begrenzten Anerkennung unterrichtet sein.<sup>131</sup>

Die Frage braucht jedoch nicht weiterverfolgt zu werden, weil auch dieser Gesichtspunkt in gleicher Weise für die Genossenschaften mit unbegrenzter Nachschußpflicht gilt und dementsprechend zur Begründung der Ungleichbehandlung nicht geeignet ist.

#### f) Die Risikobelastung der öffentlichen Hand

Die Sorge, der öffentlichen Hand könnten sonst noch mehr Risiken zugeschoben werden, wird als Begründung für die Nichtberücksichtigung der öffentlichen Haftung angegeben.

Der Eigenkapitalzuschlag erweitert die Möglichkeiten der Vergrößerung des Geschäftsvolumens. Das Anwachsen des Geschäftsvolumens bleibt nicht ohne Auswirkungen auf das Risiko. Einerseits kann in der Tat der einzelne Ausfall größer sein, andererseits wird das Risiko breiter gestreut, der einzelne Verlust kann leichter aufgefangen werden. Es erhöhen sich auch die Überschüsse aus dem Betrieb, womit eine Risikovorsorge erleichtert wird.<sup>132</sup>

Der gleiche Effekt wird jedoch bei Kreditgenossenschaften durch den Haftsummenzuschlag erreicht. Als Grund für eine differenzierte Behandlung kann das Anwachsen des Risikos für die Sparkassen also nicht herangezogen werden.

Die öffentliche Trägerschaft für sich allein und der Schutz des Trägers vor Risiken kann im Rahmen des KWG schon deshalb nicht als ausreichender Grund für eine Ungleichbehandlung angesehen werden, weil das Gesetz im volkswirtschaftlichen Interesse dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Kreditapparates und dem Schutz der Gläubiger von Kreditinstituten, jedoch nicht dem der Träger von Kreditinstituten dient.

#### g) Fehlende Verpflichtung zur Rücklagenbildung für die Kommune

Der Hinweis auf die fehlende Verpflichtung der Kommunen zur Rücklagenbildung für mögliche Haftungsfälle vermag eine Begründung für die Ungleichbehandlung gegenüber den Genossenschaftsbanken schon deshalb nicht

zu liefern, weil für die nachschußpflichtigen Genossenschaftsmitglieder die Verpflichtung zur Bildung einer solchen Rücklage ebenfalls nicht besteht.

Darüber hinaus wird gelegentlich unterschwellig die Ansicht geäußert, die kommunale Haftung sei im Ernstfall nicht realisierbar.<sup>133</sup> Abgesehen davon, daß ein Fall, in dem eine Kommune ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, nicht nachweisbar ist, und abgesehen davon, daß das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, wie die fehlende Anrechnung von Kommunkrediten im Grundsatz I belegt, die Kommunen für absolut sichere Schuldner hält<sup>134</sup>, ist die Bonität einer Kommune sicherlich nicht geringer als die der Mitglieder einer Kreditgenossenschaft anzusetzen.

#### 6.1.4 Zwischenergebnis

Die Ungleichbehandlung der Sparkassen gegenüber den Kreditgenossenschaften im Hinblick auf die Berücksichtigung der bestehenden Haftung im Rahmen der Eigenkapitalvorschriften ist sachlich nicht begründet und verstößt damit gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Das bedeutet indessen nicht, daß der Gesetzgeber verpflichtet wäre, einen Eigenkapitalzuschlag für die kommunalen Sparkassen einzuführen. Der Gleichheitssatz enthält nämlich „nur ein Relationsurteil über das Verhältnis verschiedener Gegenstände zueinander, nicht aber . . . darüber . . ., welcher Gegenstand an welchem anderen Gegenstand anzugleichen sei“.<sup>135</sup>

Die Ungleichbehandlung kann also auch durch die Abschaffung des Haftsummenzuschlags bei den Genossenschaften beseitigt werden.

#### 6.2 Prüfung anhand der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung

Für eine Prüfung der Eigenkapitalvorschriften des KWG an der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist eine Bestimmung des Inhalts der Selbstverwaltungsgarantie erforderlich (Ziff. 6.2.1). Dabei wird nach Darstellung der klassischen Interpretation (Ziff. 6.2.1.1) und einem knappen Überblick über die jüngere Entwicklung der Selbstverwaltung (Ziff. 6.2.1.2) und die juristischen Reaktionen auf diese Entwicklung (Ziff. 6.2.1.3) in Auseinandersetzung mit zwei Versuchen der umfassenderen Neubestimmung der Selbstverwaltungsgarantie (Ziff. 6.2.1.4 und 6.2.1.5) eine eigene Stellungnahme versucht (Ziff. 6.2.1.6). Auf dieser Grundlage erfolgt dann die eigentliche Prüfung (Ziff. 6.2.2). Unter Ziff. 6.2.3 wird das Ergebnis dieser Prüfung festgehalten.

133 s. etwa den Aufsatz „Liebesgrüße vom Rathaus“ von *Herlt* in *Die Zeit* v. 5.11.1976, Der Untertitel lautet: „Die Helaba bringt es an den Tag: Im Ernstfall kneifen die Kommunen“.

134 *Kurze* S. 174.

135 *Rupp*, H. H. S. 366.

131 Ein allzu großer Optimismus scheint in diesem Punkt aber verfehlt, wenn man in einer wissenschaftlichen Arbeit zu diesem Problembereich folgende Sätze findet: „Während bisher die Haftung der Gemeinden bzw. Länder im Insolvenzfall einer Sparkasse praktisch unbegrenzt ist, folgt aus dem Charakter der Haftsumme als *Zuschlag*, daß sie in einem bestimmten Verhältnis zum Eigenkapital stehen muß, d. h. die Obergrenze für die Ermittlung des Zuschlages ist in jedem Fall das vorhandene Kapital selbst. Damit aber wäre die Haftung der Gewährträger, wie sie bisher besteht, ganz erheblich eingeschränkt, im Extremfall einer gegen Null tendierenden Eigenkapitalquote sogar gänzlich aufgehoben.“ (*Grunwald/Jokl* S. 166, Hervorhebung im Original).

132 s. dazu *Mülhaupt*, Einführung S. 136.

## 6.2.1 Der Inhalt der Selbstverwaltungsgarantie

### 6.2.1.1 Die klassische Interpretation des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

Nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG muß den Gemeinden „das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“

Diese Vorschrift enthält:

- eine institutionelle Rechtssubjektgarantie der Gemeinden,
- eine objektive Rechtsinstitutionsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung,
- eine subjektive Rechtsstellungsgarantie der Gemeinden bei Angriffen auf Rechtssubjekts- und Rechtsinstitutionsgarantie.<sup>136</sup>

Die bis vor wenigen Jahren absolut herrschende Meinung entnahm der objektiven Rechtsinstitutionsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung die Gewährleistung eines grundsätzlich alle örtlichen Angelegenheiten umfassenden Aufgabenbereichs und die Befugnis zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich.<sup>137</sup> Diese Garantie sei indessen nicht absolut, sondern der gesetzlichen Einwirkung zugänglich. Ihre Grenze fänden diese Einwirkungen am Kernbereich<sup>138</sup> oder Wesensgehalt der Selbstverwaltungsgarantie, der gegen jede gesetzliche Schmälerung gesichert sei.<sup>139</sup> Über die Methoden zur Abgrenzung dieses Kernbereichs gehen die Ansichten auseinander, jedoch ohne daß die Ergebnisse entsprechend divergieren würden.<sup>140</sup>

### 6.2.1.2 Die neuere Entwicklung der Selbstverwaltung

In den letzten Jahren wird ein fortschreitender Erosionsprozeß der kommunalen Selbstverwaltung festgestellt.<sup>141</sup> Dabei wird vor allem auf folgende Erscheinungen hingewiesen:

- Der Staat schafft gesetzliche Regelungen für immer größere Bereiche der

136 *Stern*, in: Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung), Art. 28 Rnr. 66.

137 BVerfG, B. v. 24.6.1969 – 2 BvR 446/64 –, BVerfGE 26, 228 (237 f.); B. v. 21.5.1968 – 2 BvL 2/61 –, BVerfGE 23, 353 (365); B. v. 17.1.1967 – 2 BvL 28/63 –, BVerfGE 21, 117 (128); s. etwa auch v. *Mangoldt/Klein*, Art. 28 Anm. IV; *Hamann/Lenz*, Art. 28 Anm. B 5 – B 7; *Gönnenwein* S. 27 ff.; *Hesse* S. 189 f.; aus der Rechtsprechung des BVerwG, U. v. 22.11.1957 – VII C 69.57 –, BVerwGE 6, 19 (22 ff.).

138 BVerfG, U. v. 20.3.1952 – 1 BvR 267/51 –, BVerfGE 1, 167 (175); U. v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 –, BVerfGE 9, 268 (290).

139 BVerfG, U. v. 18.7.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62 –, BVerfGE 22, 180 (205); Urt. v. 10.12.1974 – 2 BvK 1/73; 2 BvR 902/73 –, BVerfGE 38, 258 ff.

140 s. dazu den Überblick bei *Salzwedel* S. 91 ff.

141 Vgl. dazu etwa *Blümel*, VVDStRL 36, 186 ff.; *Scheuner*, ArchKommWiss 1973, 1 ff.; *Stüer*, Funktionalreform S. 238 ff.; *Hoppe*, Staats- und Kommunalverwaltung 1968, 173.

gemeindlichen Tätigkeit. Beispielhaft seien hier für Nordrhein-Westfalen das Kindergartengesetz<sup>142</sup>, das Weiterbildungsgesetz<sup>143</sup> und das Krankenhausgesetz<sup>144</sup> genannt.

- Zahl und Intensität der Vorgaben durch übergeordnete staatliche Planungen nehmen zu. So bestehen etwa landesplanungsrechtlich Anpassungspflichtigen und Planungsgebote.<sup>145</sup>
- Die Gemeinde verliert zunehmend die Dispositionsfreiheit über ihre Finanzen. Hier sei nur an die Abschaffung der Lohnsummensteuer und die Einbindung der Gemeinden in die staatliche Konjunkturpolitik durch das Stabilitätsgesetz<sup>146</sup> erinnert.
- Zahlreiche Aufgaben werden von den Gemeinden auf andere Träger verlagert. So liegt die Energieversorgung heute praktisch in den Händen der privaten Energieversorgungsunternehmen<sup>147</sup>, und die Abfallbeseitigung wurde zur Aufgabe der Kreise erklärt.<sup>148</sup>

Die Ursachen dieser Entwicklung sind vielfältig. Sie reichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den „besonderen Gewaltverhältnissen“<sup>149</sup> und der Forderung nach gesetzlicher Regelung auch der Leistungsverwaltung<sup>150</sup> als (Mit-)Ursachen der Vergesetzlichung bis zu den gestiegenen Anforderungen an den Umweltschutz als einer Begründung für die Heraufzuzonung der Abfallbeseitigung.

### 6.2.1.3 Kompensationsmodell und funktionales Selbstverwaltungsverständnis

Die Wissenschaft hat versucht, auf diesem Hintergrund eine „Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung“<sup>151</sup> vorzunehmen. In zwei Ansätzen wird versucht, diese Neubestimmung auch verfassungsrechtlich abzusichern: dem Kompensationsmodell und dem funktionalen Selbstverwaltungsverständnis.

Das Kompensationsmodell besagt, „daß die auf einzelnen Gebieten unver-

142 vom 21.12.1971 (GV NW S. 534).

143 vom 31.7.1974 (GV NW S. 769).

144 vom 25.2.1975 (GV NW S. 210).

145 Vgl. § 19 des nordrhein-westfälischen Landesplanungsgesetzes i.d.F. der Bekanntmachung vom 3. Juni 1975 (GV NW S. 450, ber. S. 492).

146 Vgl. §§ 16, 19 f. des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.3.1975 (BGBl. I S. 705).

147 *Blümel*, VVDStRL 36, 207.

148 Vgl. die Regelung des § 1 des Abfallgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18.12.1973 (GV NW S. 562).

149 *Stüer*, Funktionalreform S. 242.

150 *Hans Meyer*, VVDStRL 36, 354 f.

151 *Scheuner*, ArchKommWiss 1973, 1.

meidlichen Beschränkungen der gemeindlichen Selbstverwaltung durch entsprechende, nach Art und Intensität unterschiedliche Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte der Gemeinden wieder ausgeglichen werden müssen“.<sup>152</sup> Dem entspricht etwa die Konstruktion der Bezirksplanungsräte im nordrhein-westfälischen Landesplanungsgesetz<sup>153</sup> oder die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Beteiligung der Kommunen an überörtlichen Fachplanungen.<sup>154</sup> – Bedenken ergeben sich in zweierlei Hinsicht: Es erscheint zweifelhaft, ob dieses Modell über die raumbezogene Planung hinaus geeignet ist, der Aushöhlung der Selbstverwaltung Einhalt zu gebieten.<sup>155</sup> Zweitens kann die Forderung nach „Mitwirkung an gemeinderlevanten überörtlichen Angelegenheiten“<sup>156</sup> auf der Grundlage des herkömmlichen Verständnisses aus Art. 28 Abs. 2 GG schon deshalb nicht abgeleitet werden, weil die Gemeinden danach auf örtliche Angelegenheiten beschränkt sind. Konsequenz fordert Roters eine Neufassung der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie.<sup>157</sup>

Nach dem vor allem von Pappermann<sup>158</sup> propagierten funktionalen Selbstverwaltungsverständnis garantiert Art. 28 Abs. 2 GG „eine gemeinsame arbeitsteilige Erfüllung der kommunalen Aufgaben durch die beiden Selbstverwaltungskörperschaften Kreis und Gemeinde“.<sup>159</sup> Die Gemeinden erbringen danach spezifische Teilleistungen in einem kooperativen arbeitsteiligen Verbundsystem.<sup>160</sup> Gegenüber der Aufgabenwahrnehmung des Kreises als Selbstverwaltungskörperschaft könnten sich die Gemeinden nach dieser Auffassung nicht auf ein subjektives Abwehrrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG berufen.<sup>161</sup> – Während diese Auffassung möglicherweise das Verhältnis zwischen Kreisen und kreisangehörigen Gemeinden auf eine – besonders die Kreise – befriedigende Weise klären mag, bleibt das Verhältnis Gemeinden (wozu auch die kreisfreien Städte zählen) und Land/Bund außer Betracht. Das funktionale Selbstverwaltungsverständnis bietet also allenfalls eine Teillösung an. Wegen der „leicht mißglückten Formulierung“<sup>162</sup> des Grundgesetzes, die nämlich

152 *Blümel*, VVDStRL 36, 248.

153 Vgl. § 5 f. des Landesplanungsgesetzes (FN 145).

154 BVerwG, U. v. 14.2.1969 – IV C 82.66 –, BRS 22 Nr. 29; U. v. 14.2.1969 – IV C 215.65 –, BVerwGE 31, 263 (264).

155 *Grawert*, VVDStRL 36, 292.

156 *Blümel*, VVDStRL 36, 247.

157 *Roters*, S. 210.

158 *Pappermann*, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 2 ff.; *Pappermann*, DVBl 1976, 766 ff.

159 *Pappermann*, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 5.

160 *Pappermann*, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 4.

161 *Pappermann*, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 6; *Pappermann*, DVBl 1976i, 767 ff.

162 *Pappermann*, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 3.

zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden erkennbar differenziert, beruht es im übrigen eher auf einer Korrektur als einer Interpretation des Art. 28 Abs. 2 GG.<sup>163</sup>

#### 6.2.1.4 Die „verfassungstheoretische Neukonzeption“ Burmeisters

Das Fehlen einer grundsätzlichen dogmatischen Rückbeziehung der Diskussion um die Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung auf die Verfassungsnorm des Art. 28 Abs. 2 GG bemängelt Burmeister, wobei er einräumt, daß klarsichtige Analysen der politisch-historischen Bezüge der traditionellen Selbstverwaltungstheorie sowie der daraus resultierenden Reibungen vorliegen. Nachdem die Diskussion bislang in Grundsatzertwägungen über die Richtung einer Fortentwicklung der Interpretation des Art. 28 Abs. 2 GG verharret habe, sei eine exakte Absicherung des neuformulierten Selbstverwaltungskonzepts im Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG notwendig.<sup>164</sup>

Die klassische Interpretation beruhe auf zwei Grundthesen: Nach der einen garantiere Art. 28 Abs. 2 GG den Gemeinden einen Bereich alleiniger Verantwortlichkeit, nämlich die örtlichen Angelegenheiten. Mit der faktischen Entörtlichung einer Aufgabe vollziehe sich danach auch ein gemeindlicher Kompetenzausschluß. De facto stelle das so verstandene Selbstverwaltungsrecht keine Garantie, sondern eine Beschränkung des kommunalen Aktionsraums dar.<sup>165</sup>

Nach der anderen sei der gesetzliche Regelungsvorbehalt als Eingriffsermächtigung zu verstehen. Eingriffsermächtigung und Wesensgehaltssperre seien Anleihen aus der Grundrechtsdogmatik. Die Grenze zwischen dem gesetzgeberischer Einwirkung offenen und dem Kernbereich sei nicht bestimmbar.<sup>166</sup>

Dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG, wo von allen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, nicht von allen örtlichen Angelegenheiten der Gemeinschaft die Rede ist, entnimmt Burmeister, „daß den Gemeinden überall dort Wahrnehmungskompetenzen im Sinne von Mitsprache und Mitentscheidungsrechten eingeräumt werden müssen, wo die Erfüllung von Aufgaben mit unmittelbarer Bedeutung für die Belange der örtlichen Gemeinschaft ansieht, ganz gleichgültig, ob diese Aufgaben zugleich von überörtlicher Relevanz sind“. Art. 28 Abs. 2 GG enthalte weder eine Garantie des Verbleibens eines Katalogs von Aufgaben in der kommunalen Alleinständigkeit,

163 Zur Kritik am funktionalen Selbstverwaltungsverständnis vom Standpunkt der herrschenden Meinung vgl. *Ullrich*, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 130 ff.

164 *Burmeister* S. 15 ff.

165 *Burmeister* S. 22 f.

166 *Burmeister* S. 29 ff.

noch eine Begrenzung der gemeindlichen Zuständigkeit auf Aufgaben von alleiniger Relevanz für den lokalen Bereich.<sup>167</sup>

Ebenfalls vom Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG aus interpretiert Burmeister den gesetzlichen Regelungsvorbehalt als rahmenrechtlichen Schrankenvorbehalt. Der Gesetzgeber habe bei der Regelung einer in den gemeindlichen Raum hineinragenden Materie für die Kommunen gewisse Freiräume gestalterischer Beweglichkeit auszusparen, um diesen die Berücksichtigung der spezifisch lokalen Belange bei der Umsetzung von Verwaltungszwecken zu ermöglichen.<sup>168</sup>

Eine Zuweisung von Aufgaben auf nicht gemeindliche Verwaltungsträger unterliegt nach Burmeister einer besonderen Rechtfertigungspflicht; sie ist nur aufgrund zwingender staatlicher Erfordernisse zulässig.<sup>169</sup> Gesetzliche Einwirkungen auf die Art und Weise des Aufgabenvollzugs, worunter Burmeister insbesondere Regelungen der gemeindlichen Organzuständigkeiten, Einrichtungsanordnungen, Bestimmung von Weisungsrechten und Mitwirkungsvorbehalten rechnet, müssen durch übergeordnete staatliche Erfordernisse gerechtfertigt sein und finden ihre Grenze am Übermaßverbot.<sup>170</sup> Von den Verwaltungsaufgaben unterscheidet Burmeister dann „typusbestimmende Merkmale“, wozu er die Organisations-, Finanz-, Personal- und Planungshoheit sowie die Satzungsgewalt rechnet. Es handele sich dabei nicht um im Verhältnis zum Bürger wahrzunehmende Verwaltungsaufgaben, sondern um Kompetenzen, die einer mit eigener politischer Gestaltungsmacht versehenen, im politischen Kräftefeld legitimierten und zur Rechtsetzung berufenen staatlichen Instanz notwendig zukommen.<sup>171</sup>

#### 6.2.1.5 Richters Theorie der „unmittelbaren Verfassungsgarantie“

Unabhängig von Burmeister und etwa gleichzeitig mit ihm hat auch Richter eine Neuinterpretation des Art. 28 Abs. 2 GG versucht. Dabei geht er vom Begriff der Institutionsgarantie aus, wie ihn Carl Schmitt und Friedrich Klein entwickelt haben.<sup>172</sup> Danach kennzeichne es eine Institutionsgarantie, daß sie eine außerhalb der Verfassung stehende Einrichtung in den Schutz der Verfassung einbeziehe.<sup>173</sup> Durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG werde nicht auf eine außerhalb der Verfassung vorgegebene Institution Bezug genommen, sondern die Institution gemeindlicher Selbstverwaltung werde innerhalb der Verfassung geregelt. Es handele sich daher nicht um eine Institutionsgarantie, son-

dem um eine unmittelbare Verfassungsgarantie. Demgegenüber enthalte Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG eine institutionelle Garantie.<sup>174</sup>

Richter faßt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Kompetenznorm auf. Die Vorschrift garantiere der Gemeinde einen „festgefühten Kompetenzblock“ aller örtlichen Angelegenheiten. Örtlich seien die Angelegenheiten, die gebietsbezogen und abhängig vom Rechtssubjekt der Gemeinde entstehen. Aufgaben sind nicht örtlich, wenn sie in gleicher oder ähnlicher Form überall auftauchen, in ihrer Verwirklichung gemeindeunabhängig sind und einer einheitlichen Behandlung bedürfen. Eine gesetzliche Aufgabenzuweisung habe diese verfassungsrechtliche Vorgabe zu beachten und rein deklaratorischen Charakter.<sup>175</sup>

In die Eigenverantwortlichkeit könne durch Gesetz regelnd eingegriffen werden, wenn die Auswirkungen der Aufgabenerfüllung eine überörtliche Betroffenheit auslösen. In der Relation zwischen Eigenverantwortlichkeit und gesetzlicher Regelung sei in einem Optimierungsvorgang anhand der Maßstäbe der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. das Ausmaß der gesetzlichen Regelungsbefugnis zu bestimmen.<sup>176</sup>

#### 6.2.1.6 Kritische Stellungnahme

##### a) Allgemeine Einschätzung

Die von Burmeister vorgenommene Einordnung der Gemeindeverwaltung in die als Einheit zu verstehende Staatsverwaltung<sup>177</sup> und die Abkehr vom Dualismus Staatsverwaltung – kommunale Selbstverwaltung<sup>178</sup> entspricht der Tendenz nach der überwiegenden Auffassung im jüngeren Schrifttum.<sup>179</sup> Sie ist ebenso überzeugend wie die Kritik beider Autoren<sup>180</sup> am herkömmlichen Selbstverwaltungsverständnis. Burmeister beeindruckt besonders durch seine exakte Ableitung aus der Verfassungsnorm des Art. 28 Abs. 2 GG und auch wegen der breiten Anlage, die die Fragen der Gesetzgebungskompetenz und des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes<sup>181</sup> einbezieht. In den Grundzügen ist ihm zuzustimmen.

174 Richter, Verfassungsprobleme S. 85 ff.

175 Richter, Verfassungsprobleme S. 125 ff.

176 Richter, Verfassungsprobleme S. 138 ff.

177 Burmeister S. 97.

178 Burmeister S. 46.

179 Badura S. 931; Grawert, VVDStRL 36, 292 f.; Hoppe/Rengeling S. 109; Stern S. 318; v. Unruh S. 419; Maunz, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 28 Rnr. 50; Scheuner ArchKommWiss 1973, 7.

180 Burmeister S. 20 ff.; Richter, Verfassungsprobleme S. 119; insoweit zustimmend Erbel, Die Verwaltung 1978, 503 und Schulte, DVBl. 1978, 826.

181 Allerdings überzeugt es nicht, wenn Burmeister aus seinem Selbstverwaltungsverständnis den Ausschluß der verfassungsgerichtlichen Anfechtbarkeit von Neugliederungsgesetzen schließen will (S. 188 ff.). Diese These vermag schon deshalb nicht einzuleuchten, weil sich seine Neukonzeption auf die Institutionsgarantie der

167 Burmeister S. 70 f.

168 Burmeister S. 85 f.

169 Burmeister S. 196 f.

170 Burmeister S. 138, 201.

171 Burmeister S. 101 f.

172 Richter, Verfassungsprobleme S. 62 ff.

173 Richter, Verfassungsprobleme S. 70 f.

## b) Institutionsgarantie und unmittelbare Verfassungsgarantie

Richter geht von einem strengen entweder/oder aus, wenn er Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als „unmittelbare Verfassungsgarantie“ und nicht als Institutionsgarantie qualifiziert: Der Grundgesetzgeber übernimmt entweder die vorgefundene Selbstverwaltung (= institutionelle Garantie) oder er regelt sie selbst (= unmittelbare Verfassungsgarantie), „mit der Folge, daß die faktische kommunalrechtliche Entwicklung vom Verfassungstext bestimmt werden muß, nicht aber umgekehrt“.<sup>182</sup> Daß es Zwischenstufen geben kann und gibt, daß etwa die Verfassung Vorgegebenes modifizierend aufnimmt, bleibt schon als Möglichkeit unberücksichtigt. Die Beziehungen zwischen Verfassungstext und Verfassungswirklichkeit sind kaum so schlicht, wie Richter mit seiner Alternative andeutet. Die Auffassung, im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG enthalte S. 2 eine Institutionsgarantie, ist nicht nur schwerlich mit dem Wortlaut zu vereinbaren, sondern wirft auch die Frage auf, warum der Verfassungsgesetzgeber die gemeindliche Selbstverwaltung selbst geregelt, sich hinsichtlich der Selbstverwaltung der Gemeindeverbände aber auf die vorgegebene Institution bezogen haben sollte.

Richtigerweise ist die Feststellung, daß eine Vorschrift eine Institutionsgarantie enthält, der Auslegung nicht vorgegeben, sondern ergibt sich aus dem durch Interpretation ermittelten Sinn der Vorschrift. Richter geht jedoch umgekehrt vor. Deshalb geht auch seine in diesem Punkt an Burmeister geübte Kritik<sup>183</sup> fehl. Beim Verständnis des Art. 28 Abs. 2 GG ist die verfassungsdogmatische Qualifikation Folge, nicht Voraussetzung der Interpretation.

## c) Die gemeindliche Allzuständigkeit

Überzeugend ist die Ablehnung des Örtlichkeitsmerkmals durch Burmeister, daß es nämlich „kein effizienteres Mittel zur Dezimierung des materialen Gehalts und damit zur Degradierung der Selbstverwaltungsverbürgung bis zur Bedeutungslosigkeit gibt“.<sup>184</sup> Seine am Wortlaut orientierte Auffassung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hat inzwischen auch Richter als „entscheidenden Ansatz zur Überwindung der Schwächen der herrschenden Meinung“ bezeichnet.<sup>185</sup>

Selbstverwaltung bezieht (S. 19), während die Angreifbarkeit von Neugliederungsgesetzen nicht aus dieser (Maunz, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 28 Rnr. 46), sondern der Rechtssubjektsgarantie der Gemeinden folgt (Hoppe/Rengeling S. 65 f.; Bischoff S. 12; Stern S. 306 f.).

182 Richter, DVBl. 1978, 784.

183 Richter, DVBl. 1978, 784 f.

184 Burmeister S. 72.

185 Richter, DVBl. 1978, 784 f.

## d) Die Eigenverantwortlichkeit

Wenn man die gemeindliche Selbstverwaltung mit Burmeister als Teil der staatlichen Verwaltung, allerdings als einen bestimmten Typus der Verwaltung ansieht<sup>186</sup>, kann es sich bei dem Regelungsvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nicht um einen Gesetzesvorbehalt, sondern nur um einen rahmenrechtlichen Schrankenvorbehalt gegenüber der grundsätzlichen Organisationsgewalt des Staates handeln.

Einzelne Überlegungen Burmeisters erwecken indessen Bedenken: Die Postulierung von „Kompetenzen, die einer mit eigener politischer Gestaltungsmacht versehenen im politischen Kräftespiel legitimierten und zur Rechtssetzung berufenen staatlichen Instanz notwendig zukommen“, den „typusbestimmenden Merkmalen“, bei denen es sich nicht um im Verhältnis zum Bürger wahrzunehmende Verwaltungsaufgaben handeln soll<sup>187</sup>, vermag nicht recht zu überzeugen.

Angaben dazu, ob und inwieweit gesetzliche Beschränkungen dieser Kompetenzen möglich sein sollen, fehlen. Daß Ingerenzen, etwa durch Beamtengesetze in die Personalhoheit generell ausgeschlossen sein sollen, wird Burmeister schwerlich annehmen wollen. Man wird vielmehr auch in diesem „institutionellen Bereich“ gesetzliche Regelungen zulassen müssen, den Burmeister im Anschluß an Köttgen<sup>188</sup> vom „funktionellen Bereich“ unterscheidet. Für die Zulässigkeit solcher Regelungen spricht neben dem rechtstatsächlichen Befund eines im ganzen wohl unverzichtbaren Bestandes solcher Normen<sup>189</sup> die Unmöglichkeit, den institutionellen Bereich, der sich auf die Erhaltung der Gebietskörperschaft und ihre faktische Leistungsfähigkeit bezieht, exakt vom funktionellen Bereich der übrigen administrativen Aufgaben<sup>190</sup> zu trennen.<sup>191</sup> So hat es etwa die von Burmeister als Beispiel genannte Planungshoheit als Recht der örtlichen Planung<sup>192</sup> durchaus mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben gegenüber dem Bürger zu tun; man denke nur an die Bauleitplanung. Die Unterscheidung zwischen beiden Bereichen ist dennoch fruchtbar, weil die Anforderungen an die Rechtfertigung einer staatlichen Regelung im institutionellen Bereich stärker sind als im funktionellen.<sup>193</sup>

Unklar ist bei Burmeister auch die Grenze zwischen der „reinen Aufgaben-

186 Burmeister S. 94.

187 Burmeister S. 102.

188 Köttgen, Gemeinde S. 49.

189 Das weiß auch Burmeister, wenn er S. 31 f. gerade die Personal-, Finanzhoheit usw. als „die hauptsächlichen Ansatzgebiete stärkerer Integration der Kommunen in das staatliche Verwaltungsgefüge“ bezeichnet.

190 So die Beschreibung der beiden Bereiche bei Niemeier S. 149.

191 Niemeier S. 134 f.

192 Hoppe, in Ernst/Hoppe Rnr. 167.

193 Niemeier S. 135.

zuweisung“, bei der der Gesetzgeber keinen Einschränkungen über die prinzipielle Allzuständigkeit der Gemeinde hinaus unterliegen soll, und der Regelung der Art und Weise der Aufgabenerfüllung, wo der Schrankenvorbehalt eingreift.<sup>194</sup> Dieser Vorbehalt soll sich nämlich auf „Einengungen der kommunalen Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit über das ‚Wie‘ der Verwaltungsumsetzung“<sup>195</sup>, „die Befugnis der Gemeinden mit Rücksicht auf die Belange der örtlichen Gemeinschaft über die Modalitäten der Verwaltungsumsetzung prinzipiell selbst und frei von staatlicher Vormundschaft zu entscheiden“<sup>196</sup> beziehen.

Abgesehen davon, daß bei der Abgrenzung von Aufgabenzuweisung, besonders hinsichtlich des Umfangs der Aufgaben und damit des „Was“ der Verwaltungsumsetzung, und der Regelung des „Wie“ der Aufgabenerfüllung Schwierigkeiten auftreten, bleibt so der Schutz der gemeindlichen Gestaltungsfreiheit Stückwerk: der praktische Erfolg eines Weisungsrechts etwa, das Burmeister zu den unter den Schrankenvorbehalt fallenden Regelungen zählt<sup>197</sup>, kann weitgehend durch eine starke Durchnormierung des jeweiligen Aufgabenfeldes erreicht werden<sup>198</sup>; Gesetz und fachaufsichtliche Weisung o. ä. sind insofern weitgehend gleichgewichtige Formen heteronomer Determination.<sup>199</sup> Deshalb muß auch die Bestimmung der Aufgaben unter den Schrankenvorbehalt gestellt werden, auch hier muß die Zurückhaltung des Gesetzgebers um so größer sein, je stärker der örtliche Bezug ist. Bei der zum funktionellen Bereich gehörenden Aufgabenzuweisung sind die Einschränkungen der gesetzgeberischen Regelungsbefugnisse jedoch tendenziell geringer als bei der dem institutionellen Bereich stärker verbundenen Regelung der Verwaltungsumsetzung.

#### e) Zusammenfassung

Während bei der Regelung von Zuständigkeiten für die Erfüllung von Aufgaben (Aufgabenzuständigkeitsregelungen) Ausnahmen von der prinzipiellen Allzuständigkeit der Gemeinden nur bei Vorliegen zwingender staatlicher Erfordernisse zulässig sind, gilt also für gesetzliche Regelungen der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinden z. B. nach Ausmaß, Ziel, Verfahren usw. (Aufgabenerfüllungsregelung): Maßstab für ihre Zulässigkeit ist das Übermaßver-

194 Burmeister S. 201.

195 Burmeister S. 107.

195 Burmeister S. 94.

197 Burmeister S. 201 f.

198 Vgl. Scheuner, ArchKommWiss 1973, 8: „Längst hat sich das Schwergewicht des staatlichen Einflusses auf die Gemeinden von der formellen Ausübung einer Aufsicht in die immer eingehender ausgestaltete gesetzliche Regelung des gemeindlichen Aufgabenkreises . . . verlagert.“

199 Zum Begriff Stier, DVBl. 1974, 316 f.

bot. Die Anforderungen an die Rechtfertigung sind um so strenger, je größer die Ortsbezogenheit einer Aufgabe und je stärker sie dem institutionellen Bereich und nicht dem funktionellen Bereich zuzuordnen ist (Anforderungsfaktoren).

#### 6.2.2 Anwendung der Selbstverwaltungsgarantie auf die Eigenkapitalregelung des KWG

Entsprechend den Überlegungen zum Inhalt des Art. 28 Abs. 2 GG wird im folgenden die Eigenkapitalregelung des KWG dahin charakterisiert, ob es sich um eine Aufgabenzuständigkeitsregelung oder eine Aufgabenerfüllungsregelung handelt (Ziff. 6.2.2.1). Dann wird der Grad der Verwirklichung der Anforderungsfaktoren (Ziff. 6.2.2.2) und damit die Höhe der Anforderungen an die Rechtfertigung bei der Prüfung anhand des Übermaßverbotes (Ziff. 6.2.2.3) festgestellt.

##### 6.2.2.1 Die Eigenkapitalregelung als Aufgabenerfüllungsregelung

###### a) Die Eigenkapitalregelung als Regelung der Aufgabenerfüllung der Sparkasse

Die Untersuchung befaßt sich mit der Frage, ob die Nichtberücksichtigung der kommunalen Haftung in § 10 Abs. 2 Nr. 4 KWG, wonach bei den Sparkassen nur die Rücklagen als haftendes Eigenkapital anzusehen sind, mit dem Verfassungsrecht in Übereinstimmung steht. Nach der Gesetzestheorie des KWG<sup>200</sup> ergänzt § 10 Abs. 2 KWG durch die Definition des haftenden Eigenkapitals die Vorschriften der §§ 10 Abs. 1, 12, 13 KWG. Die materiell nach außen gegenüber den Kreditinstituten wirkenden Regelungen sind also nicht in § 10 Abs. 2 KWG, sondern den genannten Vorschriften enthalten. Damit können genaugenommen auch nur diese Regelungen das Selbstverwaltungsrecht verletzen. Ihre Regelungsintensität ist aber davon abhängig, wie der Begriff des haftenden Eigenkapitals bestimmt wird.<sup>201</sup> Die Fragestellung der Arbeit bezieht sich darauf, ob insoweit ein Verfassungsverstoß besteht.

Wenn im folgenden von der Eigenkapitalregelung des KWG die Rede ist, muß man sich also bewußt bleiben, daß damit die Vorschriften der §§ 10, 12 und 13 KWG insoweit gemeint sind, als ihre Regelungsintensität aufgrund der Nichtberücksichtigung der kommunalen Haftung stärker ist.

Daß es sich bei der so verstandenen Eigenkapitalregelung des KWG um Regelungen der Aufgabenerfüllung der Sparkassen handelt, bedarf keiner Begründung; begrenzen diese Vorschriften doch den Handlungsraum der Sparkassengeschäftspolitik. Um die Regelung der Erfüllung kommunaler Aufgaben

200 Vgl. oben Ziff. 2.1 und Erster Teil Ziff. 4.7.

201 s. dazu oben Erster Teil Ziff. 4.7.

handelt es sich indessen nur, wenn die Tätigkeit der Sparkassen kommunale Verwaltungstätigkeit ist.

#### b) Die Sparkassentätigkeit als kommunale Verwaltungstätigkeit

Ob die Sparkassen im Bereich der Verwaltungstätigkeit der sie tragenden Gemeinde und Gemeindeverbände tätig werden, kann zweifelhaft sein, weil es sich um rechtsfähige Anstalten und damit selbständige Rechtspersönlichkeiten handelt.

Auf der Grundlage der h. M. zum Verständnis des Art. 28 Abs. 2 GG wurde – soweit ersichtlich unbestritten – die Auffassung vertreten, die kreditwirtschaftliche Betätigung der Kommunen durch ihre Sparkassen gehöre zum Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie.<sup>202</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung zu Art. 28 Abs. 2 GG steht im Vordergrund, daß die Sparkassen öffentliche Aufgaben wahrnehmen<sup>203</sup>, die unmittelbar dem Bürger gegenüber ausgeübt werden. Die Zuständigkeit für die Wahrnehmung dieser Aufgaben dürfte demnach nur bei Vorliegen zwingender Gründe entzogen werden. Das ist allerdings auch nicht geschehen. Die rechtliche Verselbständigung verliert nämlich angesichts der zahlreichen sachlichen und organisatorischen Verknüpfungen soweit an Gewicht, daß die Sparkassentätigkeit als kommunale Verwaltungstätigkeit anzusehen ist:

- Die Sparkassen dürfen Zweigstellen nur im Gebiet ihres Gewährträgers errichten (§ 1 Abs. 2 S. 1 SpkG).
- Den Sparkassen obliegt insbesondere die kreditwirtschaftliche Versorgung der Bevölkerung in diesem Gebiet und ihres Gewährträgers (§ 3 Abs. 1 SpkG).
- Die Vertretung des Gewährträgers beschließt über die Satzung (§ 4 Abs. 2) ebenso wie über die Entlastung der Organe (§ 26 Abs. 3 S. 2 SpkG) und die Verwendung des freien Teils des Jahresüberschusses (§ 27 Abs. 2 und 5 SpkG); sie wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates und genehmigt die Bestellung der Vorstandsmitglieder (§ 6 Abs. 2 c SpkG).
- Die Kommune haftet unbegrenzt für die Verbindlichkeiten der Sparkasse (§ 5 SpkG).
- Der Hauptverwaltungsbeamte des Gewährträgers nimmt an den Sitzungen des Verwaltungsrates teil (§ 9 Abs. 4 SpkG), auch wenn er ihm nicht selbst angehört. Er sitzt dem Kreditausschuß vor (§ 15 Abs. 2 SpkG).

<sup>202</sup> *Stern/Burmeister* S. 94 und *Stern/Nierhaus* S. 22 ff. jeweils m.w.N. sowie OVG Lüneburg, U. v. 6.1.1970 – II OVG A 122.68 –, Sparkasse 1970, 157 (159); vgl. auch BVerwG, B. v. 28.12.1971 – I CB 16.66 –, Sparkasse 1972, 116.

<sup>203</sup> § 3 SpkG. Im Gegensatz zu oben Ziff. 5 reicht es für die Anwendung des Art. 28 Abs. 2 GG aus, daß der Landesgesetzgeber die Wahrnehmung von Aufgaben vorgesehen hat. Ob es sich auch materiell um „öffentliche“ handelt, ist nicht von Interesse.

- Wie gegenüber den Beschlüssen der Vertretung der Kommune ist der Hauptverwaltungsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Beschlüsse zu beanstanden (§ 14 SpkG).

Die Aufzählung könnte noch erweitert werden. Nach dem Gesamteindruck des Verhältnisses Sparkasse – Kommune kann man die rechtliche Verselbständigung der Sparkasse nicht als Aufgabenzuständigkeitsregelung ansehen; die zur Erleichterung im Rechtsverkehr und zur Verhinderung einer Heranziehung des Sparkassenvermögens für Verbindlichkeiten der Kommune erfolgte Verleihung der Rechtssubjektivität<sup>204</sup> an die Sparkassen erscheint vielmehr als eine Regelung über die Aufgabenerfüllung.

Sparkassentätigkeit ist demnach kommunale Verwaltungstätigkeit. Regelungen der Sparkassentätigkeit wie die Eigenkapitalregelung des KWG sind Aufgabenerfüllungsregelungen gegenüber den Kommunen.

#### 6.2.2.2 Die Verwirklichung der Anforderungsfaktoren

##### a) Die Ortsrelevanz

Unter dem Stichwort „Ortsrelevanz“ soll angesprochen werden, wieweit eine Regelung die Berücksichtigung spezifischer örtlicher Besonderheiten bei der Aufgabenerfüllung beeinträchtigt. Der eigenverantwortliche Gestaltungsraum der Gemeinden soll in Bereichen, wo die Berücksichtigung spezifischer kommunaler Gegebenheiten ansteht, stärker ausgeprägt sein als in Bereichen, bei denen der örtliche Bezug der Aufgabenerfüllung zurücktritt. Die beiden Enden der Skala Ortsrelevanz können vielleicht durch die Pflege des örtlichen Brauchtums einerseits und das Meldewesen andererseits, oder – um wichtigere Bereiche zu nennen – durch Bebauungsplanung und Gesundheitsverwaltung gekennzeichnet werden. Das letztgenannte Beispiel zeigt, daß bei wichtigeren Bereichen die Zuordnung von den Enden mehr zur Mitte des Spektrums tendiert.

Bei der Feststellung der Ortsrelevanz der Sparkassentätigkeit ist in Ansatz zu bringen, daß die kreditwirtschaftliche Angebotspalette heute nicht nur innerhalb des Sparkassensektors, sondern aufgrund des bestehenden Wettbewerbs auch darüber hinaus große Ähnlichkeiten aufweist und weitgehend identisch ist. Auch Unterschiede im Zins- und Preisniveau sind nicht sehr stark ausgeprägt.

Dagegen ist die Ausnutzung des kreditwirtschaftlichen Angebots der Sparkasse durchaus örtlich geprägt: je nach Bevölkerungs- und Wirtschaftsstruktur ist der Anteil des Wechselgeschäfts oder des Personalkredits, des Hypothekenkredits oder des Girogeschäfts unterschiedlich. Hier muß sich die Sparkasse

<sup>204</sup> s. oben Zweiter Teil Ziff. 2.2.1.

wie andere Kreditinstitute geschäftspolitisch den örtlichen Gegebenheiten anpassen.

Örtlich geprägt sind auch die kreditwirtschaftlichen Anforderungen des Gewährträgers. Je nach Situation der Kommune wird die Ausnutzung des Dienstleistungsangebots der Sparkasse oder die Inanspruchnahme von Kommunalkrediten verschieden sein.

Während die Eigenkapitalregelung im letztgenannten Bereich nur von geringem Einfluß ist, kann die Anpassung der Sparkasse an die örtliche Nachfragestruktur von Bevölkerung und Wirtschaft durch die Regelungen der §§ 10 i.V.m. Grundsatz I sowie 13 KWG beeinträchtigt werden. Die Eigenkapitalregelung des KWG besitzt also in einigen Bereichen eine begrenzte Ortsrelevanz.

#### b) Die Bereichszuordnung

Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Regelung sind grundsätzlich im institutionellen Bereich höher als im funktionellen Bereich der Aufgabenerfüllung. Zum institutionellen Bereich gehört dabei alles, was die Fähigkeit der Kommune zur Aufgabenerfüllung ausmacht. Es sind dies die Bereiche Personal, Finanzen, Organisation, bauliche und technische Ausstattung, Aufgabenplanung usw..

Die Sparkassentätigkeit ist keinem der beiden Bereiche eindeutig zuzuordnen.

Legt man die Aufgabenregelung des § 3 SpkG zugrunde, sind die kreditwirtschaftliche Versorgung der Bevölkerung, einschließlich der Förderung des Sparsinns und der Vermögensbildung eindeutig dem funktionalen Bereich zuzurechnen.

Die kreditwirtschaftliche Versorgung des Gewährträgers, also insbesondere die Gewährung von Kommunalkrediten und die Gewährung von Dienstleistungen in der Hausbankfunktion gehört zum institutionellen Bereich. Hierhin gehört aber auch die gesamte Tätigkeit der Sparkassen, die der Schaffung der Voraussetzungen für die Aktivität im funktionellen Bereich dient. Mit der Hereinnahme von Einlagen etwa fördert die Sparkasse ja nicht nur die Vermögensbildung, sondern ermöglicht zugleich die Kreditausstattung des Mittelstandes. Umgekehrt erlaubt nur die Vergabe von Krediten eine Verzinsung von Spareinlagen und damit die Förderung des Sparsinnes.

Die Sparkassen werden also teils im funktionellen, teils im institutionellen Bereich tätig.

Was die Tätigkeit im institutionellen Bereich betrifft, wirkt die Eigenkapitalregelung auch auf die Tätigkeiten zur Schaffung von Voraussetzungen für Aktivitäten im funktionellen Bereich. Sie ist aber vor allem in zwei Punkten von Bedeutung:

– In § 13 KWG wird auch die Vergabe von Großkrediten an Kommunen erfaßt.

– § 12 KWG bindet – systemwidrig –<sup>205</sup> bestimmte mindestens z. T. zum institutionellen Bereich gehörende Anlagen (Grundstücke, Gebäude usw.) an das haftende Eigenkapital.

Schwerpunktmäßig wirkt die Eigenkapitalregelung dagegen im funktionellen Bereich der Kreditvergabe an nichtkommunale Kunden.

#### 6.2.2.3 Die Prüfung der Eigenkapitalregelung anhand des Übermaßverbots

Die Prüfung, ob der Schrankenvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 GG beachtet ist, wird unter Heranziehung des Übermaßverbots vorgenommen. Nur wenn der vom Gesetzgeber gefundene Ausgleich zwischen seinen Regelungsinteressen und der durch Art. 28 Abs. 2 GG verbürgten Gestaltungsfreiheit dieses Gebot beachtet, ist die Eigenkapitalregelung mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.

– Vor der eigentlichen Prüfung soll kurz ein Überblick über den Inhalt des Übermaßverbots gegeben werden.

##### a) Der Inhalt des Übermaßverbots

Das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Übermaßverbot verlangt, daß unter mehreren Handlungsmöglichkeiten diejenige gewählt wird,

- die geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen (Geeignetheit),
- die die schonendste im gleichen Umfang geeignete ist (Erforderlichkeit),
- die nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg steht, insbesondere nicht mehr Schaden als Nutzen stiftet (Verhältnismäßigkeit).<sup>206</sup>

##### b) Die Einhaltung des Übermaßverbots

Gegenstand der folgenden Prüfung ist die Eigenkapitalregelung für die kommunalen Sparkassen. Gesichtspunkte, die sich daraus ergeben, daß bei den Kreditgenossenschaften die Haftung der Genossen berücksichtigt wird, bleiben außer Betracht. Sie wurden bei der Gleichheitsprüfung herangezogen. Ziele des KWG sind

- die Wahrung der Funktionsfähigkeit des Kreditapparates und
- der Schutz der Gläubiger der Kreditinstitute vor Verlusten.<sup>207</sup>

Eine der Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels ist die Gewährleistung einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung und der ständigen Liquidität der Kreditinstitute. Die Eignung zur Erreichung der Ziele des Gesetzes wird man der Eigenkapitalregelung nicht absprechen können.

Eher erscheint fraglich, ob der Gesetzgeber das schonendste Mittel gewählt

<sup>205</sup> s. o. Ziff. 2.2.2.

<sup>206</sup> Wolff/Bachof I, § 30 II b 1; Stern S. 674; Erichsen/Martens, in: Erichsen/Martens, AllgVerwR S. 163.

<sup>207</sup> s. o. Erster Teil Ziff. 4.7

hat. Bei Einbeziehung eines Haftungszuschlags würden die Vorschriften des KWG die Sparkassen entsprechend geringer belasten, als dies nach der gegenwärtigen Regelung der Fall ist. Allerdings ist die einem möglichen Haftungszuschlag zugrunde liegende Gewährträgerhaftung kein vollwertiger Ersatz für im Betrieb befindliches Kapital. Sie erfüllt weder die Finanzierungsfunktion<sup>208</sup> noch ist sie zum intertemporären Verlustausgleich<sup>209</sup> geeignet. Die Schutzfunktion des echten Eigenkapitals bei den Sparkassen geht ihr ab, zugleich werden die Risiken für den Gewährträger erhöht. Eine Eigenkapitalregelung unter Einbeziehung eines Gewährträgerhaftungszuschlags ist deshalb nicht in gleicher Weise zur Erreichung der Ziele des Gesetzes geeignet wie die geltende Regelung. Der Schutz der Einlagen ist zwar bei den Sparkassen in jedem Fall gewährleistet. Aber mit der Gefahr, daß die Gewährträgerhaftung praktisch wird, wächst auch das Risiko, daß Sparkassen aufgelöst werden; nicht in jedem Fall wird nämlich eine Kommune zusätzlich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung aus der Gewährträgerhaftung noch die Mittel aufbringen können oder wollen, die zur Fortsetzung des Betriebes erforderlich sind. Die Einstellung von Sparkassen mit ihren möglichen psychologischen Auswirkungen könnte aber, wie die Einstellung anderer Kreditinstitute auch, die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates tangieren.

Die Restriktionen für die kommunale Gestaltungsfreiheit durch die Eigenkapitalregelung dürfen nicht außer Verhältnis zu dem Nutzen für die Erreichung der Gesetzesziele stehen. Weil die Eigenkapitalregelung eine deutliche, aber nicht zu stark ausgeprägte Ortsrelevanz besitzt, und zwar nicht ohne Auswirkungen auf den institutionellen Bereich ist, ihren Schwerpunkt aber im funktionellen Bereich hat, sind die dabei zu stellenden Anforderungen nicht allzu hoch.

Die angeführten Gesichtspunkte, die im Hinblick auf die Ziele des Gesetzes für die Nichtberücksichtigung der kommunalen Haftung sprechen, wird man unter diesen Umständen als ausreichende Rechtfertigung für die gegenwärtige Regelung ansehen müssen. Die nicht sehr bedeutende Schmälerung des kommunalen Handlungsraumes durch die Eigenkapitalregelung muß im Interesse der Abwehr von Gefahren für die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates mit seiner zentralen Bedeutung in der modernen, hocharbeitsteiligen Industriegesellschaft hingenommen werden.

### 6.2.3 Zwischenergebnis

Die Eigenkapitalregelung des KWG verstößt nicht gegen die in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.

208 s. o. Erster Teil Ziff. 4.3.

209 s. oben Erster Teil Ziff. 4.8.1.

## 7. Ergebnis des Dritten Teils

Der Gesetzgeber muß die Sparkassen und die Genossenschaftsbanken bei der Berücksichtigung der bestehenden Haftung gleichbehandeln. Er ist indes nicht verpflichtet, die Ungleichbehandlung durch die Einführung eines Haftungszuschlags für die Sparkasse zu beseitigen, sondern kann auch den Haftsummenzuschlag für die Kreditgenossenschaften abschaffen.

## Zusammenfassung

### Erster Teil

1. Die Sparkassen sind aufgrund gestiegener Inflationsraten, des Abbaus von Steuervorteilen, der Ausdehnung ihrer Geschäfte und aufgrund der Belastungen für die Sanierung der Hessischen Landesbank bei ihrer Eigenkapitalausstattung vor Probleme gestellt. Mit den rechtlichen Aspekten der Diskussion über die Lösung dieser Probleme befaßt sich die Arbeit (Ziff. 1).
2. Eigenkapital ist die Differenz zwischen Vermögen und Schulden eines Unternehmens. Haftendes Eigenkapital ist ein in § 10 Abs. 2 KWG genau definierter Begriff des Rechts der Kreditaufsicht (Ziff. 2).
3. Eigenkapital kann durch Zuführung von Mitteln durch den Eigentümer und die Rückbehaltung von Gewinnen aufgebracht werden. Die Sparkassen bringen ihr Eigenkapital ausschließlich durch Rückbehaltung von Gewinnen auf (Ziff. 3).
4. Dem Eigenkapital kommen bei den Sparkassen folgende Funktionen zu:
  - Finanzierungsfunktion: Es finanziert langfristige, schwer liquidierbare Anlagen.
  - Funktion des intertemporären Verlustausgleichs: Es ermöglicht, nach außen eine kontinuierliche Geschäftsentwicklung erkennen zu lassen.
  - Begrenzungsfunktion: Als Anknüpfungsgröße für geschäftsbeschränkende Vorschriften des KWG bremst das Eigenkapital die Geschäftsausweitung.
  - Schutzfunktion: Es schirmt den kommunalen Gewährträger vor einer Inanspruchnahme ab.
  - Entlastungsfunktion: Das Eigenkapital entlastet betriebswirtschaftlich gesehen die Sparkasse.

Die zuletzt genannten beiden Funktionen kommen nur dem Eigenkapital der Sparkassen zu. Die Eigenkapitalprobleme der Sparkassen resultieren aus der Begrenzungsfunktion (Ziff. 4).

5. Von den Lösungen, die für die Eigenkapitalprobleme diskutiert werden, sind nur zwei sparkassenspezifisch. Der Gesetzgeber könnte durch eine Änderung des KWG eine Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung bei der Berechnung des haftenden Eigenkapitals vorsehen. Als zweite Lösung könnten die Kommunen aufgrund einer möglicherweise bestehenden Verpflichtung, wie sie unter der Bezeichnung Anstaltslast zum Teil angenommen wird, den Sparkassen Eigenmittel zuführen (Ziff. 5).
6. Die Arbeit untersucht im Zweiten Teil, ob diese als Anstaltslast bezeichnete Verpflichtung der kommunalen Gewährträger besteht, und im dritten Teil, ob der Gesetzgeber zur Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung im KWG verpflichtet ist (Ziff. 6).

### Zweiter Teil

1. Unter Anstaltslast wird im Schrifttum die Verpflichtung des Gewährträgers verstanden, die Sparkasse während ihres Bestehens zur Erfüllung ihrer Aufgaben instand zu halten und eine etwaige Unterbilanz auszugleichen (Ziff. 1.1).
2. Im Gegensatz dazu verpflichtet die Gewährträgerhaftung die Kommune, gegenüber den Gläubigern der Sparkasse – also im Außenverhältnis – für die Verbindlichkeiten der Sparkasse einzustehen (Ziff. 1.2).
3. Zum Teil wird vertreten, die Anstaltslast könne aus Rechtsgründen nicht abgeschafft werden. Über den genauen Inhalt der Anstaltslast besteht in einigen Fragen Unsicherheit (Ziff. 1.3 und 1.4).
4. Das unter Geltung des preußischen Sparkassenreglements von 1838 ergangene Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 4. Juni 1897 wurde zum Ausgangspunkt der Anstaltslast. Es erging im Streit zwischen mehreren an einer Sparkasse beteiligten westfälischen Ämtern über den Maßstab, nach dem die Mittel zur Deckung eines Verlustes der Sparkasse aufzubringen waren. Als Vorfrage hatte das Gericht zu entscheiden, ob diese Verpflichtung eine „gesetzliche“ war. Obwohl das Sparkassenreglement zu dieser Frage keine ausdrückliche Regelung enthielt, entnahm das Gericht dem Reglement die Pflicht der Kommune, „die Sparkasse, solange sie besteht, durch die Gewährung der erforderlichen Mittel instand zu setzen, ihren Verpflichtungen gerecht zu werden und den Geschäftsverkehr fortzusetzen“ und „Unterbilanzen durch Zuschuß der erforderlichen Mittel aus Kommunalfonds“ auszugleichen (Ziff. 2.1).
5. Die im Gefolge der Weltwirtschaftskrise vor allem in Deutschland eingetretene Bankenkrise hatte auch die Sparkassen nicht verschont. Um aufgetretene Meinungsverschiedenheiten „über die Pflichtstellung der Gewährverbände von Sparkassen, die mit Verlust abschließen“, zu beseitigen, erging

- am 2. Oktober 1937 ein gemeinsamer Runderlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern und des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers. Der Runderlaß nimmt auf das Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1897 Bezug und statuiert eine „jeder Gemeinde obliegende Pflicht, eine – wenn auch freiwillig errichtete – Anstalt, solange sie betrieben wird, zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Anstaltszweckes instand zu halten“. Dabei handele es sich um eine „kommunalrechtliche Obliegenheit“ (Ziff. 2.2).
6. Wesentlich mitgeprägt wurde das Bild der Anstaltslast, wie es sich heute darstellt, durch die Wettbewerbsenquete der Bundesregierung aus dem Jahre 1968. Die Anstaltslast gehört nach der Auffassung der Verfasser der Enquete zum Wesen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, weshalb ihre „isolierte Abschaffung“ unmöglich sei (Ziff. 2.3).
  7. In jüngster Zeit ist die Anstaltslast herangezogen worden, um die Sanierung der Hessischen Landesbank juristisch abzusichern und um Ansprüche auf die Übertragung von Sparkassenzweigen nach der kommunalen Gebietsreform zu begründen (Ziff. 2.4.).
  8. Für eine Geltung der Anstaltslast bei rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts allgemein gibt es im außersparkassenrechtlichen Schrifttum keinen Anhaltspunkt. Die Anstaltslast ergibt sich nicht aus der Tatsache der Gründung der Anstalt. Daraus, daß die Anstalt Aufgaben ihres Trägers erfüllt, können sich entsprechende Pflichten nur ergeben, wenn es sich um Pflichtaufgaben handelt (Ziff. 3.1).
  9. Die Anstaltslast kann bei den kommunalen Sparkassen weder auf Gesetz noch auf Verbandsrecht gestützt werden (Ziff. 3.2.1 und 3.2.2).
  10. Auf Verfassungsrecht könnte sie gestützt werden, wenn die kreditwirtschaftliche Betätigung durch eigene Sparkassen den Gemeinden durch das Sozialstaatsgebot aufgegeben wäre. Es ist äußerst fraglich, ob dem Sozialstaatsgebot eine Garantie der kreditwirtschaftlichen Versorgung entnommen werden kann. Jedenfalls muß die öffentliche Hand die Kreditversorgung nicht selbst übernehmen und ist, wenn sie sich kreditwirtschaftlich betätigt, frei in der Wahl der Rechtsform. Auch auf die Verfassung kann die Anstaltslast nicht gestützt werden (Ziff. 3.2.3).
  11. Im Schrifttum ist angenommen worden, die Anstaltslast gelte gewohnheitsrechtlich. Da die gesetzliche Regelung der Anstaltslast in die Zuständigkeit des Landes fallen würde, müßte sich für Nordrhein-Westfalen die Bildung eines entsprechenden Gewohnheitsrechtes feststellen lassen, und zwar wegen der Kodifikationswirkung des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes seit dem 1. April 1958. Anhaltspunkte dafür fehlen. Als nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht wäre die Anstaltslast auch nicht geeignet, in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie regelnd einzugreifen (Ziff. 3.2.4).

12. Eine Begründung der Anstaltslast im Wege einer Analogie zu aktienrechtlichen Vorschriften über die faktisch abhängige Gesellschaft scheitert am Fehlen einer Regelungslücke und eines entsprechenden Beherrschungsverhältnisses (Ziff. 3.2.5).
13. Eine Rechtspflicht, wie sie unter der Bezeichnung Anstaltslast im sparkassenrechtlichen Schrifttum angenommen wird, besteht nicht.

### Dritter Teil

1. Gemäß § 10 Abs. 4 S. 2 KWG kann nachgewiesenes freies Vermögen eines Privatbankiers oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Bank auf Antrag in einem vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen zu bestimmenden Umfang als haftendes Eigenkapital anerkannt werden. Bei eingetragenen Genossenschaften sind nach § 10 Abs. 2 Nr. 3 KWG die Geschäftsguthaben und die Rücklagen als haftendes Eigenkapital anzurechnen. Der Haftsummenverpflichtung der Genossen wird durch einen Zuschlag Rechnung getragen (Ziff. 2.2).
2. § 11 Abs. 5 KWG 1934 ermächtigte das Aufsichtsamt zu Bestimmungen, inwieweit bei Kreditinstituten des öffentlichen Rechts die Gewährträgerhaftung an die Stelle des haftenden Eigenkapitals treten könne. Von der Ermächtigung wurde kein Gebrauch gemacht. Ohne nähere Begründung wurde diese Bestimmung nicht in das KWG 1961 aufgenommen (Ziff. 2.3).
3. Die geltende Fassung des KWG erlaubt keine Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung im Verwaltungswege (Ziff. 2.4).
4. Die Diskussion um die Einführung eines Eigenkapitalzuschlags für die kommunalen Sparkassen wird kontrovers geführt. Während das Schrifttum geteilter Auffassung ist, tritt der Deutsche Sparkassen- und Giroverband für die Einführung eines Zuschlags ein. Ein Papier der F.D.P.-Fraktionsvorsitzenden-Konferenz lehnt einen solchen Zuschlag dagegen ab. Gegen einen Zuschlag hat sich auch die Wettbewerbsenquete ausgesprochen (Ziff. 3).
5. Die bindende Wirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Juli 1962, mit dem die Verfassungsmäßigkeit des KWG festgestellt wurde, erstreckt sich nur auf die vom Gericht untersuchten Punkte und damit nicht auf die Regelung über das haftende Eigenkapital (Ziff. 4).
6. Ohne sich diese Position zu eigen zu machen, wird für die folgende Untersuchung im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts und des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes zugrunde gelegt. Danach kommt den Sparkassen keine Grundrechtssubjektivität zu (Ziff. 5).
7. Bei der Prüfung, ob durch die Ungleichbehandlung der Sparkassen einer-

- seits, der Privatbankiers und der Kreditgenossenschaften andererseits der allgemeine Gleichheitssatz verletzt wird, soll darauf abgestellt werden, ob ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt (Ziff. 6.1.1 und 6.1.2).
8. Im Verhältnis zu den Privatbankiers ist die Ungleichbehandlung wegen ihrer primären Haftung im Gegensatz zur subsidiären Gewährträgerhaftung gerechtfertigt (Ziff. 6.1.3.1).
  9. Im Verhältnis zu den Kreditgenossenschaften ist die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt. Der Gesetzgeber kann diesen Verfassungsverstoß sowohl durch Einführung eines Eigenkapitalzuschlags bei den Sparkassen, als auch durch die Abschaffung des Haftsummenzuschlags bei den Kreditgenossenschaften beseitigen (Ziff. 6.1.3.2 und 6.1.4).
  10. Der Prüfung der Eigenkapitalregelung des KWG an der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG wird folgende Auslegung dieser Vorschrift zugrunde gelegt: Bei Aufgabenzuständigkeitsregelungen sind Ausnahmen von der generellen Zuständigkeit der Gemeinden für alle Aufgaben mit unmittelbarer Bedeutung für die örtliche Gemeinschaft nur bei Vorliegen zwingender staatlicher Erfordernisse zulässig. Aufgabenerfüllungsregelungen sind am Übermaßverbot auf ihre Zulässigkeit zu prüfen. Je stärker eine Aufgabe ortsbezogen und dem institutionellen, nicht dem funktionellen Bereich zuzurechnen ist, desto strenger sind die Anforderungen an die Rechtfertigung der Regelungen (Ziff. 6.2.1).
  11. Die Eigenkapitalregelung stellt eine Aufgabenerfüllungsregelung dar (Ziff. 6.2.2.1).
  12. Die Eigenkapitalregelung des KWG besitzt begrenzte Ortsrelevanz. Sie wirkt schwerpunktmäßig im funktionellen Bereich (Ziff. 6.2.2.2).
  13. Die Gewährträgerhaftung ist kein vollwertiger Ersatz für im Betrieb befindliches Kapital. Im Hinblick auf die Gefahr der Einstellung von Sparkassen und die daraus erwachsenden Gefahren für die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates mit seiner Bedeutung für die Volkswirtschaft, verstößt die Eigenkapitalregelung des KWG nicht gegen Art. 28 Abs. 2 GG (Ziff. 6.2.2.3).
  14. Der Gesetzgeber muß Sparkassen und Kreditgenossenschaften im Rahmen der Eigenkapitalvorschriften gleichbehandeln. Er ist jedoch nicht verpflichtet, einen Eigenkapitalzuschlag zur Berücksichtigung der Gewährträgerhaftung einzuführen (Ziff. 7).

## Literaturverzeichnis

- Abel, Waldemar*: Grundrechtsschutz für kommunale Sparkassen. Diss. Münster 1972.
- Abicht, Günther*: Der Aufgabenkreis der Sparkassenaufsichtsbehörden in Preußen. Die verwaltungsrechtlichen Grundlagen, die Grenzen, Diss. Breslau 1937.
- Achterberg, Norbert*: Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen, in: Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, München 1977, S. 1 ff.
- Ahlers, Hans-Dieter*: Die Anstaltslast bei den Gewährträgern von Sparkassen, ZGKW 1974, 57 ff.
- Ammermann, Franz*: Zweifelsfragen aus dem neuen preußischen Sparkassenrecht, JW 1932, 3230 f.
- Antoine, Kurt*: Die genossenschaftliche Haftpflicht, Heidelberg 1967, Heft 4 der Genossenschaftlichen Schriftenreihe.
- Assmann, Klaus*: Die Eigenkapitalbildung bei Sparkassen, Kommunalwirtschaft 1976, 369 ff.
- Badura, Peter*: Entwicklungsplanung und gemeindliche Selbstverwaltung, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974, S. 911 ff.
- Bähre, Inge Lore/Manfred Schneider*: KWG-Kommentar, 2. Aufl., München 1976.
- Beck, Heinz*: Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, Loseblatt, Mainz/Wiesbaden, Stand Mai 1976.
- Berkenhoff, H. A.*: Der öffentliche Auftrag der Sparkassen und die stille Deckung von Verlusten, Städte- und Gemeindebund 1975, 63 ff.
- Bilke*: Zur Haftungsverpflichtung der Gemeinden für die Sparkassen. Deutsche Verwaltung 1937, 359 ff.
- Bischoff, Diether*: Kommunale Neugliederung und Selbstverwaltungsgarantie, Siegburg 1972.
- Blümel, Willi*: Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart. VVDStRL 36, 171 ff.
- Böckenförde, Werner*: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Diss. Münster, Berlin 1957.
- (Bonner Kommentar): Bonner Kommentar (Kommentar zum Bonner Grundgesetz) Loseblatt, Hamburg, Stand April 1978.
- Born, Karl Erich*: Die deutsche Bankenkrise 1931, München 1967.
- Brinkmann*: Die Bedeutung des Eigenkapitals von Kreditinstituten für die Kreditgewährung, DB 1976, 877 ff.
- Brox, Hans*: Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger, Tübingen 1974, S. 809 ff.
- Büschen, Hans E.*: Bankbetriebslehre, Wiesbaden 1972.
- Burmeister, Joachim*: Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977.
- Clausen, Harald*: Der Einfluß der Gemeinde auf die kommunale Sparkasse, Berlin 1964.
- Deppe, Hans-Dieter*: Betriebswirtschaftliche Grundlagen der Geldwirtschaft, Bd. 1, Stuttgart 1973.

- Deutsche Bundesbank: Die Neufassung der „Grundsätze über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute“ gemäß §§ 10 und 11 des Gesetzes über das Kreditwesen, Monatsberichte der Deutschen Bundesbank 1969, Nr. 3 S. 37 ff.
- Deutsche Bundesbank: Regelungen für die Bemessung von Rediskont-Kontingenten, Monatsberichte der Deutschen Bundesbank 1975, Nr. 4 S. 21 ff.
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband: Die Sparkassen im Wettbewerb, Sparkasse 1965, 19 ff.
- (Die Erfüllung der kommunalen Sparkassenhaftung): Die Erfüllung der kommunalen Sparkassenhaftung, Deutsche Sparkassen-Zeitung vom 14. 10. 1937.
- (Die Helaba beginnt sich freizuschwimmen): Die Helaba beginnt sich freizuschwimmen, FAZ vom 18. 5. 1977.
- Dorsel, Willy Erich*: Sparkasse und Gewährverband in Preußen, Diss. Köln, Emsdetten 1934.
- Dreier, Ralf*: Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin, Berlin 1973, S. 81 ff.
- Duhmer, Wilhelm*: Die Selbstverwaltung der öffentlich-rechtlichen Sparkassen in Preußen, Berlin 1935.
- (Eigenkapitalausstattung der Sparkassen): Eigenkapitalausstattung der Sparkassen, der Landkreis 1977, 460.
- (Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen): Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, Die demokratische Gemeinde 1977, 122.
- Emmerich, Volker/Jürgen Sonnenschein*: Konzernrecht, 2. Auflage, München 1977.
- Endemann, Wolfgang*: Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 21 ff.
- Enneccerus, Ludwig/Hans-Carl Nipperdey*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Erbel, Günter*: Die verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, Die Verwaltung 1978, 499 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe/Wolfgang Martens* (Hgb.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Berlin 1979.
- Erman*: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, Münster 1975.
- Ernst, Werner/Werner Hoppe*: Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Rauplanungsrecht, München 1978.
- (Es begann am 7. Januar 1829 mit Sparkasse und Pfandleihanstalt): Es begann am 7. Januar 1829 mit Sparkasse und Pfandleihanstalt, Westfälische Nachrichten v. 31.8. 1977.
- Esser, Josef*: Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95 ff.
- F.D.P.-Fraktionsvorsitzenden-Konferenz: „Private Beteiligung an öffentlich-rechtlichen Sparkassen“, Stellungnahme der 58. Fraktionsvorsitzenden-Konferenz, Hamburg, v. 11. 1. 1977, maschinenschriftlich.
- Fenge, Harald*: Die Privilegierung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute im Vermögensanlagerecht der Sozialversicherung, BB 1969, 1399 ff.
- Fischer, Otfried*: Verluste und Bilanzpraktiken der Hessischen Landesbank, Österreichisches Bank-Archiv 1975, 56 ff.
- Fischer, Otfried*: Kreditausfälle und Eigenkapitalvorsorge der Banken, in: Festschrift für K. F. Hagenmüller, Wiesbaden 1977, S. 151 ff.
- Forsthoff, Ernst*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973.

- Freitag, Hans-Otto*: Gewohnheitsrecht und Rechtssystem, Berlin 1976.
- Frenkel, Rainer*: (ohne Titel), Die Zeit v. 1. 7. 1977.
- Friauf, Karl Heinrich*: Artikel „Gewohnheitsrecht“, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Auflage, Berlin 1975.
- (Für Stabilität und Fortschritt): Für Stabilität und Fortschritt, Deutscher Sparkassentag 1976, Stuttgart o.J.
- Gebel, Volkram*: Zur Grundrechtssubjektivität selbständiger Anstalten unter besonderer Berücksichtigung von Rundfunkanstalten und kommunalen Kreditinstituten, Diss. Kiel 1974.
- Geiger, Helmut*: Bankpolitik, Stuttgart 1975.
- Geiger, Helmut*: Wettbewerbsvorteile im Kreditwesen, in: Robert Wittgen (Hgb.) Neuzeitliche Bankpolitik, Frankfurt 1974, S. 47 ff.
- Geiger, Helmut*: Neue Wege für die Eigenkapitalausstattung der Sparkassen, der gemeindehaushalt 1977, 193 f.
- Geiger, Willi*: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, Berlin 1952.
- Gerstenmaier, Klaus-Albrecht*: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren, Berlin 1975.
- Gönnenwein, Otto*: Gemeinderecht, Tübingen 1963.
- Grawert, Rolf*: Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36, 277 ff.
- (Großkommentar Aktiengesetz): Großkommentar Aktiengesetz, 3. Auflage, Vierter Band, Berlin 1975.
- Grunwald, Jorg-Günther/Stefan Jokl*: Wettbewerb und Eigenkapital in der deutschen Kreditwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung des Sparkassensektors, Berlin 1978.
- Güde, Udo*: Geschäftspolitik der Sparkassen, Stuttgart 1975.
- (Gute Ergebnisse lösen Steuerprobleme nicht): Gute Ergebnisse lösen Steuerprobleme nicht, Westfälische Nachrichten vom 23. 2. 1977.
- Gutenberg, Erich*: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 7. Auflage, Dritter Band, Berlin 1975.
- Hadding, Walther/Uwe Schneider*: Nachrangiges Haftkapital bei Kreditinstituten in ausländischen Rechtsordnungen, Sparkasse 1977, 390 ff.
- Hagenmüller, Karl Fr.*: Bankbetrieb und Bankpolitik, Wiesbaden 1959.
- Hagenmüller, Karl Fr.*: Der Bankbetrieb Bd. I, 4. Auflage, Wiesbaden 1976.
- Hagenmüller, Karl Fr.*: Der Bankbetrieb Bd. III, 4. Auflage, Wiesbaden 1977.
- Hagenmüller, Karl Fr./Gerhard Diepen*: Der Bankbetrieb, 8. Auflage, Wiesbaden 1977.
- Hamann, Andreas/Helmut Lenz*: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 3. Auflage, Neuwied 1970.
- Hax, Karl/Theodor Wessels* (Hgb.): Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, 2. Auflage, Köln 1966.
- Heinen, Edmund*: Handelsbilanzen, 8. Auflage, Wiesbaden 1976.
- Heinen, Norbert M.*: Die Rechtsstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände als Gewährträger ihrer Sparkassen, Diss. Münster 1969.
- Heinevetter, Klaus*: Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Auflage, Loseblatt, Köln 1978 (Heinevetter).
- Heinevetter, Klaus*: Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Köln 1971 (Heinevetter, 1. Aufl.)
- Heinrichs, Friedrich Wilhelm*: Neuordnung des Sparkassenwesens, Städte- und Gemeinderat 1977, 177.
- Herlt, Rudolf*: Liebesgrüße vom Rathaus, Die Zeit v. 5. 11. 1976.

- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, Freiburg 1975.
- Hilbrecht, Heinz*: Zur Einschränkung des Sparkassenprivilegs durch das KStG 1977, DB 1977, 1666.
- Hoffmann, Josef*: Kommunales Sparkassenwesen, in: HdBKWP Bd. III, S. 741 ff.
- Hoffmann, Josef*: Die Sparkassen im Spannungsfeld des Wettbewerbs, Sparkasse 1960, 99 ff.
- Hoffman, Walther G./Franz Grumbach/Helmut Hesse*: Das Wachstum der Deutschen Wirtschaft seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1965.
- Holdijk, Rudolf*: Eigenkapitalprobleme der deutschen Sparkassen, Wiesbaden 1979.
- Honold, Eduard*: Die Bankenaufsicht, Diss. Mannheim 1956.
- Hoppe, Werner*: Die geschichtliche Entwicklung der Aufgaben-Allzuständigkeit der Gemeinden, Staats- und Kommunalverwaltung 1968, 170 ff.
- Hoppe, Werner*: Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, Erster Band, S. 663 ff.
- Hoppe, Werner/Janbernd Oebbecke*: Probleme der zwangsweisen Bildung von Sparkassenzweckverbänden aus Gründen des öffentlichen Wohls, Kommunalwirtschaft 1978, 241 ff.
- Hoppe, Werner/Hans-Werner Rengeling*: Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, Frankfurt 1973.
- Hueck, Alfred/Götz Hueck*: Gesellschaftsrecht, 17. Auflage, München 1975.
- Igelspacher, Alois*: Die Bundeszuständigkeit im kommunalen Sparkassenwesen, Diss. München 1971.
- Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen: Neue Städte, Gemeinden und Kreise in Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 1975, Reihe „Zur Information“ Nr. 17.
- Jahn, Karl*: Die öffentlich-rechtlichen Beziehungen der selbständigen Sparkassen zu den Stadtgemeinden im Gebiete der preußischen Städteordnung für die östlichen Provinzen auf Grund des neuen Sparkassenrechts, Diss. Greifswald 1935.
- Jecht, Hans*: Die öffentliche Anstalt, Berlin 1963.
- Jesch, Dietrich*: Gesetz und Verwaltung, 2. Auflage, Tübingen 1968.
- Jost, Valentin*: Die kommunalen Sparkassen im Verhältnis zur Staatsaufsicht, Diss. Frankfurt 1954.
- Kierstein, Hans*: Probleme der Beziehungen zwischen den Muttergemeinwesen und den von ihnen errichteten rechtsfähigen Anstalten, Diss. Marburg 1967.
- Kirchhof, Paul*: Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S. 50 ff.
- Kleberg, W.*: Die Staatsaufsicht über die öffentlichen Sparkassen in Preußen, Sparkasse 1928, 65 ff. und 89 ff.
- Klein, Hans H.*: Probleme der Bindung des „einfachen Richters“ an Entscheidungen des BVerfG, NJW 1977, 697 ff.
- Kleiner, Ernst-Eberhard*: Zur Frage der Haftungsverpflichtung der Gewährverbände, Sparkasse 1938, 37 ff.
- Kleiner, Ernst-Eberhard*: Die Haftungsverpflichtung der Gewährverbände der Sparkassen, Sparkasse 1938, 366 ff.
- Klüber, Hans*: Sparkassen als kommunale Anstalten, Kommunalwirtschaft 1967, 459 ff.
- Klüber, Hans*: Handbuch der Kommunalpolitik, Göttingen 1971.
- v. Knebel-Doerberitz, Hugo*: Das Sparkassenwesen in Preußen, Berlin 1907.
- von Köppen, Joachim*: Das Eigenkapital der Kreditinstitute, Wiesbaden 1966.
- Köttgen, Arnold*: Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, Berlin 1939.

- Köttgen, Arnold*: Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Stuttgart 1957, Schriftenreihe des Vereins zur Pflege kommunalwissenschaftlicher Aufgaben, Band 1.
- Koschorreck, Wilfried*: Zur Geschichte der Steuerprivilegien der Sparkassen und Kreditgenossenschaften, Finanzarchiv N. F. Bd. 28, 1969, 253 ff.
- Kottenberg, Kurt/Erich Rehn*: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Loseblatt, Siegburg, Stand Juni 1977.
- Krebs, Ernst/Heinrich Dülp*: Bayerisches Sparkassenrecht, Kommentar, Loseblatt, München, Stand September 1976.
- Kurze, Thomas*: Probleme und Verbesserungsmöglichkeiten der Eigenkapitalausstattung kommunaler Sparkassen, wirtschaftswissenschaftliche Diss. Aachen 1977.
- Lang/Weidmüller*: Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 20. Auflage, Berlin 1974.
- Lange, Klaus*: Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, 1 ff.
- Lange, Rolf Gerhard*: 100 Jahre Sparkasse der Stadt Herne, Herne – Unsere Stadt, Monatsschrift der Stadt Herne 1967, 20 ff.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1975.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 11. Auflage, München 1977.
- Leibholz, Gerhard/Reinhard Rupprecht*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln 1968.
- v. Loebell, Friedrich-Wilhelm*: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Loseblatt, Wiesbaden, Stand Oktober 1977.
- Lohr, Valentin*: Satzungs Gewalt und Staatsaufsicht, Stuttgart 1963.
- Meyer, Hans*: (Diskussionsbeitrag) VVDStRL 36, 354 ff.
- v. Mangoldt, Hermann/Friedrich Klein*: Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Berlin 1966.
- Marquardt, Heinz/Johannes Perdelwitz*: Das preußische Sparkassenrecht, Berlin 1933.
- Marquardt, Heinz/Johannes Perdelwitz*: Der Sparkassen-Vorstand, Berlin 1935.
- Matthias*: (Artikel:) Sparkassen, in: Fleischer (Hgb.), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1914, S. 446 ff.
- Maunz, Theodor*: Deutsches Staatsrecht, 21. Auflage, München 1977.
- Maunz, Theodor/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz*: Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, München, Stand Juni 1978.
- Menger, Christian-Friedrich*: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, zit. nach dem Neuabdruck in Ernst Forsthooff (Hgb.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S. 42 ff.
- Menger, Christian-Friedrich*: Zur Einschränkung von Grundrechten aufgrund vorkonstitutionellen Wohnheitsrechts, VerwArch 1973, 423 ff.
- Menzel, Eberhard*: Die Sozialstaatlichkeit als Verfassungsprinzip des Grundgesetzes, DÖV 1972, 537 ff.
- Meyer-Cording, Ulrich*: Die Rechtsnormen, Tübingen 1971.
- Möschel, Wernhard*: Das Wirtschaftsrecht der Banken, Frankfurt 1972.
- Mössner, Manfred*: Staatsrecht, Düsseldorf 1977.
- Mülhaupt, Ludwig*: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre der Banken, Wiesbaden 1977.
- Mülhaupt, Ludwig*: Strukturwandlungen im westdeutschen Bankwesen, Wiesbaden 1971.
- von Münch, Ingo* (Hgb.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Frankfurt 1974; Band 2 und 3, München 1976 und 1978.
- von Mutius, Albert/Günter Nessel Müller*: Juristische Personen des öffentlichen Rechts als herrschende Unternehmen i. S. des Konzernrechts?, NJW 1976, 1878 ff.
- Nicolai, Helmut*: Grundriß des Sparkassenwesens, Breslau 1928.
- Niemeier, Hans*: Bund und Gemeinden, Berlin 1972.

- Nörtemann, Carl August*: Das deutsche Sparkassenwesen unter dem Einflusse der Sparkassengesetzgebung des Reichs, Diss. Hamburg, Berlin 1936.
- Oberbeckmann, Hans-Ludwig*: Die Eigenkapitalausstattung der Sparkassen, Sparkasse 1977, 38.
- Oehler*: Das Recht der öffentlichen Sparkassen, Detmold 1921.
- Oehler*: Die Selbstverwaltung der Sparkassen und die Staatsaufsicht, Sparkasse 1929, 259 ff. und 277 ff.
- Oertel, O.*: Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853, 5. Auflage, Liegnitz 1910.
- Ossenbühl, Fritz*: Rundfunkfreiheit und die Finanzautonomie des Deutschlandfunks, München 1969.
- Otte, Gerhard*: Gehalt und Funktionen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Der Staat 1973, 363 ff.
- Paersch, Fritz*: Maßnahmen des Staates hinsichtlich einer Beaufsichtigung und Reglementierung des Bankwesens, in: Untersuchung des Bankwesens 1933, I. Teil, 2. Band S. 33 ff.
- Pagenkopf, Hans*: Die Beziehungen der Gemeinden zu ihren Sparkassen, Die nationalsozialistische Gemeinde 1937, 676 ff.
- Pagenkopf, Hans*: Kommunalrecht, Band 2 Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Köln 1976.
- Pappermann, Ernst*: Verfassungsrechtliche Grundlagen der Funktionalreform im kommunalen Bereich, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 2 ff.
- Pappermann, Ernst*: Die Zielrichtung der Selbstverwaltungsgarantie, DVBl. 1976, 766 ff.
- Paul*: Die verselbständigte öffentliche Unternehmung. Die städtische Sparkasse. in: Julius Landmann (Hgb.), Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung, München 1932, S. 215 ff.
- Paul*: Die Haftung der Gewährträger für ihre Sparkassen, Sparkasse 1936, 126 ff. und 149 ff.
- Paulick, Heinz*: Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956.
- Perdelwitz, Hans*: Das neue preußische Sparkassenrecht, Sparkasse 1932, 341 ff.
- Perdelwitz*: Zur Frage der Haftung der Gemeinden für ihre Sparkassen, Sparkasse 1937, 263 ff.
- Perdelwitz, Johannes/Paulus Fabricius/Ernst Eberhard Kleiner*: Das preußische Sparkassenrecht, Berlin 1937, unveränderter Nachdruck 1955.
- Petry, Erich*: Die kommunalen Sparkassen nach preußischem und deutschem Recht in ihrem Verhältnis zu ihren Gewährverbänden, Diss. Frankfurt 1951.
- Podlech, Adalbert*: Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.
- Poullain, Ludwig*: Geschäftspolitische Prinzipien der Sparkassenorganisation, in: Robert Wittgen (Hgb.), Neuzeitliche Bankpolitik, Frankfurt 1974, S. 99 ff.
- Pröhl, Hans*: Reichsgesetz über das Kreditwesen, Kommentar, Mannheim 1934.
- Reichardt, Wolfgang*: Das Gesetz über das Kreditwesen, Berlin 1942.
- Richter, Gerd-Jürgen*: Verfassungsprobleme der kommunalen Funktionalreform, Köln 1977.
- Richter, Gerd-Jürgen*: Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie?, DVBl. 1978, 783 ff.
- Roters, Wolfgang*: Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, Köln 1975.
- Rothe, Karl-Heinz*: Sparkassengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Auflage, Siegburg 1976.
- Rupp, Hans G.*: Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 403 ff.

- Rupp, Hans Heinrich*: Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, Zweiter Band S. 364 ff.
- Rupp-von Brünneck, Wiltraut*: Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt 1969, S. 348 ff.
- Sachs, Michael*: Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, München 1977.
- Salzwedel, Jürgen*: Standort der kommunalen Selbstverwaltung, in: Reform kommunaler Aufgaben, Bonn 1978, Studien zur Kommunalpolitik Bd. 19.
- Scheuner, Ulrich*: Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, ArchKommWiss 1973, 1 ff.
- Schierjott, Rudolf*: Die rechtliche Stellung der deutschen öffentlichen Sparkassen, Diss. Köln 1927.
- Schlierbach, Helmut*: Kommentar zum Hessischen Sparkassengesetz, Stuttgart 1958 (Schlierbach, Kommentar 1. Auflage).
- Schlierbach, Helmut*: Kommentar zum Hessischen Sparkassengesetz, 2. Auflage, Stuttgart 1971 (Schlierbach, Kommentar).
- Schlierbach, Helmut*: Wandel des Sparkassenrechts, Kommunalwirtschaft 1973, 436 ff.
- Schlierbach, Helmut*: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, Kommunalwirtschaft 1975, 447 ff.
- Schmidt, Dirk*: Die Grundsätze des Bundesaufsichtsamtes über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute, Sparkasse 1962, 131 ff.
- Schmidt, Dirk*: Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Sparkassenrecht?, in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärman, München 1975, S. 837 ff.
- Schmidt, Dirk*: Das nachrangige Haftkapital, Sparkasse 1977, 79 ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Franz Klein*: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Neuwied 1977.
- Schönle, Herbert*: Bank- und Börsenrecht, 2. Auflage, München 1976.
- Scholler, Heinrich/Siegfried Broß*: Grundrechtsschutz für juristische Personen des öffentlichen Rechts, DöV 1978, 238 ff.
- Schork, Ludwig*: Die allgemeinen Maßnahmen des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen, Bank-Betrieb 1964, 35 ff.
- Schork, Ludwig*: Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, Köln 1965.
- Schulte, H.*: (Rezension zu: Joachim Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie), DVBl. 1978, 825 ff.
- Schultze-Kimmle, Horst-Dieter*: Zur Frage der Einlagensicherung, Sparkasse 1968, 348 ff.
- Schumann, Ekkehard*: (Anmerkung zu BVerfG, B. v. 14. 2. 1973 – 2 BvR 667/72 –), JZ 1973, 314 ff.
- Schwabe, Johannes*: Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Herford 1975.
- Sellien, R./H. Sellien*: Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, 9. Auflage, Wiesbaden 1975.
- Simon, Ludwig*: Das neue Sparkassenrecht, Berlin 1928.
- Simon*: Legalisierung nicht Reform, Sparkasse 1932, 1 ff. und 26 ff.
- (Sparkassen suchen mehr haftendes Kapital): Sparkassen suchen mehr haftendes Kapital, FAZ v. 3. 5. 1977.
- (Sparkassen und Gewährträgerhaftung): Sparkassen und Gewährträgerhaftung, der städtetag 1976, 101 f.
- Sprengel, Hans-Erhard*: Sparkassenrecht – Bundes- oder Landesrecht?, DÖV 1952, 69 ff.
- Sprengel, Hans-Erhard*: Gedanken zum 125. Jahrestag des Erlasses des Preußischen Sparkassenreglements von 1838, Sparkasse 1963, 185 ff.

- Stadelmayer, Franz*: Die öffentliche Sparkasse, Leipzig 1935.
- Stähr, Christoph*: Die Grundsätze über das Eigenkapital und die Liquidität von Kreditinstituten, Sparkasse 1977, 126 ff.
- Starck, Christian*: (Rezension zu Podlech, Gehalt und Funktionen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes), DVBl. 1973, 708 f.
- Starck, Christian*: Die Auskiesungsurteile des Bundesgerichtshofs vor dem Bundesverfassungsgericht – BVerfG, NJW 1977, 1960, JuS 1977, 732 ff.
- Stecker, Josef*: Aus den Sparkassen nicht Aktiengesellschaften machen, Kommunalpolitische Blätter 1977, 219 f.
- Stein, Ekkehardt*: Lehrbuch des Staatsrechts, 5. Auflage, München 1976.
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, München 1977.
- Stern, Klaus/Herbert Bethge*: Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, München 1968.
- Stern, Klaus/Jochim Burmeister*: Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart 1972.
- Stern, Klaus/Michael Nierhaus*: Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, München 1976.
- Storck, Hans*: Die Haftungsverpflichtung der Sparkassengewährverbände, Der Gemeindetag 1937, 573.
- Stucken, Rudolf*: Die deutsche Bankenkrise von 1931, Kredit und Kapital 1968, 390 ff.
- Stürer, Bernhard*: Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, 314 ff.
- Stürer, Bernhard*: Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die gemeindliche, kreisliche und regionale Funktionalreform, Diss. Münster 1978.
- Szagunn, Volkhard/Walter Neumann*: Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart 1967.
- Szagunn, Volkhard/Walter Neumann/Karl Wohlschieß*: Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart 1976.
- Szagunn, Volkhard/Heinz Voigt*: Einlagensicherung in der Kreditwirtschaft, Frankfurt 1966.
- Thiel*: Die Haftung der Sparkassen-Gewährverbände, RVBl. 1938, 333 ff.
- Tomuschat, Christian*: Verfassungsgewohnheitsrecht?, Heidelberg 1972.
- Treock, Otto*: Die Krise im Sparkassen- und Girowesen 1931 und ihre Behebung, Diss. Köln, Bochum 1931.
- Trende, Adolf*: Geschichte der deutschen Sparkassen bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts, Stuttgart 1957.
- Uwiehaus, Uwe*: Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, Göttingen 1965.
- Ullrich, Konrad*: Die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden – Zur Auslegung des Artikels 28 II Grundgesetz, Staats- und Kommunalverwaltung 1976, 130 ff.
- Ulsamer, Gerhard*: Zur Geltung der Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 199 ff.
- von Unruh, Georg Christoph*: Die kommunale Selbstverwaltung und ihr genetisches Modell, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin, Berlin 1973, S. 391 ff.
- (Untersuchung des Bankwesens 1933): Untersuchung des Bankwesens 1933, Berlin 1933.
- Unverzagt, Friedrich*: Das Eigenkapital der Sparkassen im Kreditwesengesetz, Sparkasse 1956, 251 ff.
- Velten, Werner*: Die Problematik der Anteilhaftung bei Genossenschaften, Göttingen 1960.
- Vogel, Klaus*: Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, Erster Band, S. 568 ff.
- Wagener, Ernst*: Kapitalausstattung der Sparkassen – Problem der Einzelinstitute, ZGKW 1978, 330 ff.
- Wahl, Karl*: Handbuch des Hessischen Sparkassenrechts, Mainz-Gonsenheim 1955.
- Weides, Peter*: Sparkassen und kommunale Gebietsänderungen, Städte- und Gemeindeerrat 1978, 85 ff.
- Wenke, Josef*: Zum 100jährigen Bestehen der Sparkasse der Stadt Herne, Herne 1967.
- Westermann, Harry*: Personengesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 1975.
- (Wettbewerbsenquete): Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung, BT-drucks. V/3500.
- Will, Hellmuth*: Die deutschen Sparkassen, Stuttgart 1935.
- Will, Hellmuth*: Die deutschen Sparkassen, 2. Auflage, Stuttgart 1942.
- Wöhe, Günter*: Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 12. Auflage, München 1976.
- Wolff, Hans J./Otto Bachof*: Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974.
- Wolff, Hans J./Otto Bachof*: Verwaltungsrecht II, 4. Auflage, München 1976.
- Zimmerer, Carl/Hubert Schönle*: Kreditwesengesetz, Systematische Einführung und Kommentar, Wiesbaden 1962.
- Zuck, Rüdiger*: Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1975, 907 ff.
- Zuhorn, Karl/Werner Hoppe*: Gemeinde-Verfassung, 2. Auflage, Siegburg 1962.

## Sachverzeichnis

- Abfallbeseitigung 95
- Aktiengesellschaft 2, 67
  - Aufsichtsrat und Vorstand 68
- Analogie 64 ff
  - Gesetzes- 64
  - Rechts- 65
- Anlagen, langfristige 6, 8, 12 f.
- Anstalt des öffentlichen Rechts 38 f., 44, 46, 59, 69, 83
  - Aufgabenerfüllung 44 ff, 49
  - Errichtung und Unterhaltung als Selbstverwaltungsaufgabe 49
  - Gründung 49, 44 ff
  - Träger 39, 44 ff, vgl. auch Errichtungskörperschaft
  - unselbständige 5, 26, 33
  - vgl. auch Anstaltslast, Anstaltsrecht
- Anstaltslast 23–69
  - Abgrenzung zur Gewährträgerhaftung 23 f.
  - Begriff 23
  - Geschichte 25–43
  - Inhalt 24 f.
  - Möglichkeit der Ableitung aus der Gewährträgerhaftung 47 f.
  - Möglichkeit der Abschaffung 24, 41
- Anstaltsrecht, allgemeines 44
- Aufsicht s. Bankenaufsicht; Sparkassenaufsicht
- Auftrag, öffentlicher 38
- Bank
  - enaufsicht 73 ff, 83
  - enfreiheit 74 f.
  - enkrise 32 f.; 74 f.
  - gewerbe, Kuratorium und Reichskommissar für das 74 f.
- Bezirksausschuß Arnberg 28 f.
- Beherrschungsverhältnis 68
- Beherrschungsvertrag 64, 67 f.
- Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über die Einlagensicherung 37 ff, 44 f., 54, 80
- Bezirksplanungsrat 96
- Bilanz
  - der Kreditinstitute 7
  - ausgleich 61, 66
  - ausgleichspflicht s. Anstaltslast
  - veröffentlichungspflicht 35 f.
  - wachstum, inflationsbedingtes 1
- Bindungswirkung s. Entscheidungen des BVerfG
- Bodensatztheorie 12
- Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen 8 f., 18, 72 f., 77 ff, 82, 93
  - Grundsatz II 12 f., 16, 73 f.
  - Grundsatz I 10, 17 f., 72 f., 76, 93, 106
  - Grundsatz Ia 10 f., 16
  - Grundsatz II 12 f., 16, 73 f.
  - Grundsatz III 13, 16
  - Maßnahmen bei Verstoß gegen die Grundsätze 9
- Darmstädter und Nationalbank (Danabank) 32
- Deutsche Bundesbank 8 f., 11, 73, 78
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband 40 f., 80
- Deutscher Städtetag 42
- Devisengeschäfte 10 f.
- Dotationskapital 3, 5, 19 ff, 72
- Eickel
  - Amt 27 f.
  - Sparkasse 27
- Eigenkapital
  - Aktiengesellschaft 2
  - Aufbringung 1, 3, 15
  - Begriff 2 ff
  - Funktion
    - Bemessungsgrundlage für die Gewinnverwendung 7, 16
    - Begrenzungs- 8–14, 16
    - besondere bei Sparkassen 14 f.

Brems- s. Begrenzungs-  
 Entlastungs- 15 f.  
 Finanzierungs- 6, 15, 80, 89, 108  
 Garantie- 5 ff, 14, 16, 80  
 Gründungs- 4 f., 16  
 Haftungs- s. Garantie-  
 intertemporärer Verlustausgleich  
 15, 108  
 Puffer- s. Garantie-  
 Repräsentativ- 8, 16  
 Schutz- 14 ff, 108  
 Werbe- s. Repräsentativ-  
 Kreditgenossenschaften 90  
 Sparkassen 1, 4, 13, 16 ff, 43, 54, 66,  
 69, 80  
 vgl. auch Gewährträgerhaftung  
 Eigenkapitalprobleme 16 ff  
 Eigenkapitalrentabilität 15  
 Eigenkapitalvorschriften 21, 79 f., 93,  
 103, 105  
 vgl. auch Geschäftsbeschränkungen  
 Ein-Mann GmbH 18  
 Einlagen  
 Sicherheit 5 ff, 10 ff, 26, 39, 41, 73,  
 92, 107  
 stille 18  
 Einzelbankier s. Privatbankier  
 Energieversorgung 95  
 Enquete s. Untersuchung; Bericht  
 Entscheidungen des BVerfG  
 formelle Rechtskraft 81  
 materielle Rechtskraft 81 f.  
 Bindungswirkung 82 f.  
 Gesetzeskraft 82  
 Errichtungskörperschaft 38 ff, 43, 45  
 F.D.P.-Fraktionvorsitzenden-Konferenz  
 80, 89  
 Finanzierung 5  
 Eigen- 3  
 Selbst- 3, 17  
 Finanzierungsmittel, langfristige 12 f.  
 freies Vermögen, Anerkennung 72 f., 81  
 Fremdkapital 5, 15  
 Gemeinde s. Gewährträger  
 Genussscheinkapital 19 f.  
 Geschäftsbeschränkungen 14  
 kreditwirtschaftliche 8 ff, 76 f., vgl.  
 auch Bundesaufsichtsamts; Eigenkapi-  
 talvorschriften; Kreditwesengesetz  
 nach der 3. Notverordnung 34  
 nach dem pr. Sparkassenreglement 26 f.  
 sparkassenrechtliche 5, 11 f., 13  
 Gesellschaft, abhängige 64, 68  
 Gesetz i. S. d. Art. 28 Abs. S. 1 GG 63  
 Gesetzeslücke 65, 67 f.  
 Gesetzesvorbehalt 63  
 Gesetzgebungskompetenz für das Sparkas-  
 senwesen 59 f.  
 Gewährträger 19, 25, 33 ff, 42, 44,  
 67 f., 85  
 Anzahl bei einer Sparkasse 7  
 als Unternehmen i. S. d. Konzern-  
 rechts 67  
 vgl. auch Sparkasse; Eigenkapital,  
 Schutzfunktion  
 Gewährträgerhaftung 6, 35, 39 ff, 46 ff,  
 60, 91, 104  
 Abgrenzung zur Anstaltslast 23 f.  
 Auswirkungen im Anlagerecht der Ver-  
 sicherung 37  
 Berücksichtigung bei haftendem Eigen-  
 kapital 78 f., 92, 103, 108  
 Form der Erfüllung 66 f.  
 Geltung für nachrangiges Haftkapital 20  
 Quantifizierung 91  
 Rücklagenbildung 81  
 Subsidiarität 14 f., 88 f.  
 Unmittelbarkeit 91  
 Ursprung 33 f.  
 Werbewirkung 8, 16  
 vgl. auch Eigenkapital; Haftungszu-  
 schlag; Sparkasse; Vertretung  
 Gewinnabführungsvertrag 64, 67  
 Wohnheitsrecht 42, 56 ff, 67  
 Girozentrale 12, 33  
 Gleichheitssatz, allgemeiner 21, 52, 86 f.  
 Inhalt 87, 93  
 Kontrolldichte bei der Prüfung 87 f.  
 goldene Bankregel 12  
 goldene Bilanzregel 6, 13  
 Großkredite 11 f., 18  
 Grundrechtsfähigkeit 83 ff  
 Grundsätze s. Bundesaufsichtsamts für das  
 Kreditwesen  
 haftendes Eigenkapital 6, 10 f., 13, 78,  
 103, 107  
 Anrechnung von Einlagen stiller Gesell-  
 schaften 18  
 Begriff 2 f., 72  
 im KWG 1934 76 f.  
 vgl. auch freies Vermögen; Kredit-  
 genossenschaften

Haftenlagen-Vertrag 18 f.  
 Haftkapital, nachrangiges 19 f.  
 Haftpflicht, Haftsummenverpflichtung s.  
 Kreditgenossenschaften  
 Haftung  
 primäre 88  
 bei Privatbankiers 88  
 subsidiäre 88 f.  
 vgl. auch Gewährträgerhaftung; Kredit-  
 genossenschaften  
 Haftungsträger, Rangordnung der 5 f., 14  
 Haftungszuschlag 3, 19, 71, 80 ff, 88 ff,  
 93, 108  
 Herne  
 Amt 27 ff  
 Sparkasse 27 f.  
 Herstatt 10 f., 18  
 Hessen, Land 42  
 Hessische Landesbank 1, 18, 42  
 Hessischer Sparkassen- und Giroverband  
 42  
 Individualgarantie 52  
 Institutionsgarantie 52 f., 55, 98, 100  
 juristische Person des öffentlichen Rechts,  
 Grundrechtsfähigkeit 83  
 Kirchen 84  
 Kodifikationswirkung 61  
 kommunale Selbstverwaltung  
 funktioneller Bereich 101 f., 106 ff  
 funktionales Verständnis 96 f.  
 Garantie 53, 62 f., 93 ff  
 institutioneller Bereich 101 f., 106 ff  
 Kompensationsmoell 95 f.  
 unmittelbare Verfassungsgarantie 98 ff  
 verfassungstheoretische Neukonzeption  
 97 f.  
 vgl. auch Individualgarantie, Institu-  
 tionsgarantie  
 Kommune, s. Gewährträger  
 Konjunkturpolitik, staatliche 95  
 Kreditgenossenschaften 37, 54, 71, 86,  
 89 ff  
 Haftpflicht der Mitglieder 71, 73 f.,  
 80, 89, 91, 107  
 Haftsummenzuschlag 73 f., 81, 88, 93  
 Kreditinstitute, öffentlich-rechtliche 37 ff,  
 41, 46, 50, 55  
 Kreditversorgung 50, 53 ff  
 Kreditwesengesetz 1934 76 f.  
 Kreditwesengesetz 1961  
 Entstehung 77 ff  
 Verfassungsmäßigkeit 81 ff  
 Kreise 43, 96  
 Kuratorium s. Bankgewerbe  
 Landesbank  
 der Provinz Westfalen 32  
 der Rheinprovinz 32  
 vgl. auch Hessische Landesbank  
 Landrat des Kreises Bochum 28  
 Leasing 17  
 Leverage-Effekt 15  
 Liquidität 6, 8 f., 12 f., 93, 107  
 Lobby 40  
 Lohnsummensteuer 95  
 Metakredit 18  
 Notverordnung  
 v. 3. 8. 1931 33  
 v. 19. 9. 1931 74 f.  
 v. 6. 10. 1931 33 f.  
 Österreichische Creditanstalt 32  
 Organisationsgewalt 50  
 Pflichtaufgaben 46, 49  
 Preußisches Oberverwaltungsgericht 25 f.,  
 29 ff, 35 f., 61, 66  
 Privatbankiers 21, 71 f., 86, 88 ff  
 vgl. auch freies Vermögen  
 Rechtsstaat 56  
 Rechtsstaatsprinzip 107  
 Regierungspräsident von Arnberg 28  
 Reichsbank 75  
 Reichskommissar s. Bankgewerbe  
 Rentabilität 11  
 Runderlaß des Reichs- und Pr. Ministers  
 des Inneren und des Reichs- und Pr.  
 Wirtschaftsministers v. 2. 10. 1937  
 32 ff, 66  
 Rundfunkanstalt 45, 84  
 Selbstverwaltung s. kommunale Selbstver-  
 waltung  
 Sicherheit der Einlagen vgl. Einlagen  
 Sicherheitseinrichtungen 38  
 Sicherheitspolitik 5 f., 14, 92  
 Sicherheitsrücklagen 66  
 Sozialstaatsprinzip 49 ff  
 Sparkassen  
 Aktivgeschäft 5  
 Aufgaben und Tätigkeit 85, 104 f.  
 Ausweitung des Geschäfts 1, 17  
 Devisengeschäft 11  
 Gebührenpolitik 17  
 Gewinnorientierung 20  
 Individualgarantie 52

- Institutionsgarantie 52 f., 55  
 Kreditgeschäft 10  
 Marktstellung 17  
 Neubauten 14, 17  
 Neugliederung 42 f.  
 Passivgeschäft 5  
 Personalhoheit 60  
 Privilegien 37, 41 vgl. auch Steuerprivilegien  
 Schief lagen 62  
 Umwandlung in private Rechtsform 20  
 Verbindung mit Gewährträger 104 f.  
 Verselbständigung, rechtliche 34 f., 39  
 Verwaltungsrat 20, 68, 104  
 Verwendung des Jahresüberschusses 7, 15, 66, 68  
 Vorstand 68, 104  
 Wechselgeschäft 10  
 Wettbewerbsstellung 89 f.  
 vgl. auch Anstaltslast; Aufsicht; Auftrag, öffentlicher; Dotationskapital; Eigenkapital; Geschäftsbeschränkungen; Gewährträger; Grundrechtsfähigkeit  
 Sparkassenaufsicht 26 f., 29 ff, 35, 83, 85  
 Sparkassenorganisation 17, 42  
 Sparkassenrecht 61 f., 65  
 Sparkassenreglement, preußisches 26 ff, 35, 61
- Sparkassen- und Giroverbände 18, 48  
 Kapitalerhöhungen 13  
 vgl. auch Deutscher Sparkassen- und Giroverband  
 Sprick, Wilhelm 27  
 Staatssteuern, direkte 28  
 Steuerprivilegien der Sparkassen 1  
 Stille Gesellschaft 2, 18, 20  
 Teilhaberechte 52 f.  
 Übermaßverbot 107  
 Umweltschutz 95  
 Unterbilanz s. Bilanz  
 Unternehmen, herrschendes 64, 67 f.  
 Untersuchung des Bankwesens 1931 76  
 Vermögen s. freies Vermögen  
 Vertretung (i. S. v. Haftung) 15, 26, 29, 31  
 Wanne  
 Amt 27  
 Sparkasse 27  
 Wechseldiskontierung 9  
 Weltwirtschaftskrise 32  
 Wettbewerbsdiskussion 37, 39, 41  
 Wettbewerbsenquete 37 ff, 44 f., 54, 80  
 Wettbewerbsstellung vgl. Sparkassen  
 Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht 55  
 Zuständigkeitsgesetz, preußisches 29 ff  
 Zwangsetatisierung 28 ff  
 Zweckverband 7, 43

### Lebenslauf

Am 15. August 1950 wurde ich als Sohn des Bäckermeisters Hans Oebbecke und seiner Frau Anneliese geb. Overmann in Werdohl geboren. Am 10. Juni 1969 bestand ich am Staatlichen Gymnasium Paulinum in Münster die Reifeprüfung. Vom Wintersemester 1969/70 an studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität Rechtswissenschaft. Am 19. Juni 1974 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste und am 11. Februar 1977 vor dem Landesjustizprüfungsamt Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Ich bin seit 1974 verheiratet. Seit dem 1. März 1979 arbeite ich als Verwaltungsbeamter beim Landschaftsverband Westfalen-Lippe in Münster. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.