

# **Keine Anstaltslast bei den kommunalen Sparkassen**

Oebbecke, Janbernd

First published in:

Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 35. Jg., Heft 2, S. 60 - 61, Frankfurt am Main 1982

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-82499483148

JANBERND OEBBECKE

## Keine Anstaltslast bei den kommunalen Sparkassen

In Kreditwesen 1981, 762 ff. hat sich Dirk Schmidt mit der von mir vertretenen Auffassung<sup>1)</sup> auseinandergesetzt, daß neben der in den Sparkassengesetzen der Bundesländer geregelten, im Außenverhältnis zu Gläubigern der Sparkasse geltenden Gewährträgerhaftung<sup>2)</sup> rechtlich keine im Innenverhältnis zwischen kommunalen Gewährträgern und Sparkassen bestehende Anstaltslast anzuerkennen ist. Nach Auffassung von Schmidt ist die Anstaltslast eine Ausformung einer »allgemeinen Aufgabenlast der öffentlichen Verwaltung«, die Teil des allgemeinen Verwaltungsrechts sei. Im übrigen sei die Anstaltslast auch gewohnheitsrechtlich fundiert. Im folgenden soll gezeigt werden, daß auch die von Schmidt vorgebrachten, teilweise neuen Überlegungen die Annahme einer Anstaltslast als eines Rechtsinstituts nicht rechtfertigen können.

### Keine Aufgabenlast der öffentlichen Verwaltung

Schmidt nimmt eine Pflicht jedes öffentlichen Aufgabenträgers zur ordnungsgemäßen Erfüllung öffentlicher Aufgaben an. Die Anstaltslast sei nur ein Unterfall dieser allgemeinen Pflicht, die freiwillig oder pflichtgemäß übernommene Aufgabe ordnungsgemäß zu realisieren. Beispielhaft wird die Anstaltslast als Verpflichtung der Gewährträger konkretisiert, ihre Kreditinstitute mit dem für die Aufgabenerfüllung nach KWG notwendigen Eigenkapital auszustatten. Für die Entstehung eines Eigenkapitalbedarfs sind zwei Fallgestaltungen denkbar: Entweder reicht das vorhandene Eigenkapital nicht aus, um eine weitere Steigerung des Geschäftsvolumens zu tragen, oder das Eigenkapital ist aufgrund von Verlusten so gemindert, daß es für das vorhandene Geschäftsvolumen nicht mehr ausreicht. Aus der Sicht des Gewährträgers stellt sich in beiden Fällen folgende Alternative: Er kann das Eigenkapital dem Geschäftsvolumen anpassen – nach der von Schmidt vertretenen Auffassung wäre er dazu aufgrund der Anstaltslast verpflichtet – oder das Geschäftsvolumen wird dem vorhandenen Eigenkapital angepaßt, was im Extremfall auch Schließung der Sparkasse bedeuten kann.

Nach der von Schmidt postulierten allgemeinen Aufgabenlast wäre der Träger einer kommunalen Volkshochschule dementsprechend verpflichtet, eine steigende Nachfrage nach Kursangeboten durch Bereitstellung der notwendigen finanziellen Mittel zu ermöglichen. Die kommunalen Träger einer Privatbahn wären beim Auftreten von Verlusten in jedem Fall zur Abdeckung verpflichtet, die Möglichkeit der Stilllegung des Unternehmens schiebe aus Rechtsgründen aus. Sicher ist es richtig, daß es Aufgaben wie etwa die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit gibt, deren Wahrnehmung essentiell für den Staat ist, und Aufgaben, die wahrzunehmen der Staat verfassungsrechtlich gehalten ist, wie die Sicherstellung des Existenzminimums für den einzelnen. An anderer Stelle<sup>3)</sup> wurde gezeigt, daß die kreditwirtschaftliche Betätigung der Kommunen nicht zu diesem recht engen Kreis von Aufgaben gehört, eine Auffassung, der auch Schmidt zustimmt<sup>4)</sup>. Richtig ist weiterhin, daß der Staat bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben Rechtsbindungen unterliegt. Er hat etwa die Grundrechte zu beachten und darf nur auf gesetzlicher Grundlage in Rechte des Bürgers eingreifen. Wenn Schmidt im Zusammenhang mit der Anstaltslast von der Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung spricht, geht es jedoch um etwas anderes:

Die Anstaltslast soll garantieren, daß die kommunalen Gewährträger sich durch den Betrieb von Sparkassen kreditwirtschaftlich betätigen, und sie soll einen bestimmten Umfang dieser Betätigung garantieren. Eine Aufgabenlast in dem Sinne, daß aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht die Pflicht erwüchse, eine bestimmte Aufgabe in einem bestimmten Umfang zu erfüllen, kennt unser Recht nicht. Dementsprechend kann Schmidt für seine Auffassung, es gebe im allgemeinen Verwaltungsrecht ein solches Institut, keine Literatur zum allgemeinen Verwaltungsrecht, sondern nur sparkassenrechtliches Schrifttum anführen. Der Literatur zum allgemeinen Verwaltungsrecht läßt sich in der Tat nichts für das Bestehen einer solchen Aufgabenlast entnehmen. Aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht ergibt sich also auch nicht die Anstaltslast als spezielle Ausformung einer allgemeinen Aufgabenlast<sup>5)</sup>.

### Keine gewohnheitsrechtliche Geltung der Anstaltslast

Die Bildung von Gewohnheitsrecht ist an die grundgesetzliche Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern gebunden<sup>6)</sup>. Dabei kann es zu einem übereinstimmenden Gewohnheitsrecht in verschiedenen Ländern kommen; theoretisch ist z. B. im Verwaltungsverfahrensrecht die Bildung von gleichlautendem Gewohnheitsrecht im Bund und in allen Ländern denkbar. In einem solchen Fall müssen sich aber die Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtsbildung für jeden einzelnen Geltungsbereich gesondert nachweisen lassen. Weil es sich bei der behaupteten Anstaltslast für kommunale Sparkassen um eine dem Kommunalrecht und damit der Länderkompetenz unterfallende Materie handelt<sup>7)</sup>, müßte für jedes Bundesland gesondert die Geltung eines entsprechenden Gewohnheitsrechts festgestellt werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen in Schleswig-Holstein würde beispielsweise nichts über die Verhältnisse in Hessen sagen.

Gewohnheitsrecht ist sorgfältig vom geschriebenen Recht und dessen Auslegung zu unterscheiden<sup>8)</sup>. Wo aufgrund einer Auslegung geschriebenen Rechts in einer bestimmten Weise verfahren wird, bildet sich kein Gewohnheitsrecht. Wäre es anders, könnten etwa die Gerichte ihre Meinung zur Auslegung von Rechtsnormen nicht ändern, weil die Auslegung selbst Gewohnheitsrecht gesetzt hätte. Wie sich aus den zustimmenden Zitaten der Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 4. Juni 1897 im Schrifttum ergibt, ist die Anstaltslast mit dem Oberverwaltungsgericht mindestens bis 1945 dem preußischen Sparkassenreglement, also geschriebenem Recht, entnommen worden<sup>9)</sup>. Ob diese Auslegung richtig oder – wie Schmidt wohl zu Recht meint – falsch war, ist ohne Belang; Gewohnheitsrecht konnte sich so lange nicht bilden, wie es sich um Auslegung und um die Diskussion zur Auslegung von geschriebenem Recht handelte.

Für Nordrhein-Westfalen stellt sich damit die Frage, ob sich nach dem Außerkrafttreten des Sparkassenreglements am 1. August 1958<sup>10)</sup> eine für die Annahme eines entsprechenden Gewohnheitsrechts notwendige langandauernde und allgemeine Übung in der Überzeugung ihrer rechtlichen Gebotenheit nachweisen läßt. Das dürfte nicht möglich sein, einmal mangels einer ausreichenden Anzahl möglicher Anwendungsfälle, zum anderen aber auch deshalb nicht, weil eventuelle Unterstützungsmaßnahmen für

Sparkassen aus politischen Erwägungen und nicht deshalb vorgenommen worden sein dürften, weil die Gewährträger sich rechtlich gebunden glaubten, es also an der Überzeugung der rechtlichen Gebotenheit fehlte.

Gewohnheitsrecht kann im übrigen nur im Umfange der tatsächlichen Übung entstehen. Schmidt gibt als Beleg für die tatsächliche Übung nur Fälle der Unterstützung einer Sparkasse zum Ausgleich von Unterbilanzen an, die durch Verluste entstanden sind. Daß eine Praxis der Ausstattung mit Mitteln zur Finanzierung einer Geschäftsausweitung bestehe, behauptet er nicht. Demnach könnte auch bei Richtigkeit seiner Annahme nur eine Pflicht zur Abdeckung von Unterbilanzen, nicht aber zur allgemeinen Eigenkapitalausstattung entstanden sein. Als formales Erfordernis wird für das Entstehen eines Gewohnheitsrechtssatzes gefordert, daß er hinreichend genau formulierbar sein muß. Dazu verweist Schmidt auf die vielfältigen Untersuchungen zur Anstaltslast, ohne näher auf die Einwände gegen die Formulierbarkeit der Anstaltslast einzugehen. Gerade diese Untersuchungen geben jedoch über Rechtscharakter, Inhalt und Voraussetzungen der Anstaltslast ein sehr unklares Bild. Ein gutes Beispiel liefert Schmidt selbst, wenn er teils von einer Pflicht, teils von einer Obliegenheit<sup>11)</sup> spricht.

### Keine positiv-rechtliche Verankerung der Anstaltslast möglich

Gegen die Annahme einer gewohnheitsrechtlich fundierten Anstaltslast bestehen im übrigen auch durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken<sup>12)</sup>. Als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe<sup>13)</sup> genießt die sparkassenwirtschaftliche Betätigung der Kommunen nämlich den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Die Anstaltslast würde die Freiwilligkeit dieser Aufgabenwahrnehmung einschränken, weil der kommunale Gewährträger in seiner Freiheit über den Umfang (im Einzelfall auch über das Ob) seiner kreditwirtschaftlichen Betätigung zu entscheiden, beschränkt würde. Wegen der finanziellen Belastungen als Folge der Anstaltslast wäre auch die ebenfalls durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Finanzhoheit der Kommunen<sup>14)</sup> betroffen. Solche Beschränkungen des Selbstverwaltungsrechts sind nur zulässig, wenn sie durch Gesetz erfolgen und wenn Gründe des öffentlichen Wohls die mit ihnen verbundenen Einschränkungen rechtfertigen. Formell werden für ein Gesetz im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG mindestens Rechtsverordnungen verlangt<sup>15)</sup>, so daß Gewohnheitsrecht den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen würde. Materiell sind Gründe, die es rechtfertigen würden, die Kommunen dazu zu zwingen, jedes Wachstum ihrer Sparkassen zu finanzieren und somit auch eine Ausweitung des Risikos zu ermöglichen, aus der Gewährträgerhaftung in Anspruch genommen zu werden, oder dazu, eine Sparkasse, die ihr Eigenkapital verloren hat, ohne Rücksicht auf die Kosten wieder flottzumachen, nicht ersichtlich. Im Gegenteil würde eine Herausnahme der sparkassenwirtschaftlichen Betätigung aus der Konkurrenz mit anderen kommunalen Bedarfsträgern um die knappen finanziellen Ressourcen einen harten Eingriff in die Selbstverwaltung bedeuten.

Diese Bedenken betreffen in gleicher Weise Überlegungen, die Anstaltslast in den Sparkassengesetzen der Bundesländer niederzulegen, wie sie durch den Regierungsentwurf eines neuen Sparkassengesetzes für das Land Rheinland-Pfalz<sup>16)</sup> besondere Aktualität erlangt haben. § 3 des Entwurfs sieht, nachdem Abs. 1 die übliche Formulierung der Gewährträgerhaftung enthält, folgenden Absatz 2 vor: »Der Gewährträger stellt sicher, daß die Sparkasse ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).« Aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt sich, daß die Vorschrift zur Lösung der Eigenkapitalprobleme der kommunalen Sparkassen beitragen soll. Offenbar soll also mit der Vorschrift trotz ihrer

wenig konkreten Fassung ein Anspruch der Sparkasse gegen den Gewährträger auf Leistung von Dotationskapital begründet werden. Der Entwurf wirft auch unabhängig von der Frage der Verfassungsmäßigkeit zahlreiche Fragen auf, etwa danach, welche Aufgaben es sind, deren Erfüllung sichergestellt werden soll, oder danach, ob der der Sparkasse eingeräumte Anspruch bilanzierbar sein soll.

### Ergebnis

Nach geltendem Recht gibt es keine Anstaltslast. Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann sie auch nicht eingeführt werden.

1) in: Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, Siegburg 1980, S. 23 ff.; vgl. jetzt auch Oebbecke, DVBl. 1981, 960 ff.

2) Vgl. etwa § 5 SpkG NW.

3) Oebbecke, Rechtsfragen ... (Fn. 1) S. 49 ff.

4) Daß sich nämlich aus dem Sozialstaatsgebot, das allein für die Begründung der Pflicht zur kreditwirtschaftlichen Betätigung in Betracht kommen könnte, für die Anstaltslast nichts herleiten läßt (Schmidt, Kreditwesen 1981, 768).

5) So auch Schlierbach, Kommunalwirtschaft 1975, 447 ff.

6) Vgl. die Nachweise bei Oebbecke, Rechtsfragen ... (Fn. 1) S. 58 Fn. 246.

7) Soweit ersichtlich unstrittig; vgl. im einzelnen Oebbecke, Rechtsfragen ... (Fn. 1) S. 59 ff.

8) Vgl. die Nachweise bei Oebbecke a.a.O. S. 60 f.

9) a.a.O. S. 61 m.w.N.

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

11) Siehe dazu näher Oebbecke, DVBl. 1981, 961.

12) Vgl. zum folgenden Oebbecke, DVBl. 1981, 964 f. m.w.N.

13) Ganz h.M.; vgl. etwa VerfGH NW, Urt. v. 11. 7. 1980 – VerfGH 8/79 –, DVBl. 1981, 216.

14) Siehe etwa Albert v. Mutius, Gutachten E zum 53. Deutschen Juristentag, München 1980, S. 115 m.w.N.

15) Vgl. die Nachweise bei Oebbecke, Rechtsfragen ... (Fn. 1) S. 63.

16) Landtag Rheinland-Pfalz, Drucksache 9/1692 v. 11. 9. 1981.

17) So auch Plittner, DVBl. 1981, 844.