

Die Anstaltslast – Rechtspflicht oder politische Maxime?

Oebbecke, Janbernd

First published in:

DVBl Deutsches Verwaltungsblatt, 96. Jg. , Heft 20, S. 960 – 965, Köln 1981

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-08439487584

Die Anstaltslast — Rechtspflicht oder politische Maxime?

Von Landesverwaltungsrat Dr. Janbernd *Oebbecke*, Leiter des Freiherr-vom-Stein-Instituts, Wissenschaftliche Forschungsstelle des Landkreistages Nordrhein-Westfalen an der Universität Münster

Im Mai 1979 legte die vom Bundesfinanzminister eingesetzte Studienkommission »Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft« nach viereinhalbjähriger Tätigkeit ihren Bericht vor¹. Dem Auftrag dieser sogenannten Bankenstrukturkommission entsprechend befaßte sich der Bericht mit drei Themenkomplexen: dem Für und Wider des Universalbankensystems, Machtzusammenballungen bei einzelnen Kreditinstituten und mit der Eigenkapital- und Liquiditätsausstattung der Kreditinstitute zusammenhängenden Fragen des Kreditwesengesetzes². Unter dem letztgenannten Thema setzt die Kommission sich auch mit der Forderung auseinander, die kommunale Haftung für die Sparkassen durch Anerkennung eines sogenannten Haftungszuschlags kreditaufsichtsrechtlich zu berücksichtigen³. Im Ergebnis lehnt die Mehrheit der Kommission

»die Anerkennung eines Haftungszuschlags für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung« ab⁴, während eine Minderheit sich für »einen Haftungszuschlag für Anstaltslast und Gewährträgerhaftung« ausspricht⁵. Die folgende Untersuchung geht der Frage nach, was unter der Bezeichnung »Anstaltslast« zu verstehen ist, und versucht zu klären, ob dieser Erscheinung, von deren Existenz die Kommission einmütig ausgeht und an die ein Teil der Mitglieder kreditaufsichtsrechtliche Folgen knüpfen will, Rechtsqualität zukommt.

1. Der Begriff der Anstaltslast

Die Frage, was unter der Bezeichnung »Anstaltslast« zu verstehen ist, liegt um so näher, als die im gleichen Zusammenhang erwähnte Gewährträgerhaftung in den Sparkassengesetzen der Bundesländer geregelt ist⁶; im Gegensatz dazu sucht man dort nach Aussagen zur Anstaltslast ver-

1 Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 28, Bonn.

2 AaO (Fußn. 1), S. 3 Rdnr. 5.

3 AaO (Fußn. 1), S. 381 ff. Rdnrn. 1205 ff.; es geht vor allem um die Anerkennung als haftendes Eigenkapital im Rahmen des § 10 KWG.

4 AaO (Fußn. 1), S. 381 Rdnr. 1205.

5 AaO (Fußn. 1), S. 384 Rdnr. 1213.

6 Z. B. § 5 SpkG NW.

geblich. Wie sich zeigt, ist die Frage nach dem Inhalt der Anstaltslast nicht so leicht zu beantworten.

Unter Berufung auf die sogenannte Wettbewerbsenquete⁷ wird gesagt, die Anstaltslast sei »die (öffentlich-rechtliche) Verpflichtung, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu halten und etwaige finanzielle Lücken (Unterbilanz) durch Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise auszugleichen«⁸. »Die Anstaltslast verpflichtet den Träger nicht nur, finanzielle Lücken, die durch Verlust oder Teilverlust der Sicherheitsrücklage entstanden sind, auszugleichen, sondern eine Unterbilanz erst gar nicht entstehen zu lassen«⁹, denn der Gewährträger ist verpflichtet, »das von ihm gehaltene Kreditinstitut jeder Zeit mit ausreichenden Mitteln auszustatten, um den reibungslosen Geschäftsbetrieb zu ermöglichen«¹⁰.

Die Einschränkung, daß die Anstaltslast »für die Dauer des Bestehens« gelte, wird neuerdings fallengelassen; so wenn etwa die Auffassung der Minderheit der Bankstrukturkommission referiert wird: »Durch die Anstaltslast werden nicht nur die Gläubiger der Sparkasse voll geschützt, sondern außerdem der Fortbestand und die Funktionsfähigkeit des Instituts gewährleistet«¹¹.

Teilweise wird die Anstaltslast lediglich als Pflicht der Kommunen gegenüber dem Staat angesehen¹², als Obliegenheit¹³, deren Erfüllung allerdings notfalls aufsichtlich erzwungen werden kann¹⁴. *Schlierbach* räumt der Sparkasse einen eigenen Anspruch ein¹⁵, der jedoch nicht vermögensrechtlich, sondern höchstpersönlich sein soll und deshalb für nicht abtretbar gehalten wird¹⁶. Die Anstaltslast soll ein »allgemeines und unabdingbares Prinzip des Verwaltungsrechts«¹⁷ darstellen und nicht abgeschafft werden können¹⁸.

Ohne auf diese Aussagen zum Rechtscharakter¹⁹ und

zur Disponibilität der Anstaltslast näher einzugehen, soll im folgenden untersucht werden, ob die Anstaltslast als Verpflichtung, die Anstalt zur Erfüllung ihrer Aufgaben in stand zu halten – der Bilanzausgleich würde lediglich einen Sonderfall einer solchen allgemeinen Pflicht darstellen –, rechtlich begründet ist.

2. Die sparkassenpolitischen Vorzüge der Anstaltslast

Um den politisch-tatsächlichen Hintergrund dieser Fragestellung aufzuhellen, ist es angebracht, noch kurz einen Blick auf die Vorteile zu werfen, die die Anstaltslast aus der Sicht der Sparkassen, vorausgesetzt sie besteht, mit sich bringt.

Beim Auftreten größerer Verluste wird das Eintreten des Gewährträgers aufgrund der Gewährträgerhaftung zwangsläufig publik; führt der Gewährträger die notwendigen Geldmittel, statt sie an die Gläubiger direkt auszahlend, der Sparkasse zu, wie dies der Anstaltslast entspricht, sind die Chancen für eine stille Deckung der Verluste erheblich größer²⁰. Darüber hinaus vermag die aus der Anstaltslast abgeleitete Forderung nach ausreichender Ausstattung in diesen Fällen Überlegungen beim Gewährträger, ob die Sparkasse weitergeführt werden soll, mindestens zu erschweren. In diesem Sinne ist die Anstaltslast 1937 eingesetzt worden, um die Reste der Bankenkrise von 1931 im Sparkassenbereich zu beseitigen²¹. In jüngster Zeit hat sich die Krise um die Hessische Landesbank in der Diskussion über die Anstaltslast niedergeschlagen²². Allerdings sind inzwischen auch Zweifel laut geworden, ob die stille Verlustdeckung mit dem öffentlichen Auftrag der Sparkassen vereinbar ist²³.

Die Anstaltslast hätte neben der Gewährträgerhaftung auch die Wirkung eines absoluten Gläubigerschutzes. Kreditwirtschaftspolitisch hat sie aus der Sicht der Bankenaufsicht im Vergleich zur Gewährträgerhaftung den Vorteil, daß öffentliches Aufsehen mit seinen Auswirkungen auf das gesamte Banksystem vermieden wird. Es wundert deshalb nicht, daß der »Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung« die Anstaltslast besonders betont²⁴ und daß sie in Darstellungen über die Einlagensicherung in der Bundesrepublik Deutschland ausführlich berücksichtigt wird²⁵.

Der Abbau von Steuervorteilen und verschiedene andere Entwicklungen haben die Sparkassen vor Probleme bei der Eigenkapitalausstattung gestellt. Nach dem Kreditwesengesetz muß das Eigenkapital eines Kreditinstituts nämlich in einem bestimmten Verhältnis zum Ge-

widrigkeit gemacht werden könnte (vgl. *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, München 1979, Einleitung Rdnr. 44).

20 Josef Hoffmann, Deutsche Sparkasseneinheit, Stuttgart 1969, S. 111; Volkhard Szagunn/Heinz Voigt, Einlagensicherung in der Kreditwirtschaft, Frankfurt a. M. 1966, S. 47.

21 Vgl. Janbernd Oebbecke, Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, Siegburg 1980, S. 32 ff.

22 Hierhin wird man wenigstens den Aufsatz von *Schlierbach* (Fußn. 8) und die Kommentierung von Klaus Heinevetter zum § 37 SpkG NW (Loseblatt, 2. Aufl.) rechnen müssen.

23 H. A. Berkenhoff, Der öffentliche Auftrag der Sparkassen und die stille Deckung von Verlusten, Städte- und Gemeindebund 1975, 63 ff.

24 AaO (Fußn. 7), S. 47 ff., 140.

25 Szagunn/Voigt (Fußn. 20), aaO; *Schwark* (Fußn. 9), aaO; *Scholl* (Fußn. 13), aaO.

7 Bericht der Bundesregierung über die Untersuchung der Wettbewerbsverschiebungen im Kreditgewerbe und über eine Einlagensicherung vom 18. 11. 1968 (BT-Drucks. V/3500).

8 Helmut *Schlierbach*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, Kommunalwirtschaft 1975, 447 (Klammern im Originaltext).

9 Eberhard *Schwark*, Einlagensicherung bei Banken, NJW 1974, 1849 (1853); ähnlich z. B. Hans-Dieter *Ablers*, Die Anstaltslast bei den Gewährträgern von Sparkassen, ZGKW 1974, 57 f.

10 Hellmuth *Bücken*, DSGV: An den Haftungszusagen der Kommunen besteht kein Zweifel, der Landkreis 1981, 130.

11 Bericht (Fußn. 1), S. 384 f. Rdnr. 1284; ohne diese Einschränkung auch *Bücken* (Fußn. 10), aaO.

12 Klaus *Stern*/Joachim *Burmeister*, Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart 1972 S. 27; Karl-Heinz *Rothe*, Sparkassengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Aufl., Siegburg 1976, § 2 Anm. IV.

13 Klaus *Stern*/Michael *Nierhaus*, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, München 1976, S. 107; Claus *Scholl*, Einlagensicherung bei Kreditinstituten, JuS 1981, 88 (89).

14 *Ablers* (Fußn. 9), S. 59, sowie die in Fußn. 13 Genannten, aaO.

15 AaO (Fußn. 8), S. 449.

16 *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 453.

17 *Stern/Nierhaus* (Fußn. 13), S. 90.

18 Thomas *Kurze*, Probleme und Verbesserungsmöglichkeiten der Eigenkapitalausstattung kommunaler Sparkassen, Diss. Aachen 1977, S. 218.

19 So wird im juristischen Sprachgebrauch für eine Obliegenheit üblicherweise als charakteristisch angesehen, daß ihre Erfüllung nicht erzwungen werden kann, sondern dem Belasteten für den Fall der Nichtbeachtung Rechtsnachteile in Aussicht gestellt sind, ohne daß ihm jedoch der Vorwurf der Rechts-

schäftsvolumen stehen. Droht dieses Verhältnis überschritten zu werden, muß entweder die Eigenkapitalausstattung verbessert oder auf die weitere Geschäftsausweitung verzichtet werden. Ein Lösungsvorschlag besteht nun in der Erhöhung des Eigenkapitals der Sparkassen durch die Zuführung sogenannten Dotationskapitals durch die Gewährträger. Als Dotationskapital wird Eigenkapital bezeichnet, das den Sparkassen durch Gewährträger ähnlich wie bei der Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft durch die Aktionäre zur Verfügung gestellt wird²⁶. Die Anstaltslast wird in der Diskussion über die Gewährung solchen Dotationskapitals als Argument eingesetzt²⁷.

Darüber hinaus hat sich gezeigt, daß die Anstaltslast als sparkassenpolitisches Allheilmittel im Verhältnis zwischen Gewährträger und Kommune eingesetzt werden kann; so ist beispielsweise im Rahmen der auf die kommunalen Gebietsreform folgenden Sparkassenneuordnung in Nordrhein-Westfalen die Anstaltslast herangezogen worden, um zu begründen, daß ein Gewährträger seiner Sparkasse »nicht ohne rechtlich und wirtschaftlich zwingenden Grund die Rechtswohltat des Zuwachsanspruches (auf die nach der Neugliederung im Stadtgebiet liegenden Zweigstellen einer anderen Sparkasse) entziehen darf«²⁸.

Wie einleuchtend diese Überlegungen teilweise nicht nur aus der Sicht der Sparkassen auch sein mögen, zur Annahme einer rechtlichen Pflicht des Gewährträgers reichen die sparkassenpolitischen Vorzüge der Anstaltslast nicht aus.

3. Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Die wichtigste Autorität, auf die sich die Vertreter der Anstaltslast berufen²⁹, ist auch heute noch die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 4. 6. 1897³⁰. Um die in diesem Zusammenhang zitierten Passagen der Entscheidung würdigen zu können, lohnt es sich, kurz den Gegenstand des damaligen Verfahrens darzustellen³¹.

1866 war auf Beschluß des Amtes Herne eine Sparkasse für die Gemeinden des Amtes eingerichtet worden. Im Zuge der schnellen industriellen Entwicklung des Amtsgebietes wurde 1875 das Amt Wanne, bestehend aus fünf der ursprünglich elf Gemeinden des Amtes Herne, ausgegliedert. Kurze Zeit nach der Abtrennung des Amtes Wanne verschwand der Rendant der Sparkasse spurlos und mit ihm Geld der Sparkasse in Höhe von mehr als einer $\frac{3}{4}$ Mio. Mark, damals die Summe von 1000 Bergarbeiter-Jahreslöhnen. Zur Deckung der Verluste vereinbarten die beiden Ämter mit Genehmigung des Oberpräsidenten, sich in Höhe des Defizits zu Darlehensschuldern der Sparkasse zu erklären, die Schuld zu verzinsen und mit jährlich mindestens 1 % zu amortisieren. Die erforderlichen Gelder sollten im Verhältnis der direkten Staatssteuern aufgebracht werden. Diese Regelung wurde zehn Jahre lang praktiziert; für das Rechnungsjahr 1893/94 – zwischenzeitlich war 1891 die Gemeinde Eickel als Amt aus

dem Amt Wanne ausgegliedert worden – verlangte das Amt Herne eine Änderung des bisherigen Verteilungsmaßstabes in der Weise, daß die Staatssteuern nur insoweit zu berücksichtigen seien, als sie mit kommunalen Zuschlägen herangezogen werden konnten. Eine Änderung des Steuerrechts hatte nämlich dazu geführt, daß in Herne eine Reihe von Bergwerksgesellschaften zwar zur Staatssteuer veranlagt, aber nicht zu kommunalen Steuerzuschlägen herangezogen werden konnten, weil die Betriebsstätten außerhalb des Amtsgebietes lagen. Nachdem eine Einigung nicht zustande gekommen war, ordnete der Regierungspräsident die Zwangsetatisierung, also die zwangsweise Einsetzung einer entsprechenden Ausgabeposition in den Haushalt, durch den zuständigen Landrat in Bochum an. Das Oberverwaltungsgericht entschied über die Berufung gegen das Urteil des Bezirksausschusses, mit dem dieser die Klage gegen die Zwangsetatisierung zurückgewiesen hatte.

Bei seiner Entscheidung stand das Oberverwaltungsgericht vor der Schwierigkeit, daß es über die eigentliche Streitfrage des Verteilungsmaßstabes nur entscheiden konnte, wenn die Zwangsetatisierung überhaupt zulässig war. Zweifelhaft war das deswegen, weil die Zwangsetatisierung gesetzlich ausdrücklich auf »gesetzlich obliegende« Leistungen beschränkt war. Vertraglich übernommene Verpflichtungen – hier lag ein Darlehensvertrag vor – wurden nicht als gesetzlich obliegend angesehen. Das Gericht half sich nun aus der Schwierigkeit, indem es aus der in Nr. 1 des Preußischen Sparkassenreglements festgelegten Pflicht der Kommune, »die Vertretung der Sparkasse in allen Fällen zu übernehmen«, eine gesetzliche Verpflichtung zur Leistung an die Sparkasse ableitete. Zwar sei mit der Vertretungspflicht zunächst nur die Pflicht umfaßt, bei Zahlungsunfähigkeit der Sparkasse ihren Gläubigern gegenüber für die Verpflichtungen einzutreten, sie schließe »aber auch die weitergehende (Pflicht) in sich, die Sparkasse, solange sie besteht, durch die Gewährung der erforderlichen Mittel in Stand zu setzen, ihren Verpflichtungen gerecht zu werden und den Geschäftsverkehr fortzusetzen«³².

Wie es also ausdrücklich selbst feststellt, hatte das Preußische Oberverwaltungsgericht durchaus bemerkt, daß der »Vertretungspflicht« der Kommune im Außenverhältnis zum Sparkassengläubiger keine Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis zwischen Sparkasse und Kommune entnommen werden konnten. Um in der Sache entscheiden zu können, hat es sich über diese Schwierigkeit aber recht apodiktisch hinweggesetzt. Dieses Vorgehen des Gerichts mag man im Abstand von fast einem Jahrhundert für entschuldbar halten. Auch wenn man es nicht als Fehler, sondern als eine methodisch zulässige erweiternde Auslegung des Preußischen Sparkassenreglements ansehen wollte³³, hätte aber die Entscheidung mit der Aufhebung des Sparkassenreglements beim Inkrafttreten der Kodifikationen in den Bundesländern³⁴ ihre Bedeutung verloren und außerhalb des Geltungsbereichs des Sparkassenreglements niemals Verbindlichkeit besessen.

Heute besteht auch unter den Befürwortern der Anstaltslast Einigkeit, daß die Ableitung der Anstaltslast aus der Haftung der Kommune gegenüber den Gläubigern der

26 Vgl. *Kurze* (Fußn. 18), S. 186 ff.; *Oebbecke* (Fußn. 21), S. 19.

27 *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 450 f.; *Ablers* (Fußn. 9), S. 58; Hans-Ludwig *Oberbeckmann*, Die Eigenkapitalausstattung der Sparkassen, Sparkasse 1977, 38.

28 *Stern/Nierhaus* (Fußn. 13), S. 91 (Klammerzusatz vom Verf.).

29 Z. B. *Stern/Nierhaus* (Fußn. 13), S. 89; *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 447 f.; *Scholl* (Fußn. 13), S. 91; *Ablers* (Fußn. 9), S. 57; *Schwarke* (Fußn. 9), S. 1853.

30 Az.: - I.872 -, PrVBl. 19 (1897/98), 280 ff.

31 Zum folgenden vgl. *Oebbecke* (Fußn. 21), S. 26 ff. m. w. N.

32 AaO (Fußn. 30), S. 281 (Klammerzusatz vom Verf.).

33 Vgl. »Wi.« (wohl: *Winkelmann*), Besprechung von *Oebbecke* (Fußn. 21), Sparkasse 1981, 272.

34 In NW z. B. am 1. 4. 1958 gemäß § 53 Nr. 1 des Sparkassengesetzes vom 7. 1. 1958 (GV S. 5, ber. S. 352).

Sparkasse nicht möglich ist³⁵. »Für die Verbindlichkeiten der Sparkasse haftet die Gemeinde oder der Gemeindeverband als Gewährträger unbeschränkt. Die Gläubiger der Sparkasse können den Gewährträger nur in Anspruch nehmen, soweit sie aus dem Vermögen der Sparkasse nicht befriedigt werden«, lautet beispielsweise § 5 des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes. Diese Gewährträgerhaftung regelt lediglich das Außenverhältnis; über die Beziehung zwischen Gewährträger und Sparkasse trifft sie keine Aussage.

4. Das Verhältnis Anstaltsträger-Anstalt

Einige Autoren versuchen, aus dem Verhältnis zwischen Anstaltsträger und Anstalt Begründungen für das Bestehen der Anstaltslast abzuleiten.

Teilweise wird darauf abgehoben, daß die Kommune eine »Verantwortung für das von ihr ins Leben gerufene Rechtssubjekt« habe³⁶; die Instandhaltungspflicht wird also aus der Tatsache der Gründung der Anstalt abgeleitet. Nichts spricht jedoch dafür, daß die Gründung einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts eine Verpflichtung der Errichtungskörperschaft zur Instandhaltung der Anstalt auslösen würde. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit gibt der Anstalt keine Ansprüche gegenüber dem Anstaltsträger. Für einen Instandhaltungsanspruch einer juristischen Person gegen die Gründer aufgrund der Gründung fehlt es auch im Zivilrecht an Beispielen. Ob – etwa in Analogie zum Aktienkonzernrecht³⁷ – Dritte geschützt werden müssen, ist eine völlig andere Frage.

Eine zweite Gruppe von Autoren stellt darauf ab, daß die Anstalt Trägeraufgaben wahrnehme und die Wahrnehmung der Aufgaben gefährdet sei, wenn der Anstaltsträger die Anstalt nicht instand halte: »Der öffentlich-rechtliche Anstaltsträger betraut in seinem zumeist gesetzlich festgelegten Gründungsauftrag die Anstalt mit der Wahrnehmung einer Tätigkeit, die »öffentlichen« Belangen und Zielen gewidmet ist... Mit der Errichtung der Sparkasse hat die Gemeinde die von ihr wahrzunehmende Aufgabe aber noch nicht erfüllt. Wenn nämlich das Muttergemeinwesen die Anstalt wirtschaftlich und rechtlich ihrem eigenen Schicksal überläßt oder sogar anstaltsschädigende Maßnahmen ergreift, so wäre die weitere Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe erheblich erschwert und u. U. vereitelt³⁸.«

Die rechtsfähige Anstalt Sparkasse erfüllt Aufgaben ihres Gewährträgers. Dieser Ausgangspunkt der Argumentation ist zutreffend; allgemein wird die kreditwirtschaftliche Betätigung ja zu den durch die Selbstverwaltungsgarantie geschützten Agenden der Gemeinde gezählt³⁹. Auch

andere Anstalten nehmen Aufgaben ihrer Träger wahr. Daraus kann jedoch nicht auf das Bestehen einer Instandhaltungspflicht geschlossen werden. Das ergibt sich zum einen daraus, daß die Gründung einer rechtsfähigen Anstalt den Träger nicht dahin bindet, wie er die Aufgabe, die diese Anstalt wahrzunehmen hat, dotiert. Es bleibt weiter in seine Entscheidung gestellt, wie intensiv er die Aufgabe wahrnimmt und welche Mittel er dafür einsetzen will.

Durch die Gründung der Sparkassen wird die Entscheidungsfreiheit des Gewährträgers weder hinsichtlich des Ob noch hinsichtlich des Wie der sparkassenwirtschaftlichen Betätigung eingeschränkt. Die Kommune entscheidet in Ausübung ihrer Selbstverwaltung, ob sie die Sparkasse weiterführen will und welchen Umfang diese Aufgabe haben soll. Die »sozial- und kommunalpolitischen Aufgaben sowie ... siedlungs-, investitions- und infrastrukturpolitischen Agenden des öffentlich-rechtlichen Sparkassenauftrages«⁴⁰ werden nicht durch die Sparkassengründung zu Pflichtaufgaben. Ein Funktionsgewährleistungsanspruch i. S. der Anstaltslast käme nur in Betracht, wenn die Kommune verpflichtet wäre, sich kreditwirtschaftlich durch Betrieb einer Sparkasse zu betätigen. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem staatlichen Genehmigungsvorbehalt⁴¹ bei der Errichtung und Auflösung von Sparkassen⁴². Der Genehmigungsvorbehalt ist Ausdruck der ausschließlich beim Staat liegenden Berechtigung, juristische Personen des öffentlichen Rechts zu schaffen⁴³; er gestattet dem Staat nicht, den Gewährträger zu Leistungen an die Sparkasse zu zwingen.

Angesichts der Tatsache, daß beide Argumentationen generell im Hinblick auf rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts formuliert werden und damit Geltung für alle Anstalten beanspruchen, ist die Verwunderung nur zu berechtigt, die einer der Verfechter der Anstaltslast empfindet, wenn er konstatiert, daß die Anstaltslast »keineswegs ein in Literatur und Rechtsprechung allgemein dem öffentlichen Anstaltsrecht zugeordneter« Begriff ist⁴⁴. Im Gegenteil spricht beispielsweise *Wolff* von der Anstalt als »dem Anstaltsträger wie jedem Dritten gegenüber selbständiger rechtlicher Zuordnungs-, Vermögens- und Haftungseinheit« und nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Sparkassen als Beispiel⁴⁵.

5. Das Bestehen eines Gewohnheitsrechts

Neuerdings wird versucht, das Bestehen der Anstaltslast gewohnheitsrechtlich zu begründen. Die Anstaltslast sei durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde, gleichmäßige und allgemeine sei, von den beteiligten Kommunen, Sparkassen und Aufsichtsbehörden und auch von der Rechtsprechung als verbindliche Rechtsnorm anerkannt⁴⁶.

Die keineswegs mehr selbstverständliche grundsätzliche Anerkennung des Gewohnheitsrechts⁴⁷ vorausgesetzt, wer-

35 So ausdrücklich *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 448; *Rothe* (Fußn. 12), § 2 Anm. IV; *Valentin Lohr*, *Satzungsgewalt und Staatsaufsicht*, Stuttgart 1963, S. 29; als gesetzlich nicht geregelt bezeichnen die Anstaltslast: *Scholl* (Fußn. 13), S. 91; *Szaggum/Voigt* (Fußn. 30), S. 45; anders neuerdings aber wohl »Wi« (Fußn. 33).

36 Wettbewerbsenquôte (Fußn. 7), S. 47; *Rothe* (Fußn. 12) § 2 Anm. IV; *Helmut Schlierbach*, *Kommentar zum Hessischen Sparkassengesetz*, 2. Aufl., Stuttgart 1971, § 3 Anm. 2 A; *Lohr* (Fußn. 35), S. 29 f.; *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 448 f.

37 Vgl. *Günter Nesselmüller*, *Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften*, Siegburg 1977, passim.

38 *Stern/Nierhaus* (Fußn. 13), S. 90; ähnlich *Heinevetter* (Fußn. 22), § 37 Rdnr. 5.

39 VerFGH NW, Urteil vom 11. 7. 1980 – VerFGH 8/79 –, DVBl. 1981, 216; *Janbernd Oebbecke*, *Rechtsschutz in der Sparkassenneuordnung*, Städte- und Gemeinderat 1979, 212 (213) m. w. N.

40 *Stern/Nierhaus* (Fußn. 13), S. 90.

41 Vgl. z. B. § 1 Abs. 1 Satz 2 SpkG NW.

42 So aber »Wi.« (Fußn. 33), aaO.

43 *Heinevetter* (Fußn. 22), § 2 Rdnr. 3; *Rothe* (Fußn. 12), § 1 Anm. IV 1.

44 *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 447.

45 *Hans J. Wolff/Otto Bachof*, *Verwaltungsrecht II*, 4. Aufl., München 1976, § 98 II b 1.

46 *Schlierbach* (Fußn. 8), S. 448; *Heinevetter* (Fußn. 22), § 37 Rdnr. 5.

47 Vgl. etwa *Hans-Otto Freitag*, *Gewohnheitsrecht und Rechtssystem*, Berlin 1976, S. 169 f. und passim.

den für die Anerkennung eines Gewohnheitsrechtssatzes drei Bedingungen aufgestellt⁴⁸:

Es muß sich um eine lang andauernde und allgemeine Übung handeln, die Beteiligten müssen von der rechtlichen Gebotenheit der Übung überzeugt sein, und die Übung muß als Rechtsnorm formulierbar sein.

Das ungeschriebene Gewohnheitsrecht ist wie geschriebenes Recht für Entstehung und Geltung an die verfassungsrechtlichen Gesetzgebungszuständigkeiten gebunden. Die Anstaltslast, die in den Sachzusammenhang des Sparkassenorganisationsrechts gehört und damit allein der Landeskompetenz zuzuordnen ist, kann also nur durch Landesgewohnheitsrecht begründet worden sein. Bei der Prüfung, ob ein solches Gewohnheitsrecht zu bejahen ist, ist also allein auf die Verhältnisse im jeweiligen Bundesland abzustellen; die Geltung der Anstaltslast in Schleswig-Holstein kann beispielsweise nicht mit einer bayerischen Praxis begründet werden.

Deutlich zu unterscheiden ist das Gewohnheitsrecht von der Auslegung geschriebenen Rechts. Für Nordrhein-Westfalen bedeutet das beispielsweise, daß sich ein Gewohnheitsrecht mit dem Inhalt der Anstaltslast so lange nicht bilden konnte, wie diese – wenn auch irrtümlich – unter Berufung auf das Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts dem Sparkassenreglement entnommen wurde. Außer Kraft gesetzt wurde das Sparkassenreglement mit dem Inkrafttreten des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes am 1. 4. 1958. Ein entsprechender Gewohnheitsrechtssatz konnte sich also erst seit dieser Zeit bilden, und auch das nur, wenn man die wohl begründeten Bedenken gegen die Bildung von Gewohnheitsrecht in kodifizierten Rechtsgebieten⁴⁹ zurückstellt. Letztlich kommt es aber auf diese Einwände nicht an.

Für die Annahme einer lang andauernden Übung fehlt es bei der Anstaltslast vor allem an der »Übung«, die ja ein häufigeres Vorgehen entsprechend dem zu bildenden Gewohnheitsrechtssatz und nicht nur eine Praxis in wenigen Fällen voraussetzt. Die seltenen Fälle des Ausgleichs von Sparkassenverlusten durch Gewährträger in den einzelnen Bundesländern nach Inkrafttreten der Kodifikationen des Sparkassenrechts reichen zur Annahme einer solchen Übung jedenfalls nicht aus⁵⁰. Daß, soweit ersichtlich, in zwei Fällen Gerichte die Anstaltslast als Beleg für die enge Verbindung zwischen Sparkasse und Kommune genannt haben⁵¹, stellt keine für die Annahme einer Übung notwendige Praktizierung der Anstaltslast dar.

Scheitern muß die gewohnheitsrechtliche Begründung der Anstaltslast auch an dem subjektiven Erfordernis der Überzeugung der Beteiligten – nicht nur der Begünstigten – von der rechtlichen Gebotenheit. Dort, wo Kommunen ihren Sparkassen finanziell beigesprungen sind, dürfte

dies schwerlich im Bewußtsein der Erfüllung einer Rechtspflicht geschehen sein; ausschlaggebend sind in solchen Fällen wohl regelmäßig andere, kommunalpolitische oder rein sparkassenpolitische Überlegungen.

6. Anstaltslast und Selbstverwaltungsgarantie

Die Annahme einer Instandhaltungspflicht i. S. der Anstaltslast hätte beträchtliche Konsequenzen für die Gewährträger von Sparkassen. Nach den kreditwirtschaftsrechtlichen Vorschriften müssen Kreditinstitute ein Eigenkapital haben, das seiner Höhe nach in einem bestimmten Verhältnis zum Geschäftsvolumen steht⁵². Nur wenn das Vermögen des Kreditinstituts seine Verbindlichkeiten übersteigt – die Differenz stellt das Eigenkapital dar –, kann es nämlich im Kreditgeschäft unvermeidlich gelegentlich auftretende Verluste und Ausfälle verkraften, ohne daß die Sicherheit der Einlagen gefährdet wird. Hat das Eigenkapital als Differenz zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten nicht die erforderliche Höhe, gibt es nach den kreditwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen nur zwei Möglichkeiten: entweder wird Eigenkapital zugeführt oder das Geschäftsvolumen reduziert. Die Anstaltslast würde die Gemeinde dazu verpflichten, in jedem Fall Eigenkapital zuzuführen.

Auf diesem Hintergrund wird auch deutlich, daß die Anstaltslast sehr viel häufiger zum Zuge kommen muß als die Gewährträgerhaftung. Die Gewährträgerhaftung setzt erst ein, wenn das Vermögen der Sparkasse zur Deckung der Verbindlichkeiten nicht mehr ausreicht, die Anstaltslast bereits dann, wenn es die Verbindlichkeiten nicht mehr soweit übersteigt, wie dies im Hinblick auf das kreditwirtschaftsrecht erforderlich ist. Neuerdings wird die Anstaltslast überdies so verstanden⁵³, daß der Gewährträger im Falle des Entstehens von Verlusten, die sein Eintreten aus der Gewährträgerhaftung erforderlich machen, nicht mehr die Wahl habe, sich der Haftung zu stellen und die Sparkasse zu schließen, sondern gezwungen sei, so viel Kapital aufzubringen, daß die Fortführung des Betriebes möglich ist.

Der durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden und Gemeindeverbände würde durch die Anstaltslast also in doppelter Hinsicht berührt: Die kreditwirtschaftliche Betätigung der Kommunen genießt als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG (Sparkassenhoheit)⁵⁴. Eine Bestandsgarantie für die Sparkasse, wie sie neuerdings unter der Bezeichnung der Anstaltslast angenommen wird, würde aus der freiwilligen Aufgabe eine Pflichtaufgabe machen. Die Instandhaltungspflicht gegenüber der Sparkasse »für die Dauer ihres Bestehens« würde die Kommune zwingen, sich in von ihr selbst nicht bestimmtem Umfang sparkassenwirtschaftlich zu betätigen, denn sie müßte jede Ausweitung des Geschäftsvolumens durch Zahlung des entsprechenden Dotationskapitals nachvollziehen.

Durch die Institutionsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG ist aber auch die Finanzhoheit der Gemeinde und Gemeindeverbände gewährleistet, also das Recht, die Einnahme- und Ausgabewirtschaft einschließlich der Haushaltsführung eigenverantwortlich zu regeln⁵⁵. Die Anstaltslast würde

48 Vgl. die Nachweise bei *Oebbecke* (Fußn. 21), S. 57 ff.

49 BVerfG, Beschluß vom 8. 1. 1959 – 1 BvR 296/57 –, BVerfGE 9, 109 (113).

50 *Schlierbach* (Fußn. 8) spricht S. 450 davon, daß die »allgemeine, laufende Instandhaltungspflicht noch nicht allzu oft praktiziert worden« sei, »während es in den 50er Jahren und auch in neuester Zeit – allerdings sehr wenige – Fälle der Inanspruchnahme des Gewährträgers zwecks Ausgleich einer Unterbilanz der Sparkasse gegeben« habe. Das kann nur so verstanden werden, daß die Zahl der Anwendungsfälle der allgemeinen Instandhaltungspflicht noch geringer als »sehr wenige« ist.

51 HessVGH, Urteil vom 23. 3. 1966 – OS II 6/63 –, ESvGH 16, 151 (153); FinG Rh.-Pf., Urteil vom 28. 1. 1969 – II 455-456/66 –, EFinG 1969, 239 (240).

52 Dazu s. *Oebbecke* (Fußn. 21), S. 8 ff. m. w. N.

53 Siehe oben Fußn. 11.

54 Siehe die Nachweise in Fußn. 39.

55 *Albert von Mutius*, Gutachten E zum 53. Deutschen Juristentag, München 1980, S. 115 m. w. N.

dieses Recht beschränken; denn auf den Umfang der zu ihrer Erfüllung notwendig werdenden Ausgaben hätte die Kommune keinen Einfluß. Einschränkungen der kommunalen Selbstverwaltung sind nur zulässig, wenn sie durch Gesetz erfolgen und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind⁵⁶. Für ein Gesetz i. S. des Art. 28 Abs. 1 GG werden formelle Gesetze⁵⁷, mindestens aber Rechtsverordnungen⁵⁸ gefordert. Schon daran muß eine gewohnheitsrechtliche und somit ungeschriebene Anstaltslast scheitern.

Materiell wäre die Anstaltslast nur dann mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar, wenn Gründe des öffentlichen Wohls

die mit ihr verbundene Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts rechtfertigen würden. Gründe, die es rechtfertigen würden, die Kommune dazu zu zwingen, jedes Wachstum ihrer Sparkasse 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, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil müßte eine Herausnahme der sparkassenwirtschaftlichen Betätigung aus der Konkurrenz mit anderen kommunalen Bedarfsträgern starke Bedenken hervorrufen.

7. Ergebnis

Eine Rechtspflicht, wie sie unter der Bezeichnung Anstaltslast behauptet wird, besteht also nicht. Ihre Einführung würde verfassungsrechtlich an Art. 28 Abs. 2 GG scheitern.

Dieses Ergebnis hindert nicht daran, die Anstaltslast als sparkassenpolitische Maxime zu betrachten und sich entsprechend zu verhalten. Rechtlich geboten ist ein solches Verhalten jedoch nicht.

56 *Von Mutius* (Fußn. 55) S. 44 m. w. N.

57 *Maunz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, München, Art. 28 Rdnr. 51; Karl *Zuborn/Werner Hoppe*, Gemeinde-Verfassung, 2. Aufl., Siegburg 1962, S. 54.

58 *Stern*, in: Bonner Kommentar, Loseblatt, Hamburg, Art. 28 Rdnr. 115; *Roters*, in: Ingo von Münch (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, München 1976, Art. 28 Rdnr. 51; *von Mutius* (Fußn. 55), S. 38.