



Universität Potsdam



Michael Nierhaus

## Rechtsprobleme der Gründung einer kommunalen Sparkasse

Michael Nierhaus

**Rechtsprobleme der Gründung  
einer kommunalen Sparkasse**

KWI-Gutachten | I

### **Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

- Herausgeber: Prof. Dr. Michael Nierhaus  
Geschäftsführender Direktor des  
Kommunalwissenschaftlichen Instituts (KWI)  
Am Park Babelsberg 14, 14482 Potsdam  
Fon +49 (0) 0331 977 4534 / Fax 4531  
e-mail: [kwi@uni-potsdam.de](mailto:kwi@uni-potsdam.de)  
[www.uni-potsdam.de/u/kwi/index.htm](http://www.uni-potsdam.de/u/kwi/index.htm)
- Druck: Audiovisuelles Zentrum der Universität Potsdam  
und sd:k Satz Druck GmbH Teltow
- Vertrieb: Universitätsverlag Potsdam  
Postfach 60 15 53, 14415 Potsdam  
Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam  
Fon +49 (0) 331 977 4517 / Fax 4625  
e-mail: [ubpub@uni-potsdam.de](mailto:ubpub@uni-potsdam.de)  
<http://info.ub.uni-potsdam.de/verlag.htm>

Dieses Manuskript ist urheberrechtlich geschützt. Es darf ohne vorherige Genehmigung der Autoren / Herausgeber nicht vervielfältigt werden.

KWI-Gutachten I

ISSN 1439-8907

ISBN 3-939469-15-7

ISBN 978-3-939469-15-5

© Kommunalwissenschaftliches Institut der Universität Potsdam, 2006

## Gliederung

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Vorwort</b>  | <b>5</b>  |
| <b>A. Tatbestand, normative Ausgangslage und Gutachtenfragen</b>  | <b>7</b>  |
| I. Grundlagen   | 7         |
| II. Gutachtenfragen   | 16        |
| <b>B. Rechtsanspruch der Stadt Braunschweig auf Errichtung einer eigenen Sparkasse</b>  | <b>16</b> |
| I. Errichtungsbefugnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG   | 16        |
| II. Sparkassenhoheit und Sparkasseneinrichtungsbefugnis als Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 und 3 NV | 20        |
| 1. Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgarantie   | 20        |
| 2. Rechtsprechung   | 20        |
| 3. Literatur  | 24        |
| 4. Stellungnahme  | 25        |
| III. Keine Berufung der Stadt Braunschweig auf den allgemeinen Gleichheitssatz  | 33        |
| IV. Keine Geltung des Regionalprinzips im Verhältnis unter Landesbanken und kommunalen Sparkassen   | 34        |
| V. Die Rechtslage nach der Fusion der BLSK mit der Nord-LB im Jahre 1970 und den Bestimmungen des StV NordLB von 2005   | 43        |
| 1. Die Fusion im Jahre 1970   | 43        |
| a. Fortführung der BLSK als rechtlich unselbstständige Abteilung der Nord-LB  | 43        |
| b. Die Regelungen des § 19 Absätze 3 bis 5 NordLBG  | 46        |
| aa. Ausgleichszahlungen nach § 19 Abs. 3 NordLBG  | 46        |
| bb. Die Kommunalisierungsmöglichkeit nach § 19 Abs. 4 NordLBG   | 47        |
| cc. Errichtung kommunaler Sparkassen im Geschäftsgebiet der BLSK (§ 19 Abs. 5 NordLBG)  | 49        |
| c. Ergebnis   | 55        |
| 2. Der Staatsvertrag über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale – vom 19. Juli 2005  | 55        |

|  |           |
|--|-----------|
| VI. Rechtsanspruch der Stadt Braunschweig auf Genehmigung<br>der Errichtung einer eigenen kommunalen Sparkasse | 56        |
| 1. Die normative Ausgangslage  | 56        |
| 2. Der Genehmigungstatbestand des § 1 Abs. 2 NSpkG:<br>Rechtsaufsicht oder staatlich-kommunales Kondominium?   | 57        |
| 3. Erweiterte präventive Rechtsaufsicht  | 61        |
| 4. Anspruch auf Erteilung der sparkassen-<br>aufsichtsbehördlichen Genehmigung                                 | 65        |
| <b>C. Gesamtergebnisse</b>   | <b>65</b> |

### **Vorwort**

Die vorliegende Untersuchung ist aus einem rechtswissenschaftlichen Gutachten hervorgegangen, das der Autor im Auftrag des Oberbürgermeisters der Stadt Braunschweig erstellt hat. Die Stadt und weitere Kommunen des früheren Landes Braunschweig unterhalten aus historischen Gründen keine eigenen öffentlich-rechtlichen Sparkassen. Die Sparkassenfunktion nimmt faktisch die Norddeutsche Landesbank-Girozentrale wahr.

Gegenstand der Monographie ist demgemäß die Durchsetzung der kommunalen Sparkassenhoheit im Geschäftsgebiet einer Landesbank. Die damit verbundenen Rechtsprobleme beschränken sich nicht auf das Niedersächsische Sparkassenrecht, sondern sind von allgemeinem Interesse. Ähnliche Rechtsfragen ergeben sich z.B. bei der aufsichtsbehördlichen Genehmigung der Vereinigung von kommunalen Sparkassen in Abgrenzung zur Geschäftstätigkeit von Landesbanken. Im Übrigen gibt es auch außerhalb Braunschweigischen Raumes viele kreisangehörige Gemeinden, die nicht Träger einer Sparkasse oder Mitglieder in einem Sparkassenzweckverband sind. Auch sie könnten ihr verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG verankertes Recht geltend machen, eine eigene Sparkasse zu errichten.

Potsdam, den 28.03.2006

**Michael Nierhaus**



## A. Tatbestand, normative Ausgangslage und Gutachtenfragen

### I. Sachverhalt und normative Grundlagen

Die Auseinandersetzung um die sparkassenmäßige Versorgung der Stadt Braunschweig, die über keine eigene Sparkasse verfügt, hat den folgenden *historischen Hintergrund*:

Im ehemaligen Land Braunschweig hat sich ein sog. *Staatsbanken- bzw. Landessparkassensystem* entwickelt; in den benachbarten preußischen Landesteilen existierte und besteht daneben heute noch ein *kommunales Sparkassensystem* aus zunächst rechtlich unselbstständigen, ab 1931 (nach der 3. Notverordnung des Reichspräsidenten vom 06.10.1931) rechtlich selbstständigen kommunalen Sparkassen.

– RGBl. I S. 537 –

Vorläufer der *Braunschweigischen Staatsbank* war das im Jahre 1765 gegründete herzoglich braunschweig-lüneburgische „Leyhaus“, das unter der „höchsten Garantie“ des Herzogs stand.

– Vgl. „Verordnung die Errichtung eines Leyhauses betreffend“, abgedr. in: *Achterberg*, Braunschweigische Staatsbank, 1965, S. 17; allg. zur Geschichte der Nord-LB: *Dulp*, Das Braunschweiger Bankwesen, Adreßbuch Braunschweig, Ausgabe 1985/86, S. 17 (24 ff.); Nord-LB (Hrsg.), *Gesichter einer Bank*, 1995; *Fries*, Die Girozentralen, 2. Aufl. 1973, S. 52 f.; *F. Becker*, Die Vernetzung der Landesbanken, 1998, S. 175 f. –

Vorgänger der heutigen Braunschweigischen Landessparkasse (nachfolgend BLSK) waren die 1894 als rechtlich unselbstständige Unterabteilungen der herzoglichen Leihhausanstalten gegründeten Sparkassen.

– Braunschweigische GVS Nr. 18 vom 23. Dezember 1934, S. 13 f. –

Sie führten die dynastische Bezeichnung „Herzogliche Braunschweig-Lüneburgische Leihhausanstalt“ bzw. „Herzoglich Braunschweigische Sparkasse“ (ab dem Geschäftsjahr 1918/1919 „Leihhausanstalt Braunschweigische Staatsbank“).

– *Achterberg*, aaO, S. 151 –

Das Braunschweigische Staatsbankengesetz vom 20. Dezember 1919

– Braunschweigische GVS 1920, S. 1 –

firmierte die Leihhausanstalt in „Braunschweigische Staatsbank“ um, die nach § 1 Satz 1 eine öffentliche Anstalt mit selbstständiger Rechtsfähigkeit und eigenem Grundvermögen war. Gemäß § 2 stand die Braunschweigische Sparkasse, welche ebenfalls eine öffentliche Anstalt mit selbstständiger Rechtsfähigkeit und eigenem Vermögen war, unter der Verwaltung der Staatsbank. Sie hatte ihren Sitz in der Stadt Braunschweig und diente der Pflege des Sparverkehrs. Aktivgeschäfte durfte sie nicht tätigen. Die Braunschweigische (Landes-) Sparkasse übernahm die ehemals herzoglichen Sparkassen. Nach § 14 Abs. 4 des Staatsbankengesetzes wurden die Kassengeschäfte der Landessparkasse durch die bei den Staatsbank-Kassen eingerichteten oder durch besondere Sparstellen besorgt.

Unabhängig vom Staatsbankengesetz ging die Vorschrift des § 2 Abs. 2 SpkG von 1929

– GVS 1929 Nr. 40, S. 193 –

davon aus, dass die Braunschweiger Kommunalkörperschaften auch eigene Sparkassen errichten durften:

„Die Errichtung eigener Sparkassen durch Kreisgemeindeverbände, Städte und Landesgemeinden bedarf der Genehmigung des Ministers des Innern im Einvernehmen mit dem Finanzminister.“

Mit der Gründung des Landes Niedersachsen am 01. November 1946 ging das Land Braunschweig im neuen Land Niedersachsen auf (Art. 1 Abs. 1 NV). Die Braunschweigische Staatsbank wurde dem Land Niedersachsen unterstellt.

Durch das Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen (NSpkG) vom 6. Juli 1962

– Nds. GVBl. S. 77 –

wurden Gemeinden, Landkreise und Zweckverbände, denen nur Gemeinden und Landkreise angehören, ermächtigt, als kommunale Gewährträger Sparkassen zu errichten (§ 1 Satz 1 NSpkG). Die besonderen braunschweigischen Rechtsverhältnisse blieben ausweislich der Vorschrift über das Außer-Kraft-Treten von Rechtsvorschriften (§ 43 NSpkG a. F.) zunächst unangetastet.

Erst durch das Gesetz über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale – (NordLBG) vom 14. Mai 1970

– Nds. GVBl. S. 186 –

wurde die Braunschweigische Staatsbank einschließlich der Braunschweigischen Landessparkasse mit anderen Kreditinstituten (der Niedersächsischen Landesbank - Girozentrale -, der Hannoverschen Landeskreditanstalt und der Niedersächsischen Wohnungskreditanstalt - Stadtschaft -) zur Norddeutschen Landesbank – Girozentrale -, der heutigen Nord-LB, vereinigt.

§ 19 des NordLBG a.F. hatte folgenden Wortlaut:

- „(1) Die Bank führt die Braunschweigische Landessparkasse unter ihrer bisherigen Bezeichnung als besondere Abteilung fort. Über ihr Vermögen und ihre Geschäfte ist gesondert Rechnung zu legen.
- (2) Der Aufsichtsrat beruft für die Landessparkasse einen Beirat. Dieser ist an allen Angelegenheiten der Landessparkasse zu beteiligen, die für ihr Gebiet von besonderer Bedeutung sind.
- (3) Die Bank zahlt an die Landkreise und kreisfreien Städte im Geschäftsgebiet der Landessparkasse jährlich bis zum 30. Juni für jeden ihrer Einwohner im Geschäftsgebiet der Landessparkasse den Betrag, den die Gewährträger niedersächsischer Sparkassen im vorangegangenen Geschäftsjahr durchschnittlich je Einwohner an Überschüssen erhalten haben.
- (4) Die Bank kann mit Zustimmung des Landesministeriums die Landessparkasse ganz oder teilweise auf kommunale Körperschaften übertragen. In diesem Fall leisten die Gewährträger angemessene Hilfen.
- (5) Soweit im Geschäftsgebiet der Landessparkasse kommunale Sparkassen errichtet werden, entfällt drei Jahre nach der Errichtung die Zuwendung gemäß Absatz 3.“

Aufgabe der Nord-LB war nach § 3 Abs. 1 Satz 1 NordLBG u.a. die Unterstützung des Landes Niedersachsen und seiner kommunalen Körperschaften in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

Nach der Wiedervereinigung und Neugründung der Länder Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern wurde auf der Grundlage des Staatsvertrages vom 22./23./28.10.1992 die Tätigkeit der Nord-LB zunächst auf das Land Sachsen-Anhalt und anschließend auch auf das Land Mecklenburg-Vorpommern ausgedehnt. Die Bank war damit eine gemeinschaftliche Anstalt der drei Länder mit den Aufgaben einer Landesbank, Sparkassenzentralbank und Geschäftsbank.

– *Berger*, Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen,  
2000, § 31 Rdn. 1 –

Durch den am 22. Mai 2002 zwischen den Bundesländern Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern geschlossenen Staatsvertrag wurde u.a. das NordLBG von 1970 außer Kraft gesetzt. § 19 NordLBG von 1970 erhielt folgende leicht geänderte Fassung:

§ 21 Braunschweigische Landessparkasse

- „(1) Die Bank führt die Braunschweigische Landessparkasse unter ihrer bisherigen Bezeichnung als besondere Abteilung fort. Über ihr Vermögen und ihre Geschäfte ist auf Beschluss der Trägerversammlung gesondert Rechnung zu legen. Die besonderen Verhältnisse der Bank im Bereich der Braunschweigischen Landessparkasse bleiben unberührt.“

(2) Der Aufsichtsrat beruft für die Landessparkasse einen Beirat. Dieser ist an allen Angelegenheiten der Landessparkasse zu beteiligen, die für das Gebiet von besonderer Bedeutung sind.

(3) Die Bank zahlt an die Landkreise und kreisfreien Städte im Geschäftsgebiet der Landessparkasse jährlich bis zum 30. Juni für jeden ihrer Einwohner im Geschäftsgebiet der Landessparkasse den Betrag, den die Träger niedersächsischer Sparkassen im vorangegangenen Geschäftsjahr durchschnittlich je Einwohner an Überschüssen erhalten haben.

(4) Die Bank kann mit Zustimmung der Niedersächsischen Landesregierung die Landessparkasse ganz oder teilweise auf kommunale Körperschaften übertragen. In diesem Fall leisten die Träger angemessene Hilfen. Der der Bank im Fall einer Übertragung zufließende Erlös wird in eine Sonderrücklage eingestellt, die dem Land Niedersachsen und dem NSGV im Verhältnis drei zu zwei zusteht.

(5) Soweit im Geschäftsgebiet der Landessparkasse kommunale Sparkassen errichtet werden, entfällt drei Jahre nach der Errichtung die Zuwendung gemäß Absatz 3.”

Der Einschub, dass eine gesonderte Rechnungslegung für die BLSK nur auf Beschluss der Trägerversammlung erfolgt, war dem Umstand geschuldet, dass bis zu diesem Zeitpunkt – contra legem – überhaupt keine getrennte Rechnungslegung erfolgte.

Der Zusatz „Die besonderen Verhältnisse der Bank im Bereich der BLSK bleiben unberührt“ verfolgte wohl den Zweck, dass die sparkassenähnlichen Geschäfte im alten Braunschweiger Land auch ohne getrennte Rechnungslegung fortgeführt werden konnten.

Durch den Staatsvertrag zwischen dem Land Niedersachsen, dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Mecklenburg-Vorpommern über die Norddeutsche Landesbank - Girozentrale - vom 16./23. und 24. März 2005

– Nds. GVBl. Nr. 12/2005 vom 30.05.2005 –

sind die genannten Länder übereingekommen, die Rechtsverhältnisse der Nord-LB neu zu ordnen. Danach ist sie eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts mit satzungsmäßigen Sitzen in Hannover, Braunschweig, Magdeburg und Schwerin. Sitz der Hauptverwaltung ist Hannover.

– § 1 Abs. 2 StV NordLB i.V.m. § 1 Abs. 3 Satzung der Nord-LB vom 13.07.2005, Bek. d. MF v. 20.07. 2005, Nds. MBl. Nr. 28/ 2005 –

Die Bank ist nach § 2 Abs. 1 StV Nord-LB u.a. Gesamtrechtsnachfolgerin der Braunschweigerischen Staatsbank einschließlich der Braunschweigischen Landessparkasse. Träger der Nord-LB sind nunmehr die Länder Niedersachsen und Sachsen-Anhalt, der Niedersächsischen Sparkassen- und Giroverband (nachfolgend NSGV), der Sparkassenbeteiligungsverband Sachsen-Anhalt und der Sparkassenbeteiligungszweckverband Mecklenburg-Vorpommern (§ 3 StV Nord-LB).

Nach § 1 Abs. 3 ihrer Satzung ist die Nord-LB berechtigt, Niederlassungen zu errichten und zu unterhalten.

Die Aufgaben der Nord-LB umschreibt § 4 StV NordLBG wie folgt:

- „(1) Die Bank hat durch ihre Geschäftstätigkeit die Länder Niedersachsen und Sachsen-Anhalt in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu unterstützen. Sie wird dabei ihre Aufgabenstellung als Landesbank angemessen zum Ausdruck bringen.
- (2) Die Bank betreibt Bankgeschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die dem Zweck der Bank dienen. Dazu gehört auch die Ausgabe von Pfandbriefen, Kommunalobligationen und sonstigen Schuldverschreibungen. Sie kann das Bausparkassengeschäft selbst oder durch selbstständige Beteiligungsunternehmen betreiben.
- (3) Die Bank hat in den Ländern Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern die Aufgaben einer Sparkassenzentralbank (Girozentrale).
- (4) Die Bank kann in den Ländern Niedersachsen, Sachsen-Anhalt besondere wirtschaftliche oder finanzpolitische Aufgaben übernehmen.
- (5) Die Bank kann im Rahmen eines Förderauftrages der Länder Niedersachsen oder Sachsen-Anhalt Aufgaben zur Unterstützung der Struktur-, Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie sonstige öffentliche Aufgaben wahrnehmen und sich dazu eines oder mehrerer Landesförderinstitute bedienen. Zur Durchführung der in Satz 1 genannten Aufgaben werden die Landesregierungen in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt jeweils für ihr Land ermächtigt, durch Verordnung bei der Bank eine oder mehrere teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts zu errichten und diese Institute mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts zu betrauen. Die Regelung über die Deckung der Kosten und Risiken der Anstalt bedarf eines einstimmigen Beschlusses der Trägerversammlung.“

In Abs. 1 wurde die Unterstützung kommunaler Körperschaften bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gestrichen. Auch in der Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 1 der Satzung der Nord-LB findet diese Funktion neben den Aufgaben einer Landesbank, Sparkassenzentralbank und Geschäftsbank keine Erwähnung mehr. Es existiert auch keine Vorschrift, wonach die BLSK in ihrem Geschäftsgebiet die Funktion einer kommunalen Sparkasse wahrnimmt.

Die Vorschrift des § 13 StV NordLB über die „Braunschweigische Landessparkasse“ hat folgenden Wortlaut:

- „(1) Die Bank führt die Braunschweigische Landessparkasse unter ihrer bisherigen Bezeichnung als besondere Abteilung fort. Über ihr Vermögen und ihre Geschäfte ist auf Beschluss der Trägerversammlung gesondert Rechnung zu legen. Die besonderen Verhältnisse der Bank im Bereich der Braunschweigerischen Landessparkasse bleiben unberührt.
- (2) Für die Braunschweigische Landessparkasse wird ein Beirat berufen. Dieser ist an allen Angelegenheiten der Landessparkasse zu beteiligen, die für ihr Gebiet von besonderer Bedeutung sind.
- (3) Die Bank zahlt an die Landkreise und kreisfreien Städte im Geschäftsgebiet der Landessparkasse jährlich bis zum 30. Juni für jeden Einwohner im Geschäftsgebiet der Landessparkasse den Betrag, den die Träger niedersächsischer Sparkassen im vorange-

gangenen Geschäftsjahr durchschnittlich je Einwohner an Überschüssen erhalten haben.

(4) Die Bank kann mit Zustimmung der Niedersächsischen Landesregierung die Landessparkasse ganz oder teilweise auf kommunale Körperschaften übertragen. In diesem Fall leisten die Träger angemessene Hilfen. Der im Fall einer Übertragung erzielte Erlös steht der Bank zu.

(5) Soweit im Geschäftsjahr der Landessparkasse kommunale Sparkassen errichtet werden, entfällt drei Jahre nach der Errichtung die Zuwendung gemäß Absatz 3.”

§ 1 Abs. 1 des niedersächsischen Sparkassengesetzes (NSpkG) vom 16. Dezember 2004

– Nds. GVBl. S. 609 –

bestimmt Gemeinden, Landkreise und Zweckverbände, denen nur kommunale Körperschaften angehören dürfen, zu kommunalen Sparkassenträgern. Nach § 1 Abs. 2 NSpkG bedarf u.a. die Errichtung einer Sparkasse der Genehmigung der Sparkassenaufsichtsbehörde. Diese hat nach § 25 Abs. 2 NSpkG sicherzustellen, dass Verwaltung und Geschäftsführung der Sparkasse dem geltenden Recht entsprechen. In der Sache gleichlautend formuliert § 25 Abs. 1 Satz 1 Satzung Nord-LB, dass die Bank der Rechtsaufsicht des Landes Niedersachsen untersteht; § 25 Abs. 2 Satz 1 Satzung Nord-LB ergänzt: „Die Aufsicht hat sicherzustellen, dass die Bank ihre Aufgaben rechtmäßig erfüllt.“ Damit stimmen diese Vorschriften mit der Bestimmung des Art. 57 Abs. 5 NV überein, wonach das Land durch seine Aufsicht u.a. sicherstellt, dass die Gemeinden und Gemeindeverbände die Gesetze beachten.

§ 4 NSpkG umschreibt die Aufgaben der niedersächsischen Sparkassen wie folgt:

„(1) Die Sparkassen sind wirtschaftlich selbstständige Unternehmen in kommunaler Trägerschaft mit der Aufgabe, auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse für ihr Geschäftsgebiet den Wettbewerb zu stärken und die angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise und insbesondere des Mittelstands mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen in der Fläche sicherzustellen. Sie unterstützen im Geschäftsgebiet der Sparkasse die kommunale Aufgabenerfüllung des Trägers im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich. § 29 Abs. 3 und § 30 bleiben unberührt.

(2) Sparkassen dürfen nur in ihrem Geschäftsgebiet Zweigstellen errichten und werbend tätig werden, soweit sich aus den zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes bestehenden abweichenden Regelungen nicht anderes ergibt. Die Sparkassenaufsichtsbehörde kann Ausnahmen zulassen.

(3) Sparkassen können alle banküblichen Geschäfte betreiben, soweit nicht bestimmte Arten von Geschäften nach Maßgabe der Sparkassenverordnung (§ 6 Abs. 1) ausgeschlossen werden. Weitere Geschäfte, die auch von anderen Kreditinstituten üblicherweise ihren Kunden angeboten werden und mit zulässigen Geschäften der Sparkasse im engen Sachzusammenhang stehen, sind ebenfalls zulässig.”

Zu den Aufgaben des Sparkassenträgers und seiner Haftung führt § 5 NSpKG aus:

- „(1) Der Träger unterstützt die Sparkasse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der Maßgabe, dass ein Anspruch der Sparkasse gegen den Träger oder eine sonstige Verpflichtung des Trägers, der Sparkasse Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht besteht.  
(2) Die Sparkasse haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen. Der Träger der Sparkasse haftet nicht für deren Verbindlichkeiten.“

Die Nord-LB/BLSK unterhält derzeit im Gebiet der Stadt Braunschweig – neben der besonderen Abteilung BLSK – eine Hauptstelle, eine Hauptniederlassung, eine Niederlassung, eine Niederlassung für Individual- und Firmenkundengeschäft sowie 30 Niederlassungen im Privatkundengeschäft.

– Geschäftsbericht der Nord/LB, 2004, S. 118, 123. Zum Vergleich: Im ehemaligen Land Braunschweig werden insgesamt 106 Filialen zur kreditwirtschaftlichen Versorgung von 770.000 Einwohnern durch die Nord/LB unterhalten. –

Davon sind 5 Filialen sog. SB-Center, in denen keine persönliche Beratung stattfindet, sondern lediglich Geldautomaten, Kontoauszugsdrucker und Selbstbedienungsterminals bereitgestellt sind. Nach einem Bericht der Braunschweiger Zeitung vom 26. Oktober 2005 plant die Nord-LB/BLSK die Schließung mehrerer Filialen im Stadtgebiet. Genannt werden die Filialen Veltenhof, Watenbützel, Rautheim, Waggum, Broitzen, Volkmarode und Wertstadt. Nach einer Mitteilung der Gemeinde Bienrode vom Januar 2006 soll allerdings nach Verhandlungen mit der Nord-LB/BLSK die Filiale Waggum erhalten bleiben. Alle Geschäftsstellen firmieren unter dem Namen Nord-LB.

Anlässlich des Aufgehens der Braunschweigischen Staatsbank (einschließlich der Braunschweigischen Landessparkasse) in der Nord-LB war vereinbart worden, dass Braunschweig neben Hannover und Magdeburg nicht nur einen Sitz mit zwei Vorständen der neuen Nord-LB bekommt, sondern auch zwei Vertreter der kommunalen Körperschaften aus dem ehemaligen Gebiet der BLSK in den Aufsichtsrat der Nord-LB entsandt werden. Dies stellte bereits § 8 Abs. 1 lit. c) der Satzung der Nord-LB-Girozentrale vom 1. Juli 1970 sicher.

– Nds. MBl. Nr. 35/1970 –

Später wurde die Zahl der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder auf einen Vertreter reduziert.

– FAZ v. 14.12.2005 –

Im Juli des Jahres 2005 erfolgte eine weitere Änderung der Satzung der Nord-LB, wonach im Zuge der Verkleinerung des Aufsichtsrates von 22 auf 18 Mitglieder u.a. nur noch 4 Mitglieder vom Land Niedersachsen und 3 Mitglieder vom NSGV in den Aufsichtsrat der Nord-LB entsandt werden.

Die Region Braunschweig wurde dadurch faktisch auch des letzten noch verbliebenen Sitzes im Aufsichtsrat beraubt. Seit 35 Jahren wurde dieser Sitz traditionsgemäß vom Oberbürgermeister der Stadt Braunschweig wahrgenommen.

– Vgl. Presseerklärung von Oberbürgermeister Dr. *G. Hoffmann* vom 15. Dezember 2005, <http://www.braunschweig.de> –

Vor der Satzungsänderung wurde weder der gemäß § 13 Abs. 2 StV Nord-LB (siehe auch § 19 Abs. 2 Satzung Nord-LB) konstituierte Regionalbeirat noch die kommunalen Gebietskörperschaften des alten Landes Braunschweig und auch nicht der Aufsichtsrat der Nord-LB gehört. Die Trägerversammlung unterrichtete den Aufsichtsrat der Bank lediglich im Nachhinein. Dem Beirat steht immerhin ein Beteiligungsrecht in allen Angelegenheiten der Landessparkasse zu, die für ihr Gebiet von besonderer Bedeutung sind.

Überlegungen zur Gründung einer eigenen Sparkasse hat es in der Stadt Braunschweig und der umliegenden Region (Stadt Salzgitter, Landkreis Holzminden, Landkreis Helmstedt, Landkreis Wolfenbüttel, Stadt Harburg und Stadt Seesen) bereits seit längeren Jahren gegeben.

So wurde z.B. für die Gründung einer Zweckverbandssparkasse im November 1969 ein Termin- und Stufenplan vom Niedersächsischen Finanzministerium erarbeitet, der u.a. in drei Stufen (von 1971 bis 1979) die Errichtung einer Zweckverbandssparkasse vorsah. Diese sollte schrittweise das kommunal- bzw. sparkassenspezifische Bankgeschäft und die Zweigstellen der ehemaligen BLSK übernehmen.

Zu einer dementsprechenden zusätzlichen Vereinbarung zwischen dem Land Niedersachsen, dem NSGV, dem späteren Sparkassenzweckverband

– siehe sogleich –

und der späteren Nord-LB (Entwurf vom 24.01.1970) ist es zwar in der Folgezeit nicht mehr gekommen. Dieser Umstand ist jedoch entstehungsgeschichtlich irrelevant, weil der Finanzminister *Kubel* in der zweiten und dritten Lesung des Entwurfs eines Gesetzes über die Errichtung der Niedersachsenbank – Girozentrale –

– Nds. LT – 6. WP – 35. Tagungsabschnitt – 78. Sitzung am 21. April 1970, Sp. 7057 –

ausdrücklich an dem Kommunalisierungsangebot auf der Grundlage des Stufenplans festgehalten hat.

– Dazu näher unten B. V. b. bb. –

Sodann wurde am 23. Juni 1970 von den kreisfreien Städten Braunschweig und Salzgitter sowie den Landkreisen Blankenburg, Braunschweig, Gandersheim, Helmstedt, Holzminden und Wolfenbüttel der Zweckverband für das kommu-

nale Kreditwesen in Braunschweig gegründet, zu dessen Aufgaben nach § 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b und c der Satzung des Zweckverbandes die Einführung des kommunalen Sparkassenwesens zu prüfen und vorzubereiten sowie die Entschädigungszahlungen für den Verzicht auf den Betrieb eigener kommunaler Sparkassen zu verwalten und weiterzuleiten gehören.

– Amtsblatt f. d. Nds. Verwaltungsbezirk Braunschweig  
vom 30.6.1970, Nr. 127 S. 66 –

In der Folgezeit ist es zu zahlreichen Sitzungen der Verbandsversammlung gekommen, in denen die Gründung einer Regionalsparkasse oder einzelner kommunaler Sparkassen diskutiert wurde. Die in Gesprächen mit dem Vorstand der Nord-LB, dem NSGV und im Beirat der Nord-LB unternommenen Versuche, stärkere Einflussmöglichkeiten auf die Abteilung BLSK zu erhalten, sind allesamt – insbesondere eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Zweckverband, der Nord-LB und dem NSGV – gescheitert. Bemühungen des Zweckverbandes, eine eigene Sparkasse zu gründen, führten ebenfalls nicht zum Erfolg. Unter den braunschweigischen Kommunalvertretern wurde es jedenfalls für unerträglich gehalten, dass niedersächsische Sparkassen über ihre Mitgliedschaft im NSGV (zu 40% Träger der Nord-LB) mittelbar auf die Geschäftstätigkeit der BLSK im Braunschweiger Raum Einfluß nehmen können.

Auf der Grundlage eines KPMG-Gutachtens vom 25. Mai 2004 wurden sodann erneut die Übertragung der Landessparkasse auf die kommunalen Gebietskörperschaften der Region oder die Gründung einer eigenen kommunalen Sparkasse im ehemaligen Land Braunschweig in Erwägung gezogen.

Seit dem Jahre 2003 wurden diese Überlegungen mit der Nord-LB, dem NSGV und dem Finanzminister persönlich erörtert – bislang ohne Ergebnis. Insbesondere die Nord-LB und der Finanzminister (als Sparkassenaufsichtsbehörde und Vorsitzender des Aufsichtsrates der Nord-LB) reagierten gegenüber dem Vorhaben der Gründung einer eigenen (kommunalen) Braunschweigischen Sparkasse letztlich ablehnend. Als Sparkassenaufsichtsbehörde kündigte der niedersächsische Finanzminister, *H. Möllring*, öffentlich an, dass er die zur Errichtung einer neuen Sparkasse erforderliche Genehmigung nicht erteilen werde. Demgegenüber verfolgt – neben den kommunalen Hauptverwaltungsbeamten der Region – vor allem der Oberbürgermeister der Stadt Braunschweig, *Dr. G. Hoffmann*, weiterhin den Plan der Gründung einer eigenen Sparkasse, gegebenenfalls einer Stadtparkasse Braunschweig. Er weist darauf hin, dass fast alle deutschen kommunalen Gebietskörperschaften direkt oder (über Zweckverbandsmitgliedschaften) indirekt kommunale Sparkassen unterhalten. Gerade Stadt-, Kreis- und Zweckverbandssparkassen böten vielfältige Möglichkeiten der geld- und kreditwirtschaftlichen Versorgung der jeweiligen Geschäftsgebiete im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge. In diesem Zusammenhang weist er u.a. auf die Wirtschafts- und Mittelstandsförderung, die bankmäßige Unterstützung schwächerer Bevölkerungskreise sowie den Einfluss auf das regionale Wirtschaftsgeschehen hin. Ferner verweist er auf den Einfluss, der über die Mitgliedschaft im NSGV auf die Nord-LB genommen

werden könne, die Erzielung von Gewerbesteuerereinnahmen (zum Vergleich: in den letzten 5 Jahren – gemessen an einer durchschnittlich ertragsstarken Sparkasse – mindestens 42 Mio €) und das nicht unbeträchtliche Sparkassen-Sponsoring in den Bereichen Kultur, Sport und Soziales.

## II. Gutachtenfragen

Vor dem Hintergrund dieser Planungen und Diskussionen hat der Oberbürgermeister der Stadt Braunschweig den Verfasser gebeten, ein „Teilgutachten“ zu erstellen, und zwar zu folgenden Fragestellungen:

- a) Haben die Stadt Braunschweig und ggfs. die anderen Gebietskörperschaften des Braunschweiger Landes einen durchsetzbaren Anspruch auf Errichtung einer kommunalen Sparkasse und deren Genehmigung nach § 1 NSpkG? Wird ein solcher Anspruch ggfs. auch durch Art. 28 Abs. 2 GG (Art. 57 Abs. 1 und 3 NV) gestützt?
- b) Ist ein solcher ggfs. bestehender Anspruch durch die Fusion im Jahre 1970 und Bestimmungen des Staatsvertrages eingeschränkt oder ausgeschlossen? Wenn ja, wäre dies verfassungsgemäß?
- c) Stehen der Aufsichtsbehörde bei der Entscheidung über die Genehmigung lediglich rechtsaufsichtsbehördliche Befugnisse oder auch fachaufsichtsbehördliche Befugnisse zu? Können demgemäß bei der Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung auch Zweckmäßigkeitserwägungen entscheidungserheblich werden?
- d) Sind die Errichtung und der Betrieb einer kommunalen Sparkasse in Braunschweig mit dem Regionalprinzip vereinbar?

## B. Rechtsanspruch der Stadt Braunschweig auf Errichtung einer eigenen Sparkasse

### I. Errichtungsbefugnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG können Gemeinden, Landkreise und Zweckverbände, denen gemäß Satz 2 nur kommunale Körperschaften angehören dürfen, Träger von Sparkassen sein.

– Nach dem Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung infolge des Brüsseler „Kompromisses“ vom 17.07.2001 ist der Begriff Gewährträger obsolet geworden. Zur Haftungs- und Beihilfenproblematik siehe *Nierhaus*, Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen und das europäische Beihilfenregime, in: Sparkassen und Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Auftrag und Wettbe-

werb. Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats  
der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 01. März  
2001, S. 69 ff. m.w.N. –

Die Sparkassenträgerschaft setzt rechtslogisch die Befugnis voraus, Sparkassen als kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts auch errichten zu dürfen. Rechtssystematisch bestätigt dies die Regelung des § 1 Abs. 2 NSpkG, wonach die Errichtung einer Sparkasse der Genehmigung der Sparkassenaufsichtsbehörde bedarf, und die Regelungen des § 19 Abs. 5 NordLBG von 1970 und des § 13 Abs. 5 StV NordLB von 2005.

– Dazu unten V. 1. b. cc., 2. –

Die Stadt Braunschweig ist als kreisfreie Stadt (§ 10 Abs. 3 NGO) eine Gemeinde sowohl im einfachgesetzlichen (§ 1 NGO) als auch im verfassungsrechtlichen Sinn (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 und 3 NV). Sie betreibt derzeit keine eigene Sparkasse und ist auch nicht an einem Sparkassenzweckverband beteiligt.

– Nicht zu verwechseln mit der Mitgliedschaft im Zweckverband für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig; dazu unten V. 1. b. cc. –

Sieht man einmal vom Problem der sog. Mehrfach(gewähr)trägerschaften ab,

– dazu *Stern/Nierhaus*, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, 1976, S. 25 ff., 107 ff. ; OVG Münster, in: *Weides/Bosse*, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, Zweite Folge, 1984, S. 240 (245 ff.) unter Berufung auf VerfGH NW, DÖV 1980, 691 zum Verbot der Doppelverwaltung in der Form der Anstaltskonkurrenz –

ist das Recht der Stadt Braunschweig, eine kommunale Sparkasse zu errichten und zu betreiben, nicht verbraucht. Dieser Befund gilt auch angesichts des Umstandes, dass der Rat der Stadt Braunschweig zu keiner Zeit förmlich auf die Gründung einer eigenen Sparkasse verzichtet hat. Abgesehen davon könnte ein solcher Beschluss (nach § 40 Abs. 1 Nr. 10 NGO) aus demokratischen Gründen (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) allenfalls selbstbindende Wirkung nur für die Dauer der Wahlperiode der jeweiligen Gemeindevertretung haben.

– Zu § 2 Abs. 1 Satz 2 lit. c der Satzung des Zweckverbandes für das kommunale Sparkassenwesen in Braunschweig unten V. 1. b. cc. –

Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Stadt Braunschweig nach der kommunalen Neugliederung in Niedersachsen (1974) wegen fehlender Sparkassenträgerschaft auch nicht an einer Vereinbarung nach § 3 des „Gesetzes über die Auswirkungen der Verwaltungs- und Gebietsreform in Niedersachsen auf die Sparkassen“

– vom 14. Juli 1972, Nds. GVBl. S. 389 (SAG) –

beteiligt hat.

– Siehe dazu OVG Lüneburg, Nds. VBl. 2001, 316 ff.; näher unten V. 1. b. cc. –

Am 23. Juni 1970 wurde von den kreisfreien Städten Braunschweig und Salzgitter sowie den Landkreisen Blankenburg, Braunschweig, Gandersheim, Helmstedt, Holzminden und Wolfenbüttel allerdings der Zweckverband für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig gegründet, zu dessen Aufgaben nach § 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b und c der Zweckverbandssatzung

– in der Fassung der 7. Änderung vom 22.3.2002 –

die Einführung des kommunalen Sparkassenwesens zu prüfen und vorzubereiten sowie die Entschädigungszahlungen für den Verzicht auf den Betrieb eigener kommunaler Sparkassen zu verwalten und weiterzuleiten gehören.

In dieser Zweckverbandmitgliedschaft der Stadt Braunschweig kann nicht ein rechtlich wirksamer, erst recht kein endgültiger Verzicht auf ihre Sparkassenhoheit

– Begriff nach *W. Hoppe*, DVBl. 1982, 45 (51) –

in Gestalt der Sparkasenerrichtungsbefugnis erblickt werden. Dafür sind die folgenden Gründe maßgeblich: In § 2 Abs. 2 der Satzung des „Zweckverbandes für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig“ wird ausdrücklich die „Änderung des Verbandszweckes unter Umwandlung in einen Sparkassenzweckverband“ vorgesehen. Darunter kann nur der Träger einer kommunalen öffentlich-rechtlichen Sparkasse, einer Zweckverbandssparkasse, zu verstehen sein. Darüber hinaus sieht § 16 Satz 3 der Zweckverbandssatzung vor, dass die Verbandsmitgliedschaft endet, „sobald das Verbandsglied im Verbandsbereich eine kommunale Sparkasse betreibt.“ Die Satzung erlaubt also nicht nur die Umwandlung des Zweckverbandes für das kommunale Kreditwesen in einen Sparkassenzweckverband und damit die Gründung einer Zweckverbandssparkasse, sondern auch die Errichtung von kommunalen Sparkassen im Verbandsgebiet durch die kreisfreie Stadt Braunschweig! Die einzige Rechtsfolge der Gründung einer Stadtparkasse Braunschweig wäre somit die Beendigung der „Verbandsmitgliedschaft.“

– Zu der Frage der Verteilung der Entschädigungszahlungen (§§ 2 Abs. 1 lit. c, 8 Nr. 6 der Satzung) wird hier nicht näher Stellung genommen. Der Zahlungsanspruch nach § 13 Abs. 3 StV Nord-LB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zu dem Staatsvertrag zwischen dem Land Niedersachsen, dem Land Sachsen-Anhalt und dem Land Mecklenburg-Vorpommern über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale – vom 13. Juli 2005 (Nds. GVBl. S. 338) wird satzungsmäßig rechtlichen Konsequenzen vorgehen, d.h. als gesetzlich garantiert weiter bestehen. Der Anspruch entfällt gemäß

§ 13 Abs. 5 StV Nord-LB erst 3 Jahre nach der Errichtung der kommunalen Sparkasse. –

Die Auffassung, dass die Zweckverbandsmitglieder jederzeit das Recht haben, eine eigene kommunale Sparkasse zu gründen, teilt im übrigen offenbar auch die Nord-LB/BLSK. Im Frühjahr 1979 hat sie dem Zweckverband für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig einen Vereinbarungsentwurf vorgelegt, nach dessen § 2 Abs. 1 der Zweckverband sich verpflichten sollte, auf die Errichtung eigener kommunaler Sparkassen zu verzichten.

– Anlage zu TOP 6 der Niederschrift der 18. Verbandsversammlung vom 01./02. März 1979 –

In einem Gegenentwurf des Zweckverbandes wurde die in § 2 Abs. 1 des Bankenentwurfs enthaltene Verpflichtung des Zweckverbandes, für die Dauer der Vereinbarung auf die Errichtung eigener kommunaler Sparkassen zu verzichten, ausdrücklich weggelassen.

– TOP 4 der Niederschrift der 19. Verbandsversammlung vom 14./15. Mai 1979 –

Zum Abschluss einer Vereinbarung zwischen der Nord-LB/BLSK ist es in der Folgezeit nicht gekommen. Damit steht fest, dass weder der Zweckverband für das Kreditwesen in Braunschweig noch die einzelnen Verbandsmitglieder auf die Befugnis zur Errichtung eigener kommunaler Sparkassen im Geschäftsgebiet der BLSK verzichtet haben.

– Die gleiche Auffassung vertrat der anerkannte Sparkassenrechtler und Justitiar der damaligen Stadtparkasse Köln, Dr. *Eberhard Wolff*, in einem Gespräch mit dem stellvertretenden Verbandsgeschäftsführer *Lohoff*, Stadtdirektor der Stadt Salzgitter; siehe Niederschrift der 18. Verbandsversammlung vom 01./02. März 1979 zu TOP 6, S. 4 –

Nach allem ist festzuhalten, dass es der Stadt Braunschweig jederzeit rechtlich möglich ist, durch einen Sparkassenerrichtungsbeschluss des Stadtrates und den nachfolgenden rechtlichen Schritten (Erlass einer Sparkassensatzung, Errichtungsgenehmigung des Finanzministers und Aufnahme des Sparkassenbetriebes) die Mitgliedschaft in dem Zweckverband für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig mit dem Ziel zu beenden, eine eigene Sparkasse zu unterhalten. Dieses Ergebnis stimmt im übrigen auch mit dem Zweck des § 2 Abs. 1 lit. b der Satzung des Zweckverbandes überein, die Einführung des kommunalen Sparkassenwesens im Verbandsbereich zu prüfen und vorzubereiten.

– Näher dazu unten V. 1. b. cc. –

Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Vorschrift des § 1 Abs. 1 NSpkG – im Gegensatz zu § 4 Abs. 2 NSpkG – nicht unter einem abweichenden Regelungsvorbehalt steht. Nach letzterer Bestimmung dürfen Sparkassen Zweigstellen nur in ihrem Geschäftsgebiet errichten und werbend tätig wer-

den, soweit sich aus den zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes bestehenden abweichenden Regelungen nichts anderes ergibt. Mangels eines solchen sparkassengesetzlichen Abweichungsvorbehalts können die Vorschriften des § 19 NordLBG 1970 und des § 13 StV NordLB 2005 über die Braunschweigische Landessparkasse nicht gegen die Sparkassenerrichtungsbefugnis der Stadt Braunschweig ins Feld geführt werden. Danach darf die NordLB/BLSK in Braunschweig eine Hauptstelle und Zweigstellen betreiben resp. weiterbetreiben.

– Insoweit zutreffend OVG Lüneburg, NdsVBl. 2001, 316 (319) –

Dieses Recht steht indes der vorbehaltlos gewährleisteten Sparkassenerrichtungskompetenz der örtlich zuständigen Kommune nicht entgegen – ganz abgesehen von dem Umstand, dass diese Befugnis dem Schutzgehalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 und 3 NV) unterfällt und demgemäß gesetzgeberischer Dispositionsbefugnis weitgehend entzogen ist.

– Siehe unten II. –

## **II. Sparkassenhoheit und Sparkasseneinrichtungsbefugnis als Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art.28 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art.57 Abs. 1 und 3 NV**

### **1. Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgarantie**

Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände – die Landkreise – haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG).

Art. 57 Abs. 1 NV lautet:

„Gemeinden und Landkreise ... verwalten ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung.“

Art. 57 Abs. 3 NV ergänzt für die Gemeinden:

„Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet die ausschließlichen Träger der gesamten öffentlichen Aufgaben, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen.“

Nachfolgend wird mit Blick auf die Stadt Braunschweig nur das gemeindliche, nicht auch das kreiskommunale Selbstverwaltungsrecht behandelt. Diese Vorgehensweise ist auch deshalb gerechtfertigt, weil sich hinsichtlich der Sparkassengründungsbefugnis für die möglichen Sparkassenträger Gemeinden,

Landkreise und kommunale Zweckverbände im Ergebnis keine verfassungsrechtlich relevanten Unterschiede ergeben. Ist der Stadt Braunschweig verfassungsrechtlich verbürgt, eine eigene Sparkasse zu errichten, so gilt das Gleiche auch für die umliegenden (Städte und) Landkreise. Auf den unterschiedlichen Garantiegehalt der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden einerseits und der Landkreise andererseits

– siehe dazu *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 29 ff. und 62 ff. m.w.N. –

kommt es somit vorliegend nicht an.

Das Verhältnis der bundesverfassungsrechtlichen zur landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie ist im Einzelnen immer noch umstritten. So vertritt z.B. *J. Ipsen*

– Die rechtliche Stellung der Gemeinden nach der neuen Niedersächsischen Verfassung, 1994, S. 3 (8); siehe im übrigen auch *dens.*, ZG 1994, 194 ff. –

die Auffassung, dass die eigene Gewährleistungsfunktion des Art. 28 Abs. 2 GG mit Rücksicht auf die neu eingeführte Möglichkeit, gegen Landesgesetze Verfassungsbeschwerde zu erheben, wieder zurücktrete und Raum lasse für eine eigenständige Interpretation des Art. 57 NV. Für die vorliegende Untersuchung ergibt der – von der hier vertretenen Meinung abweichende – dogmatische Ansatz *J. Ipsens* jedenfalls im Ergebnis keine unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Befunde. Im Übrigen vertritt auch *J. Ipsen* den Standpunkt einer „*Zuständigkeitsvermutung*“ zugunsten der Gemeinden und eines in Art. 57 LV enthaltenen „*Kommunalisierungsauftrags*.“

– AaO, teilw. unter Berufung auf *W. Weber*, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967, S. 49. Im Übrigen vertritt *J. Ipsen*, aaO, die weitergehende Meinung, dass die Gemeinden nach Art. 57 NV legitime Träger auch der originär staatlichen Aufgaben sind. Auch darauf kommt es im sparkassenrechtlichen Kontext nicht an, da die Errichtung und der Betrieb kommunaler Sparkassen unstreitig zu den freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben zählen (näher unten 2. - 4.). –

Bundes- und Landesverfassungsrecht bestehen bekanntlich nicht beziehungslos nebeneinander. Dies belegt bereits das sog. *Homogenitätsgebot* des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, das die Verfassungsräume des Bundes und der Länder – wenn auch unter großem Respekt vor der Verfassungsautonomie der Länder – in ein für den Bundesstaat unverzichtbare Verbindung bringt. Art. 28 Abs. 3 GG bestätigt diesen Befund: Danach hat der Bund zu gewährleisten, dass die verfassungsgemäße Ordnung der Länder den Anforderungen u.a. auch des kommunalen Selbstverwaltungsrechts – und damit des Art. 28 Abs. 2 GG – entspricht. Deshalb kann in dieser Untersuchung darauf verzichtet werden, dogmatische Erwägungen darüber anzustellen, ob und wie im einzelnen Art. 28 Abs. 2 GG über die Selbst-

verwaltungsgarantie als sog. *Durchgriffsnorm* in das Landesverfassungsrecht „hineinwirkt“.

– Siehe dazu *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 2, 33 m.w.N.; *dens.*, in: Verfassungsgerichtsbarkeit im Land Brandenburg, Festgabe zum 10jährigen Bestehen des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, 2003, S. 75 (76 f.); zum Hineinwirken des GG in das Landesverfassungsrecht näher BVerfGE 103, 332 (349 ff.); dazu auch *Papier*, in: *Sodan* (Hrsg.), Zehn Jahre Berliner Verfassungsgerichtsbarkeit, 2002, S. 19 ff. m.w.N. Demgegenüber vertreten *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 1. Kap. Rdn. 31, die abweichende Auffassung, dass die Garantien der Landesverfassungen und des GG nebeneinander bestehen. –

Die Selbstverwaltungsgarantie des GG enthält jedenfalls gegenüber den landesverfassungsrechtlichen Ausprägungen des Rechts auf Selbstverwaltung eine *Mindestgarantie*, die landesrechtlich durchaus eigenständig ausgestaltet und auch ausgeweitet werden kann, niemals jedoch unterschritten werden darf.

– *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 25, 59 –

Aus diesem Grunde und auch wegen des Umstandes, dass die Landesverfassungsgerichte in aller Regel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 28 Abs. 2 GG zu folgen pflegen, wird im folgenden im wesentlichen auf diese bundesverfassungsrechtliche Regelung abgestellt.

## 2. Rechtsprechung

Die verfassungsrechtliche Absicherung des kommunalen Sparkassenwesens durch Art. 28 Abs. 2 GG und /resp. i.V.m. Art. 57 Abs. 1 und 3 NV ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt und bedarf deshalb keiner vertiefenden Analyse; insoweit genügen wenige Zitate.

Das Bundesverfassungsgericht

– E 75, 192 (198 ff.) –

hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1987 rechtsgrundsätzlich ausgeführt: Die Verselbstständigung der Sparkassen (durch die 3. Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. Oktober 1931) habe ihren Status als kommunale Einrichtungen nicht berührt.

– Unter Berufung auf *Stern/Burmeister*, Die kommunalen Sparkassen, 1972, S. 66, und *Nierhaus*, DÖV 1984, 662 (663 f.) –

Unverändert bleibe die enge Verflechtung der Sparkassen mit den kommunalen Gebietskörperschaften als ihren (Gewähr-) Trägern,

– unter Berufung auf BayVerfGH, DVBl. 1986, 39 (41 f.)  
und OVG Münster, DVBl. 1980, 70 (71) –

welche die Sparkassen errichten, die Sparkassensatzung erlassen, den Vorsitzenden im Verwaltungsrat stellen, bei der Bestellung des Vorstandes und an der Feststellung des Jahresabschlusses sowie der Überschussverwendung mitwirken. Auch nach ihrer heutigen Ausgestaltung und Aufgabenstellung wiesen die öffentlichen Sparkassen Merkmale auf, die es rechtfertigten, an ihrer Einordnung als Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge festzuhalten. Es handelte sich weiterhin um (rechtlich selbstständige) kommunale Einrichtungen, hinter denen Gebietskörperschaften (damals noch) als Gewährträger (heute als Träger) stünden. Die geschäftliche Annäherung an die Privatbanken ändere nichts daran, dass die Sparkassen öffentliche Aufgaben aus dem Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge erfüllten.

– Unter Zitierung von BVerwG, DVBl. 1972, 780 (781); BVerwGE 41, 195 (196 f.); 69, 11 (22); BGH, NJW 1983, 2509 (2511) m.w.N.; BayVerfGH, aaO, VerfGH NW, NVwZ 1987, 211 (212 f.); OVG Münster, aaO, und *Nierhaus*, aaO, S. 665 ff. –

In seiner Entscheidung über die Eigenkapitalausstattung öffentlich-rechtlicher Sparkassen vom 23.09.1994 hat das Bundesverfassungsgericht seine zutreffende Einschätzung noch einmal bekräftigt: „Nach allgemeiner Auffassung [!] wird das Betreiben einer Sparkasse vom kommunalen Selbstverwaltungsrecht umfaßt.“

– BVerfG, NVwZ 1995, 370 (371) unter Zitierung von *Nierhaus*, in: *J. Ipsen* (Hrsg.), *Sparkassen im Wandel*, 1993, S. 65 (70 f.); BayVerfGHE 38, 118 (126 ff.); VerfGBbg, LKV 1995, 40 = DVBl. 1994, 857 (858) = LVerfGE 2, 93 (100) –

Der zitierte VerfGH NW umschreibt die Selbstverwaltungszugehörigkeit der kommunalen Sparkassen deshalb in ständiger Rechtsprechung apodiktisch wie folgt: „Der Betrieb von Sparkassen stellt eine wichtige durch diese Verfassungsgarantie [Art. 78 LV NW, Art. 28 Abs. 2 GG] abgesicherte Betätigung der Gemeinden dar. Sie dürfen Sparkassen selbst errichten oder sich an der Errichtung von Sparkassen beteiligen und über den von ihnen besetzten Verwaltungsrat die Geschäftspolitik der Sparkassen maßgeblich bestimmen.“

– VerfGH NW, DÖV 1980, 691 (692); ebenso *Merten*, DVBl. 1989, 1140 (1141) –

Im übrigen hat sich auch das OVG Lüneburg in seiner sparkassenrechtlichen Leitentscheidung zum Cuxhavener Zweigstellenkonflikt der Meinung angeschlossen, „die die Legitimation und Handlungsvollmacht der kommunalen Sparkassen wegen ihrer festen Verankerung im Kommunalbereich 'weiterhin in ihrer Selbstverwaltungszugehörigkeit begründet sieht' (vgl. *Stern*, in: *Lernen und Entschei-*

den, Sparkassenakademie, 50 Jahre Lehrinstitut 1928/1978, S. 15 [35]).”

– OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1989, 11 (12); bestätigt vom BVerwG, ebda, S. 10 f. –

In der oben vom Bundesverfassungsgericht zitierten Sparkassenentscheidung des VerfGBbg

– LVerfGE 2, 93 (100) –

führt das Gericht ebenfalls nur noch knapp aus: „Das Recht, Sparkassen zu betreiben, gehört als Teil der grundsätzlich den Gemeinden obliegenden öffentlichen Daseinsvorsorge zum Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung.“ Es könne dahingestellt bleiben, ob das Betreiben einer Sparkasse in eigener Trägerschaft sogar zum unentziehbaren *Kernbereich* der institutionellen Selbstverwaltungsgarantie gehöre, wie dies teilweise in der Literatur vertreten werde.

– So z.B. von *Stern/Nierhaus*, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 52 ff. m. umf. N. aus der Rechtsprechung; siehe noch SächsVerfGH, LKV 2001, 216 ff.; dazu *F. Becker*, SächsVBl. 2001, 109 ff.; *dens.*, LKV 2001, 201 ff. –

### 3. Literatur

Mit Rücksicht auf den Umstand, dass das BVerfG

– aaO –

zutreffend festgestellt hat, es entspreche allgemeiner Auffassung (auch in der Literatur), das Betreiben einer Sparkasse werde vom kommunalen Selbstverwaltungsrecht umfasst, braucht auf das kaum noch überschaubare sparkassenrechtliche Schrifttum an sich nicht mehr eingegangen zu werden.

– Siehe etwa noch *F. Becker*, Die Vernetzung von Landesbanken, 1998, S. 110 ff. m.w.N.; früher schon *P. Kirchhof*, Die Rechtspflicht zur Übertragung von Zweigstellen nach einer kommunalen Neugliederung, 1984, S. 1 ff.; ferner *Pautsch*, DÖV 2005, 990 ff.; *Oebbecke*, LKV 2006, 145 ff. m.w.N.; speziell für Niedersachsen: *Püttner*, Ernstmachen mit dem Regionalprinzip! Rechtsgutachten 1988, S. 15 ff. und *J. Ipsen*, Sparkassen und Gebietsreform, Rechtsgutachten 1995, S. 47 ff. jew. m.w.N. (Fall Landkreis/Kreis-sparkasse Peine) –

Der wissenschaftliche Streit dreht sich im wesentlichen nur noch um die Frage, ob die geld- und kreditwirtschaftliche Versorgung der örtlichen Bevölkerung und Wirtschaft durch Unterhaltung einer kommunalen Sparkasse zum unantastbaren *Kernbereich* der bundes- und landesverfassungsrechtlichen Selbstverwal-

tungsgarantien oder nur, aber immerhin zu ihrem – in Grenzen einschränkbar – *Randbereich* gehört.

– Umf. N. zum Streitstand bei *Stern/Nierhaus*, aaO, S. 54 m. FN 156; zur Kern- und Randbereichsdogmatik siehe *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.) GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 49 ff. m.w.N. –

#### 4. Stellungnahme

In dieser Untersuchung kann indes diese alte Diskussion auf sich beruhen. Denn vorliegend geht es nur um die Verfassungswidrigkeit einer Ablehnung des Rechts auf das Betreiben einer Sparkasse durch – hypothetische – Versagung der erforderlichen Errichtungsgenehmigung (nach § 1 Abs. 2 NSpKG). Betrifft, wie vorliegend, die mögliche Vorenthaltung der Sparkassenträgerschaft nicht die Kommunen schlechthin, sondern nur einige im alten Land Braunschweig, so ist lediglich die *individuelle*, nicht aber die *institutionelle* Selbstverwaltungsgarantie berührt. Nur im Bezug auf letztere besteht der gesetzesfeste Kernbereich gemeindlicher Betätigung. Für eine bzw. einzelne Gemeinden besteht ein solcher eingriffsfester Kernbereich nicht.

– So BVerfGE 76, 107 (119 f.); früher schon BVerfGE 56, 298 (313 ff.); ferner E 26, 228 (239 f.); 95, 1 (26 f.); VerfGBbg, LVerfGE 2, 93 (100/101); *Schmidt-Aßmann*, Festschrift Sandler, 1991, S. 121 (135); *Knemeyer/Wehr*, VerwArch 92 (2001), S. 317 (340/341); *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 37 m.w.N. –

Einzeleingriffe – jenseits allgemeiner Beschränkungen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts –

– zu dieser Differenzierung siehe *Knemeyer/Wehr*, aaO –

dürfen allerdings nur in engen Grenzen erfolgen. Hinsichtlich der *individuellen Selbstverwaltungsgarantie* ist ein Eingriff – gesetzlich oder administrativ – zunächst dann verfassungswidrig, wenn er sich als eine der betroffenen Gemeinde *willkürlich auferlegte Sonderbelastung* im Vergleich zu anderen Kommunen erweist. Willkürlich ist ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der einzelnen Gemeinde ferner dann, wenn er keinen „*zureichenden Grund in der Wahrung überörtlicher Interessen*“ besitzt.

– BVerfGE 76, 107 (119) –

Dafür genügt freilich nicht jedes überörtliche Interesse. Vielmehr muss der Eingriff in das einzelgemeindliche Selbstverwaltungsrecht gerade angesichts der hohen Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung *verhältnismäßig* sein. Deshalb erlaubt die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie auch nur eine Einschränkung, wenn und soweit diese durch *überörtliche Interessen von höherem Gewicht* erfordert wird.

– BVerfGE 76, 107 (119/120) m.w.N. aus seiner Rspr.; ihm folgend VerfGBbg, LVerfGE 2, 93 (101) –

Als *Eingriff*, der an den vorstehend dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen zu messen ist, wird hypothetisch die *Versagung der Sparkassenerrichtungsgenehmigung* durch die Sparkassenaufsichtsbehörde angenommen. Nach hier vertretener Auffassung kommen als Eingriffe in die Sparkassenhoheit als Teil der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 57 Abs. 1 und 3 NV *nicht* die Vorschriften des NordLBG von 1970 und des StV Nord-LB von 2005 über die Fortführung der BLSK als besondere Abteilung der Nord-LB in Betracht. Die Vorschriften der § 19 NordLBG und § 13 StV NordLB setzen in ihren Absätzen 5 gerade die Befugnis zur Errichtung kommunaler Sparkassen im Geschäftsgebiet der Nord-LB/BLSK voraus.

– Näher unten V. 1. b. cc. und 2. –

Sollte der Finanzminister als niedersächsische Sparkassenaufsichtsbehörde durch Versagung der Genehmigung nach § 1 Abs. 2 NSpkG den verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 57 Abs. 1 und 3 NV verankerten (und in § 1 Abs. 1 Satz NSpkG einfachgesetzlich ausgeprägten) Anspruch auf Errichtung einer eigenen kommunalen Sparkasse absprechen, so würde er damit der Stadt Braunschweig im Vergleich zu den übrigen niedersächsischen Kommunen, die eigene Sparkassen betreiben dürfen, eine willkürliche Sonderbelastung auferlegen. Die Sparkassenhoheit ist ein wesentlicher und wichtiger Teil des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Ihre Negierung nur im braunschweigischen Raum stellt einen gravierenden Eingriff in die durch den öffentlichen Sparkassenauftrag gemäß § 4 NSpkG gesetzlich fixierte geld- und kreditwirtschaftliche Daseinsvorsorge der Kommunen dar.

– Vgl. *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 44 –

Nicht nur in Niedersachsen, sondern überall in der Bundesrepublik Deutschland gibt es – mit Ausnahme des Braunschweiger Raumes und der Freien Sparkassen – ein flächendeckendes kommunales Sparkassenwesen. Es ist *kein verfassungslegitimer Grund ersichtlich*, gerade der Stadt Braunschweig und einigen Umlandkommunen (ohne eigene Sparkassen) die Ausübung der Sparkassenerrichtungsbefugnis zu untersagen.

Der einzige, allerdings nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigende Grund, der – abstrakt – in Erwägung gezogen werden könnte, ist die besondere historische Entwicklung resp. Situation im ehemaligen Land Braunschweig, die zur Entstehung des Landesbankensystems mit der BLSK als rechtlich unselbstständiger Abteilung der Nord-LB geführt hat.

– Siehe oben I 1.; vgl. auch *Berger*, Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen, 2000, § 1 Rdn. 9 –

Damit wird nur vordergründig, in der Sache aber unzutreffend der Rechtsgedanke der sog. *Besitzstandswahrung* und des *Vertrauensschutzes* angesprochen. In den Worten des OVG Lüneburg führt die Anwendung dieses

Rechtsprinzips – bezogen auf Haupt- und Zweigstellenkonflikte in der Form sog. Konkurrenz- oder Gemengelagen – dazu, „daß ein historisch gewachsenes, gleichsam 'vorkonstitutionelles' Nebeneinander von Stadtparkassen und Kreissparkassen in einer Kreisstadt insofern geschützt wird, als Stadtparkassen jedenfalls seit langem bestehende Kreissparkassenbetriebsstätten, insbesondere Kreissparkassenhauptstellen im Gebiet der Kreisstadt nicht in Ausübung ihres an sich bestehenden Ausschließlichkeitsrechtes verdrängen können.“

– OVG Lüneburg, in: *Weides/Bosse*, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, 3. Folge, 1991, S. 431 (452); in NVwZ 1989, 11 ff. nicht abgedruckt –

In der Rechtsprechung hat *diese Form* der Besitzstandswahrung größtenteils Anerkennung gefunden.

– Siehe die Nachw. bei *Stern/Nierhaus*, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 104 m. FN 112 –

*Klaus Stern, Joachim Burmeister* und der Verfasser gehören zu denjenigen Autoren, die den Vertrauensschutz im Verhältnis unter kommunalen Sparkassen prinzipiell ablehnen, weil er nur aus den Grundrechten i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden kann.

– Siehe dazu nur *Stern/Nierhaus*, das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 104 ff m. umf. Nachw. (auch zu den Befürwortern der Besitzstandswahrung); Sparkassen als Anstalten der öffentlichen Rechts mit öffentlichem Auftrag und hinter ihnen stehenden kommunalen Gebietskörperschaften sind allerdings gerade nicht grundrechtsfähig, sondern grundrechtsgebunden; so zutreffend BVerfGE 75, 192 ff. –

Auch auf diesen alten Streit braucht im vorliegenden, nämlich verfassungsrechtlichen Kontext nicht weiter eingegangen zu werden. Die Gerichte rechtfertigen mit dem vertrauensschützenden Grundsatz der Besitzstandswahrung nur die Modifikation resp. Durchbrechung der sparkassenrechtlichen Zuständigkeitsregeln des Regional- und Subsidiaritätsprinzips.

– So ausdrücklich auch OVG Lüneburg, aaO, S. 452 –

Im hier zu beurteilenden Fall geht es indes gar nicht um die klassische Konstellation der Besitzstandswahrung, nämlich die Verneinung von Ansprüchen auf Übertragung gewährträgerfremder Haupt- und/oder Zweigstellen auf die örtlich zuständige Sparkasse.

Soweit ersichtlich, ist nicht einmal von den Befürwortern der sparkassenrechtlichen Besitzstandswahrung geltend gemacht worden, dieses Prinzip schütze vor kommunaler Sparkassenkonkurrenz. Das glatte Gegenteil ist der Fall und macht ihn so problematisch! Durch Anerkennung der Besitzstandswahrung kommt es zu einer regionalprinzipwidrigen Gemengelage unter Sparkassen oder verfestigt sie.

Abgesehen davon sei im Vorgriff auf spätere Ausführungen

– unten IV. –

bereits an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass das sparkassenrechtliche, nämlich letztlich kommunalverfassungsrechtliche Regionalprinzip im Verhältnis zwischen einer Landesbank (einschließlich seiner rechtlich unselbstständigen Abteilungen) einerseits und einer kommunalen Sparkasse andererseits überhaupt nicht gilt!

– Ebenso *J. Ipsen*, Sparkasse und Gebietsreform, Rechtsgutachten 1995, S. 30 ff., 36 ff. –

Das Prinzip der Besitzstandswahrung hat demgegenüber ausschließlich die Funktion, das unter kommunalen Sparkassen geltende Regionalprinzip (im kreisinternen Bereich: das Subsidiaritätsprinzip) zu modifizieren.

– Näher dazu und m. w. Nachw. *Nierhaus*, *VerwArch* 67 (1976), S. 266 (insbes. S. 273 ff.); siehe auch *Oebbecke*, *LKV* 2006, 145 (148: „Jedenfalls wird der Schutz der gemeindlichen Sparkassenhoheit gegenüber nicht-kommunalen Trägern gewiss nicht schwächer sein als gegenüber dem Kreis.“) –

Nach allem ist nicht zu erkennen, wie die durch Versagung der Sparkassenerichtungsgenehmigung realisierte Sonderbelastung der Stadt Braunschweig verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte. Diese Sonderbelastung würde ohne sachlich rechtfertigenden Grund erfolgen, mit anderen Worten: willkürlich sein.

Angesichts dieses Befundes ist auch nicht ersichtlich, mit welcher Begründung „zureichende Gründe“, die in der „Wahrung überörtlicher Interessen“ liegen müssen,

– BVerfGE 76, 107 (119); VerfGBbg, LVerfGE 2, 93 (101) –

diesen Verfassungsmangel gleichsam „heilen“ könnten.

Allenfalls lässt sich prognostizieren, dass der Nord-LB/BLSK nach Gründung einer Stadtparkasse oder Sparkasse Braunschweig – anfangs eher wenig, später etwas mehr – Konkurrenz am Bankenplatz Braunschweig erwachsen wird.

– So sollte nach der Regierungsvorlage Nr. 776 (Nds. LT-Drucks. vom 17. April 1969) zum Gesetzentwurf über die Errichtung der Niedersachsenbank – Girozentrale – (Drucks. Nr. 769) die Entwicklung der BLSK und der Braunschweigischen Staatsbank gerade dadurch begünstigt werden, dass es in deren Geschäftsgebiet keine kommunalen Sparkassen gibt. Bei einer etwaigen Errichtung kommunaler

Sparkassen würde die künftige Niedersachsenbank (heute: Nord-LB/BLSK) u.a. in ihren Refinanzierungsmöglichkeiten eingeengt und u.U. auch einen Teil ihres Kundenkreises verlieren. –

Sie würde, wenn die städtische Sparkasse kreditwirtschaftlich erfolgreich agiert, Einbußen im Kundensegment, im Passiv- und Aktivgeschäft sowie im Bilanzvolumen erleiden. Diese wären allerdings im Vergleich zu dem Gesamtbilanzvolumen der Bank von 150 Mrd. € (Geschäftsjahr 2004) eher gering. Ähnliches würde für die Erwirtschaftung des Bilanzgewinns gelten.

– Vgl. auch das Kreditvolumen der BLSK in Höhe von 4,2 Mrd. € im Vergleich zur Nord-LB insgesamt in Höhe von 121,105 Mrd. € (Einlagen: 3,2 Mrd. € zu 52,59 Mrd. €), Geschäftsbericht der Nord-LB, 2004, S. 21, 53) –

Dabei muss man die Zahl sowie die bankwirtschaftliche Ertragskraft der Haupt- und Zweigstellen der Nord-LB/BLSK in Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern sowie ihre sonstigen überregionalen Aktivitäten (z. B. derzeit noch als 10prozentige Anteilseignerin der Berliner Bankgesellschaft AG, ferner Bremer Landesbank, Nord-LB Luxembourg S. A. mit Tochtergesellschaft Skandifinanz Bank AG, Zürich, Nord-LB Bank Polska S. A. und weitere Bankbeteiligungen, siehe Geschäftsbericht der Nord-LB, 2004, S. 118 ff.) in Relation setzen zu der auf das Trägergebiet der Stadt Braunschweig beschränkten Geschäftstätigkeit einer Stadtparkasse Braunschweig. Um insoweit verlässliche Zahlen, Daten und Prognosen zu erhalten, müsste wohl ein bankbetriebswirtschaftliches Gutachten von der Nord-LB/BLSK in Auftrag gegeben werden. Ein rechtswissenschaftliches Gutachten kann dies nicht leisten. Im Übrigen trägt die Nord-LB/BLSK bzw. die Sparkassenaufsicht und nicht die Stadt Braunschweig die Beweislast für die zu beantwortende Frage, ob die Landesbank durch die kommunale Konkurrenz die erforderliche *Leistungsfähigkeit* zu verlieren droht.

– Siehe zu diesem Begriff näher *Stern/Nierhaus*, Rechtsfragen der Neuordnung der Sparkassenwesen als Folge kommunaler Neugliederung, 1976, S. 42 f., 115 ff. und unten VI. 3. –

Abgesehen davon, dass „zureichende Gründe“ i.S. der Wahrung „überörtlicher“ (= landesbanklicher) „Interessen“ nicht ersichtlich sind, müssten diese Gründe im konkreten Fall der Nord-LB/BLSK in Konkurrenz zu einer künftigen Stadtparkasse Braunschweig auch noch ein höheres Gewicht als das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Stadt Braunschweig besitzen und darüber hinaus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

– BVerfGE 26, 228 (240); 56, 298 (313); 76, 107 (120); VerfGBbg, LVerfGE 2, 93 (101) –

Rechtsgründe, insbesondere solche verfassungsrechtlicher Natur, sprechen nicht für einen Konkurrenzschutz zugunsten der Nord-LB/BLSK. Sie kann sich – im Gegensatz zur Stadt Braunschweig – nicht auf das kommunale Selbstver-

waltungsrecht berufen. Die Nord-LB/BLSK ist eine reine Zweckschöpfung des einfachen Gesetzgebers im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung; die Nord-LB/BLSK steht – ohne verfassungsrechtliche Begrenzung – zur Disposition des Gesetzgebers.

– Ebenso *Oebbecke*, LKV 2006, 145 (148); er weist im übrigen zutreffend darauf hin, dass wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der gemeindlichen Sparkassenbetätigung die Länder gehindert wären, ihre Landesbanken durch Gesetz mit einer breiten Basis in der Fläche zu versehen (z.B. durch Fusionen von Sparkassen und Landesbanken). –

Eine solche Prüfung am Maßstab der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie und des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann schlechterdings nicht erfolgen, wenn bereits der Vergleichsparameter der zureichenden Gründe i.S. überörtlicher Interessen fehlt. Eine abwägende Gewichtung mit dem hohen Rechtsgut der kommunalen Selbstverwaltung und der von ihr umfassten Sparkassenhoheit kann erst erfolgen, wenn und soweit überragend wichtige Gründe der Gemeinwohls, die eine Verweigerung der Sparkasenerrichtungsgenehmigung überhaupt nur zu rechtfertigen vermögen, erkennbar und nachgewiesen sind. Dafür trägt letztlich der Finanzminister die verfassungsrechtliche Verantwortung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 57 Abs. 1, 3 und 5 NV fundierte Darlegungslast.

– Vgl. dazu *Nierhaus*, Beweismaß und Beweislast, Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß, 1989 –

Diese Beweislastverteilung ergibt sich vorliegend ohne vertiefende Begründung aus dem Umstand, dass die Stadt Braunschweig bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung der Sparkasse einen strikten, subjektiv öffentlich-rechtlichen Anspruch gegenüber dem Finanzministerium auf Erteilung der Genehmigung nach § 1 Abs. 2 NSpKG i.V.m. den bundes- und landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien hat.

– Dazu näher unten VI. –

Wer diesen Anspruch verneinen will, muss die tatbestandlichen Voraussetzungen der Genehmigungsversagung beweisen.

Abgesehen davon sind das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Stadt Braunschweig überwiegende Gründe i.S. überörtlicher Interessen auch nicht im Ansatz zu erkennen. Das Nebeneinander und die Arbeitsteilung zwischen Landesbanken und kommunalen Sparkassen bilden im Gegenteil ein vom „Sparkassenlager“ stets hervorgehobenes Herzstück des vertikalen Verbandssystems innerhalb der Sparkassengruppe. Auch wenn sich gelegentlich Spannungen im Gefüge der Sparkassenorganisation gezeigt haben,

– siehe z.B. *Güde*, Geschäftspolitik der Sparkassen, 6. Aufl. 1995, S. 58 ff. –

so kann doch als weitgehend unbestritten gelten, dass die überörtliche Vernetzung der kommunalen Institute mit der jeweiligen Landesbank sparkassenwirtschaftlich und -politisch begrüßenswert und u.a. unter dem Gesichtspunkt des Liquiditätsverbundes, der Metakredite und der Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs erforderlich ist.

– Siehe nur *F. Becker*, Die Vernetzung der Landesbanken, 1998, S. 113; siehe auch den Geschäftsbericht der Nord-LB, 2004, S. 11, 17, 45 f. –

Diese Funktionen nimmt die Nord-LB als *Sparkassenzentralbank* und *Girozentrale der Sparkassen* nach § 27 NSpKG und § 4 Abs. 3 StV NordLB wahr. Danach ist es eine klassische besondere Aufgabe der Landesbank, den Sparkassen bei Geschäften behilflich zu sein, die diese aus Verordnungs- und Satzungsgründen nicht (allein) wahrnehmen dürfen oder z.B. wegen der Kredithöhe nicht wahrnehmen können. Die Girozentralenfunktion dient darüber hinaus den regionalen Sparkassen als zentrale Verrechnungsstelle für den bargeldlosen Zahlungsverkehr, der Verwaltung der bei der Landesbank angelegten Liquiditätsguthaben der Sparkassen und dem Liquiditätsausgleich unter den Sparkassen.

– Siehe *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003, S. 307 –

„Es wäre weder rational noch effizient, wenn jedes Institut alles selbst machen würde. Das örtlich gebundene Institut braucht die ... überregionale Ergänzung, wie umgekehrt regional tätige Institute nicht auch alle lokalen Bereiche abdecken können.“

– *W. Geiger*, zit. nach Güde, aaO, S. 64 –

Wenn Landesbanken subsidiär Aufgaben übernehmen, welche die einzelne kommunale Sparkasse in eigener Verantwortung nicht (oder doch nur unvollkommen bzw. unter zu hohem Kostenaufwand) wahrnehmen kann, so bildet der arbeitsteilige Sparkassenverbund i.V.m. den Sparkassenverbänden

– „Sparkasseneinheit“ nach *J. Hoffmann*, Deutsche Sparkasseneinheit, 1969 –

eine Klammer, die die einzelnen, rechtlich selbstständigen Sparkassen zusammenhält.

– *Güde*, aaO, S. 49 –

Diese Klammerfunktion, die ihren Ausdruck in vielfältigen geschäftlichen Kooperationsformen auf den Gebieten des Kredit-, Auslands- und Wertpapiergeschäfts findet, stellt ein hohes kreditwirtschaftliches Gut dar.

– Vgl. z. B. die Zusammenführung des standardisierungsfähigen Kreditgeschäftes in einer 2005 gegründeten gemeinsamen Gesellschaft mit der Sparkasse Hannover, siehe Geschäftsbericht der Nord-LB, 2004, S. 9, 18, 42 –

Im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG liegt mithin kein „zureichender Grund“ für eine Ausnahme bzw. Durchbrechung des Verbundsystems im Falle der Stadt Braunschweig vor. Eine Sonderbelastung dieser braunschweigischen Kommune durch Vorenthaltung der Sparkassenerrichtungskompetenz wäre nach allem – gemessen an der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie – verfassungswidrig.

Im Übrigen deutet die geplante Schließung von sechs oder sieben Zweigstellen der Nord-LB/BLSK im Stadtgebiet von Braunschweig

– siehe oben I. 1. –

an, dass die Bank es zunehmend an lokalem geld- und kreditwirtschaftlichem Engagement in Braunschweig vermissen lässt. Insbesondere die mittelständige Wirtschaft im Raum Braunschweig beklagt sich über eine unzureichende kreditwirtschaftliche Versorgung durch die Nord-LB. Derartige örtliche Interessen wahrzunehmen, ist gerade die Aufgabe der einzelnen kommunal zuständigen Sparkasse. Der öffentliche Sparkassenauftrag

– § 4 Abs. 1 NSpKG –

verlangt von ihr u.a. die angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise und insbesondere des Mittelstandes mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen in der ganzen Fläche des Sparkassenträgergebietes. Als Regelvermutung erscheint durchaus die Annahme gerechtfertigt, dass eine überregional und im Übrigen auch zunehmend international tätige Landesbank (in Nordosteuropa, Niederlassungen in London, New York sowie Singapur/Shanghai) nicht im gleichen Maße die örtlichen geld- und kreditwirtschaftlichen Bedarfe decken kann resp. will. Auch insoweit liegen keine triftigen Gründe des öffentlichen Wohls vor, die es erlaubten, mittels Versagung der Errichtungsgenehmigung die originäre Sparkassenhoheit der Stadt Braunschweig zu unterminieren. Das Gegenteil ist der Fall.

Im übrigen wäre eine Versagung der Sparkassenerrichtungsgenehmigung auch nicht mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 2 NV) abzuleitenden *Verhältnismäßigkeitsprinzip* vereinbar.

Nach obigen Ausführungen liegen bereits verfassungslegitime Gründe des öffentlichen Wohls für eine Unterbindung der Ausübung der Sparkassenhoheit im Falle Braunschweig nicht vor. Folglich ist eine Untersagung der Sparkassenerrichtung auch *nicht geeignet*, das kommunale Selbstverwaltungsrecht und die von ihm geschützte Eigenverantwortlichkeit auf dem Sektor des Sparkassenwesens zu fördern. Ferner ist das zweite Element des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die *Erforderlichkeit* des eingesetzten Mittels, *nicht erfüllt*. Unter Erforderlichkeit ist das Gebot des Interventionsminimums zu verstehen mit der Folge, dass unter mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige auszuwählen ist, das das geschützte Rechtsgut (die Sparkassenhoheit als Ausfluss des kommunalen Selbstverwaltungsrechts) am wenigsten beeinträchtigt.

– Siehe nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 17 –

Als im Vergleich zur Versagung der Genehmigung schonenderes Mittel kommt z.B. eine Kommunalisierung der BLSK nach § 13 Abs. 4 StV NordLB in Betracht.

– Siehe unten IV. 1. b. bb. –

Die Genehmigungsversagung ist schließlich auch *unverhältnismäßig im engeren Sinne*, weil sie außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg steht. Die Einbuße an Sparkassenhoheit auf Seiten der Stadt Braunschweig ist gemessen an einem Schutz der Nord-LB vor kommunaler Konkurrenz bzw. der Aufrechterhaltung ihres sparkassenmäßigen Monopols im ehemaligen Land Braunschweig unangemessen.

Bezogen auf den vorliegenden Fall (dem „Streit im Braunschweigischen“) kommt auch der Kollege *Jannbernd Oebbeke* zu dem gleichen Ergebnis wie die vorliegende Untersuchung: „Wie auch immer der konkrete Fall mit seinen historischen Besonderheiten letztlich zu beurteilen sein mag, der Umstand, dass ein Mitglied der Sparkassenorganisation im Gebiet einer Kommune solche Leistungen erbringt, reicht für sich allein gewiss nicht aus, dieser Kommune ihr durch die Verfassung gewährleistetes Recht zur Errichtung einer Sparkasse zu bestreiten.“

– LKV 2006, 145 (147) –

### **III. Keine Berufung der Stadt Braunschweig auf den allgemeinen Gleichheitssatz**

Der Umstand, dass niedersächsische Kommunen – mit Ausnahme der braunschweigischen – direkt oder mittelbar über einen Zweckverband insgesamt 48 Sparkassen unterhalten, stellt einen klaren *Gleichheitsverstoß* dar. Allerdings können sich weder Kommunen noch öffentlich-rechtliche Sparkassen auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (Art. 3 Abs. 2 NV) als *Grundrecht* berufen. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind beide grundrechtsunfähig, selbst wenn sie sich auf dem Gebiet des Privatrechts wirtschaftlich betätigen.

– BVerfGE 61, 82 ff. – Sasbach; 75, 191 ff. – Grundrechtsunfähigkeit öffentlich-rechtlicher Sparkassen –

Es fehlt der für Grundrechte typische Bezug zum persönlichen Freiheitsraum natürlicher Personen. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass der Bürger *seine* Grundrechte selbst wahrnehme und etwaige Verletzungen geltend mache. Eine „Vertretung“ würde eine gefährliche Einbruchsstelle in die Individualfreiheit eröffnen; die grundrechtlich verbürgten Freiheiten des Menschen sollten prinzipiell nicht von der Vernunfttheorie öffentlicher Einrichtungen verwaltet werden.

– BVerfGE 61, 82 (104); 75, 191 (200) –

Soweit aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip ein *objektiv-rechtliches Willkürverbot* abgeleitet wird,

– siehe *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rdn. 63 m. w. Nachw. –

zwingt dies nicht zu einer eigenständigen Untersuchung, weil von Art. 28 Abs. 2 GG abweichende Ergebnisse nicht zu erwarten sind. Erwägungen zum Willkürverbot sind der Sache nach in die Darstellung der verfassungswidrigen Sonderbelastung der Stadt Braunschweig eingeflossen.

– Oben II. –

#### **IV. Keine Geltung des Regionalprinzips im Verhältnis unter Landesbanken und kommunalen Sparkassen**

Eine weitere Gutachtenfrage (oben A. II. d) lautet:

Ist die Errichtung und der Betrieb einer kommunalen Sparkasse in der Stadt Braunschweig mit dem *Regionalprinzip* vereinbar? Auf den ersten Blick verwundert diese Frage: Sie kann rechtsgrundsätzlich nur mit einem eindeutigen „Ja“ beantwortet werden! Wie nachfolgend kurz dazustellen ist, stellt es eher eine Selbstverständlichkeit dar, dass die Errichtung und der Betrieb einer Sparkasse mit Hauptstelle und Zweigstellen durch die Stadt Braunschweig in bzw. auf ihrem eigenen Stadtgebiet mit dem sparkassenrechtlichen Regionalprinzip übereinstimmt, ja geradezu von ihm gefordert wird.

Die Fragestellung gewinnt allein durch den Umstand eine gewisse Plausibilität und Nachvollziehbarkeit, dass die BLSK als unselbstständige („besondere“) Abteilung der Nord-LB (§ 13 Abs. 1 Satz 1 StV NordLB) in ihrem „*Geschäftsgebiet*“ (§ 13 Abs. 3 StV NordLB),

– § 3 Abs. 4 SAG spricht von „Zweigstellengebiet“ der BLSK, was aber in der Sache keinen Unterschied macht –

wozu auch die Stadt Braunschweig gehört, rein tatsächlich und historisch bedingt die Funktion einer Sparkasse wahrnimmt.

Normativ ist diese Aufgabe weder in § 4 StV NordLB noch in § 4 der Satzung der Nord-LB verankert. Die Nord-LB/BLSK ist deshalb gesetzlich und satzungsrechtlich nicht gehindert, jederzeit den für kommunale Sparkassen geltenden öffentlich-rechtlichen Auftrag nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 NSpKG (vor allem: die Pflicht zur angemessenen und ausreichenden Versorgung aller Bevölkerungskreise und insbesondere des Mittelstandes mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen in der Fläche) abzustreifen und sich auf lukrativere

Geschäfte (Metakredite, Konsortial-, Wertpapiergeschäfte, Schiffs- und Flugzeugfinanzierungen sowie Investmentbanking) zu beschränken.  
In dem Verfahren

– OVG Lüneburg – 10/L 3954/99 –

hat der Kollege *G. Püttner* rechtsgutachtlich

– Ernst machen mit dem Regionalprinzip!, August 1988, S.  
17 –

unter Berufung vor allem auf die Regelung des § 3 Abs. 4 SAG die Auffassung vertreten, die Sparkassengrundsätze – und damit auch das Regionalprinzip – fänden auf die Nord-LB Anwendung.

Dieser verfehlten Auffassung ist der Kollege *J. Ipsen* in einem Gegengutachten

– Sparkassen und Gebietsreform, 1995, S. 36 ff. m. umf.  
Nachw. –

zu Recht entgegengetreten und hat *Püttners* Argumentation als einen „Kunstgriff“ entlarvt, der in der Annahme einer – unausgesprochenen – Rechtsfiktion bestehe, dass die BLSK als kommunale Sparkasse *gelte* und demgemäß die sparkassenrechtlichen Zuständigkeitsgrundsätze Anwendung fänden.

– AaO, S. 39 –

Insoweit kann auf die diesbezüglichen Ausführungen von *J. Ipsen* Bezug genommen werden. Wie fernliegend – um es vorsichtig auszudrücken – die These *Püttners* ist, belegt im übrigen auch der vielsagende Befund, dass das OVG Lüneburg

– NdsVBl. 2001, 316 ff. –

mit keinem Wort den sparkassenrechtlichen Zuständigkeitsgrundsatz des Regionalprinzips im Verhältnis zwischen der Nord-LB/BLSK und einer kommunalen Sparkasse (des Landkreises Peine) erwähnt.

Da im vorliegenden Rechtsstreit um die Errichtung einer kommunalen Sparkasse im „Geschäftsgebiet“ resp. „Zweigstellengebiet“ der Nord-LB/BLSK gleichwohl das *Regionalprinzip* wieder fröhliche Urständ feiert, soll im folgenden kurz begründet werden, dass und warum das sparkassenrechtliche Regionalprinzip in dieser Konstellation *keine Anwendung* findet.

Bereits im Jahre 1976 hat der Verfasser

– *Nierhaus*, VerwArch 67 (1976), S. 266 (273) –

die doppelte Bedeutung des Regionalprinzips herausgearbeitet:

*Zum einen* beschränkt es den Wirkungsbereich eines Subjekts öffentlicher Ver-

waltung (Gemeinden, Gemeindeverbände, Sparkassen) durch und auf das ihm zugeordnete Gebiet (Gemeinde-, Träger-, Geschäftsgebiet). Insoweit besagt das Regionalprinzip, dass eine Sparkasse nicht außerhalb des Gebiets und Funktionsbereichs ihres Trägers tätig werden darf. Entsprechend ist die Sparkassen-, Haupt- und Zweigstellenerrichtung auf dieses (Träger-) Gebiet beschränkt. Das Regionalprinzip entfaltet mithin seine Wirkung in der *kommunalen Horizontalgliederung*.

– „Horizontale Arbeitsteilung von Sparkasse zu Sparkasse“, so zutreffend auch *Güde*, Geschäftspolitik der Sparkassen, 6. Aufl. 1995, S. 43, und *Oebbecke*, LKV 2006, 145 (146: „Damit hat das sparkassenrechtliche Regionalprinzip eine kommunalverfassungsrechtliche Wurzel. Es handelt sich ... um eine jeder einzelnen kommunalen Sparkasse konstitutionell mitgegebene Beschränkung ... Sparkassen haben kommunale Träger und arbeiten in ihrem Trägergebiet.“) –

Es schützt die Sparkasse im wesentlichen vor der Gefahr, dass andere *kommunale* Kreditinstitute in den angestammten Bereich des früher sog. Gewährträgersgebietes eindringen oder dort nach einer Gebietsänderung verbleiben.

*Zum anderen* enthält das Regionalprinzip auch den Grundsatz der Deckungsgleichheit (Kongruenz) von Träger- und Geschäftsgebiet.

– Auf letzteren Aspekt soll hier nicht eingegangen werden; siehe insoweit nur OVG Münster, DVBl. 1982, 504 (505 f.); *Stern/Nierhaus*, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, 1976, S. 25 ff. m. w. Nachw. –

Die einzelnen Facetten des Regionalprinzips sind in institutionell-organisatorischer und geschäftsrechtlicher Hinsicht Gegenstand vielfältiger Untersuchungen zu unterschiedlichen sparkassen-, firmen-, werbe- und europarechtlichen Konstellationen gewesen. Darauf kann an dieser Stelle verwiesen werden.

– Neben *Stern/Nierhaus*, aaO, S. 11 ff.; *dies.*, Kreissparkassenzweigstellen in kreisfreien Städten?, 1978, S. 38 ff.; *dies.*, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991; *Nierhaus/Stern*, Regionalprinzip und Sparkassenhoheit im europäischen Bankenbinnenmarkt, 1992, S. 11 ff.; *Rost-Haigis/Hohmann*, Auswirkungen der Gebietsreform auf das Sparkassenwesen, 1981; *P. Kirchhof*, Die Rechtspflicht zur Übertragung von Zweigstellen nach einer kommunalen Neugliederung, 1984, S. 12 ff.; *Weides*, Die Sparkasse des Zweckverbandes in der kommunalen Neugliederung, 1979; *ders.*, Kreissparkassen und Gebietsreform, 1983; *J. Burmeister*, Die Auswirkungen der kommunalen Gebietsreform in Bayern auf die Sparkassenorganisation, 1978, S. 23 ff.; *ders./Bodenheim*, Die Organisation des Sparkassenwesens im Stadtverband Saarbrücken,

1981, S. 24 ff. jew. m. w. Nachw. –

Für das vorliegende Teilgutachten ist von entscheidender Bedeutung, dass das Regionalprinzip seine Rechtswirkung in der *kommunalverfassungs- und sparkassenrechtlichen Horizontalgliederung* entfaltet.

– Güde, aaO, S. 43; *Stern/Nierhaus*, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens, 1976, S. 14 –

Als Zuständigkeitsgrundsatz gilt es daher nur im *Gleichordnungsverhältnis* zwischen kreisfreier Stadt und Landkreis, zwischen kreisangehörigen Gemeinden, unter Landkreisen sowie deren Sparkassen. Im kreisangehörigen Raum der Vertikalgliederung von Landkreis und kreisangehörigen Gemeinden wird das Regionalprinzip durch das sog. sparkassenrechtliche *Subsidiaritätsprinzip* ergänzt und modifiziert.

– Siehe dazu die sparkassen- und kommunalverfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung des OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1989, 11 ff. m. w. Nachw. –

Insbesondere in der Zeit nach den kommunalen Gebietsreformen ist umfangreiche Rechtsprechung zum Regionalprinzip als Zuständigkeitsgrundsatz im Kommunalverfassungs- und Sparkassenrecht ergangen.

– Vgl. die Nachw. bei *J. Ipsen*, aaO, S. 31 f. –

In der vorliegenden Untersuchung wird darauf verzichtet, diese Judikatur noch einmal im einzelnen nachzuzeichnen, weil sie sich entweder auf landesspezifische Ausprägungen des Regionalprinzips oder auf geänderte Gesetzesbestimmungen bezieht. So gab es im NSpKG a. F.

– wohl aber in § 2 Abs. 1 SAG; siehe dazu LT-Drucks. 7/1239, S. 5 f. –

keine besondere Vorschrift über das Regionalprinzip, weshalb das OVG Lüneburg den mühsamen (Um-) Weg über das subsidiär heranzuziehende Kommunalrecht gehen musste.

– Siehe dazu auch einerseits OVG Münster, Sparkasse 1966, 148 (151) und andererseits BayVGH n. F. 34, 23 (31 f.); zum Streitstand *Nierhaus*, DÖV 1984, 662 (666) –

Dies hat sich zwischenzeitlich durch die Vorschrift des § 4 Abs. 2 NSpKG geltender Fassung geändert, in der mit der Zweigstellenerrichtungs- und Werbebefugnis die wichtigsten Teilaspekte des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips geregelt sind. Danach dürfen Sparkassen nur in ihrem Geschäftsgebiet Zweigstellen errichten und werbend tätig werden, soweit sich nicht aus ... abweichenden Regelungen etwas anderes ergibt. Die Sparkassenaufsichtsbehörde kann Ausnahmen zulassen.

– Zum Regel-Ausnahme-Charakter des Regionalprinzips siehe im einzelnen *Stern/Nierhaus*, Das Regionalprinzip im

öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 58 ff. und S. 72 ff. –

Ungeachtet dieser gesetzpositiven Teilnormierung besteht indes kein Zweifel daran, dass das Regionalprinzip in all seinen Regelungswirkungen – auch und gerade im Hinblick auf die grundlegende Sparkassenerrichtungsbefugnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpKG – auch für Niedersachsen Geltung beansprucht. Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg hat bereits in seinem Urteil vom 6. Januar 1970 ausgeführt:

„Das sparkassenrechtliche Regionalprinzip besagt nicht mehr und nicht weniger, als daß der Geschäftsbereich einer kommunalen Sparkasse grundsätzlich auf das Gebiet ihres Gewährträgers beschränkt ist, also nicht über die Grenzen des Muttergemeinwesens hinausreicht ... . Das Regionalprinzip ergibt sich aus der Rechtsnatur der öffentlich-rechtlichen Sparkassen, die rechtsfähige Anstalten einer Gemeinde, eines Landkreises oder eines Zweckverbandes sind, dem nur Gemeinden und Landkreise angehören können (§§ 1, 3 Abs. 1 Nds. Sparkassengesetz v. 6.7.1962 – NSpKG – GVBl. S. 77). Wenngleich die kommunalen Sparkassen durch das neuere Sparkassenrecht (s. schon die Dritte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6.10.1931 – 5. Teil, Kap. I., RGBl. I S. 537, 554) allgemein zu Anstalten des öffentlichen Rechts und damit zu Trägern eigener Rechte und Pflichten verselbständigt worden sind, sind sie doch als Einrichtung mittelbarer Kommunalverwaltung ihrem Muttergemeinwesen eng verhaftet geblieben; ... . Die sich unmittelbar aus dem Wesen einer kommunalen Gebietskörperschaft ergebene räumliche Kompetenzbeschränkung wirkt sich bei der zugehörigen öffentlich-rechtlichen Sparkasse grundsätzlich entsprechend als eine Beschränkung des anstaltsrechtlichen Wirkungskreises und des Geschäftskreises auf den Raum des Gewährträgers aus. Die Begrenzung des Anstaltszwecks durch das Prinzip der örtlichen Beschränkung hat insofern im Niedersächsischen Sparkassengesetz seinen Ausdruck gefunden, als dem kommunalen Kreditinstitut jedenfalls hinsichtlich des Aktivgeschäftes ausdrücklich nur die „örtliche Kreditversorgung“ zur Aufgabe gemacht worden ist (§ 5 NSpG).“

– In: *Weides/Bosse*, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, 1. Folge, 1981, S. 413 (416/417) –

Im Cuxhavener Sparkassenstreitverfahren hat das OVG Lüneburg im Jahre 1986 noch einmal kurz zusammengefasst:

„Die sich unmittelbar aus dem Wesen einer kommunalen Gebietskörperschaft ergebende räumliche Kompetenzbeschränkung wirkt sich bei der ihr zugehörigen öffentlich-rechtlichen Sparkasse, einer öffentlich-rechtlichen Anstalt,

grundsätzlich entsprechend als eine Beschränkung des anstaltsrechtlichen Wirkungskreises und Geschäftskreises auf den Raum des Gewährträgers aus (vgl. Urt. d. erk. Sen. v. 6.1.1970, a.a.O., S. 417). Das *allein im horizontalen, räumlichen Nebeneinander kommunaler Sparkassen als Zuständigkeitsgrundsatz geltende sog. Regionalprinzip*, wonach eine kommunale Sparkasse nicht außerhalb des Hoheits- und Funktionsbereiches ihres Gewährträgers tätig werden darf, ...”

– In: *Weides/Bosse*, aaO, 3. Folge, 1991, S. 431 (445), Hervorhebung nicht im Original –

Aus der gesetzlichen Teilnormierung in § 4 Abs. 2 NSpKG, der (kommunalrechtlichen) Ableitung des Regionalprinzips letztlich aus der Gebietshoheit der kommunalen Träger durch das Oberverwaltungsgericht Lüneburg sowie aus dem Charakter der öffentlich-rechtlichen Sparkassen als „(rechtlich selbstständige) kommunale Einrichtungen”

– BVerfGE 75, 192 (198/199); näher oben B. II. 2. –

folgt unzweifelhaft, dass „das Regionalprinzip nur unter kommunalen Gebietskörperschaften gleicher Stufe gelten kann und sich hier in seiner rechtlichen Bedeutung erschöpft.”

– *J. Ipsen*, Sparkassen und Gebietsreform, Rechtsgutachten 1995, S. 36 –

Der gleiche Befund ergibt sich im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Regionalprinzip (und das kommunale Sparkassenwesen insgesamt) sowie seine Verankerung in der *kommunalen Selbstverwaltungsgarantie* der Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 57 Abs. 1 und 3 NV.

– Näher dazu *Stern/Nierhaus*, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 52 ff. m. w. Nachw. –

Das Regionalprinzip ist „zweifellos” in Art. 28 Abs. 2 GG und den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen verankert.

– So zutreffend auch *F. Kirchhof*, in: ders./Henneke, Entwicklungsperspektiven kommunaler Sparkassen in Deutschland, 2000, S. 11 (26), unter Berufung auf OVG Koblenz, NVwZ-RR 1992, 240 (241) und *Hoppe*, HKWP, Bd. 5, 1984, S. 496 (503 f.) –

Die Sparkassengesetze formen das Regionalprinzip einfachgesetzlich nur näher aus. Da Sparkassen – wie gezeigt – als kommunale Anstalten zur sog. mittelbaren Kommunalverwaltung gehören, können sie vor dem Hintergrund der ne-ultra-vires-Regel des Art. 28 Abs. 2 GG

– Die Beschränkung der Gemeinden auf die Erledigung der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft” wird als eine

solche begrenzende Regel bezeichnet von *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2005, 1. Kap. Rdn. 15 a. E.; *dems.*, in: *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, Bd. II, 2001, S. 803 (810); *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar*, Bd. II, 2005, Art. 28 Abs. 2 Rdn. 173; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 32 und *dems.*, *Kommunalrecht für Brandenburg*, 1. Aufl. 2003, Rdn. 91, 215 –

nur im Rahmen der Verbandskompetenz ihres kommunalen Anstaltsträgers handeln. Sie sind insoweit auch und gerade verfassungsrechtlich auf das Kommunalgebiet begrenzt.

– *F. Kirchhof*, aaO, S. 27 –

Nach allem gilt einfachgesetzlich wie auch verfassungsrechtlich: Das „Errichtungsgebiet“ einer künftigen Stadtparkasse Braunschweig ist identisch mit dem „Hoheitsgebiet“ des Sparkassenträgers Stadt Braunschweig und im übrigen auch auf dieses örtlich begrenzt. Überschneidungen (sog. Gemengelagen) mit Träger- und Geschäftsgebieten benachbarter Sparkassen sind grundsätzlich unzulässig.

Diese Konstellation benachbarter kommunaler Sparkassenträger und ihrer Sparkassen liegt im Verhältnis zur Nord-LB/BLSK ersichtlich nicht vor. Nach § 2 Abs. 1 StV NordLB sind Träger der *Landesbank* das Land Niedersachsen, das Land Sachsen-Anhalt, der NSGV und zwei Sparkassenbeteiligungs-(zweck)verbände (der Länder Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern). Da nur das Land Niedersachsen (und Sachsen-Anhalt) Gebietskörperschaften sind, ist das Trägergebiet der Nord-LB/BLSK (teil)identisch mit der ganzen Fläche der Länder. Eine regionalprinzipwidrige Überschneidung von kommunalem Trägergebiet und Sparkassen-Geschäftsgebiet konnte sich im Falle der NordLB einschließlich ihrer besonderen Abteilung BLSK gar nicht ergeben und würde sich im Falle einer Sparkassengründung in Braunschweig auch nicht ergeben können. Zwar ist in § 13 Abs. 3 StV NordLB von dem „Geschäftsgebiet“ der Landessparkasse die Rede;

– in § 3 Abs. 4 SAG als „Zweigstellengebiet“ bezeichnet –

dieses staatliche Hoheitsgebiet des ehemaligen Landes Braunschweig liegt jedoch gerade im Hoheitsgebiet des Landes Niedersachsen als einem der Träger der Nord-LB/BLSK.

Im übrigen gilt das NSpkG nicht (mehr) für die Nord-LB/BLSK

– § 37 Abs. 4 Satz 2 NSpkG a.F., wonach das NSpkG sinngemäß auf die Nord-LB Anwendung finden konnte, wurde in den neuen StV NordLB nicht übernommen; siehe im übrigen § 27 NSpkG –

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG ist die Trägerschaft für Sparkassen aus-

schließlich Gemeinden, Landkreisen und kommunalen Zweckverbänden, also *kommunalen* Trägern, vorbehalten. Mit der Unanwendbarkeit des NSpKG enden auch die Geltung und Rechtswirkungen des Regionalprinzips. Die Nord-LB/BLSK kann daraus keinen Honig saugen!

Wer anders argumentiert, d.h. das Regionalprinzip zugunsten der Nord-LB/BLSK gegen kommunale Sparkassen in Stellung bringen will, setzt sich dem fundamentalen Einwand aus, nicht trennscharf zwischen den beiden Rechtsmaterien Landesbankenrecht einerseits und kommunalem Sparkassenrecht andererseits zu unterscheiden.

– Zutreffend *J. Ipsen*, Sparkassen und Gebietsreform, Rechtsgutachten 1995, S. 37 f. –

Im sog. Haspa-Urteil unterscheidet das Bundesverwaltungsgericht präzise zwischen den Freien Sparkassen, denen der Betrieb von Bankgeschäften in der Art von Sparkassengeschäften nicht als „öffentliche Aufgabe“ – d.h. nicht zur Wahrnehmung einer staatlichen oder kommunalen Aufgabe – übertragen oder überlassen worden ist.

– BVerwGE 69, 11 (22: „Gerade dadurch unterscheiden sie sich von den öffentlich-rechtlichen Sparkassen, die als Einrichtungen ihrer Gewährträger von diesen errichtet und mit dem Betrieb von Sparkassengeschäften als der von ihnen wahrzunehmenden 'öffentlichen Aufgabe' betraut werden.“) –

Deshalb unterfallen die Freien Sparkassen der Bundeskompetenz für das (allgemeine) Bankwesen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Demgegenüber sind das sog. formelle Sparkassenrecht als Sparkassenverfassungs- und -organisationsrecht sowie das Landesbankenrecht der Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer (Art. 30, 70 GG) zuzurechnen.

– BVerwGE 75, 292 (299) –

Demgemäß enthalten die Landessparkassengesetze Bestimmungen über das *kommunale* (Sparkassen-) Organisationsrecht und über die geld- und kreditwirtschaftliche Daseinsvorsorge der *Kommunen* in der Form der *mittelbaren Kommunalverwaltung*.

– Ähnlich *J. Ipsen*, aaO, S. 38 –

Regelungen über *Landesbanken* bewegen sich demgegenüber im Bereich der *Landesorganisationsgewalt* als Teil der *mittelbaren Staatsverwaltung*.

Damit ist die normative Grenze zwischen beiden Regelungsmaterien klar: Landesbankenregelungen beschränken sich *grosso modo* auf Vorschriften über die Rechtsnatur, Trägerschaft, Aufgaben und innere Organisation der Landesbanken. Sparkassenrechtliche Vorschriften erstrecken sich darüber hinaus

zwangsläufig auch auf geschäftsgebietliche Abgrenzungen *zwischen den einzelnen Sparkassen* nach Maßgabe der beiden oben skizzierten Prinzipien der Regionalität und Subsidiarität.

Aus den Regelungen des § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 sowie § 4 Abs. 2 NSpKG, den unterschiedlichen Strukturen und Aufgaben der kommunalen Sparkassen einerseits und der Landesbanken andererseits, letztlich aus den verschiedenartigen Normenstrukturen beider Bereiche der öffentlich-rechtlichen Kreditwirtschaft ergibt sich nach allem eindeutig, dass das NSpKG mit seinem dort teilweise ausdrücklich geregelten, im übrigen ihm resp. dem Kommunalverfassungsrecht inhärenten Regionalprinzip auf die Nord-LB/BLSK nicht anwendbar ist.

Zum gleichen Ergebnis gelangt im übrigen eine neuere Untersuchung von *Florian Becker* über

– Die Vernetzung von Landesbanken, 1998, S. 365 ff. m. w. Nachw. –

Er stellt in provokanter Form die – häufig nur dilatorisch behandelte – Frage, ob für Landesbanken/Girozentralen *ein dem kommunalen Sparkassenrecht vergleichbares Regionalprinzip* existiere. Er geht zutreffend davon aus, dass das sparkassenrechtliche Regionalprinzip nur ein Regulativ für die Abgrenzung von Geschäftsbereichen mittelbarer Kommunalstrukturen innerhalb einer Staatsorganisation – eines Bundeslandes – darstellt. Das Regionalprinzip diene als „Schutzwall einer Gemeinde gegen geschäftliche Übergriffe fremder Sparkassen auf das eigene Gemeindegebiet“.

– *F. Becker*, aaO, S. 365/366 –

Während dem sparkassentypischen Regionalprinzip die Aufgabe zukomme, die Zuständigkeiten der öffentlichen Kreditinstitute innerhalb eines Bundeslandes zu regeln, werfe das *Territorialprinzip*

– vgl. auch BVerwGE 69, 11 (19) –

als bundesstaatliches Gebietskonzept u.a. die Frage auf, ob es nach den geltenden Grundprinzipien des staatlichen Organisationsrechts im allgemeinen und der bundesstaatlichen Kompetenzordnung im besonderen überhaupt möglich sein kann, einem Glied der staatlichen Verwaltungsorganisation (gemeint sind Landesbanken) durch Rechtssatz die Fähigkeit zu verleihen, die ihm übertragene Funktion auch außerhalb des räumlichen Bereiches der Gebietshoheit derjenigen Körperschaft wahrzunehmen, der sie organisatorisch angehört.

– *F. Becker*, aaO, S. 366 (insoweit im übrigen sehr skeptisch!) –

Größer könnten die normativen und dogmatischen Unterschiede zwischen dem *Regionalprinzip der Sparkassen* einerseits und dem *bundesstaatlichen Territorialprinzip der Landesbanken* andererseits nicht sein! Damit hat sich der fundamentale und kategoriale Unterschied zwischen den öffentlich-rechtlichen

Sparkassen als rechtsfähigen Anstalten kommunaler Gebietskörperschaften – und damit „mittelbarer“ Kommunalverwaltung – und der Nord-LB als rechtsfähiger Anstalt mehrerer Länder – und damit als Teil „mittelbarer“ Landes(staats)verwaltung – bestätigt.

– Ebenso *J. Ipsen*, aaO, S. 39 –

Deshalb findet das sparkassenrechtliche Regionalprinzip, das nur für kommunale Sparkassen der gleichen „Rangstufe“ gilt, auf die Nord-LB/BLSK keine Anwendung. M.a.W.: Die Stadt Braunschweig könnte ohne Verstoß gegen das Regionalprinzip – im Gegenteil: unter Verwirklichung *ihres* sparkassen- und kommunalverfassungsrechtlichen Regionalprinzips – auf ihrem Gebiet eine eigene Sparkasse errichten!

Dem Verfasser ist die Folgefrage

– oben A. II. b. –

gestellt werden, ob sich daran durch die Fusion der BLSK mit der Nord-LB im Jahre 1970 und den StV NordLB vom März 2005 mit Blick auf die Sparkassenerrichtungsbefugnis der Stadt Braunschweig etwas geändert hat.

## **V. Die Rechtslage nach der Fusion der BLSK mit der Nord-LB im Jahre 1970 und den Bestimmungen des StV NordLB von 2005**

### **1. Die Fusion im Jahre 1970**

#### **a. Fortführung der BLSK als rechtlich unselbstständige Abteilung der Nord-LB**

Hinsichtlich des zugrundezulegenden Sachverhalts und der insoweit einschlägigen Bestimmungen wird auf die Angaben oben sub A. I. verwiesen. Danach wurde die ehemals rechtlich selbstständige, aber unter der Verwaltung der Braunschweigischen Staatsbank und im alleinigen Besitz des Landes Niedersachsen stehende BLSK im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Nord-LB übergeführt (§ 1 NordLBG a.F.), und zwar unter namensgleicher Fortführung als „besondere“ Abteilung der Landesbank (§ 19 Abs. 1 Satz 1 NordLBG a. F.).

Damit hat die BLSK zwar ihre rechtliche Selbstständigkeit verloren. Die Nord-LB kann aber unter ihrem oder dem Namen der BLSK im „Geschäfts“- bzw. „Zweigstellengebiet“ das BLSK weiterhin Zweigstellen errichten und unterhalten (§ 1 Abs. 3 Satzung der NordLB vom 13.08.1970).

Dies war der ausdrückliche Wille des historischen Gesetzgebers, der unmissverständlich in der Begründung der Regierungsvorlage Nr. 776 vom 14. April 1969 zum Ausdruck kommt:

„Im Geschäftsgebiet der Braunschweigischen Staatsbank bestehen keine kommunalen Sparkassen. Hierdurch ist die Entwicklung der Braunschweigischen Landessparkasse und der Braunschweigischen Staatsbank begünstigt worden. Bei einer etwaigen Errichtung kommunaler Sparkassen würde die künftige Niedersachsenbank [i.e.: Nord-LB – Girozentrale] u.a. in ihren Refinanzierungsmöglichkeiten eingeengt und u.U. auch einen Teil ihres Kundenkreises verlieren.“ – Nds. LT – 6. WP. Drucks. 776, ausgegeben am 17. April 1969.

Rechtlichen Veränderungen war die Nord-LB/BLSK – allerdings nicht im sparkassenfreien Landesteil Braunschweig – allenfalls durch die Regelung des § 3 Abs. 4 SAG ausgesetzt, wonach bei Überschneidungen zwischen dem Gewährträgeregebiet einer kommunalen Sparkasse und dem Zweigstellengebiet der BLSK – Abteilung der Nord-LB – als Folge kommunaler Neugliederung gegebenenfalls Vereinbarungen über Zweigstellenübertragungen zu schließen waren.

– Siehe als Beispielfall OVG Lüneburg, NdsVBl. 2001, 316 ff. –

Diese Regelungen widersprechen weder im Einzelnen noch in ihrer Gesamtschau der der Stadt Braunschweig auch nach dem NSpKG a. F. originär-eigen zustehenden Befugnis, eine Sparkasse zu errichten.

– Siehe oben I. - IV. und unten VI.; auf den Unterschied zwischen Art. 44 VorlNV und § 57 NV kommt es vorliegend nicht an; siehe dazu *J. Ipsen*, Die rechtliche Stellung der Gemeinden nach der neuen Niedersächsischen Verfassung, 1994 –

Daran ändert auch die oben wiedergegebene Begründung der Regierungsvorlage Nr. 776 zum Nord-LBG von 1970 durch den damaligen Finanzminister *Kubel* nichts. Die dort geschilderten Vorteile eines „sparkassenfreien“ Geschäftsgebietes der BLSK und die befürchteten Nachteile als Folge der Errichtung kommunaler Sparkassen im ehemaligen Land Braunschweig sind ersichtlich rechtspolitischer und (rein deskriptiv) kreditwirtschaftlicher, nicht aber sparkassen- oder kommunalverfassungsrechtlicher Natur. Der Hinweis auf eine „etwaige Errichtung kommunaler Sparkassen“ spricht sogar dafür, dass die Sparkassenerrichtungsbefugnis der braunschweigischen Kommunen rechtlich anerkannt wurde.

Als unzweideutiger Beleg dafür kann der ebenfalls von Finanzminister *Kubel* kurze Zeit später unterzeichnete Vermerk vom 24. Juni 1969 angeführt werden: Der Vermerk

– betreffend die Neuordnung des öffentlich-rechtlichen Bankwesens in Niedersachsen –

fasst den Inhalt der auf Einladung des Niedersächsischen Finanzministeriums

zustande gekommenen Besprechung mit Finanzminister *Kubel* und Vertretern der Arbeitsgemeinschaft braunschweigischer Städte und Landkreise über die mit der Gründung ursprünglich der Niedersachsenbank, später der Nord-LB zusammenhängenden „Probleme der künftigen Sparkassenorganisation im Landesteil Braunschweig“ zusammen. Unter Punkt 2. wurde übereinstimmend (!) festgestellt, dass im Interesse eines einheitlichen Sparkassenwesens auch im Landesteil Braunschweig kommunale Sparkassen eingerichtet werden sollten. Es bestand auch Übereinstimmung insoweit, als dabei Wege gesucht werden sollten, die den braunschweigischen Kommunen die Errichtung von Sparkassen finanziell ermöglichten. Minister *Kubel* wies darauf hin, dass es hierfür ein breites Band von Möglichkeiten gebe. Er nannte z.B. das Zugestehen längerer Zahlungstermine wie auch die Festlegung von Modalitäten für die Benutzung vorhandener Grundstücke und Gelände.

Soweit in die Neuorganisation des (kommunalen) Sparkassenwesens die BLSK einbezogen werde, müssten die Verhandlungen mit der künftigen Niedersachsenbank [Nord-LB] geführt werden. Das Land werde jedoch auch dort seinen Einfluß einsetzen, damit die Kommunen „nicht über Gebühr belastet werden.“

Sub 1. ist noch festgehalten, dass die Neuorganisation des öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesens in Braunschweig „aus Zweckmäßigkeitsgründen“ nicht vor der kommunalen Gebietsreform in Angriff genommen werden sollte.

Abgesehen von diesem Vermerk der Sparkassenaufsichtsbehörde liegen dem Unterzeichneten zahlreiche Protokolle, Vermerke und Entwürfe vor, die dann letztlich mit Billigung und Genehmigung des Niedersächsischen Finanz- und Innenministeriums am 23. Juni 1970 zu der Gründung des „Zweckverbandes für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig“ durch die kreisfreien Städte Braunschweig und Salzgitter sowie die Landkreise Blankenburg, Braunschweig, Gandersheim, Helmstedt, Holzminden und Wolfenbüttel führte.

Weil in Niedersachsen die kommunale Gebietsreform noch nicht abgeschlossen war, wurde auf die sofortige Gründung einer Zweckverbandssparkasse verzichtet. Deshalb sah und sieht § 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b der Zweckverbandssatzung nur, aber immerhin vor, dass der Zweckverband die Einführung des kommunalen Sparkassenwesens prüfen und vorbereiten sollte.

All dies spricht eine an Deutlichkeit kaum noch zu überbietende Sprache im Sinne einer ausdrücklichen Anerkennung der kommunalen Sparkassenerrichtungsbefugnis im ehemaligen Land Braunschweig durch die beiden (früher) zuständigen Genehmigungsbehörden – und zwar zeitlich kurz vor der bevorstehenden Vereinigung der BLSK mit der Nord-LB in den Jahren 1969/1970!

– Nach § 1 Satz 2 Halbs. 1 und 2 NSpKG vom 6. Juli 1962 (Nds. GVBl. S. 77 i. d. F. der Bek. v. 20. August 1990, Nds. GVBl. S. 421) bedurfte die Errichtung von Sparkassen der im Einvernehmen mit der obersten Kommunalaufsichtsbehörde zu erteilenden Genehmigung der obersten Sparkassenaufsichtsbehörde. –

Dieser Befund wird durch die nachfolgend (b.) zu untersuchenden Vorschriften des § 19 Abs. 3 bis 5 NordLBG v. 1970 bestätigt.

## **b. Die Regelungen des § 19 Absätze 3 bis 5 NordLBG**

### ***aa. Ausgleichszahlungen nach § 19 Abs. 3 NordLBG***

Mit dieser Regelung – Zahlung eines Betrages an die braunschweigischen Kommunen ohne eigene Sparkassen in einer Höhe, die die Gewährträger niedersächsischer Sparkassen im vorangegangenen Geschäftsjahr durchschnittlich je Einwohner an Überschüssen erhalten haben – sollten die Belange der Braunschweiger Kommunen gewahrt werden.

– Berichterstatter Abg. *Hüper* (SPD), Nds. LT – 6. WP – 35.  
Tagungsabschnitt – 78. Sitzung am 21. April 1970, Sp. 7039 –

Weil diese keine eigenen kommunalen Sparkassen unterhalten, entgehen ihnen u.a. Ausschüttungen und Gewerbesteuereinnahmen. Die Braunschweiger Kommunen sind über den NSGV auch nicht mittelbar an der fusionierten Landesbank beteiligt. Deshalb ist länger über einen „angemessenen Ausgleich“ verhandelt worden, der schließlich zu dem Kompromiss in Form der Regelung von Ausgleichszahlungen nach Maßgabe des § 19 Abs. 3 NordLBG geführt hat.

– Siehe *Hüper*, aaO, Sp. 7039; vgl. auch die Einbringungsrede des Nds. Finanzministers *Kubel* vor dem Nds. LT am 21. Mai 1969, zitiert nach der Presseinformation Nr. 13/69 des Nds. Finanzministers vom 21. Mai 1969, S. 7 –

Aus den dem Unterzeichneten vorliegenden Gesetzesmaterialien geht nicht hervor, dass der Niedersächsische Landtag bei der Beratung des Entwurfs des Gesetzes über die Errichtung der Niedersachsenbank – Girozentrale –

– LT Drucks. Nr. 769, 1122 und 1278 –

davon ausgegangen ist, dass mit der Gründung dieser Bank (später: der NordLB) das Recht der Braunschweiger Kommunen erlöschen sollte, eigene öffentlich-rechtliche Sparkassen zu errichten. Im Gegenteil, der Niedersächsische Finanzminister *Kubel* hat sich auf der Sitzung des Landtages am 21. April 1970

– aaO, Sp. 7057 –

nachdrücklich für eine stufenweise durchzuführende „Kommunalisierung der Abteilung Landessparkasse“ ausgesprochen. Dieser Wunsch der Braunschweiger Kommunen ist dann in § 19 Abs. 4 NordLBG in Gesetzesform gegossen worden.

– Dazu unten bb. –

Festzuhalten bleibt, dass die Regelung über die Ausgleichszahlungen nach § 19 Abs. 3 NordLBG rein faktisch an den Umstand anknüpft, dass die Städte und Landkreise im früheren Land Braunschweig damals wie heute nicht über eigene kommunale Sparkassen verfügen resp. nicht Mitglieder eines Sparkassenzweckverbandes sind.

Dieses Ergebnis wird durch die Regelung des § 19 Abs. 5 NordLBG bestätigt.

– Dazu unten cc. –

Soweit im Geschäftsgebiet der Landessparkasse kommunale Sparkassen errichtet werden, entfällt danach drei Jahre nach der Errichtung die „Zuwendung“ gemäß § 19 Abs. 3 NordLBG. Damit hat der Gesetzgeber die einfachgesetzlich (NSpkG) und verfassungsrechtlich (damals Art. 44 VorlNV) garantierte Befugnis der Braunschweiger Kommunen zur Errichtung eigener Sparkassen selbst noch einmal ausdrücklich bekräftigt.

#### **bb. Die Kommunalisierungsmöglichkeit nach § 19 Abs. 4 NordLBG**

Nach dieser Vorschrift *kann* die NordLB mit Zustimmung des Landesministeriums (heute: Finanzministerium) die Landessparkasse ganz oder teilweise auf kommunale Körperschaften übertragen. In diesem Fall leisten die Gewährträger (der Nord-LB) angemessene Hilfen.

Nach dem Wortlaut der Norm

– entstehungsgeschichtlich: „Optionsrecht“, Abg. *Benne-  
mann* (SPD), aaO, Sp. 7055; *ders.*, „Ansatz zum Aufbau  
einer kommunalen Verbandssparkasse“, aaO, Sp. 7053;  
auch der Abg. *Brandes* (CDU) hat insoweit nur von „Mög-  
lichkeiten“ gesprochen, aaO, Sp. 7041. –

steht es im *Ermessen* der NordLB, dieser „Option“ – sofern die Braunschweiger Kommunen sie geltend machen – zuzustimmen. Am deutlichsten kommt dies in der Äußerung des Abg. *Bennemann* (SPD) zum Ausdruck: „In dem Konzept vom Januar wird auch von einem Optionsrecht der braunschweigischen Kommunen für die Errichtung kommunaler Sparkassen im Gebiet des ehemaligen Landes Braunschweig gesprochen. Das Gesetz aber enthält lediglich eine Kann-Vorschrift, während ein Optionsrecht einen Anspruch bedeutet und sehr viel weiter geht als die Gesetzeslage ... . Im ganzen halte ich aber den Rahmen, der hier anvisiert wird, für zu eng, um für den braunschweigischen Landesteil – zwar nicht in der gleichen Art, aber mindestens dem Inhalt nach – die Gleichberechtigung mit den übrigen Landesteilen zu erreichen.“

– Nds. LT – 6. WP – 35. Tagungsabschnitt – 78. Sitzung am  
21. April 1970, Sp. 7055 f. –

In gleicher Weise – als „Kann-“ bzw. Ermessensbestimmung – hat auch das OVG Lüneburg die Vorschrift des § 19 Abs. 4 Satz 1 NordLBG interpretiert.

– OVG Lüneburg, NdsVBl. 2001, 316 (319: „Daß die Beklagte [die NordLB] das [die Übertragung von Zweigstellen der BLSK] wollte, ist allein angesichts des anhängigen Rechtsstreits derzeit nicht ersichtlich.“. Ebda S. 320: „... so dass es für Ansprüche auf Übertragung von Zweigstellen letztlich auf die Gesetzeslage bzw. nach § 19 Abs. 4 Satz 1 NordLBG auf die Freiwilligkeit der Beklagten [Nord-LB] ankäme.“ –

Zwar gehört einerseits die Prüfung eines Anspruchs auf Übertragung des kommunaltypischen Geschäfts der Nord-LB nicht zu den ausdrücklich gestellten Gutachtenfragen.

– Oben A. II. –

Andererseits ist aber unverkennbar, dass die Vorschriften des § 19 Abs. 4 und Abs. 5 NordLBG in einem engen rechtssystematischen Zusammenhang stehen: Sollten die Braunschweiger Kommunen ihre nach wie vor bestehende Sparkassenhoheit durch einen Sparkassenerrichtungsbeschluß aktivieren,

– dazu unten cc. –

dann liegt es nahe, dass sie als Folge dessen auch einen Anspruch auf Übertragung des von der Nord-LB im Niederlassungsbereich Braunschweig durchgeführten kommunal- bzw. sparkassentypischen Bankgeschäfts haben. So wurde in der zweiten und dritten Lesung des Entwurfs eines Gesetzes über die Errichtung der Niedersachsenbank – Girozentrale – betont, dass es ein „Nebeneinander“ von kommunalen und BLSK-Zweigstellen nicht geben sollte.

– Finanzminister *Kubel* (SPD) und Abg. *Bennemann* (SPD), Nds. LT, aaO, Sp. 7054 –

Im übrigen könnte sich, geht man mit dem Gesetzeswortlaut von einer bloßen „Kann“-Vorschrift aus, der Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Kommunalisierung der BLSK zu einem strikten Übertragungsanspruch verdichtet haben. Genau in diese Richtung einer Ermessensreduzierung auf Null deuten die abschließenden Ausführungen von Finanzminister *Kubel*: „Das Angebot zur Kommunalisierung der Abteilung Landessparkasse bleibt von uns aus durchaus aufrecht erhalten. Man muß auf beiden Seiten nur versuchen, davon abzugehen, Risiken möglichst dem jeweils anderen Partner aufzubürden oder gar zu erwarten, vom Land eine Sparkasse risikofrei übertragen zu bekommen. Was in anderen Kommunen ein Wachstumsprozeß von Generationen war, können wir nicht in zwei oder drei Jahren nachholen. Der Stufenplan ist, falls es im Braunschweiger Bereich je zu dem Wunsch einer Kommunalisierung der Sparkassen kommen sollte, in den Ausschüssen hinreichend klar besprochen worden. Er ist durchführbar. Das haben beide Seiten anerkannt.“

– Nds. LT, aaO, Sp. 7057 –

Der von *Kubel* in Bezug genommene „Stufenplan“ war Ende 1969 vom Finanz-

ministerium entwickelt worden und sah u.a. die Gründung einer Zweckverbandssparkasse vor. Danach sollten in drei Stufen das Passiv- und Aktivgeschäft sowie die Zweigstellen der damals noch so genannten Niedersachsenbank im Braunschweiger Raum auf die Zweckverbandssparkasse übertragen werden. Eine dementsprechende zusätzliche Vereinbarung (Entwurf vom 24.01.1970) zwischen dem Land Niedersachsen, dem NSGV, dem späteren Zweckverband und der späteren Nord-LB ist zwar nicht mehr zustande gekommen. Entstehungsgeschichtlich ist dies aber unerheblich. Insoweit kommt es allein auf das oben zitierte Kommunalisierungsangebot des Finanzministers in den Gesetzesberatungen an.

Von einer vertieften Untersuchung dieses Kommunalisierungsanspruchs wird hier abgesehen, da sie nicht Gegenstand des Gutachtauftrages ist. Auf den rechtssystematischen Zusammenhang der Bestimmungen des § 19 Abs. 4 und 5 NordLBG, aus dem sich dieser Anspruch zusätzlich ableiten lässt, musste allerdings kurz hingewiesen werden. Aus der Sparkassenhoheit (nach § 19 Abs. 5 NordLBG i.V.m. § 1 Abs. 1 NSpkG) folgt bekanntlich die *Alleinzuständigkeit* der Stadt Braunschweig für die *sparkassenmäßige* Versorgung der örtlichen Bevölkerung und Wirtschaft.

– Siehe nur OVG Münster, DVBl. 1982, 504 (505); vgl. auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1989, 11 ff. –

***cc. Errichtung kommunaler Sparkassen im Geschäftsgebiet der BLSK (§ 19 Abs. 5 NordLBG)***

§ 19 Abs. 5 NordLBG hat folgenden Wortlaut:

„Soweit im Geschäftsgebiet der Landessparkasse kommunale Sparkassen errichtet werden, entfällt drei Jahre nach der Errichtung die Zuwendung gemäß Absatz 3.“

Die Hinzufügung dieses letzten Absatzes des § 19 NordLBG war zunächst deshalb erforderlich, weil es einer Regelung bezüglich der Zuwendung nach § 19 Abs. 3 NordLBG bedurfte, falls – durch Gründung eigener Sparkassen – die Nachteile entfallen, deretwegen die Ausgleichszahlungen überhaupt geleistet wurden. Die 3-Jahres-Frist ist angemessen, weil sich in dieser zeitlichen Gründungsphase die kreditwirtschaftlichen Vorteile des Unterhaltens einer eigenen kommunalen Sparkasse erfahrungsgemäß noch nicht realisieren lassen.

Der Vorschrift des § 19 Abs. 5 NordLBG kommt aber darüber hinaus eine weitere, für die vorliegende Untersuchung besonders wichtige Bedeutung zu. Sie liegt in der ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung der ohnehin verfassungsrechtlich als unentziehbar garantierten Sparkassenerrichtungsbefugnis auch der braunschweigischen Kommunen.

– Siehe oben II. –

Dieses Auslegungsergebnis ergibt sich bereits zweifelsfrei aus dem *Wortlaut* des § 19 Abs. 5 NordLBG. Es wird durch *Sinn und Zweck* der Vorschrift bestätigt, dass eine Ausgleichszahlung an die „sparkassenlosen“ Kommunen im ehemaligen Land Braunschweig dann nicht mehr zu rechtfertigen ist, wenn diese eigene Sparkassen oder eine gemeinsame Zweckverbandssparkasse errichten und betreiben.

Auch die *Entstehungsgeschichte* sowie die politische Auseinandersetzung um einen fairen Ausgleich für die braunschweigischen Landesteile im Vorfeld des Fusionsgesetzes Niedersachsenbank/NordLB belegen in aller Deutlichkeit, dass dieses Landesbankengesetz den Braunschweiger Kommunen nicht das Recht nehmen sollte, in der Zukunft die eigene Sparkassenhoheit auszuüben. Auszugsweise sei deshalb noch einmal der Vermerk des zuständigen Finanzministers über die „Neuordnung des öffentlich-rechtlichen Bankwesens in Niedersachsen“ vom 24. Juni 1969

– Aktenz.: 205001 – 0 –

zitiert. Danach wurde übereinstimmend

– zwischen dem Finanzminister und drei Ministerialbeamten einerseits sowie 4 Vertretern der braunschweigischen Kommunen (Oberkreisdirektor Dr. *Conrady*, Helmstedt, Landrat *Nolting*, Helmstedt, Landrat *Bosse*, Wolfenbüttel, Oberstadtdirektor *Paselt*, Salzgitter) andererseits –

festgestellt, „daß im Interesse eines einheitlichen Sparkassenwesens auch im Landesteil Braunschweig kommunale Sparkassen eingerichtet werden sollten. Es bestand auch Übereinstimmung, daß dabei Wege gesucht werden müssen, die den braunschweigischen Kommunen die Errichtung solcher Sparkassen finanziell ermöglichen. Minister *Kubel* wies darauf hin, daß es hierfür ein breites Band von Möglichkeiten gebe. Er nannte beispielsweise das Zugestehen längerer Zahlungsstermine wie auch die Festlegung von Modalitäten für die Benutzung vorhandener Grundstücke und Gebäude.“

– AaO, S. 2 sub 2. –

Das Finanzministerium legte auf der Grundlage dieser Vereinbarung am 3.11.1969 einen *Stufenplan zur Gründung einer Braunschweigischen Zweckverbandssparkasse* vor, auf den sich der Abgeordnete *Bennemann* (SPD) und der Finanzminister *Kubel* (SPD) in der zweiten und dritten Lesung des Entwurfs eines Gesetzes über die Errichtung der Niedersachsenbank – Girozentrale – ausdrücklich bezogen.

– Nds. LT – 6. WP – 35. Tagungsabschnitt – 78. Sitzung am 21. April 1970, Sp. 7054 und 7057 –

*Bennemann* zitierte in dieser Sitzung

– aaO –

auch einen Aktenvermerk über eine Besprechung im Hause der Braunschweigischen Staatsbank zwischen deren Vertretern und den Vertretern der braunschweigischen Kommunen vom 7. Januar 1970.

– Betr.: Zweckverbandssparkasse hier: Besprechung mit  
Vertretern der Braunschweiger Kommunen –

Unter Punkt 1) b. ist festgehalten, dass eine endgültige Entscheidung über die Gründung einer Zweckverbandssparkasse erst dann möglich sei, wenn genaue Untersuchungen über die wirtschaftliche Entwicklung einer solchen Sparkasse, den Umfang des notwendigen Kapitals und den voraussichtlichen Zeitpunkt für künftige Ausschüttungen vorliegen. Also hat auch die später mit der Nord-LB fusionierte Braunschweiger Staatsbank die Sparkassenerrichtungskompetenz der braunschweigischen Kommunen nicht bestritten, sondern nur versucht, sie zeitlich „hinauszuschieben“.

Auch Finanzminister *Kubel* hat auf der oben angegebenen Sitzung des Niedersächsischen Landtags nochmals „das Angebot zur Kommunalisierung der Abteilung Landessparkasse“ bekräftigt und auf den von seinem Ministerium entworfenen Stufenplan Bezug genommen.

– AaO, Sp. 7057 –

Im übrigen haben weder der am 23. Juni 1970 gegründete Zweckverband für das kommunale Kreditwesen

– Amtsblatt f. d. Nieders. Verwaltungsbezirk Braunschweig vom 30.6.1970, S. 66 Nr. 127 –

noch seine Mitglieder auf das Recht zur Errichtung einer eigenen Sparkasse verzichtet. Eine diesbezügliche Vereinbarung vom 15.2.xx zwischen dem Zweckverband und der Nord-LB

– „§ 2 Abs. 1: Der Zweckverband verpflichtet sich, auf die Errichtung eigener kommunaler Sparkassen zu verzichten, solange diese Vereinbarung besteht.“ –

ist nicht zustande gekommen. Der Zweckverband für das kommunale Kreditwesen hatte im Gegenteil von Anfang an den satzungsmäßigen Zweck (§ 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b), „die Einführung des kommunalen Sparkassenwesens“ zu prüfen und vorzubereiten.

– Ebenso noch in der Fassung der 7. Änderung vom 22.03.2002 –

Nach § 2 Abs. 1 Nds. ZwVerbG

– ZwVerbG vom 7.6.1939 (Nds. GVBl. Sb. II S. 109), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.1.2003 (Nds. GVBl. S. 36) –

geht das Recht (und die Pflicht) der an einem Zweckverband beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbände zur Erfüllung der Aufgabe, die dem Zweckverband gestellt wird, auf den Zweckverband über.

– Die SpkZwVerbVO vom 8. Oktober 1962 (Nds. GVBl. S. 203), zuletzt geändert durch Art. 6 Sparkassenneuordnungsg vom 21.11.2002 (Nds. GVBl. S. 730), findet auf den Zweckverband für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig keine Anwendung, da nach § 1 Satz 1 SpkZwVerbVO Sparkassenzweckverbände nur die Aufgabe haben dürfen, Träger einer Sparkasse (Zweckverbandssparkasse) zu sein; sie dürfen keine anderen Aufgaben übernehmen. –

Mithin ist die Aufgabe, die auf den Zweckverband nach § 2 Abs. 1 Nds. ZwVerbG übergegangen ist, nur die Prüfung und die Vorbereitung der Einführung des kommunalen Kreditwesens in Braunschweig (§ 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b Verbandssatzung). Dies ist das glatte Gegenteil eines Verzichts auf die Errichtung eigener Sparkassen der Zweckverbandsmitglieder. Es handelt sich dabei um einen reinen Prüf- und Vorbereitungsauftrag für den Zweckverband, wobei noch nicht entschieden war, ob eine Zweckverbandssparkasse (mit welchen Mitgliedern und welchen Beteiligungsverhältnissen) oder einzelne kommunale Sparkassen gegründet werden sollten.

Allerdings hatte und hat der Zweckverband daneben auch die Aufgabe, nach § 2 Abs. 1 Satz 2 lit. c der Satzung die „Entschädigungszahlungen für den Verzicht auf den Betrieb eigener kommunaler Sparkassen“ zu verwalten und weiterzuleiten. Der Begriff „Verzicht“ ist in diesem Zusammenhang nicht im Rechtssinne – etwa als verzichtende Aufgabe der Sparkassenhoheit, konkret des Rechts auf Errichtung eigener Sparkassen – zu verstehen. Diese Formulierung („Verzicht“) knüpft vor dem Hintergrund des Prüf- und Vorbereitungsauftrages nach § 2 Abs. 1 Satz 2 lit. b der Satzung vielmehr an das *faktische Unterlassen der Ausübung der Sparkassenerrichtungsbefugnis* nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG an. Eine andere Auslegung würde rechtssystematisch auch nicht mit der Vorschrift des § 19 Abs. 5 NordLBG in Einklang zu bringen sein. Beide Vorschriften stehen in einem unauflösbaren rechtssystematischen Zusammenhang. Im übrigen kann nach dem rechtsstaatlich-demokratischen Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG eine bloße Satzungsbestimmung formalgesetzliche Normen nicht verdrängen!

Abgesehen davon könnte auch nicht durch Änderung der Verbandssatzung über sparkassenrechtliche Kompetenzen der Zweckverbandsmitglieder verfügt werden, da bei Freiverbänden nach § 21 Abs. 2 des Nds. ZwVerbG sämtliche Verbandsmitglieder jeder Änderung der Verbandssatzung zustimmen müssen.

Über die Errichtung und Auflösung von Sparkassen der Zweckverbandsmitglieder entscheidet die jeweilige Kommunalvertretung selbst nach § 40 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 17 NGO, § 36 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 16 NLO, § 7 NSpkG i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. b SpkZwVerbVO.

– Berger, Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen,

2000, § 1 Rdn. 1 m. FN 1 –

Sind für die Errichtung und Auflösung von Sparkassen letztlich die kommunalen (Träger-) Vertretungen zuständig, so gilt dies selbstverständlich auch für einen Verzicht auf die Sparkassenerrichtungskompetenz, der mit dem Verlust der Sparkassenhoheit insgesamt einhergeht. § 1 NSpkG stellt klar, dass die Errichtung und Auflösung von Sparkassen eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe darstellt,

– siehe oben II. 2. - 4., und *Berger*, aaO –

über deren Wahrnehmung und Nichtwahrnehmung originär die Kommunalvertretungen zu entscheiden haben. Dem Unterzeichneten wurde mitgeteilt, dass die Stadträte und die Kreistage der braunschweigischen Kommunen keine Sparkassenverzichtsbeschlüsse gefasst haben. Nach allem ist davon auszugehen, dass die Stadt Braunschweig nach wie vor die Kompetenz besitzt, die Trägerschaft bezüglich einer eigenen Sparkasse zu übernehmen.

Die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 12.07.2001

– NdsVBl. 2001, 316 (319) –

ist allerdings in dieser Frage nicht ganz eindeutig, jedenfalls nach dem oben Gesagten wenig überzeugend. In dem Urteil heißt es:

„Der aufgelöste Landkreis Braunschweig hatte dem Kläger zu 2) [Landkreis Peine] als seinem gebietsmäßigen Rechtsnachfolger hinsichtlich der übergebenen Gemeinden V. und B. nämlich keine sparkassenrechtlichen Kompetenzen wie etwa die Gewährträgerschaft bezüglich kommunaler Sparkassen nach § 1 Satz 1 NSpkG [a.F.] kraft Gesetzes übertragen können, da er selbst derartige Rechte nicht besaß, sondern nur das Recht auf Empfang von Ausgleichsleistungen nach § 19 Abs. 3 NordLBG, das auch auf den klagenden Landkreis übergegangen ist. Umgekehrt ist die BLSK der Beklagten [Nord-LB], soweit sie nach § 1 Abs. 2 der Vereinbarung Zweigstellen und Geschäftsgebiete in V. und B. behalten hat, gesetzmäßiger Rechtsinhaber geblieben, weil sie auch schon vorher rechtmäßiger Inhaber dieser Zweigstellen und dieses Geschäftsgebietes gewesen ist und durch die genehmigte Vereinbarung nach § 3 Abs. 4 Satz 1 SAG diese Rechtsstellung nicht aufgegeben hat ... .

Alles andere regelt das Gesetz, aber nicht mehr der § 3 Abs. 4 Satz 1 SAG, weil die Kompetenz zur Neuregelung [nach kommunaler Neugliederung, Zweigstellenvereinbarung, Genehmigung und Vollzug derselben] ausgeschöpft ist, sondern § 19 Abs. 4 Satz 1 NordLBG, wonach die Beklagte [Nord-LB] mit Zustimmung des Landesministeriums die Landessparkasse ganz oder teilweise auf kommunale

Körperschaften übertragen 'kann'. Dass die Beklagte das wollte, ist allein angesichts des anhängigen Rechtsstreits derzeit nicht ersichtlich."

Abgesehen davon, dass man weder sprachlich noch rechtlich (Rechts-) „Inhaber“ eines Geschäftsgebietes sein kann, scheint das OVG Lüneburg davon auszugehen, dass die Nord-LB/BLSK in ihrem Geschäftsgebiet – sogar nach Schließung von Zweigstellen – im Verhältnis zu kommunalen Körperschaften ohne eigene Sparkasse für die geld- und kreditwirtschaftliche Versorgung allein zuständig ist. Darüber hinaus könne eine Kommune – als Folge kommunaler Gebietsreform – keine sparkassenrechtlichen Kompetenzen auf den Rechtsnachfolger (einen Landkreis mit eigener Sparkasse) übertragen, darunter auch nicht das Gewährträgerschaftsrecht nach § 1 NSpKG. Übergangsfähig sei allein der Zuwendungsanspruch nach § 19 Abs. 3 NordLBG.

Es fällt zunächst auf, dass das OVG Lüneburg die Vorschrift des § 19 Abs. 5 NordLBG offenbar „übersehen“ hat. Diese Vorschrift bezieht sich rechtssystematisch eindeutig auf § 1 Satz 1 NSpKG a.F. (= § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpKG geltende Fassung) und gewährleistet damit auch denjenigen Kommunen, die keine eigene Sparkassen unterhalten und deshalb nach § 19 Abs. 3 NordLBG ausgleichsberechtigt sind, die Befugnis zur Errichtung einer eigenen Sparkasse (mit der Folge des Verlustes des Ausgleichsanspruches). Dieses Auslegungsergebnis ist – wörtlich, teleologisch und entstehungsgeschichtlich begründet – nach den obigen Ausführungen zu § 19 Abs. 5 NordLBG zwingend.

Das Urteil des OVG Lüneburg vom 12.07.2001 kann juristisch nur zutreffend eingeordnet und bewertet werden, wenn man in Rechnung stellt, dass die örtlich zuständige (durch Gebietsreform zuständig gewordene) Kreissparkasse durch eine ministeriell genehmigte Vereinbarung nach § 3 Abs. 4 Satz 1 SAG in den Weiterbetrieb zweier Zweigstellen der Nord-LB/BLSK *eingewilligt* hat. Dementsprechend lautet § 1 Abs. 2 der Vereinbarung:

„Die NordLB und die Sparkasse sind sich einig, dass die Gemeinde V. und die Teilgemeinde B. Geschäftsgebiet allein der NordLB/BLSK bleiben und dass die NordLB/BLSK ihre dort bestehenden Zweigstellen weiter betreibt.“

Eine derartige Vereinbarung, der sparkassenrechtlichen Verzichtcharakter zukommen könnte, hat die Stadt Braunschweig aber nicht abgeschlossen. Dies hat zur Folge, dass ihr die Entscheidung des OVG Lüneburg insoweit nicht entgegengehalten werden kann.

Eine weitere Überlegung bestätigt diesen Befund: Das OVG spricht davon, dass „die Gewährträgerschaft“ bezüglich kommunaler Sparkassen nicht kraft Gesetzes übertragbar sei, weil der aufgelöste Landkreis Braunschweig – mangels Trägerschaft einer eigenen Sparkasse – selbst ein derartiges Recht nicht besaß. Damit ist offenbar die *ausgeübte* Gewährträgerschaft in der Form einer bereits errichteten und sich in Betrieb befindlichen Sparkasse gemeint. M.a.W.: Nur eine Rechtsnachfolge in noch nicht wahrgenommene Rechte kommt nach Auffassung des OVG Lüneburg nicht in Betracht.

Ob diese Rechtsauffassung mit Blick auf die Sparkassenerrichtungsbefugnis nach § 19 Abs. 5 NordLBG i.V.m. § 1 Abs. 1 NSpkG zutreffend ist, sei hier dahingestellt. Jedenfalls ging es bei dem vom OVG Lüneburg entschiedenen Fall um eine Rechtsnachfolgeproblematik i.V.m. einem freiwillig vereinbarten Zweigstellen- und Geschäftsgebietsverzicht. Diese Konstellation unterscheidet sich grundlegend von der hier zu beantwortenden Frage nach einer originären Sparkassenerrichtungsbefugnis, die gesetzlich verankert (§ 19 Abs. 5 NordLBG i.V.m. § 1 Abs. 1 NSpkG) und zudem noch verfassungsrechtlich garantiert ist (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 und 3 NV).

– Siehe oben II. –

### c. Ergebnis

Die Stadt Braunschweig hatte nach § 19 Abs. 5 NordLBG i.V.m. § 1 Satz 1 NSpkG a.F. die Befugnis, im Stadtgebiet eine eigene kommunale Sparkasse zu errichten, obwohl dieses Gebiet mit dem Geschäftsgebiet der NordLB/BLSK teildentisch ist.

## 2. Der Staatsvertrag über die Norddeutsche Landesbank – Girozentrale – vom 19. Juli 2005

Durch Bestimmungen des StV Nord-LB ändert sich an den vorstehend gefundenen Ergebnissen nichts.

Die Nachfolgevorschrift des § 19 NordLBG ist weitestgehend identisch mit der Vorschrift des § 13 StV NordLB über die Braunschweigische Landessparkasse. Nur § 13 Abs. 4 ist um den Satz 2 StV NordLB ergänzt worden: „Der im Fall einer Übertragung erzielte Erlös steht der Bank [Nord-LB] zu.“

Die übrigen Vorschriften des § 13 StV NordLB, vor allem sein Absatz 5, sind im Vergleich zu § 19 NordLBG unverändert geblieben.

Da sich die Rechtslage in dem für die vorliegende Untersuchung relevanten Bereich nicht geändert hat, erübrigen sich weitere Erörterungen zu der neuen staatsvertraglichen Rechtsgrundlage der Nord-LB/BLSK. Insbesondere besteht die Sparkassenerrichtungsbefugnis der Stadt Braunschweig fort.

Als (*Zwischen-*) *Ergebnis* kann festgehalten werden: Die gesetzlichen und staatsvertraglichen Bestimmungen aus den Jahren 1970 und 2005 über die Nord-LB und speziell die BLSK stehen der Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse durch die Stadt Braunschweig nicht entgegen. Im Gegenteil: Weil die Sparkassentätigkeit eine verfassungsrechtlich durch Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 57 Abs. 1 und 3 NV geschützte freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe ist und ein freiwilliger Sparkassenverzicht nicht vorliegt, „kann die Versorgung des eigenen Gebiets der Kommune gesetzliche Eingriffe also nicht rechtfertigen.“

– So jüngst zutreffend *Oebbecke*, LKV 2006, 145 (146) –

## **VI. Rechtsanspruch der Stadt Braunschweig auf Genehmigung der Errichtung einer eigenen kommunalen Sparkasse**

### **1. Die normative Ausgangslage**

Nach Art. 57 Abs. 5 NV stellt das Land durch seine Aufsicht sicher, dass die Gesetze beachtet (und die Auftragsangelegenheiten weisungsgemäß erfüllt) werden.

Nach § 10 Abs. 1 StV NordLB untersteht die Bank der *Rechts*aufsicht des Landes Niedersachsen (ebenso § 25 Abs. 1 Satz 1 Satzung NordLB). Die Aufsicht wird durch das Niedersächsische Finanzministerium im Benehmen mit dem Ministerium der Finanzen des Landes Sachsen-Anhalt ausgeübt. Da es sich bei der Gründung der Sparkasse einer niedersächsischen Kommune um einen Vorgang handelt, der allein nach dem NSpKG zu beurteilen ist, wird im folgenden die Einvernehmensregelung außer Acht gelassen.

– Das Erfordernis des Einvernehmens mit der obersten Kommunalaufsichtsbehörde nach § 1 Satz 2 Halbs. 2 NSpKG a.F. ist ersatzlos gestrichen worden –

Die Errichtung einer Sparkasse bedarf gemäß § 1 Abs. 2 NSpKG der Genehmigung der Sparkassenaufsichtsbehörde. Dies ist nach § 25 Abs. 2 NSpKG das Niedersächsische Finanzministerium. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 NSpKG unterliegen die Sparkassen der aufsicht des Landes. Satz 2 qualifiziert die Staatsaufsicht näher: Danach stellt die Sparkassenaufsicht sicher, dass Verwaltung und Geschäftsführung der Sparkasse dem geltenden Recht entsprechen.

Damit ist der normative Ausgangspunkt klar: Dem Niedersächsischen Finanzministerium steht zur Überwachung der Sparkassen (und der Nord-LB) *nur* die *Rechtsaufsicht*, nicht aber die Sonderaufsicht oder gar die Fachaufsicht zu. Die Sonderaufsicht ist zwar auch Rechtsaufsicht, zeichnet sich darüber hinaus aber auch durch ein tatbestandlich begrenztes Weisungsrecht aus. Die Fachaufsicht ist Rechtsaufsicht und zudem umfassende Zweckmäßigkeitssaufsicht.

– Vgl. § 127 NGO; im einzelnen *Nierhaus*, Kommunalrecht für Brandenburg, 1. Aufl. 2003, Rdn. 224 ff. m.w.N. –

## 2. Der Genehmigungstatbestand des § 1 Abs. 2 NSpKG: Rechtsaufsicht oder staatlich-kommunales Kondominium?

Die Errichtung einer kommunalen Sparkasse untersteht einem ministeriellen *Genehmigungsvorbehalt*. Genehmigungsvorbehalte sind grundsätzlich als *präventive* – nicht aber als repressive – *Rechtsaufsichtsmittel* zu qualifizieren.

– So zutreffend *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003, S. 78/79; *Berger*, Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen, 2000, § 1 Rdn. 7; umfassend und m.w.N. zu sparkassenaufsichtsbehördlichen Befugnissen (insbes. den Genehmigungsvorbehalten) *Stern/Nierhaus*, Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, 1976, S. 46 ff.; *dies.*, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 75 ff.; *dies.*, Kreissparkassenzweigstellen in kreisfreien Städten?, 1978, S. 182 ff. –

Dieser Genehmigungsvorbehalt ist nur dann mit der Sparkassenhoheit als wesentlichem und wichtigem Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie der Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 57 Abs. 1, 3, 5 NV zu vereinbaren, wenn insbesondere diejenigen Genehmigungstatbestände, die – wie § 1 Abs. 2 NSpKG – keine ausdrücklichen Genehmigungs- oder Versagungskriterien enthalten, als *präventive Rechtsaufsicht ohne Ermessensspielräume* gedeutet werden. Die Beschränkung auf bloße *Rechtsaufsicht* stellt das verfassungsrechtlich gebotene Korrelat zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht

– näher oben II.; jüngst auch *Schoch*, Jura 2006, 188 ff. m.w.Nachw. –

dar. Insoweit wird die kommunale Selbstverwaltungsgarantie von einer weiteren *Ergänzungsgarantie* umhegt.

– *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 28 Rdn. 57, 60 –

Weil bei präventiven Aufsichtsmaßnahmen die Gefahr einer Bevormundung der Kommunen besteht, stellt die Genehmigung nur eine *rechtliche Unbedenklichkeitserklärung* dar.

– Siehe *Schoch*, Jura 2006, 188 (190f.) –

Damit soll allerdings nicht generell die Zulässigkeit sog. *kondominaler Genehmigungstatbestände* in Zweifel gezogen werden. Diese zeichnen sich durch ein staatliches Mitentscheidungsrecht aus, das auch Zweckmäßigkeitserwägungen etwa politischer oder struktureller Art mitumfaßt.

– Siehe nur *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann

(Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2005, 1. Kap. Rdn. 49: grundlegend *Humpert*, *Genehmigungsvorbehalte im Kommunalverfassungsrecht*, 1990; *Schrappner*, *Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und staatliche Genehmigungsvorbehalte*, 1992, jew. m.w.N. –

Art. 28 Abs. 2 GG verbietet solche staatlich-kommunalen Kondominialtatsbestände nicht schlechthin, denn die insoweit betroffene Eigenverantwortlichkeit bei der Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft steht unter Gesetzesvorbehalt.

– Näher *Nierhaus*, aaO, Art. 28 Rdn. 46 ff. –

Allerdings werfen gerade *landesgesetzliche* Genehmigungsvorbehalte besondere Probleme auf, wenn – wie z.B. in Art. 57 Abs. 5 NV und Art. 97 Abs. 1 Satz 2 LV Bbg – die Landesverfassung die Staatsaufsicht über Gemeinden und Gemeindeverbände gerade auf die Rechtsaufsicht beschränkt.

– Siehe näher *Schmidt-Aßmann/Röhl*, aaO; *Nierhaus*, *Kommunalrecht für Brandenburg*, 1. Aufl. 2003, Rdn. 287 ff. –

Teilweise ist der Versuch unternommen worden, diese Verfassungsbestimmungen nur auf die repressive Aufsicht zu beziehen und die präventiven Aufsichtsmittel aus den Selbstverwaltungsgarantien auszuklammern.

– Nachw. bei *Schmidt-Aßmann/Röhl*, aaO, und *Nierhaus*, aaO –

Dies ist freilich wenig überzeugend, weil die Genehmigungsvorbehalte, auch wenn sie präventiver Natur sind, zu dem klassischen Arsenal der aufsichtsbehördlichen Befugnisse zählen.

Auch muss der Versuch, jedenfalls die sparkassenrechtlichen Genehmigungsvorbehalte aus der – letztlich kommunalen – Rechtsaufsicht zu verbannen, fehlschlagen. Indes braucht auf diesen alten Streit um das Verhältnis von Kommunalrecht einerseits und Sparkassenrecht als „Sonderkommunalrecht“ andererseits resp. das Verhältnis von Kommunal- und Sparkassenaufsicht nicht näher eingegangen zu werden.

– Siehe dazu m. w. Nachw. *Nierhaus*, DÖV 1984, 662 (666); *Pautsch*, DÖV 2005, 990 (991) –

Jedenfalls gehen jüngere Tendenzen in der Literatur dahin, kondominiale (ermessensförmige) Genehmigungsvorbehalte *jeglicher Art* als verfassungswidrig zu qualifizieren.

– Siehe z.B. *Kahl*, *Die Staatsaufsicht*, 2000, S. 557 ff.; *Schoch*, *Die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Kreisumlage*, 1995, S. 70 ff. jew. m. w. Nachw. –

Hierfür werden drei wesentliche Gründe angeführt: Zum ersten verstießen diese

Genehmigungsvorbehalte gegen den Grundsatz der „Selbst“-Verwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG),

– ähnlich BVerfGE 78, 331 (341/342), wonach die Kommunalaufsicht nicht zu einer „Einmischungsaufsicht“ oder „Fachaufsicht“ degenerieren dürfe –

zum zweiten seien sie nicht erforderlich und unverhältnismäßig im engeren Sinne und zum dritten widersprüchen sie der landesverfassungsrechtlichen Beschränkung der Staatsaufsicht auf eine reine Rechtsaufsicht (Art. 57 Abs. 5 NV, Art. 97 Abs. 1 Satz 2 LV Bbg).

In einem jüngeren Beitrag kommt *Pautsch*

– DÖV 2005, 990 (992 ff.) –

zu dem ebenfalls gut vertretbaren Ergebnis, dass die Genehmigung als präventives Aufsichtsmittel auch im Sparkassenrecht nur als reine Recht- und Gesetzmäßigkeitskontrolle zu verstehen und wegen des Bezuges zu Art. 28 Abs. 2 GG sogar *restriktiv* auszulegen sei. Da es sich bei der Trägerschaft kommunaler Sparkassen um eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe handele, sei die Übernahme dieser Aufgabe grundsätzlich auch eine Ermessensentscheidung der Gemeinde. Der Genehmigungsvorbehalt dürfe deshalb nicht unzulässigerweise „zu einem Akt der Fachaufsicht mutieren.“

– So auch *J. Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2006, Rdn. 876 –

Der Verzicht auf eine weitere Vertiefung dieses Themas erscheint gerechtfertigt, weil sich das OVG Lüneburg in seiner sparkassenrechtlichen Leitentscheidung vom 21. November 1986 (Cuxhaven)

– in: Weides/Bosse, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, 3. Folge, 1991, S. 431 (441 ff.) –

ausführlich mit dieser Problematik unter Auswertung der Rechtsprechung und des Schrifttums auseinandergesetzt hat und zu einem Ergebnis gelangt ist, das im wesentlichen mit der vom Unterzeichneten vertretenen Auffassung übereinstimmt.

Zunächst werden sparkassenrechtliche Genehmigungsvorbehalte für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten.

– Unter Hinweis auf OVG Lüneburg, OVGE 28, 473 (480/481) und BVerwGE 69, 11 ff. – Haspa –

Im übrigen sei die rechtliche Einordnung der Sparkassenaufsicht, etwa als neben der allgemeinen Kommunalaufsicht bestehende Sonderaufsicht

– vgl. OVG Lüneburg, OVGE 24, 387 (390 ff.) –

oder als Anstaltsaufsicht

– vgl. *Frick*, Die Staatsaufsicht über kommunale Sparkassen, 1962, S. 185 m. w. Nachw. –

umstritten. Das gleiche gelte für die Frage, ob die Sparkassenaufsicht ausschließlich als Rechtsaufsicht oder als eine auch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit mit umfassende Kontrolle zu qualifizieren sei.

– Hierzu im einzelnen *Stern*, in: Lernen und Entscheiden, Sparkassenakademie, 50 Jahre Lehrinstitut 1928/1978, S. 15 (30 f.) –

Einer abschließenden Klärung dieser Fragen bedürfe es für das niedersächsische Landesrecht indessen nicht. In seinem Geltungsbereich möge den Aufsichtsbehörden über die im Vordergrund stehende Rechtmäßigkeitskontrolle *in engen Grenzen* auch eine gezielt auf die Erhaltung und Förderung eines möglichst lebens- und funktionsfähigen Sparkassenwesens gerichtete Zweckmäßigkeitskontrolle zukommen. Aber auch wenn für die hier zu beurteilende organisationsrechtliche Sparkassenmaßnahme [es ging um eine Zweigstellenerrichtungsgenehmigung nach § 15 Abs. 3 Satz 1 NSpkG a. F.] die Rechtmäßigkeit der einzige Kontrollmaßstab wäre,

– vgl. z.B. v. *Mutius*, in: HKWP, Bd. 5, 2. Aufl. 1984, S. 476 m. w. Nachw. –

wie dies im Bayrischen Sparkassengesetz (§ 13) ausdrücklich landesrechtlich vorgeschrieben sei, so brauche darüber im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, weil jedenfalls der Inhalt der durch § 15 NSpkG [a.F.] ermöglichten Sparkassenaufsicht vom materiellen Recht bestimmt werde.

– OVG Lüneburg, aaO, S. 441/442 –

Greift man diese Entscheidung des OVG Lüneburg auf und ergänzt sie um die oben zitierten landesverfassungs- und sparkassenrechtlichen Vorschriften, die die Aufsicht ausdrücklich auf die Rechtsaufsicht beschränken,

– siehe noch einmal den Hinweis des OVG Lüneburg, aaO, S. 442, auf § (richtig: Art.) 13 BaySpkG, wo die Sparkassenaufsicht als reine Rechtsaufsicht normiert ist –

dann ergibt sich für den vorliegenden Fall ein eindeutiges Ergebnis: Der Genehmigungsvorbehalt des § 1 Abs. 2 NSpkG ist vor dem Hintergrund der rein *rechtsaufsichtsbehördlichen* Bestimmungen des Art. 57 Abs. 5 NV und § 25 Abs. 1 NSpkG rechtssystematisch als Mittel präventiver *Rechtsaufsicht* zu interpretieren.

– Ebenso für landesrechtlich Genehmigungsvorbehalte *Nierhaus*, Kommunalrecht für Brandenburg, 1. Aufl. 2003, Rdn. 287; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Rdn. 49; für sparkassenrechtliche Genehmigungsvorbehalte

ebenso *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003, S. 78/79; *Berger*, Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen, 2000, § 1 Rdn. 7; *Pautsch*, DÖV 2005, 990 (991 ff.); *Oebbecke*, LKV 2006, 145 (146) –

### 3. Erweiterte präventive Rechtsaufsicht

Die Bedenken, die aus der „*Tatbestandslosigkeit*“,

– Begriff nach *Stern/Nierhaus*, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, S. 77 –

d.h. dem Fehlen von Genehmigungskriterien, resultieren, können ohne weiteres zerstreut werden. Es ist nämlich von einer *weiten* resp. *erweiterten präventiven Rechtsaufsicht* auszugehen.

– So auch *Schmidt-Aßmann/Röhl*, aaO; *Schlierbach/Püttner*, aaO, und *Berger*, aaO; restriktiver *Pautsch*, DÖV 2005, 990 (993 f.) –

So gehört zunächst das Regionalprinzip zu den „charakteristischen Richtlinien der Sparkassenaufsicht“.

– OVG Lüneburg, Urteil vom 9.12.1975 – V OVG A 70/74, UA S. 30 (soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht); ebenso *Stern/Nierhaus*, Kreissparkassenzweigstellen in kreisfreien Städten?, 1978, S. 183 –

Ferner hat das Finanzministerium im vorliegenden Fall zu prüfen – und nach den Ergebnissen dieser Untersuchung zu bejahen –, ob bzw. dass der Stadt Braunschweig nach § 13 Abs. 5 StV NordLB i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpKG die Sparkassenerrichtungsbefugnis zusteht.

Weiterhin wird allgemein, aber auch im sparkassenrechtlichen Fachschrifttum die Ansicht vertreten, der Genehmigungsmaßstab müsse auf den Rechtsbegriff der „*Wirtschaftlichkeit*“

– so z.B. *Schmidt-Aßmann/Röhl*, aaO –

oder der „*kommunalwirtschaftlichen Vertretbarkeit*“ zurückgeführt werden.

– So z.B. *Schlierbach/Püttner*, aaO, S. 79 –

Nach *Schlierbach/Püttner*

– aaO; ebenso *Berger*, aaO, § 1 Rdn. 7 –

muss die geplante Sparkasse vor allem in einem angemessenen Verhältnis zur

Wirtschaftskraft (nach dem Wegfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung allerdings nicht mehr dem Haftungsvermögen!) der Gemeinde stehen. Sie muss hinsichtlich der geplanten Betriebsgröße, der Mitarbeiterzahl und ihren betrieblichen Einrichtungen nach prognostischer Beurteilung in der Lage sein, mit einem möglichst geringen Kapital-, Personal- und Sachaufwand den öffentlichen Sparkassenauftrag nach § 4 Abs. 1 NSpKG im kommunalen Raum kreditwirtschaftlich erfolgreich zu erfüllen. Dabei wird die Sparkassenaufsichtsbehörde der Kommune und ihrer Sparkasse eine angemessene Aufbauphase einzuräumen haben.

– § 13 Abs. 5 StV NordLB sieht insoweit eine Drei-Jahres-Frist vor. –

Allerdings besteht *kein Raum* mehr für eine *Bedürfnisprüfung*, wie sie noch nach dem KWG von 1934/39 bei der Zulassung von Zweigniederlassungen von Kreditinstituten bestanden hat und nicht mehr zulässig ist.

– BVerwGE 8, 14 ff.; ebenso *Schlierbach/Püttner*, aaO, S. 79 –

Bei der ministeriellen Genehmigungsentscheidung ist immer entscheidend zu berücksichtigen, dass es vorrangig um örtliche Belange der geld- und kreditwirtschaftlichen Daseinsvorsorge geht, um einen Schutz der Gemeinde vor sich selbst,

– so *Schmidt-Aßmann/Röhl*, aaO, Rdn. 49 –

die selbst wiederum unter verfassungsrechtlicher Gewährleistung steht (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 57 Abs. 1, 3 und 5 NV).

– Dazu oben II. –

Trotz seiner großen kredit- und volkswirtschaftlichen Bedeutung im Drei-Säulen-Bankenmarkt in Deutschland bleibt das Sparkassenwesen im Sinne der soeben zitierten Vorschriften immer noch eine Angelegenheit des örtlichen (gemeindlichen) und regionalen (kreis- bzw. zweckverbandsgebietsbezogenen) Wirkungskreises mit der Folge, „dass ein kondominiales Mitgestaltungsinteresse des Staates unter landespolitischen Gesichtspunkten (Bedürfnis [– siehe oben –], optimale Betriebsgröße von Sparkassen, allgemeine Strukturüberlegungen) im Genehmigungsverfahren ausscheidet.“

– So zutreffend *Berger*, Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen, 2000, § 1 Rdn. 7 –

„Ob eine Kommune eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe übernimmt oder aufgibt, entscheidet sie kommunalpolitisch. Maßgebliches Kriterium ist allein ihre Einschätzung vom Gemeinwohl aus der Sicht dieser örtlichen Gemeinschaft. Wer diese Freiheit beschränken will, braucht dazu eine gesetzliche Grundlage.“

– *Oebbecke*, LKV 2006, 145 (147), auch im Zusammenhang mit der Konstellation in Braunschweig –

Ausdrückliche Bestimmungen, welche den Kommunen die Errichtung einer Sparkasse verbieten könnten, sind nach der zutreffenden Einschätzung von *Oebbecke* de lege lata nicht ersichtlich.

– AaO –

Damit ist zugleich klargestellt, dass auch strukturpolitische Erwägungen – etwa im Sinne eines Schutzes der Nord-LB/BLSK vor kommunaler Sparkassenkonkurrenz oder der Aufrechterhaltung ihres braunschweiger „Sparkassenmonopols“ – als unzulässige, nämlich kondominiale Mitgestaltungsinteressen im Genehmigungsverfahren keine Rolle spielen dürfen.

– Vom Gutachtenauftrag war die Frage nicht umfasst, ob der Finanzminister wegen seines Amtes als Vorsitzender des Aufsichtsrates der Nord-LB nach § 20 Abs. 2 Satz 1 NVwVfG als Beteiligter im Genehmigungsverfahren ausgeschlossen ist. –

In diesem Zusammenhang ist noch einmal daran zu erinnern, dass das Betreiben von Haupt- und Zweigstellen von Landesbanken und kommunalen Sparkassen im vertikalen Sparkassenverbundsystem am gleichen Ort oder in (teil)identischen Geschäftsgebieten in der Bundesrepublik Deutschland schlechthin ein typusbestimmendes Merkmal des öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesens ist. Dies wird von der Nord-LB selbst – allerdings nur für die nicht-braunschweigischen Teile ihres Geschäftsgebiets – herausgestellt.

– Siehe Geschäftsbericht der Nord-LB 2004, S. 11 und öfter: „Wir wollen so die hohe Marktdurchdringung und die hervorragende örtliche Präsenz der Sparkassen mit der Kompetenz der NORD/LB in ausgewählten Produktfeldern zum Nutzen beider Partner kombinieren.“ Ferner S. 17: „Der Verbund mit 83 Sparkassen in den Bundesländern Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern hat für die NORD/LB höchsten Stellenwert. Die NORD/LB und die Sparkassen sind natürliche Partner für eine abgestimmte und sich ergänzende Bedienung ihres jeweiligen Marktes: einerseits verfügen die Sparkassen in ihren Geschäftsfeldern aufgrund ihrer regionalen Verankerung über eine beeindruckende Marktposition. Mit dieser starken Stellung bieten sie der NORD/LB einen hervorragenden Zugang zu den Märkten, insbesondere im mittelständischen Firmenkundengeschäft. Andererseits nehmen die Sparkassen als direkter Kunde der NORD/LB zahlreiche Produkte und Dienstleistungen in Anspruch.“ –

Nur die Konkurrenz unter kommunalen Sparkassen ist wegen des Regionalprinzips – verstanden als Verbot sog. Doppelverwaltung in der Form der Anstaltskonkurrenz bei gleichem (!) öffentlichen Auftrag –

– OVG Münster, DVBl. 1982, 504 ff.; *Stern/ Nierhaus*,  
Rechtsfragen der Neuordnung des Sparkassenwesens als  
Folge kommunaler Neugliederung, 1976, S. 25 ff. m. w.  
Nachw. –

ist unzulässig und hat deshalb als Folge kommunaler Gebietsreformen (Stichwort: sparkassenwidrige Gemengelagen) zu vielen verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzungen geführt. Derartige Haupt- und Zweigstellenkonflikte gab es zwischen Landesbanken und öffentlich-rechtlichen Sparkassen, soweit ersichtlich vom Fall Peine abgesehen, gar nicht, weil das Mit- und Nebeneinander dieser beiden Typen öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute eben zu der klassischen

– oben IV. näher beschrieben –

Arbeitsteilung im Sparkassenlager gehört. Eine etwaige Versagung der Sparkassenerrichtungsgenehmigung mit der Begründung, die Nord-LB müsse als Landesbank (mit Staatsbanken-, Kommunalbanken- und Sparkassenzentralbankenaufgaben) vor der Konkurrenz einer Stadtparkasse mit örtlich begrenztem Auftrag geschützt werden, entspreche nicht dem öffentlichen Wohl und dem Interesse an der Erhaltung bewährter, funktionsfähiger und arbeitsteiliger Sparkassenstrukturen. Der Gegeneinwand bewährter und historisch gewachsener Landesbanken- bzw. Landessparkassenstrukturen im alten Land Braunschweig fällt

– wie oben IV. näher ausgeführt –

allenfalls unter den Rechtsgedanken der bloßen Besitzstandswahrung, der aber keinen Konkurrenzschutz zu vermitteln vermag. Ein Konkurrenzverbot unter Landesbanken und Sparkassen mit unterschiedlichen öffentlichen Aufträgen

– siehe einerseits § 4 StV NordLB und andererseits § 4  
NSpkG –

kann daraus – wie gezeigt – nicht abgeleitet werden. Eine gesetzliche oder satzungsrechtliche Regelung über die geld- und kreditwirtschaftliche Versorgung der örtlichen Bevölkerung und Wirtschaft (insbesondere des Mittelstandes) existiert für die Nord-LB/BLSK in Niedersachsen nicht mehr. Eine derartige Rechtspflicht – dem öffentlichen Sparkassenauftrag nach § 4 Abs. 1 NSpkG vergleichbar – besteht für die Nord-LB nicht. Eine gleichwohl mit Konkurrenzschutz begründete Ablehnung der nach § 1 Abs. 2 NSpkG erforderlichen Errichtungsgenehmigung wäre gesetz- und verfassungswidrig.

Es bleibt festzuhalten, dass in der Genehmigungsentscheidung nach § 1 Abs. 2 NSpkG nur *Rechtsgründe* Berücksichtigung finden dürfen, die sich im Falle der Errichtung einer Sparkasse in dem Rechtsbegriff der *Schaffung leistungsfähiger Sparkassen* zusammenfassen lassen.

– Begriff nach §§ 32 Abs. 5 Satz 1, 33 Abs. 1 Satz 1  
SpkGNW; näher dazu *Stern/Nierhaus*, Rechtsfragen der

Neuordnung des Sparkassenwesens als Folge kommunaler Neugliederung, 1976, S. 115 ff. m. w. Nachw. –

#### **4. Anspruch auf Erteilung der sparkassenaufsichtsbehördlichen Genehmigung**

Sind die oben aufgeführten Genehmigungskriterien erfüllt, so besteht als Konsequenz der bloßen präventiven Rechtsaufsicht ein strikter, subjektiv öffentlich-rechtlicher Anspruch der Stadt Braunschweig gegen das Finanzministerium auf Erteilung der Genehmigung zur Errichtung einer kommunalen Sparkasse. Für Ermessungserwägungen ist kein Platz; sie wären gesetz- und verfassungswidrig.

Würde der Antrag auf Genehmigung der Sparkassenerrichtung gleichwohl abgelehnt, so wäre die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO vor dem zuständigen Verwaltungsgericht die in Betracht kommende Klageart. Unstreitig stellt die Genehmigung nach § 1 Abs. 2 NSpkG einen Verwaltungsakt dar.

– Nach § 35 Satz 1 NVwVfG i. V. m. § 1 NVwVfG;  
*Berger, aaO, § 1 Rdn. 7 –*

Der vorherigen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens bedarf es nicht, weil eine oberste Landesbehörde die ablehnende Entscheidung getroffen hat (§ 68 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 VwGO).

#### **C. Gesamtergebnisse**

Das Rechtsgutachten kommt zusammengefasst zu den folgenden Ergebnissen:

- (1) Die Stadt Braunschweig ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG berechtigt, im Stadtgebiet eine eigene kommunale Sparkasse zu errichten und zu betreiben.
- (2) Dem steht nicht entgegen, dass das Gebiet der Stadt Braunschweig mit dem Geschäftsgebiet (§ 13 Staatsvertrag Nord-LB) bzw. Zweigstellengebiet (§ 3 Abs. 4 Nds. Sparkassen-Auswirkungsgesetz) der Braunschweigischen Landesbank als unselbstständiger Abteilung der Nord-LB teilidentisch ist.
- (3) Als Folge der Sparkassenerrichtungsbefugnis der Stadt Braunschweig (§ 13 Abs. 5 Staatsvertrag Nord-LB und § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG) könnte die Landesbank nach § 13 Abs. 4 Staatsvertrag Nord-LB verpflichtet sein, die Landesbank ganz oder hinsichtlich der sparkassentypischen Aufgaben teilweise auf die Stadt Braunschweig oder die gegründete Stadtparkasse zu übertragen.

(4) Der Gesetzgeber hat durch die Regelung des § 13 Abs. 5 Staatsvertrag Nord-LB i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 NSpkG ausdrücklich anerkannt, dass die Kommunen im ehemaligen Land Braunschweig weiterhin Inhaber der Sparkassenhoheit und der Sparkassenerrichtungsbefugnis sind.

(5) Die Sparkassenhoheit stellt einen wichtigen Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 57 Abs. 1 und 3 NV dar. Die Versagung der Genehmigung der Sparkassengründung würde für die Stadt Braunschweig im Vergleich zu den kommunalen Sparkassenträgern im Land Niedersachsen eine verfassungswidrige Sonderbelastung enthalten. Diese Benachteiligung wäre nicht durch einen zureichenden, das Selbstverwaltungsrecht überwiegenden „Grund in der Wahrung überörtlicher Interessen“ (Bundesverfassungsgericht) gerechtfertigt. Der Schutz der Nord-LB vor kommunaler Sparkassenkonkurrenz bildet keinen solchen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsgrund. Etwaige Rechtspositionen der Nord-LB sind ohnehin nicht verfassungsrechtlicher Natur.

(6) Im vertikalen Verhältnis der Nord-LB zu kommunalen Sparkassen gilt das sparkassenrechtliche Regionalprinzip nicht. Es stellt eine horizontale Zuständigkeitsregelung im Gleichordnungsverhältnis unter Sparkassenträgern und ihren kommunalen Sparkassen dar.

(7) Durch die Mitgliedschaft im Zweckverband für das kommunale Kreditwesen in Braunschweig hat die Stadt Braunschweig nicht auf ihr Recht verzichtet, eine eigene Sparkasse zu errichten und zu betreiben (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c der Verbandssatzung). § 2 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b der Verbandssatzung sieht vielmehr ausdrücklich die Einführung des kommunalen Sparkassenwesens im ehemaligen Land Braunschweig vor.

(8) Nach Art. 57 Abs. 5 NV und § 25 Abs. 1 NSpkG steht der Sparkassenaufsichtsbehörde (Niedersächsisches Finanzministerium) nur die Rechtsaufsicht zu. Dies gilt auch für die Entscheidung des Finanzministeriums über die Genehmigung der Sparkassenerrichtung gemäß § 1 Abs. 2 NSpkG. Ermessenserwägungen unter landespolitischen Gesichtspunkten – z.B. im Sinne eines Bedürfnisses, der optimalen Betriebsgröße einer Sparkasse, allgemeiner oder besonderer Strukturüberlegungen – sind im Genehmigungsverfahren unzulässig. Unter die erweiterte Rechtsaufsicht fällt dagegen u.a. die Prüfung der Erhaltung und Schaffung leistungsfähiger Sparkassen. Kriterium dafür ist die Fähigkeit zur Erfüllung des öffentlichen Sparkassenauftrages nach § 4 NSpkG.

(9) Erfüllt die zu gründende Stadtparkasse Braunschweig diese gesetzlichen Kriterien, hat die Stadt Braunschweig einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Erteilung der Errichtungsgenehmigung durch das Finanzministerium.



**Zum Titelblatt:**

Das im Jahre 1993 gegründete Kommunalwissenschaftliche Institut der Universität Potsdam hatte seine Räume in dem auf dem Titelblatt abgebildeten Universitätshauptgebäude am Griebnitzsee. Dort fand am 3. Februar 1995 die akademische Eröffnungsveranstaltung statt. Derzeit befindet sich das KWI im Schlosspark Babelsberg (Haus 7).

**Vom gleichen Autor sind erhältlich:**

*Michael Nierhaus* (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung - Europäische und Nationale Aspekte, Schriftenreihe des Kommunalwissenschaftlichen Institutes der Universität Potsdam (KWIS Bd. 1), 1996, Duncker & Humblot;

*ders./Gebhardt*, Zur Ausfallhaftung des Staates für zahlungsunfähige Kommunen, KWIS Bd. 4, 1999, Duncker & Humblot;

*ders./Gebhardt*, Kommunale Selbstverwaltung zur gesamten Hand, KWIS Bd. 6, 2000, Duncker & Humblot;

*ders.* (Hrsg.), Kommunalstrukturen in den Neuen Bundesländern nach 10 Jahren Deutscher Einheit, KWIS Bd. 10, 2002, Duncker & Humblot;

*ders.*, Kommunalrecht für Brandenburg, 1. Aufl., 2003, Nomos Verlag.