



Gemeindeprüfungsanstalt  
Baden-Württemberg

## GPA-Mitteilung 10/2020 <sup>1</sup>

26.11.2020

### **„Bankgeschäfte“ im kommunalen Bereich; hier: Erlaubnis der Aufsichtsbehörde nach § 32 KWG**

#### **1 Einführung**

Die Gemeinde darf nach § 102 Abs. 5 GemO in der Regel keine Bankunternehmen betreiben (kommunalrechtliches Verbot). Daher hat sie vor dem Eingehen entsprechender Finanzbeziehungen stets zu prüfen, inwieweit sie möglicherweise gegen dieses Verbot verstoßen könnte.

In diesem Zusammenhang ist die bankenrechtliche Erlaubnispflicht nach § 32 Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz - KWG) von grundlegender Bedeutung. Demnach bedarf, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte <sup>2</sup> betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde. Aufsichtsbehörde ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Entscheidungen der BaFin sind nach § 4 KWG für alle Verwaltungsbehörden verbindlich. Entscheidet die BaFin, dass das Bankgeschäft oder die Finanzdienstleistung erlaubnispflichtig im Sinne des KWG ist, so greift das kommunalrechtliche Verbot des Betriebens eines Bankunternehmens, d.h. dieses Bankgeschäft oder diese Finanzdienstleistung ist kommunalrechtlich unzulässig.

Die GPA hat in der Vergangenheit zu diesem Themenkomplex in mehreren GPA-Mitteilungen (siehe Fußnote 1) sowie auf eine Vielzahl von Anfragen der Verwaltungen Stellung genommen. Dies in letzter Zeit auch vor dem Hintergrund von Überlegungen einzelner Verwaltungen, durch entsprechende Finanzbeziehungen Verwarentgelte (Negativzinsen, Strafzinsen) zu vermeiden.

---

<sup>1</sup> GPA-Mitteilung 11/2001, GPA-Mitteilung 7/2002, GPA-Mitteilung 18/2002 und GPA-Mitteilung 7/2004 werden durch diese GPA-Mitteilung ersetzt.

<sup>2</sup> Der Begriff der „Bankgeschäfte“ wird in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG definiert. Hierzu gehören u.a. die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden sowie die Gewährung von Gelddarlehen.

Grundlage für die Ausführungen der GPA waren und sind Äußerungen der BaFin bzw. des vormals zuständigen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (BAKred), vor allem gegenüber dem Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration Baden-Württemberg (Innenministerium), zu unterschiedlichen Fallgestaltungen im kommunalen Bereich.

Mit dieser GPA-Mitteilung wird ein aktueller Gesamtüberblick hierzu gegeben.

## **2 Erlaubnispflichtige Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte**

Nach § 32 Abs. 1 KWG liegen erlaubnispflichtige Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte nicht nur dann vor, wenn sie „in einem Umfang betrieben werden, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert“, sondern auch dann, wenn sie „gewerbsmäßig“ betrieben werden. Nach Auffassung des BAKred bzw. der BaFin sei der Begriff „gewerbsmäßig“ bereits erfüllt, wenn die Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen auf eine gewisse Dauer angelegt sind und mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden. Nach einer der GPA bekannt gewordenen aktuellen Stellungnahme der BaFin vom 09.10.2020 ist von einer Gewinnerzielungsabsicht auch dann auszugehen, wenn durch die Gewährung zinsloser Darlehen an Dritte Verwarentgelte bei Kreditinstituten erspart werden sollen<sup>1</sup>. Das BAKred hatte auch darauf hingewiesen, dass es angesichts des rein funktional zu verstehenden Unternehmensbegriffs im KWG bei der bundeseinheitlichen Anwendung dieses Gesetzes nicht auf die Rechtsform des jeweiligen Betreibers der in Frage stehenden Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte ankomme (z.B. ob dieser eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist), so dass grundsätzlich auch die Gemeinden und Landkreise vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden.

Allerdings ist auf eine Entscheidung der BaFin vom 03.12.2003 hinzuweisen, in der klargestellt wird, dass ein Kreditgeschäft i.S. des KWG nur begründet wird, wenn ein (privatrechtliches) Rechtsgeschäft zwischen Beteiligten am Wirtschaftsleben abgeschlossen wird. Demnach ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, wenn es sich bei den Beteiligten um Rechtsträger (Aufgabenträger) handelt, die in Wahrnehmung einer im öffentlichen Recht begründeten Aufgabe miteinander verbunden sind.

---

<sup>1</sup> Die früher, lange vor der derzeitigen Niedrigzinsphase, vom damaligen BAKred getroffene Aussage, bei zinslos gewährten Darlehen sei die Gewerbsmäßigkeit ausgeschlossen, ist damit zumindest für die Fälle obsolet, in denen Verwarentgelte erspart werden (sollen).

### **3 Fallgestaltungen von „Bankgeschäften“**

Aufgrund der Äußerungen der BaFin bzw. des BAKred, lassen sich Hinweise zu den folgenden, im Kommunalbereich denkbaren Fallgestaltungen ableiten:

#### **3.1 Geldanlagen und -darlehen <sup>1</sup> zwischen Gemeinden**

Wie bereits ausgeführt, liegen nach § 32 KWG erlaubnispflichtige Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte bereits dann vor, wenn sie „gewerbsmäßig“ betrieben werden, also auf eine gewisse Dauer angelegt sind und mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden. Die Absicht der Gewinnerzielung ist auch gegeben, bei zinslos gewährten Darlehen, wenn mit ihnen Verwarentgelte bei Kreditinstituten erspart werden sollen. Da grundsätzlich auch die Gemeinden und Landkreise vom Geltungsbereich des KWG erfasst werden, sind finanzielle Kooperationsbeziehungen zwischen einzelnen Kommunen daher grundsätzlich als Verstöße gegen die bankenrechtliche Erlaubnispflicht in § 32 KWG zu werten. Gemeindefinanzwirtschaftlich ist regelmäßig ein Verstoß gegen § 102 Abs. 5 GemO anzunehmen.

Die z.B. noch in den 1990-iger Jahren in Baden-Württemberg durchaus übliche Praxis der unmittelbaren Gewährung von Kassenkrediten einzelner Gemeinden an andere Kommunen ist demnach unzulässig.

#### **3.2 Geldanlagen und -darlehen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich unselbständigen) Eigenbetrieben**

Bei Geldanlagen und -darlehen zwischen einer Gemeinde und ihren Eigenbetrieben (einschließlich der Eigenbetriebe untereinander) ist das so genannte Konzernprivileg nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG anwendbar, weil die rechtlich unselbständigen Eigenbetriebe dem beherrschenden Einfluss ihrer Trägerkommune unterliegen. Eine bankenrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich. § 102 Abs. 5 GemO greift hier nicht; entsprechende Geldanlagen und -darlehen sind zulässig.

#### **3.3 Geldanlagen und -darlehen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich selbständigen) Eigengesellschaften (Gemeinde ist alleinige Gesellschafterin)**

Auch hier ist das Konzernprivileg (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG) anwendbar. Eine bankenrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich. Die Gemeinde wird nicht i.S. des § 102 Abs. 5 GemO tätig. Geldanlagen und -darlehen sind zulässig.

---

<sup>1</sup> Unter dem Begriff „Gelddarlehen“ sind haushaltsrechtlich Investitionskredite, Kassenkredite, Liquiditätskredite und Darlehen im Sinne von Investitionsfördermaßnahmen zu verstehen.

### **3.4 Geldanlagen und -darlehen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich selbständigen) Beteiligungsgesellschaften**

#### **3.4.1 Gemeinde ist Mehrheitsgesellschafterin**

Gemeinde und Gesellschaft sind als Mutter- und Tochterunternehmen i.S. des Konzernprivilegs (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG) anzusehen. Mutterunternehmen sind danach Unternehmen, die als Mutterunternehmen i.S. des § 290 HGB gelten oder die einen beherrschenden Einfluss ausüben (können). Ob nach den Grundsätzen des Konzernbilanzrechts Mutter-/Tochterunternehmen vorliegen oder ein beherrschender Einfluss tatsächlich ausgeübt wird, ist im Einzelfall anhand der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen zu prüfen. Ist die Gemeinde Mehrheitsgesellschafterin, kann aber in der Regel vom Vorliegen des Konzernprivilegs ausgegangen werden. Eine bankrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich. Die Gemeinde wird nicht i.S. des § 102 Abs. 5 GemO tätig. Geldanlagen und -darlehen sind zulässig.

#### **3.4.2 Gemeinde ist Minderheitsgesellschafterin**

Aus Äußerungen des BAKred bzw. der BaFin zum Verhältnis der Gemeinde als Mehrheitsgesellschafterin ergibt sich im Umkehrschluss, dass Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich nicht unter das Konzernprivileg in § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG fallen. Daher wäre in diesem Fall eine bankrechtliche Erlaubnis erforderlich, mit der Folge, dass ein entsprechender Antrag bzw. die Ausübung des Kreditgeschäfts nach § 102 Abs. 5 GemO kommunalrechtlich unzulässig wären. Geldanlagen und -darlehen sind hier nicht zulässig.

### **3.5 Geldanlagen und -darlehen innerhalb von Verwaltungsgemeinschaften**

Die bei der Erledigung der „Abgaben-, Kassen- und Rechnungsgeschäfte“ (§ 61 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GemO) im Rahmen der gemeinsamen Kassenführung bei der Verbandskasse oder Gemeindekasse (§ 93 Abs. 1 GemO) anfallenden (gegenseitigen) Geldüberlassungen beim „Gemeindeverwaltungsverband“ oder bei der „erfüllenden Gemeinde“ beruhen auf (landesrechtlichen) öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen. Da diesen Geldgeschäften keine zivilrechtlichen Darlehensvereinbarungen zugrunde liegen, fehlt die notwendige Voraussetzung für das Betreiben des Kreditgeschäfts i.S. des KWG. Eine bankrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich. § 102 Abs. 5 GemO ist hier nicht einschlägig.

### **3.6 Geldanlage und -darlehen innerhalb von Zweckverbänden**

Der Tatbestand des Kreditgeschäfts i.S. von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG ist nicht erfüllt, wenn Finanzierungshilfen bzw. Darlehen aufgrund der den Kommunen öffentlich-rechtlich zugewiesenen Verpflichtung, dem Zweckverband die für den Betriebszweck notwendigen wirtschaftlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, gewährt werden. Eine bankrechtliche Erlaubnis nach § 32 KWG ist nicht erforderlich. § 18 GKZ i.V.m. § 102 Abs. 5 GemO ist hier nicht einschlägig.

### **3.7 Geldanlagen und -darlehen innerhalb eines „kassenrechtlichen“ Zusammenschlusses (Miterledigung „fremder Kassengeschäfte“ i.S. von § 2 GemKVO)**

Diese (in der kommunalen Praxis häufig anzutreffende) Konstellation ist von der BaFin / vom BAKred nicht ausdrücklich angesprochen worden. Die bei der Miterledigung „fremder Kassengeschäfte“ (im nach § 2 GemKVO zulässigen Umfang, z.B. für Zweckverbände, rechtlich selbstständige kommunale Stiftungen u.Ä., ohne eigene Kassenorganisation) anfallenden gegenseitigen Geldüberlassungen im Rahmen der gemeinsamen Kassenführung bei der Gemeindekasse (§ 93 Abs. 1 GemO) beruhen aber – wie die entsprechenden Vorgänge bei der gemeinsamen Erledigung von Kassengeschäften innerhalb von Verwaltungsgemeinschaften, siehe oben Abschnitt 3.5 – gleichfalls auf (landesrechtlichen) öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen, denen keine zivilrechtlichen Darlehensvereinbarungen zugrunde liegen. Insoweit fehlt es auch hier an der notwendigen Voraussetzung für das Betreiben des Kreditgeschäfts i.S. des KWG. Deshalb ist eine bankenrechtliche Erlaubnis nicht erforderlich. § 102 Abs. 5 GemO ist nicht einschlägig.

### **3.8 Arbeitgeberdarlehen**

Die Gewährung zweckgebundener Arbeitgeberdarlehen, die vereinbarungsgemäß zur Finanzierung des Erwerbs von Wohneigentum der kommunalen Beschäftigten dienen, gilt nicht als Betreiben eines Kreditgeschäfts i.S. von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG. Eine bankenrechtliche Erlaubnis ist nicht erforderlich. § 102 Abs. 5 GemO ist nicht einschlägig.

### **3.9 Wohnungsbaudarlehen der Gemeinden an einkommensschwache Bauherren (zu ermäßigten Zinsen im Rahmen der Wohnungsbauförderung)**

Werden im Rahmen von Investitionsfördermaßnahmen Darlehen gewährt, um einkommensschwache Haushalte bei der Versorgung mit Mietwohnraum und bei der Bildung von selbstgenutztem Wohnraum zu unterstützen, ist der Tatbestand des Kreditgeschäfts i.S. von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG ebenfalls nicht erfüllt. Die Gewährung von zinsverbilligten Wohnungsbaudarlehen für einkommensschwache Bauherren für selbstgenutztes Wohnungseigentum sowie an Wohnungsbaugesellschaften und andere Investoren für Zwecke des sozialen Wohnungsbaus liegt im Rahmen der Erfüllung der gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Wohnraumförderung (vgl. § 3 Abs. 4 Wohnraumförderungsgesetz) und bedarf keiner bankenrechtlichen Erlaubnis nach § 32 KWG. § 102 Abs. 5 GemO ist nicht einschlägig.

## **4 Einzelfallbezogene Erlaubnisanfrage**

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass die im Abschnitt 3 gegebenen Hinweise aufgrund der Äußerungen der BaFin bzw. des BAKred nicht die einzelfallbezogene Erlaubnisanfrage an die BaFin ersetzen können. Im Zweifelsfall entscheidet die BaFin (§ 4 KWG). Auskünfte hierzu können bei der BaFin und bei der örtlich zuständigen Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank eingeholt werden.