

NIKOLAI BADENHOOP

Europäische
Bankenregulierung
und private Haftung

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
81*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

81



Nikolai Badenhoop

Europäische Bankenregulierung und private Haftung

Die Durchsetzung von System- und Individualschutz
mit Mitteln des Privatrechts

Mohr Siebeck

Nikolai Badenhoop, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften in Berlin, Rom und London (Humboldt European Law School); 2015 Erste Juristische Prüfung; Laurea Magistrale in Giurisprudenza an der Universität La Sapienza, Rom; LL.M. am King's College London; 2019 Promotion an der Humboldt-Universität zu Berlin; seit 2019 Referendar am Kammergericht Berlin.
orcid.org/0000-0003-1677-6586

ISBN 978-3-16-159205-8 / eISBN 978-3-16-159206-5
DOI 10.1628/978-3-16-159206-5

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC-BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Vorwort

Diese Arbeit ist eine überarbeitete Fassung meiner Promotionsschrift, die im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen wurde. Sie berücksichtigt gesetzgeberische Änderungen, Rechtsprechung und Literatur bis Januar 2020. Zu diesem Zeitpunkt wurden auch die zitierten Internetseiten zuletzt aufgerufen.

Meinem Doktorvater Stefan Grundmann bin ich zutiefst dankbar für seine jahrelange engagierte Förderung während des Studiums in der European Law School und bei der Betreuung dieser Arbeit. Meiner Zweitgutachterin Christine Windbichler danke ich für die schnelle und hilfreiche Begutachtung. Die Arbeit entstand im Rahmen des Promotionskollegs „Einheit und Differenz im europäischen Rechtsraum“, dessen Teilnehmern und Organisatoren ich dankbar bin.

Finanziell ermöglicht wurde diese Arbeit durch ein Promotionsstipendium des Evangelischen Studienwerks Villigst e. V. mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung. Dank gilt auch der Studienstiftung des deutschen Volkes für die Förderung von Studium, Laurea Magistrale und LL.M. Für großzügige Druckkostenzuschüsse zur Finanzierung von Drucklegung und Open Access danke ich der Stiftung Geld und Währung, der Stiftung Kapitalmarktforschung für den Finanzstandort Deutschland und der Konrad-Redeker-Stiftung.

Für hilfreiche Impulse und Kritik danke ich Henning Berger, Jan Dalhuisen, Martin Eifert, Lúcio Feteira, Klaus Hopt, Lars Klöhn, Niamh Moloney, Katharina Pistor, Moritz Renner, Michael Schillig, René Smits, Takis Tridimas, Karl-Philipp Wojcik und Peer Zumbansen. Für die Lektüre einzelner Teilkapitel danke ich Sebastian Dennis und Felix Rhein. Zu besonderem persönlichen Dank bin ich meinem Jugendfreund Christoph Koller verpflichtet, der die gesamte Arbeit lektorierte und wertvolle stilistische wie inhaltliche Anregungen gab.

Der größte Dank gilt meiner Familie, ohne deren Unterstützung diese Arbeit nicht entstanden wäre und der sie darum gewidmet ist. Meine Eltern förderten mich großartig und gaben mir Orientierung, Inspiration und Freiheit. Meinen Schwestern danke ich für ihre Nähe und ihren Rat in schwierigen und freudvollen Momenten. Den größten Anteil an dieser Arbeit hatte meine Freundin Franziska, die weite Teile der Arbeit las, mich vielfältig und bedingungslos unterstützte und der ich in Liebe verbunden bin.

Berlin, Januar 2020

Nikolai Badenhoop

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
<i>Einleitung</i>	1
A. Erkenntnisinteresse	3
B. Untersuchungsgegenstand	4
C. Methode	8
D. Gang der Untersuchung	9
1. Teil: EU-Regulierung zwischen System- und Individualschutz sowie Modelle privatrechtlicher Durchsetzung	11
<i>1. Kapitel: Individualschutz im Bankaufsichtsrecht als Produkt des Unionsrechts</i>	13
A. Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und Bankprivatrecht	13
B. Ziele der Bankaufsicht nach deutschem Recht	30
C. Entwicklung der Ziele und Inhalte des deutschen und europäischen Bankaufsichtsrechts	37
<i>2. Kapitel: Modelle der privatrechtlichen Durchsetzung von EU-Wirtschaftsregulierung</i>	78
A. Wettbewerbsrecht	79
B. Kapitalmarktregulierung	99
2. Teil: Privatrechtliche Durchsetzung der europäischen Bankenregulierung	141
<i>3. Kapitel: Bankaufsichtsrechtlicher Systemschutz durch die Pflicht zum Risikomanagement und dessen privatrechtliche Durchsetzung</i>	143
A. Aufsichtsrechtliche Pflicht zum Risikomanagement nach § 25a KWG	144
B. Privatrechtliche Sanktionen von Verstößen gegen § 25a KWG	163
C. Exkurs: Ausstrahlungswirkung des Bankaufsichtsrechts auf das allgemeine Aktienrecht jenseits des Bankensektors	183

<i>4. Kapitel: Bankaufsichtsrechtlicher Individualschutz im deutschen Recht unter unionsrechtlichem Einfluss</i>	186
A. Schutz der Einleger durch Einlagensicherung und (früher) Amtshaftungsansprüche	186
B. Schutz der Verbraucherdarlehensnehmer durch die Kreditwürdigkeitsprüfung	203
C. Schutz der Bankkunden durch die privatrechtliche Durchsetzung einzelner Normen des Bankaufsichtsrechts	226
<i>5. Kapitel: Weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts</i>	243
A. Vorfragen der privatrechtlichen Durchsetzung	244
B. Reichweite des Individualschutzziels im europäischen Bankaufsichtsrecht	255
C. Zivilrechtliche Transformation des aufsichtsrechtlichen Individualschutzziels	272
<i>Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung</i>	283
A. Individualschutz im Bankaufsichtsrecht als Produkt des Unionsrechts	283
B. Modelle privatrechtlicher Durchsetzung von EU-Wirtschaftsregulierung	284
C. Bankaufsichtsrechtlicher Systemschutz durch die Pflicht zum Risikomanagement und dessen privatrechtliche Durchsetzung	288
D. Bankaufsichtsrechtlicher Individualschutz im deutschen Recht unter unionsrechtlichem Einfluss	290
E. Weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts	292
Literaturverzeichnis	297
Sachverzeichnis	327

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
<i>Einleitung</i>	1
A. Erkenntnisinteresse	3
B. Untersuchungsgegenstand	4
C. Methode	8
D. Gang der Untersuchung	9
1. Teil: EU-Regulierung zwischen System- und Individualschutz sowie Modelle privatrechtlicher Durchsetzung	11
<i>1. Kapitel: Individualschutz im Bankaufsichtsrecht als Produkt des Unionsrechts</i>	13
A. Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und Bankprivatrecht	13
I. Rechtstheoretischer Blick	13
1. Financial Regulation Theory	14
2. Rechtsökonomik	15
3. Legal Theory of Finance	16
4. Finanzkrise und Privatrecht	17
5. Contract Governance	19
6. Regulierung und Privatrecht	21
7. Bankenunion und Privatrecht	23
II. Rechtsdogmatischer Blick	25
1. Grundsatz: Trennung von Bankaufsichts- und Bankprivatrecht	25
2. Teilausnahmen: WpHG-Wohlverhaltenspflichten, KWG-Bankerlaubnis und Kreditwürdigkeitsprüfung	27
III. Stellungnahme: Individualschützendes europäisches Bankaufsichtsrecht als Brücke zum Privatrecht	29
B. Ziele der Bankaufsicht nach deutschem Recht	30
I. Markt-, System- bzw. Funktionsschutz	30
II. Kein Individualschutz	32
III. Kollektiver Verbraucherschutz	33
IV. Schutz der Steuerzahler vor bail-out	35

C. Entwicklung der Ziele und Inhalte des deutschen und europäischen Bankaufsichtsrechts	37
I. „Bankfreiheit“ von 1869	37
II. Reichskreditwesengesetz von 1934 und allgemeine Bankaufsicht	39
1. Erlaubnispflicht für Kreditinstitute und Geschäftsleiteranforderungen	40
2. Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen	41
3. Aufsicht über die Kreditvergabe und Einbehaltung von Boni	42
4. Institutionelle Änderungen durch das RKWG von 1939	42
5. Schutzziele im Reichskreditwesengesetz	43
a) Markt-, Funktions- bzw. Systemschutz	43
b) Individualschutz nur für Inhaber von Spareinlagen	44
III. Kreditwesengesetz von 1961	45
1. Materielles Aufsichtsrecht	45
2. Aufsichtsziele	46
IV. Europäisierung des Bankaufsichtsrechts	48
1. Grundfreiheiten und Parodi-Urteil des EuGH	48
a) Parodi	49
b) Individualschutz in Parodi	51
c) Parodi zum Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und Bankprivatrecht	52
2. Sekundärrechtliche Harmonisierung	52
a) Erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie und EuGH-Urteil Romanelli	52
b) Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie	54
c) Basel I und Harmonisierung der Eigenkapitalanforderungen	55
d) Basel II und CRD I	57
e) Basel III und CRD IV/CRR	59
f) CRD V und CRR II	60
3. Institutionalisierung der europäischen Bankaufsicht	63
a) Koordinierung nationaler Aufsichtsbehörden	64
b) Comitology	65
c) Agencification und Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA)	66
aa) Aufgaben und Befugnisse der EBA	67
bb) Ziele der EBA	69
d) Europäische Bankenunion und Single Supervisory Mechanism (SSM)	70
aa) Aufgaben und Befugnisse der EZB im SSM	71
bb) Ziele der EZB im SSM	73
V. Individualisierung von Schutzgruppen in verschiedenen Sprachfassungen	74

<i>2. Kapitel: Modelle der privatrechtlichen Durchsetzung von EU-Wirtschaftsregulierung</i>	78
A. Wettbewerbsrecht	79
I. Entwicklung der privatrechtlichen Durchsetzung im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht	80
1. Deutsches Wettbewerbsrecht	80
a) GWB-Normen als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB	80
b) Schadensersatzansprüche	82
2. Europäisches Wettbewerbsrecht	83
a) Zivilrechtliche Nichtigkeit	84
b) Europäischer Kartellschadensersatzanspruch aufgrund von EuGH-Rechtsprechung	86
II. Privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nach aktuellem Stand	88
1. Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU	89
2. Umfassender Schadensersatzanspruch nach §§ 33a–33h GWB	91
III. Regelungszweck der privatrechtlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	93
IV. Zusammenspiel öffentlicher und privater Durchsetzung im Kartellrecht	96
V. Vergleichbarkeit von Wettbewerbs- und Bankaufsichtsrecht	97
B. Kapitalmarktregulierung	99
I. Anlegerschutz als altes Leitmotiv der Kapitalmarktrechtswissenschaft	100
II. Bereiche der normierten privatrechtlichen Durchsetzung	103
1. Prospekthaftung	103
a) Regelungsgeschichte und Normzweck	104
b) Unionsrechtliches Gebot der privaten Haftung und Streit über Reichweite	106
c) Rechtsnatur der Prospekthaftung	107
d) Haftungsvoraussetzungen nach §§ 21–25 WpPG	108
2. Ad-hoc-Publizitätspflicht bei Insiderinformationen	110
a) Regelungsgeschichte und Normzweck	110
b) Streit über unionsrechtliches Gebot der privaten Haftung	111
c) Rechtsnatur der Haftung	113
d) Haftungsvoraussetzungen nach §§ 97, 98 WpHG	114
e) Art. 17 MAR als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB	116
III. Streitfall der privatrechtlichen Durchsetzung: Wohlverhaltenspflichten bei der Anlageberatung	118
1. Hintergrund	119
a) Entstehungsgeschichte der aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten	119
b) Regelungsinhalt der §§ 63, 64 WpHG	120
c) Doppelter Regelungszweck: öffentlicher Marktschutz und individueller Anlegerschutz	122
2. Rechtsprechung des EuGH und des BGH	124

a) EuGH-Urteil Bankinter	124
b) Reaktion des deutschen Schrifttums und des BGH auf Bankinter	125
c) Kick-back-Urteil des BGH von 2014	126
d) Reaktion des Schrifttums auf das Kick-back-Urteil	127
3. Streitfragen der zivilrechtlichen Wirkung	128
a) Rechtsnatur der Wohlverhaltenspflichten	129
b) Vertragsrechtliche Berücksichtigung der aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten durch Ausstrahlungswirkung	131
c) Deliktsrechtliche Berücksichtigung der §§ 63 ff. WpHG n. F. als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB	133
IV. Vergleichbarkeit von Kapitalmarkt- und Bankaufsichtsrecht	136
2. Teil: Privatrechtliche Durchsetzung der europäischen Bankenregulierung	141
3. Kapitel: Bankaufsichtsrechtlicher Systemschutz durch die Pflicht zum Risikomanagement und dessen privatrechtliche Durchsetzung	143
A. Aufsichtsrechtliche Pflicht zum Risikomanagement nach § 25a KWG	144
I. Entstehungsgeschichte des § 25a KWG	146
II. Unbestimmtheit der Norm als Ausdruck der qualitativen und prinzipiengeleiteten Aufsicht	147
III. MaRisk (BA) von 2017	148
1. Inhalt	149
2. Bindungswirkung der MaRisk	153
a) Norminterpretierende vs. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	153
b) Überwiegende Einstufung der MaRisk als norminterpretierend	154
c) Argumente für die Normkonkretisierung	155
d) Argumente gegen die Normkonkretisierung	156
e) Entscheidung durch den Gesetzgeber: Verordnungsermächtigung nach § 25a Abs. 4 KWG	157
IV. EBA-Leitlinien zur internen Governance	158
1. Inhalt	158
2. Bindungswirkungen der EBA-Leitlinien	160
a) Differenzierter comply or explain-Mechanismus	160
b) Keine Rechtsverbindlichkeit, aber faktische Bindungswirkung	161
c) Optimierungsgebot und sicherer Hafen der Regelkonformität	162
B. Privatrechtliche Sanktionen von Verstößen gegen § 25a KWG	163
I. Gesellschaftsrechtliche Innenhaftung der Bankgeschäftsführer nach § 93 Abs. 2 AktG	163
1. § 25a KWG als Legalitätspflicht	164
2. Gesellschafts- vs. aufsichtsrechtlicher Maßstab	165
3. Pflicht zur Rechtsermittlung	166

a) Vertretbarkeitstheorie	166
b) Stufentheorie und Optimierungstheorie	168
4. Konkretisierung der Legalitätspflicht durch die MaRisk und EBA-Leitlinien	169
a) MaRisk und Legalitätspflicht	170
aa) MaRisk-Verstoß als Verstoß gegen die Legalitätspflicht? . . .	170
bb) Einhaltung der MaRisk als sicherer Hafen der Rechtmäßigkeit auch für die zivilrechtliche Sorgfaltspflicht? . . .	171
cc) Stellungnahme für starke Indizwirkung und Exkulpationsmaßstab	172
b) EBA-Leitlinien und Legalitätspflicht	173
II. Gesellschaftsrechtliche Außenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber Gläubigern nach § 93 Abs. 5 AktG	174
III. Deliktsrechtliche Haftung der Geschäftsleiter bei Verstößen gegen § 25a KWG	175
1. Innenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG	176
2. Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG	177
3. Innen- und Außenhaftung nach § 826 BGB	178
4. Außenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB in Lesart des Baustoff-Urteils des BGH	178
5. Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 25a KWG	179
IV. Sondertatbestand § 17 KWG: Organhaftung für pflichtwidrig vergebene Organkredite	181
1. Innenhaftung nach § 17 Abs. 1 KWG	181
2. Außenhaftung nach § 17 Abs. 2 KWG	182
C. Exkurs: Ausstrahlungswirkung des Bankaufsichtsrechts auf das allgemeine Aktienrecht jenseits des Bankensektors	183
<i>4. Kapitel: Bankaufsichtsrechtlicher Individualschutz im deutschen Recht unter unionsrechtlichem Einfluss</i>	<i>186</i>
A. Schutz der Einleger durch Einlagensicherung und (früher) Amtshaftungsansprüche	186
I. Einlagensicherung	186
1. Gesetzliche Einlagensicherung	187
2. Freiwillige Einlagensicherung	189
3. EDIS-Vorschlag der EU-Kommission	191
II. Amtshaftung gegenüber Einlegern für Bankaufsichtsfehler nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG	192
1. Ursprüngliche Einigkeit über fehlenden Drittschutz der Bankaufsicht	193
2. Bejahung der Amtshaftung gegenüber Einlegern in den BGH-Urteilen Herstatt und Wetterstein	194

3. Kritik und Kurskorrektur des BGH	195
4. Gesetzgeberischer Ausschluss der Amtshaftung gegenüber Dritten durch § 6 Abs. 3 KWG a. F. (jetzt § 4 Abs. 4 FinDAG)	197
5. Verfassungskonformität des Amtshaftungsausschlusses	198
6. Unionsrechtskonformität des Amtshaftungsausschlusses: BGH-Urteil BVH und EuGH-Urteile Peter Paul und Kantarev	199
7. Bestimmende Rolle des § 4 Abs. 4 FinDAG in der Diskussion über das Verhältnis des KWG zum Zivilrecht	202
B. Schutz der Verbraucherdarlehensnehmer durch die Kreditwürdigkeitsprüfung	203
I. Entwicklung der Pflicht zur Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung	204
1. Ausgangspunkt: Selbstverantwortung des Darlehensnehmers	205
2. Kommissionsvorschlag von 2002 für eine Verbrauchercreditrichtlinie mit der Pflicht zur verantwortungsvollen Kreditvergabe	206
3. Kritische Reaktion des Schrifttums	207
4. Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG mit der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung	208
5. Deutsche Umsetzung in § 509 BGB a. F. und § 18 Abs. 2 KWG a. F.	209
6. Diskussion über den zivilrechtlichen Individualschutz	210
7. EuGH-Urteile Le Crédit Lyonnais und CA Consumer Finance	212
8. Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU	214
II. Ausgestaltung der Pflicht zur Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht	215
1. Gesetzgeberischer Paradigmenwechsel hin zum aufsichts- und zivilrechtlichen Gleichlauf	216
2. Paralleler Pflichtenmaßstab im Aufsichts- und Zivilrecht nach § 18a KWG, §§ 505a, 505b BGB, ImmoKWPLV	217
a) Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag	218
b) Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag	218
3. Aufsichtsrechtliches Sanktionsregime	220
4. Zivilrechtliches Sanktionsregime nach § 505d BGB	221
a) Keine Nichtigkeit nach § 134 BGB	221
b) Schadensersatz nach § 505d BGB	221
aa) Zinsermäßigung	222
bb) Außerordentliches Kündigungsrecht	222
cc) Ausschluss von Ansprüchen des Darlehensgebers	223
dd) Sanktionsausschluss bei Verschulden des Darlehensnehmers	224
c) Keine weitergehenden Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB	224
III. Parallelen zwischen der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung und anderen Bereichen des Bankaufsichtsrechts	225
C. Schutz der Bankkunden durch die privatrechtliche Durchsetzung vereinzelter Normen des Bankaufsichtsrechts	226

I.	KWG-Normen als individualschützende Gesetze i. S. d.	
	§ 823 Abs. 2 BGB	226
	1. Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG	227
	a) Schutzgesetz zugunsten der Bankkunden	227
	b) Schutzgesetz trotz § 4 Abs. 4 FinDAG	229
	c) Konsultation der Aufsichtsbehörde als subjektiver Haftungsausschlussgrund	230
	2. Verbot der Offenbarung und Verwertung von Informationen über Millionenkredite nach §§ 14, 55a, 55b KWG	230
	3. Kreditwürdigkeitsprüfung bei Großkrediten nach § 18 KWG	231
	a) Individualschutzbejahende BGH-Urteile	231
	b) Rechtsprechungsänderung und individualschutzverneinende Folgeurteile	232
	c) Geteilte Literatur	233
	4. Anzeigepflicht von Großkrediten nach § 13 KWG	234
	5. Verbotene Bankgeschäfte nach § 3 KWG	235
	6. Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbrauchern nach § 18a KWG	236
	7. Kriterien für Schutzgesetze im KWG	238
II.	KWG-Normen als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB	238
	1. Grundsätzliche Ablehnung	239
	2. Ausnahme: § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG	242
<i>5. Kapitel: Weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts</i>		
		243
A.	Vorfragen der privatrechtlichen Durchsetzung	244
	I. Keine entgegenstehenden einschlägigen EuGH-Urteile	244
	1. Peter Paul	244
	2. Bankinter	245
	II. Bestimmung individualschützender Normen im Unionsrecht	247
	1. Ausdrücklicher Individualschutz	248
	2. Konkludenter Individualschutz	248
	3. Individuelle Rechte nach der EuGH-Rechtsprechung	249
III.	Unionsrechtliches Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung von Individualschutz	251
	1. Direkter Schluss von Individualschutz auf privatrechtliche Durchsetzung	251
	2. Weitere Voraussetzungen bei individuellen Rechten	252
	3. Privatrechtliche Durchsetzung jenseits des Individualschutzziels	253
IV.	Zwischenergebnis	254
B.	Reichweite des Individualschutzziels im europäischen Bankaufsichtsrecht	255
	I. Ausdrücklicher Individualschutz im europäischen Bankaufsichtsrecht	255
	1. Individualschutz im materiellen Bankaufsichtsrecht	256
	a) Einleger- und Anlegerschutz	256

b) Sparerschutz	259
c) Individueller Verbraucherschutz	260
d) Darlehensnehmerschutz als besonderer Verbraucherschutz-Fall	261
2. Individualschutz im institutionellen Bankaufsichtsrecht	262
a) EBA	262
aa) Individueller Verbraucherschutz	263
bb) Einleger- und Anlegerschutz	264
b) EZB im SSM	264
aa) Kein Verbraucherschutz	265
bb) Einlegerschutz	265
II. Bestimmung des Schutzbereichs nach den Theorien zum Individualschutz	266
1. Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes	266
2. Theorie des konkludenten Individualschutzes	268
3. Theorie der individuellen Rechte	269
III. Stellungnahme für kombinierte Individualschutztheorie	270
C. Zivilrechtliche Transformation des aufsichtsrechtlichen Individualschutzziels	272
I. Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB	272
II. Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB	273
III. Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB	276
1. Bestimmung von bankaufsichtsrechtlichen Schutzgesetzen	277
2. Effektive Durchsetzung im Prozess	279
a) Beweislastumkehr	279
b) Kausalitätsvermutung	280
<i>Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung</i>	283
A. Individualschutz im Bankaufsichtsrecht als Produkt des Unionsrechts	283
B. Modelle privatrechtlicher Durchsetzung von EU-Wirtschaftsregulierung	284
C. Bankaufsichtsrechtlicher Systemschutz durch die Pflicht zum Risikomanagement und dessen privatrechtliche Durchsetzung	288
D. Bankaufsichtsrechtlicher Individualschutz im deutschen Recht unter unionsrechtlichem Einfluss	290
E. Weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts	292
Literaturverzeichnis	297
Sachverzeichnis	327

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADEMU	A Dynamic Economic and Monetary Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft
a. F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BA	Bankaufsicht
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BaKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BB	Der Betriebs-Berater
BCCI	Bank of Credit and Commerce International
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CB	Compliance-Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CEPR	Centre for Economic Policy Research
CMLR	Common Market Law Review
CRD	Capital Requirements Directive
CRR	Capital Requirements Regulation
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft

DDR	Deutsche Demokratische Republik
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBA	European Banking Authority
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
EC	European Communities
ECB	European Central Bank
ECEFIL	European Center of Economic and Financial Law
ECGI	European Corporate Governance Institute
EG	Europäische Gemeinschaft
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
ELR	European Law Review
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
ERCL	European Review of Contract Law
ESA	European Supervisory Authority
ESFS	European System of Financial Supervision
ESMA	European Securities and Markets Authority
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FS	Festschrift
FSA	Financial Supervisory Authority
FSB	Financial Stability Board
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
GS	Gedächtnisschrift
G-SRI	global systemrelevante Institute
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hdb	Handbuch
Hdb EuR	Handbuch Europarecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ImmoKWPLV	Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
jurisPR-BK	juris PraxisReport Bankrecht
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
KWG	Kreditwesengesetz
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MaK	Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute
MAR	Market Abuse Regulation
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation
MPIfG	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
MüKo	Münchener Kommentar
NCA	National Competent Authority
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Op. J. Comp.	Opinio Juris in Comparatione
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RKWG	Reichskreditwesengesetz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
SAFE	Sustainable Architecture for Finance in Europe
SRF	Single Resolution Fund
SRM	Single Resolution Mechanism
SSM	Single Supervisory Mechanism
StGB	Strafgesetzbuch
Suppl.	Supplement
Tz.	Teilziffer
UAbs.	Unterabsatz
UK	United Kingdom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft
wiss. Red.	wissenschaftlicher Redakteur
wisu	Das Wirtschaftsstudium – Zeitschrift für Ausbildung, Examen und Weiterbildung
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WP	Working Paper

WpDU	Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WpG	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpPG	Wertpapierprospektgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Alle weiteren Abkürzungen richten sich nach *Kirchner, Hildebert (Begr.)/Böttcher, Eike* (Bearb.), *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 9. Aufl., Berlin/Boston 2018.

Einleitung

„Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll [...] den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt.“¹

Dieses Zitat des EuGH-Urteils *van Gend & Loos* verdeutlicht, dass das Unionsrecht als Rechtsordnung von Beginn an dem einzelnen Bürger und der einzelnen Bürgerin² Rechte verlieh und sich seither zu seiner Durchsetzung auf die Geltendmachung durch Private stützt.³ Während das Urteil *van Gend & Loos* die unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Zollbestimmungen statuierte, dehnte der EuGH den Schutz individueller Rechte im Unionsrecht immer weiter aus. Im Wettbewerbsrecht gestand er im Urteil *Courage und Crehan* „jedermann“, der durch ein Kartell geschädigt ist, einen Schadensersatzanspruch gegen die Kartellanten zu.⁴ Im Urteil *Muñoz* erklärte der EuGH lauterkeitsrechtliche Qualitätsbestimmungen über Obst und Gemüse aus europäischen Verordnungen für zivilrechtlich durchsetzbar. Den individuellen Anspruch auf deren Durchsetzung begründete er mit dem Binnenmarkt- und Verbraucherschutz als Ziel der Verordnungen sowie mit dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*).⁵ Der Individualschutz und seine effektive Durchsetzung sind mithin Leitmotive des Unionsrechts.

Diese Leitmotive betreffen auch den Bereich der europäischen Bankenregulierung. Insbesondere im Nachgang der globalen Finanzkrise von 2007/2008 hat der EU-Gesetzgeber die Aufsichtsregeln stark ausgeweitet und hierbei dem Individualschutz eine besondere Bedeutung verliehen. Zum einen dient die

¹ EuGH, Urteil vom 05.02.1963, C-26/62, Rs. *van Gend & Loos*, Celex-Nr. 61962CJ0026 (Slg. 1963, 7, 25).

² Überall, wo diese Arbeit im Folgenden allein die männliche Sprachform verwendet, ist stets die weibliche Form mitzudenken. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird auf eine explizite Doppelnennung verzichtet.

³ Vgl. aus dem Lehrbuch des den Fall *van Gend & Loos* mitentscheidenden italienischen EuGH-Richters *Trabucchi*, *Istituzioni di diritto civile*, 36. Aufl. 1995, S. 3–5 (Fußnotentext).

⁴ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 26; ausführlich s. unten S. 86 ff.

⁵ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 29 ff.; ausführlich s. unten S. 78 f.

europäische Finanzarchitektur dem Schutz der Steuerzahler, da sie staatliche Bankenrettungen verhindern soll. Dies schlägt sich in einer Verschärfung des Beihilfenrechts nieder.⁶ In gleicher Stoßrichtung führte die EU im materiellen Sanierungs- und Abwicklungsrecht das Prinzip der Gläubigerbeteiligung (*bail-in*)⁷ und institutionell den einheitlichen Abwicklungsmechanismus⁸ der Europäischen Bankenunion⁹ ein. Zum anderen benennt das europäische Recht der laufenden Bankaufsicht zunehmend den Schutz individualisierbarer Kundengruppen als Ziel der Bankaufsicht.¹⁰ Diese Arbeit konzentriert sich auf den Aspekt des Kundenschutzes. Die materiellen und institutionellen Regelwerke weisen vielfach auf die Zwecke des Einleger- und Anlegerschutzes hin. Daneben spielen auch der Sparer-, Verbraucher- und Verbraucherdarlehensnehmerschutz eine Rolle.¹¹ In Anlehnung an die Diskussionen zum europäischen Vertrags- und Gesellschaftsrecht¹² verhält es sich mit dem bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzziel wie mit einem pointillistischen Gemälde, dessen Bedeutung erst beim Zurücktreten Sinn ergibt. Aus der Nähe betrachtet sieht man nur einzelne Hinweise auf und Instrumente für den Schutz von Einlegern, Anlegern, Sparern, Verbrauchern und Verbraucherdarlehensnehmern. Mit etwas Abstand und Blick auf das Ganze fügen sich diese Einzelpunkte jedoch zu einem stimmigen Gesamtbild zusammen, das den Systemgedanken des Individualschutzziels erkennen lässt.

Diese Arbeit formuliert die These, dass das europäische Bankaufsichtsrecht neben dem Schutz der Finanzmarktstabilität auch den Individualschutz der Bankkunden als eigenständiges Ziel verfolgt.¹³ Systematisch fügt sich dies in den allgemeinen unionsrechtlichen Kontext ein, da der Anlegerschutz bereits im Wertpapierrecht auch als Individualschutz verstanden wird.¹⁴ Jedoch entfaltet das bankaufsichtsrechtliche Individualschutzziel als reine Zielbestimmung noch keine Wirkung. Daher ist seine Durchsetzung zu klären. In Anlehnung an die unionsrechtlichen Vorbilder des Wettbewerbsrechts und der Kapitalmarktregulierung analysiert die vorliegende Untersuchung die privatrechtliche Durchsetzung des Bankaufsichtsrechts als Mittel zur Gewährleistung seiner Ziele: Systemschutz im Interesse der Allgemeinheit und Individualschutz im

⁶ Zur Bankenmitteilung der Kommission und ihrer Bestätigung des EuGH im Urteil *Kotnik* (EuGH, Urteil vom 19.07.2016, C-526/14, Rs. *Kotnik*, Celex-Nr. 62014CJ0526) *Badenhoop* ERCL 2017, 299.

⁷ Umfassend hierzu *Wojcik* CMLR 2016, 91.

⁸ S. unten S. 70 f.

⁹ S. unten S. 70 ff.

¹⁰ S. unten S. 48 ff.

¹¹ S. unten S. 255 ff.

¹² *Kötz* RabelsZ 1986, 1, 5; *Riesenhuber* ERCL 2005, 297, 298 ff.; *Grundmann*, Systemdenken und Systembildung, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, S. 172, 173 ff.

¹³ S. unten S. 11 ff., 49 ff., 52 ff., 63 ff., 74 ff., 244 ff., 255 ff.

¹⁴ S. unten S. 99 ff.

Interesse der einzelnen Bankkunden. Das Systemschutzziel, auch Markt- oder Funktionenschutz genannt, überformt das Gesellschaftsrecht und die Innenhaftung von Bankvorständen.¹⁵ Im bürgerlichen Recht werden bankaufsichtliche Pflichten nach derzeit herrschendem Verständnis hingegen nur punktuell durchgesetzt.¹⁶ Angesichts des flächendeckenden Individualschutzziels plädiert diese Arbeit dafür, das europäische Bankaufsichtsrecht weitergehend im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung des Vertrags- und Deliktrechts durchzusetzen.¹⁷

A. Erkenntnisinteresse

Der Individualschutz im europäischen Bankaufsichtsrecht und seine privatrechtliche Durchsetzung wurden bislang weder monographisch noch sonst umfassend untersucht.¹⁸ Bekannt ist die Durchsetzung regulatorischer Ziele mit privatrechtlichen Mitteln insbesondere in den unionsrechtlichen Gebieten des Kartellrechts und der Kapitalmarktregulierung. In den dortigen Diskussionen spielt der Individualschutz eine erhebliche Rolle für die Verwendung des Privatrechts zur Durchsetzung regulatorischer Vorgaben. Für das Kartellrecht schuf zunächst der EuGH in seinen Urteilen *Courage und Crehan* und *Manfredi* eine Schadensersatzpflicht der Kartellanten.¹⁹ Mittlerweile hat der europäische Gesetzgeber diese Schadensersatzpflicht ausführlich per Richtlinie normiert.²⁰ Das Kartellschadensersatzrecht dient neben dem Marktschutz auch dem individuellen Interesse der Kartellgeschädigten.²¹ Die Koexistenz von öffentlicher und privatrechtlicher Durchsetzung soll synergetisch wirken und nicht zum gegenseitigen Ausschluss führen.²² Auch in der europäischen Kapitalmarktregulierung ist eine zunehmende Tendenz der zivilrechtlichen Sanktionierung von Regulierungsverstößen festzustellen.²³ Diese Tendenz äußert sich sowohl in gesetzlichen Haftungsregeln als auch in Streitfällen zivilrechtlicher Haftung. Die Prospekthaftung und die Haftung für Ad-hoc-Publizitätsverstöße bieten Beispiele für unionsrechtlich überformte gesetzliche Haftungsregeln.²⁴ Die Wohlverhaltenspflichten des WpHG sind gesetzlich nicht mit zivilrechtlichen Sanktionen versehen, weshalb Streit über ihre privatrechtlichen Aus-

¹⁵ S. unten S. 143 ff.

¹⁶ S. unten S. 186 ff., insbesondere S. 203 ff. und S. 226 ff.

¹⁷ S. unten S. 243 ff.

¹⁸ Ausführlich zum Forschungsstand s. unten S. 13 ff.

¹⁹ S. unten S. 86 ff.

²⁰ S. unten S. 89 ff.

²¹ S. unten S. 93 ff.

²² S. unten S. 96 f.

²³ S. unten S. 99 ff.

²⁴ S. unten S. 103 ff.

wirkungen besteht.²⁵ Kernelement der Diskussionen rund um die gesetzlichen Haftungsregeln und den Streitfall der Wohlverhaltensregeln ist die Bedeutung des Anlegerschutzes als Individualschutz.²⁶ Die Regelungsgebiete des Wettbewerbs- und Kapitalmarktrechts zeigen, dass die privatrechtliche Durchsetzung von Regulierungsinhalten eine allgemeine Tendenz des Unionsrechts ist. Diese Tendenz reflektiert die rechtswissenschaftliche Diskussion zum Thema Regulierung und Privatrecht. Während die Diskussion sich überwiegend auf das Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht²⁷ und vereinzelt auf das Recht der Bankenunion²⁸ fokussiert, ergänzt die vorliegende Arbeit die Diskussion um das europäische Bankaufsichtsrecht.²⁹ Sie entwickelt den Individualschutz als eigenständiges Ziel der europäischen Bankenregulierung und untersucht die privatrechtliche Durchsetzung sowohl des Systemschutz- als auch des Individualschutzziels im deutschen Recht. Insbesondere das Kartellrecht zeigt, dass das Unionsrecht private Akteure und privatrechtliche Sanktionsmittel in Dienst nimmt, um seine Ziele effektiv durchzusetzen.³⁰ Diese Ziele müssen ursprünglich nicht individualschützend sein. Vielmehr genügt es, wenn die privaten Akteure die Durchsetzung des Marktschutzes fördern. Über diesen Umweg generiert das Unionsrecht jedoch letztlich individuelle Rechte und Ansprüche auf Schadensersatz, die ihrerseits individualschützende Wirkung haben.³¹ Insofern ist der Vergleich zum europäischen Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht auch für die derzeit herrschende Perspektive relevant, die dem Bankaufsichtsrecht nur system- bzw. marktschützende Funktion ohne Individualschutz zuspricht.

B. Untersuchungsgegenstand

Diese Arbeit untersucht das Verhältnis zwischen europäischer Bankenregulierung und privater Haftung, d. h. die Durchsetzung der bankaufsichtsrechtlichen Ziele des System- und Individualschutzes mit Mitteln des Privatrechts. Zu definieren sind also die Begriffe „europäische Bankenregulierung“ bzw. „europäisches Bankaufsichtsrecht“, „Systemschutz“, „Individualschutz“, „private Haftung“ und „privatrechtliche Durchsetzung“.

Die Begriffe „europäische Bankenregulierung“ und „europäisches Bankaufsichtsrecht“ sind synonym und umfassen sämtliche Normen des Rechts der Europäischen Union (im Folgenden Unionsrecht), die Banken bei ihrer

²⁵ S. unten S. 118 ff.

²⁶ S. unten S. 100 ff., 106 f., 111 ff., 116 ff., 122 ff.

²⁷ S. unten S. 21 ff.

²⁸ S. unten S. 23 ff.

²⁹ Zum Begriff s. unten S. 4 ff.

³⁰ S. unten S. 79 ff.

³¹ S. unten S. 93 ff.

Geschäftstätigkeit einhalten müssen und deren Befolgung staatliche Aufsichtsbehörden kontrollieren. In materieller Hinsicht zählen hierzu insbesondere die Capital Requirements Directive (CRD IV)³² und die Capital Requirements Regulation (CRR)³³ jeweils von 2013 sowie ihre Novellierungen von 2019 CRD V³⁴ und CRR II³⁵. Ebenfalls zur materiellen Bankenregulierung zählen die Verbraucherkreditrichtlinie³⁶ von 2008 und der Wohnimmobilienkreditrichtlinie³⁷ von 2014, soweit sie den Banken für das Verbraucherkreditgeschäft Vorgaben machen, die auch staatlicher Aufsicht unterliegen. Daneben treten die institutionellen Vorschriften der Verordnung über die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA-VO)³⁸ und die Verordnung über den einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-VO)³⁹. Den Begriff der „Bank“ verwendet diese Arbeit beschränkt auf den Begriff des CRR-Kreditinstituts, der sowohl dem europäischen als auch dem deutschen Bankaufsichtsrecht zugrunde liegt.⁴⁰

³² Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. Nr. L176 vom 27.6.2013, S. 38.

³³ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. Nr. L176 vom 27.6.2013, S. 1.

³⁴ Richtlinie (EU) 2019/878 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmaßnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmaßnahmen, ABl. Nr. L150 vom 7.6.2019, S. 253.

³⁵ Verordnung (EU) 2019/876 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 in Bezug auf die Verschuldungsquote, die strukturelle Liquiditätsquote, Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, das Gegenparteiausfallrisiko, das Marktrisiko, Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien, Risikopositionen gegenüber Organismen für gemeinsame Anlagen, Großkredite, Melde- und Offenlegungspflichten und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. Nr. L150 vom 7.6.2019, S. 1.

³⁶ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG), ABl. Nr. L133 vom 22.5.2008, S. 66.

³⁷ Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. L60 vom 28.2.2014, S. 34.

³⁸ Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. Nr. L331 vom 15.12.2010, S. 12.

³⁹ Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. Nr. L287 vom 29.10.2013, S. 63.

⁴⁰ Dies entspricht dem Bezeichnungsschutz gemäß § 39 Abs. 1 KWG. Hiernach dürfen nur inländische Kreditinstitute, Zweigniederlassungen von ausländischen Kreditinstituten und von Bestandschutzregeln betroffene Unternehmen die Begriffe „Bank“ und „Bankier“ verwenden.

§ 1 Abs. 3d Satz 1 Kreditwesengesetz (KWG) verweist auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR, dem zufolge ein CRR-Kreditinstitut „ein Unternehmen [ist], dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“. Diese Arbeit beschränkt sich auf das aktive und passive Kreditgeschäft (auch Einlagen- und Kreditgeschäft) als erste Säule des klassischen Bankgeschäfts (*commercial banking*).⁴¹ Sie behandelt aber weder das Zahlungsgeschäft als dessen zweite Säule⁴² noch umfassend das Wertpapiergeschäft (*investment banking*)⁴³ oder das Versicherungsrecht. Untersuchungsgegenstand ist nur das Recht der laufenden Aufsicht. Ausgeklammert wird das Recht der Bankensanierung und -abwicklung,⁴⁴ das materiell auf europäischer Ebene von der Banking Recovery and Resolution Directive (BRRD)⁴⁵ und national vom Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) sowie institutionell vom europäischen Single Resolution Mechanism (SRM) nach der SRM-VO⁴⁶ bestimmt wird.⁴⁷

⁴¹ Zum Begriff *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, Vorwort S. VIII.

⁴² Zum Zahlungsgeschäft *Grundmann*, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 3. Teil.

⁴³ Zum Begriff *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 5. Teil, Rn. 1 ff.

⁴⁴ Bereits früh und rechtsvergleichend zum Spannungsverhältnis zwischen Bankaufsichtsrecht und Insolvenzrecht *Binder*; Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht – Regelungsziele, Anwendungsprobleme und Reformansätze, dargestellt am Beispiel des deutschen und des englischen Rechts, 2005; zum aktuellen Regime *Gortsos*, The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF) – A Comprehensive Overview of the second main pillar of the European Banking Union, 3. Aufl. 2017; *ders.*, in: *Binder/Gortsos*, The European Banking Union – A Compendium, 2016, S. 45–68; *Psaroudakis*, in: *Hopt/Tzouganatos* (Hrsg.), Das Europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen, 2014, S. 41; mit Fokus auf Griechenland *Gortsos* EBOR 2017, 479; *Binder/Singh* (Hrsg.), Bank Resolution: The European Regime, 2016; allgemeiner *Binder/Psaroudakis* (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018; zur deutschen Reform des Restrukturierungsrecht der Kreditinstitute unmittelbar nach der Finanzkrise *Bachmann* ZBB 2010, 459; zur Abwicklung von Bankengruppen im transatlantischen Vergleich *Renner/Kowolik* ZVglRWiss 2018, 83.

⁴⁵ Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L173 vom 12.6.2014, S. 190.

⁴⁶ Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. Nr. L225 vom 30.7.2014, S. 1; zu den Änderungen nach dem Banken-Paket von Mai 2019, das die SRM-VO II einführt, s. unten S. 60 ff.

⁴⁷ Zum Prinzip der Gläubigerbeteiligung im Rahmen des *bail-in* nach der BRRD und dessen Anerkennung durch den EuGH *Badenhoop* ERCL 2017, 299, 307 ff.

Der Begriff „Systemschutz“ bedeutet den Schutz der Funktionen, die einzelne Institute für das Finanzsystem bzw. die Finanzmärkte haben, und den Schutz der Stabilität des Finanzsystems bzw. der Finanzmärkte. Daher verwendet diese Arbeit ihn synonym mit den Begriffen Markt- und Funktionsschutz. Das System-schutzziel soll verhindern, dass einzelne Institute insolvent werden und das Finanzsystem bzw. die Finanzmärkte destabilisieren.

Mit „Individualschutz“ ist die regulatorische Zielrichtung gemeint, die Interessen einzelner Personen durch die Verleihung subjektiver Rechte zu schützen. Angesichts des europäischen Untersuchungsgegenstands findet die deutsche Theorie vom subjektiv-öffentlichen Recht⁴⁸ keine Anwendung.⁴⁹ Vielmehr muss der Begriff des Individualschutzes unionsrechtlich bestimmt werden. Das europäische Bankaufsichtsrecht benennt neben rein öffentlichen Schutzgütern wie der Finanzmarktstabilität auch individualisierbare Kundengruppen als Schutzobjekte, insbesondere die Einleger, Anleger, Sparer und Verbraucher.⁵⁰ Hieraus folgt eine auch individualschützende Tendenz, deren Reichweite und Auswirkungen jeweils einer vertieften Prüfung bedürfen.⁵¹

„Private Haftung“ ist das Einstehenmüssen natürlicher oder juristischer Personen für ihr Fehlverhalten. Wengleich dies auch nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften – etwa im Rahmen einer persönlichen Bußgeldhaftung – möglich ist, fokussiert sich diese Arbeit auf die Haftung nach privatrechtlichen Normen. Daher ist der Begriff der privaten Haftung im vorliegenden Kontext eng verknüpft mit dem Begriff der privatrechtlichen Durchsetzung.

„Privatrechtliche Durchsetzung“ ist das Erreichen von Regelungszielen mit den Mitteln des Privatrechts. Das Unionsrecht prägte den Begriff zunächst im Wettbewerbsrecht. Dessen Ziele werden zunehmend mit Mitteln des Privatrechts durchgesetzt (*private enforcement*),⁵² etwa durch Schadensersatzklagen von Mitbewerbern und Endabnehmern.⁵³ Daneben spielt das Privatrecht bei der Durchsetzung von Regelungsinhalten unionsrechtlicher Kapitalmarktregulierung eine erhebliche Rolle.⁵⁴ Geeignete Mittel des Zivilrechts zur Durchsetzung von Regulierung sind insbesondere die Vertragsauslegung, die Ver-

⁴⁸ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905; zur Geschichte Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986.

⁴⁹ Für eine Revision der deutschen Theorie des subjektiv-öffentlichen Rechts aufgrund europäischer Impulse Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts – Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997.

⁵⁰ S. unten S. 48 ff., 255 ff.

⁵¹ S. unten S. 243 ff., 255 ff., 272 ff.

⁵² Der Begriff *private enforcement* ist insofern irreführend, als die englischsprachige Literatur ihn vielfach für die Durchsetzung unionsrechtlicher Regelungsgehalte gegenüber dem Staat verwendet, vgl. Wilman, Private Enforcement of EU Law Before National Courts, 2015, S. 3–14, passim.

⁵³ S. unten S. 79 ff.

⁵⁴ S. unten S. 99 ff.

tragsnichtigkeit und Schadensersatzklagen.⁵⁵ Da das Zivilrecht dem Ausgleich privater Interessen dient, eignet es sich besonders zur wirksamen Erreichung des Individualschutzziels.⁵⁶

C. Methode

Diese Arbeit systematisiert die Ziele des System- und Individualschutzes in der europäischen Bankenregulierung und untersucht ihre Durchsetzung mit privatrechtlichen Mitteln im deutschen Recht. Indem sie das Verhältnis von Bankaufsichtsrecht und Bankprivatrecht im Sinne eines von teleologischen Erwägungen getragenen Systems betrachtet, ist die Arbeit rechtsdogmatisch.⁵⁷ Bei der Systematisierung nimmt die rechtshistorische Entstehung des Individualschutzziels im europäischen Recht eine besondere Stellung ein.⁵⁸ Zugleich liegt ein Schwerpunkt auf der systematischen und teleologischen Vergleichbarkeit des Bankaufsichtsrechts mit dem Wettbewerbsrecht und der Kapitalmarktregulierung.⁵⁹ Auch die Herausarbeitung der privatrechtlichen Mechanismen zur Durchsetzung des bankaufsichtsrechtlichen Systemsschutzziels⁶⁰ und des Individualschutzziels⁶¹ dient der rechtsdogmatischen Systematisierung. Gleiches gilt für den Vorschlag einer weitergehenden europarechtskonformen Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts.⁶² Wenngleich sich die Methode mithin auf die Rechtsdogmatik beschränkt, bettet sich die Arbeit in einen breiteren theoretischen Diskurs ein. Dessen Spektrum umfasst Financial Regulation Theory, Rechtsökonomik, Legal Theory of Finance, Finanzkrise und Privatrecht, Contract Governance, Regulierung und Privatrecht sowie Bankenunion und Privatrecht.⁶³

⁵⁵ Ausführlich s. unten S. 80 ff., 103 ff., 124 ff., 128 ff., 226 ff.

⁵⁶ S. unten S. 243 ff.

⁵⁷ Zum Begriff des Systems und seiner Bildung anhand teleologischen Gehalts *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. 1983, S. 86 ff.; in Abgrenzung zur Grundlagenforschung *Würtenberger*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 3, 5 ff.; zum Begriff der Rechtsdogmatik *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 275 f.

⁵⁸ S. unten S. 37 ff.

⁵⁹ S. unten S. 78 ff., 99 ff.

⁶⁰ S. unten S. 143 ff.

⁶¹ S. unten S. 186 ff.

⁶² S. unten S. 243 ff.

⁶³ S. unten S. 13 ff.

D. Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist in zwei Teile und fünf Kapitel gegliedert. Der erste Teil legt den Grund zu den Regulierungszielen des europäischen Bankaufsichtsrechts zwischen System- und Individualschutz sowie Modellen privatrechtlicher Durchsetzung. Während der überwiegende Teil der deutschen Rechtswissenschaft das Bankaufsichtsrecht auf den Systemschutz begrenzt, entwickelt das erste Kapitel das Individualschutzziel unter Bezugnahme auf seine Entstehungsgeschichte und sekundärrechtliche Ausprägung als eigenständiges Ziel des europäischen Bankaufsichtsrechts. Das zweite Kapitel beschreibt die unionsrechtlichen Modelle für privatrechtliche Durchsetzung von Wirtschaftsregulierung anhand des Wettbewerbsrechts und der Kapitalmarktregulierung und stellt jeweils die Frage der Übertragbarkeit auf das Bankaufsichtsrecht. Im zweiten Teil geht die Untersuchung vertieft auf die privatrechtliche Durchsetzung der wesentlichen Ziele des Bankaufsichtsrechts ein. So widmet sich das dritte Kapitel der Durchsetzung des Systemschutzes im Privatrecht. Es nimmt die Risikomanagement-Vorgaben als Beispiel des bankaufsichtsrechtlichen Systemschutzes unter die Lupe und konzentriert sich auf deren Auswirkungen auf das Gesellschafts- und Deliktsrecht. Demgegenüber behandelt das vierte Kapitel das bankaufsichtsrechtliche Individualschutzziel und zeigt das breite Spektrum der Durchsetzung nach deutschem Recht und den starken Einfluss des Unionsrechts auf. Hierzu zählen der Einlegerschutz durch die Einlagensicherung und die früher von der Rechtsprechung bejahten, mittlerweile indes verneinten Amtshaftungsansprüche der Einleger, der Schutz von Verbraucherdarlehensnehmern durch die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung und der Schutz von Bankkunden allgemein durch die punktuelle privatrechtliche Durchsetzung vereinzelter Normen des Bankaufsichtsrechts im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB und § 134 BGB. Das fünfte und letzte Kapitel argumentiert für eine weitergehende privatrechtliche Durchsetzung von bankaufsichtsrechtlichen Pflichten *de lege lata* aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des deutschen Vertrags- und Deliktsrechts.

1. Teil

EU-Regulierung zwischen System- und Individualschutz sowie Modelle privatrechtlicher Durchsetzung

Staatliche Wirtschaftsregulierung kann verschiedenen Zielen dienen und sowohl das Gemeinwohl als auch Individualinteressen schützen. Bei der Regulierung durch die Europäische Union lässt sich die Tendenz feststellen, dass sie neben rein öffentlichen Zwecken zunehmend auch auf den Schutz individueller Interessen abzielt. Die Erweiterung der regulatorischen Zielrichtung um die individuelle Komponente spiegelt sich zugleich in der wachsenden Bedeutung von privatrechtlichen Durchsetzungsmechanismen. Am stärksten wird dieser Wandel im Wettbewerbsrecht deutlich, das Markt- und Individualschutz mithilfe flächendeckender Schadensersatzansprüche kombiniert. Auch das Kapitalmarktrecht verknüpft aufsichtsrechtliche Pflichten für die Emission und Verwaltung von Wertpapieren und die Anlageberatung immer häufiger mit Sanktionen des Privatrechts. Im Bankaufsichtsrecht deuten die europäischen Rechtsakte vielfach auf einen wachsenden Individualschutz hin, dessen allgemeine Bedeutung und privatrechtliche Umsetzung die deutsche Rechtswissenschaft und -praxis aber noch kaum berücksichtigen. Um letzteres zu ändern, entwickelt der erste Teil dieser Arbeit den Individualschutz als eigenständigen Grundsatz des europäischen Aufsichtsrechts neben dem Systemschutz und analysiert Modelle privatrechtlicher Durchsetzung von EU-Regulierung. Das erste Kapitel leitet das Individualschutzziel historisch aus der Entwicklung der europäischen Rechtsakte und der EuGH-Rechtsprechung her. Sodann erörtert das zweite Kapitel die privatrechtlichen Instrumente im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht und überlegt, inwieweit sie sich auf das Bankaufsichtsrecht übertragen lassen. Im Anschluss systematisiert der zweite Teil der Arbeit die einzelnen privatrechtlichen Mechanismen zur Durchsetzung bankaufsichtsrechtlicher Pflichten und regt eine weitergehende Durchsetzung mit Mitteln des Privatrechts aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung an.

1. Kapitel

Individualschutz im Bankaufsichtsrecht als Produkt des Unionsrechts

Individualschutz ist nach traditioneller Lesart ein Fremdkörper im deutschen Bankaufsichtsrecht. Daher stellt dieses erste Kapitel das aufkommende Individualschutzziel und seine Herkunft aus dem Unionsrecht dar. Zunächst wird das Verhältnis zwischen dem Bankaufsichtsrecht und dem Bankprivatrecht veranschaulicht. Hierbei sind verschiedene rechtstheoretische Forschungsrichtungen darzustellen, in deren theoretischen Rahmen sich diese Arbeit einordnet, bevor der Blick zum rechtsdogmatischen Ansatz der deutschen Rechtspraxis wandert (A.). Es folgt eine Beschreibung der Ziele der Bankaufsicht im deutschen Recht, die im Zeichen des Marktschutzes steht (B.). Insbesondere aufgrund europäischer Vorgaben dient das Bankaufsichtsrecht zunehmend auch dem Schutz der individuellen Bankkunden. Die Ergänzung des Marktschutzes um den Individualschutz verdeutlichen der Entwicklungsprozess der Ziele und Inhalte des deutschen Bankaufsichtsrechts, wie es von dem aufsichtsrechtlichen Prinzip des Individualschutzes aus dem europäischen Sekundärrecht überformt wird (C.).

A. Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und Bankprivatrecht

Die Rechtswissenschaft erforscht zunehmend das Verhältnis zwischen staatlicher Regulierung und Privatrecht. Was im Wettbewerbsrecht begann,¹ erstreckt sich nun auf viele Regulierungssektoren, einschließlich der Bankenregulierung. Hierbei zeichnet die Rechtstheorie (I.) ein deutlich nuancierteres Bild der Wechselbeziehungen von Regulierung und Privatrecht als die gängige Rechtsdogmatik (II.). Vor diesem Hintergrund bewirbt diese Arbeit ein dogmatisches Umdenken (III.).

I. Rechtstheoretischer Blick

Der folgende Überblick dient der Einordnung rechtstheoretischer Strömungen, die im weiteren oder engeren Sinne das Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und

¹ *Mestmäcker AcP 168 (1968), 235.*

Bankprivatrecht betreffen. Die internationale Literatur zur Finanzmarktregulierung nimmt zum Privatrecht und zum Individualschutzziel nur am Rande Stellung (1.). Rechtsökonomische Forschung deutet darauf hin, dass privatrechtliche Durchsetzung durchaus als Ergänzung der behördlichen Durchsetzung taugt (2.). Die Legal Theory of Finance bietet eine neue Herangehensweise zur Analyse von Bankenregulierung (3.). Die globale Finanzkrise hat auch die Privatrechtswissenschaft zur vertieften Auseinandersetzung mit Krisenursachen bewegt (4.). Die Debatte zur Contract Governance eröffnet eine Governance-Perspektive durch private Regulierung und überlegt, ob und wie Verträge Governance-Strukturen schaffen und so eventuell Regulierung ersetzen können (5.). In der deutschen und europäischen Rechtswissenschaft ist ein Diskurs zu Privatrecht und Regulierung entstanden, die sich überwiegend mit dem Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht beschäftigt (6.). Ähnliche Forschung wird bereits zum Verhältnis zwischen der Europäischen Bankenunion und dem Privatrecht betrieben (7.).

1. Financial Regulation Theory

Die internationale Diskussion zur Finanzmarktregulierung (*financial regulation theory*) behandelt das Privatrecht und den Individualschutzzweck nur am Rande. Laut führenden Aufsichtsrechtlern wie *Avgouleas* und *Moloney* sowie Ökonomen wie *Schoenmaker* soll die staatlich geschaffene Regulierung von Marktverhalten grundsätzlich mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten durchgesetzt werden.² Dies entspricht auch der Entstehungsgeschichte der Bankenregulierung.³ Zwar ist der Anlegerschutz (*investor protection*) als Regulierungsziel neben der Marktstabilität Gegenstand der Diskussion,⁴ doch soll dies nichts am Grundsatz der behördlichen Durchsetzung ändern.⁵ *Moloney* weist darauf hin, dass die privatrechtliche Durchsetzung durch Haftungsregeln traditionell nicht auf EU-Ebene harmonisiert ist. Sie hält eine Harmonisierung der Haftungsregeln als Ergänzung der behördlichen Aufsicht zwar für effektivitätssteigernd, aber aus gesetzgeberischer Sicht für sehr komplex und spricht ihr daher geringes Potential für die mittlere Zukunft zu.⁶ Ein Ausschuss des britischen Parlaments kam nach der Finanzkrise zum selben Ergebnis mit der Begrün-

² *Avgouleas*, *Governance of Global Financial Markets – The Law, The Economics, The Politics*, Cambridge 2012, S. 261 ff.; *ders.* *Journal of Corporate Law Studies* 9(1) (2009), 23, 50 ff.; *ders.* *Global Policy* 4, Suppl. 1 (2013), 74.; *Moloney*, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3. Aufl. 2014, S. 942 ff.; in eine ähnliche Richtung *Gleeson*, *Gleeson on the International Regulation of Banking*, 3. Aufl. 2018, S. 20–31; *Schoenmaker*, *Governance of International Banking: The Financial Trilemma*, 2013, S. 130 ff.; *de Haan/Oosterloo/Schoenmaker*, *Financial Markets and Institutions: A European Perspective*, 3. Aufl. 2015, S. 405 ff.

³ S. unten S. 37 ff.

⁴ Ausführlich s. unten S. 100 ff.

⁵ *Avgouleas* *European Law Journal* 6(1) (2000), 72.

⁶ *Moloney*, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3. Aufl. 2014, S. 968–970.

derung, dass in einer komplex strukturierten Bank die Zurechnung der Verantwortung einzelner Entscheidungen zu einzelnen Akteuren schwierig und der Nachweis für Außenstehende kaum möglich sei.⁷ Der Aufsichtsbehörde, die Einblick in die bankinternen Vorgänge verlangen kann, fällt es freilich leichter als privaten Bankkunden, Kausalzusammenhänge im Betriebsablauf zu rekonstruieren und festzustellen. Auch in den aktuellen bankaufsichtsrechtlichen Diskussionen zur nachhaltigen Finanzregulierung taucht das Element der privatrechtlichen Durchsetzung kaum auf.⁸ Dagegen drehen sich Individualschutzfragen vielfach um die Möglichkeit der Staatshaftung gegenüber Bankkunden für fehlerhafte Aufsicht, die jedoch überwiegend abgelehnt wird.⁹

2. Rechtsökonomik

Demgegenüber erkennt die rechtsökonomische Forschung privatrechtliche Haftungsmechanismen im Bereich des wertpapierrechtlichen Anlegerschutzes¹⁰ grundsätzlich als effektive Ergänzung der behördlichen Durchsetzung an.¹¹ Aus rechtsökonomischer Sicht hängt die Wahl zwischen privater und öffentlicher Durchsetzung von den jeweils zu erwartenden Kosten ab.¹² Nach *Armour* sind private Akteure besonders sensibel für die Kosten der Durchsetzung, sodass sich privatrechtliche Haftungsmechanismen im Falle hoher Prozesskosten als ungeeignet erweisen.¹³ Zugleich agierten private Durchsetzer im Falle niedriger Durchsetzungskosten besonders effektiv, da die zivilrechtliche Haftung besondere Abschreckungswirkung habe.¹⁴ Im Bereich des Wertpapierrechts

⁷ House of Lords/House of Commons, Report of the Parliamentary Commission on Banking Standards ‚Changing banking for good‘, Juni 2013, Band 2 (HL Paper 27-II/HC 175-II), S. 189 f.

⁸ Vgl. *Schoenmaker*, From Risk to Opportunity: A Framework for Sustainable Finance, 2017; *Bauer/Schuster* (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Bankensektor – Konzepte, Rechtsfragen, Kulturwandel, Köln 2016; s. auch der Aktionsplan der EU-Kommission zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums, Brüssel, 8.3.2018; für eine stärker soziale Konzeption der Finanzmärkte *Black Journal of Corporate Law Studies* 13(2) (2013), 401.

⁹ Zur deutschen Debatte ausführlich s. unten S. 192 ff.; international etwa *Andenas/Fairgrieve International and Comparative Law Quarterly* 51(4) (2002), 757; zur Staatshaftung im SSM *D’Ambrosio*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia* n. 78 (2015); *ders.*, in: *Andenas/Deipenbrock* (Hrsg.), *Regulating and Supervising European Financial Markets – More Risks than Achievements*, 2016, S. 299.

¹⁰ Hierzu vertieft s. unten S. 100 ff.

¹¹ *Armour et al.*, *Principles of Financial Regulation*, 2016, S. 587 ff.

¹² *Klöhn*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Compensation of Private Losses – The Evolution of Torts in European Business Law*, 2011, S. 179; vergleichend zur öffentlichen und privaten Durchsetzung von Normen in Ländern des ehemaligen Ostblocks *Hay/Shleifer American Economic Review* 88(2) (1998), 398.

¹³ *Armour*, in: *Gordon/Ringe* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018, S. 1108, 1126 f.

¹⁴ *Armour/Hansmann/Kraakmann*, in: *Kraakman/Armour/Davies/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Pargendler/Ringe/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 29, 41 f.

zeigten rechtsvergleichende Studien, dass privatrechtliche Haftungsmechanismen die Arbeit von öffentlichen Aufsichtsbehörden sinnvoll ergänzen, indem sie die Durchsetzungsintensität insgesamt stärken.¹⁵ Obwohl die empirische Forschung kaum beide Durchsetzungsformen getrennt zu untersuchen vermag und häufig wichtige Faktoren wie den Umfang behördlicher Ressourcen unberücksichtigt lässt, halten *Armour et al.* die private Haftung für eine hilfreiche Ergänzung der öffentlichen Aufsicht.¹⁶ Die persönliche Haftung entfalte ausreichende, nicht aber übermäßige Abschreckungs- und Kompensationswirkung, da nicht nachgewiesen sei, dass sie qualifiziertes Personal von der Berufswahl abschrecke.¹⁷ Im Verbraucherkontext bezweifeln sie hingegen die Aktivlegitimation und fordern hier behördliche Durchsetzung, da Verbrauchern häufig das Fachverständnis fehle und die Durchsetzungskosten für sie zu hoch seien.¹⁸ Aus ähnlichen Motiven erweiterte der deutsche Gesetzgeber den Aufgabenbereich der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nach § 4 Abs. 1a FinDAG um den Schutz kollektiver Verbraucherinteressen.¹⁹

3. *Legal Theory of Finance*

Zur Aufarbeitung der globalen Finanzkrise schlägt die von *Pistor* begründete *Legal Theory of Finance* eine etwas andere Richtung ein.²⁰ Sie fußt auf der Prämisse, dass Finanzmärkte rechtlich konstruiert sind, da sie notwendigerweise Verträge²¹ und deren Durchsetzbarkeit voraussetzen.²² Zugleich führen vertragliche Mechanismen als kollektives Phänomen zur Instabilität des Finanzsystems, da etwa die Möglichkeit, als Einleger eines Girokontos jederzeit die Forderung fällig zu stellen, einen Ansturm auf die Geldschalter (*bank run*) verursachen kann.²³ *Pistor* entwickelt anhand der Märkte von Staatsanleihen und Währungen den öffentlich-privaten Hybridstatus von Finanzmärkten, den weder der Staat noch der Markt voll beherrschen.²⁴ In Krisenzeiten zeige sich die inhärente Spannung dieser Dualität besonders, wenn Verträge nicht durchgesetzt werden, um eine Implosion des Systems zu vermeiden.²⁵ Manche preisen diese

¹⁵ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer* *Journal of Finance* 61(1) (2006), 1; *Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer* *Journal of Financial Economics* 88 (2008), 430.

¹⁶ *Armour et al.*, *Principles of Financial Regulation*, 2016, S. 589.

¹⁷ *Armour et al.*, *Principles of Financial Regulation*, 2016, S. 592 f.

¹⁸ *Armour et al.*, *Principles of Financial Regulation*, 2016, S. 589 f.

¹⁹ Ausführlich s. unten S. 33 ff.

²⁰ *Pistor* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315.

²¹ Z. B. Staatsanleihen, Kreditverträge sowie Finanzinstrumente, insbesondere Derivate.

²² *Pistor* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315, 317 f., 321 f.

²³ *Pistor* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315, 318 f.; ausführlich zur regulatorischen Antwort des Staates s. unten S. 30 ff.

²⁴ *Pistor* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315, 322 f.; verallgemeinernd *Hodgson* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013) 331, 335 f.

²⁵ *Pistor* *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315, 323.

Elastizität des Rechts als notwendiges Ventil, z. B. in Verbraucherkreditblasen.²⁶ Anderere kritisieren die Elastizität als Ursache für finanzmarktspezifische hierarchische Strukturen, da das Recht für zentrale Marktakteure elastischer sei als für periphere Akteure und somit letztere benachteilige.²⁷ Insgesamt soll die Legal Theory of Finance einen theoretischen Rahmen zur Analyse der rechtlichen Konstruktionen, Strukturen und Hierarchien auf transnationalen Finanzmärkten bieten.²⁸ Deakin argumentiert, dass die globale Finanzkrise im Licht dieser Theorie als Symptom einer allgemeineren Krise des Auseinanderlaufens von Recht und Finanzsystem zu begreifen sei.²⁹ Mit der methodischen Brille der Legal Theory of Finance widmete sich ein Forschungsprojekt von Haar dem Verhältnis von Vertragsrecht und Vertragsfreiheit zur Systemstabilität.³⁰ Ein wesentlicher Aspekt war hierbei die kritische Analyse von zentralen Gegenparteien³¹, die trotz ihrer Risikobündelungsfunktion nicht derselben Eigenkapitalregulierung wie Kreditinstitute unterliegen.³²

4. Finanzkrise und Privatrecht

Während die Reaktionen auf die globale Finanzkrise in Gesetzgebung und Wissenschaft überwiegend eine Verstärkung der öffentlich-rechtlichen Bankenregulierung forderten,³³ schlugen manche Vertreter der deutschen Privatrechtswissenschaft privatrechtliche Lösungen vor.³⁴ Dabei standen im unmittel-

²⁶ Unter Verweis auf die ungarische Wohnimmobilienkreditkrise von 2011 *Rona-Tas/Gu-seva* Journal of Comparative Economics 41 (2013), 420, 431 ff.

²⁷ *Pistor* Journal of Comparative Economics 41 (2013), 315, 320 f., 323 f.; mit Fokus auf die Europäische Finanzkrise *Dorn* European Law Journal 21(6) (2015), 787.

²⁸ *Pistor* Journal of Comparative Economics 41 (2013), 315, 328 f.; hieran anknüpfend *Reis/Vasconcelos* Journal of Post Keynesian Economics 39(2) (2016), 206.

²⁹ *Deakin* Journal of Comparative Economics 41 (2013), 338, 341.

³⁰ *Haar* (Hrsg.), Freedom of Contract and Financial Stability, EBOR 2016, Heft 1&2, S. 1–227.

³¹ Der Begriff der zentralen Gegenpartei (*central counterparty – CCP*) ist für die EU legaldefiniert in Art. 2 Nr. 1 Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR), ABl. Nr. L201 vom 27.7.2012, S. 1: „Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck ‚CCP‘ eine juristische Person, die zwischen die Gegenparteien der auf einem oder mehreren Märkten gehandelten Kontrakte tritt und somit als Käufer für jeden Verkäufer bzw. als Verkäufer für jeden Käufer fungiert“.

³² *Haar* EBOR 2016, 1, 6 f.; *Weber* EBOR 2016, 71, 79 ff.

³³ Zur gesetzgeberischen Entwicklung in der EU s. unten S. 48 ff.; aus der Wissenschaft etwa *Hopt* NZG 2009, 1401; *Möschel* ZRP 2009, 129, 132 f.; für eine Neukonzeption der Corporate Governance *Sun/Stewart/Pollard* (Hrsg.), Corporate Governance and the Global Financial Crisis – International Perspectives, 2011; zu den Mitteln und Akteuren internationaler Finanzmarktregulierung mit einem Plädoyer für wechselseitige Lernprozesse *Bachmann*, in: *Bachmann/Breiß* (Hrsg.), Finanzmarktregulierung zwischen Innovation und Kontinuität in Deutschland, Europa und Russland, 2014, S. 1, 11 ff.

³⁴ Für einen wettbewerbsrechtlichen Blick auf die Finanzkrise *Fikentscher* GRUR Int 2009, 635.

baren Nachgang der Krise die Haftungsfragen im Vordergrund. Im Schrifttum forderte *Lutter* eine umfassende zivilrechtliche Aufarbeitung durch Schadensersatzklagen gegen Bankvorstände sowie deren Aufsichts- bzw. Verwaltungsräte.³⁵ Die Ökonomen *Hellwig* und *von Werder* befürworteten eine Stärkung der Vorstands- und Aufsichtsratshaftung aus volks- und betriebswirtschaftlicher Perspektive.³⁶ Teile des juristischen Schrifttums hingegen kritisierten die Forderung nach einer Verschärfung der Organhaftung als undifferenzierte Suche der Öffentlichkeit nach Sündenböcken.³⁷ Eine gesetzliche Konkretisierung des Sorgfaltspflichtenmaßstabs von Geschäftsleitern lehnten viele ab.³⁸ Dennoch beschloss der 68. Deutsche Juristentag 2010, die Stärkung der Überwachungsanreize für Unternehmensleiter und Aufsichtsratsmitglieder durch persönliche Haftung und stärkere Durchsetzungsmechanismen zu empfehlen.³⁹ Einige Jahre später analysierte *Binder* die zivil- und strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzkrise.⁴⁰ Aus der geringen Anzahl von Verurteilungen schloss er, dass zivil- und strafrechtliche Sanktionen zur Verhinderung systemischer Krisen unzulänglich seien.⁴¹ Jenseits der Haftungsfrage widmete sich die deutsche und europäische Privatrechtswissenschaft den Krisenursachen aus privat- und besonders aus vertragsrechtlicher Perspektive.⁴² Eine besondere Rolle nahmen hierbei Kreditverträge,⁴³ ihre „Regulierung“ durch die Verbraucherkreditrichtlinie⁴⁴ und die Flexibilität in Krisenzeiten ein.⁴⁵ Spiegelbildlich wurden der

³⁵ *Lutter*, in: Grundmann/Hofmann/Möslein (Hrsg.), Finanzkrise und Wirtschaftsordnung, 2009, S. 77, 82 ff.

³⁶ *Hellwig*, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, Band I, S. E51 f., E57; *von Werder*, in: Grundmann/Hofmann/Möslein (Hrsg.), Finanzkrise und Wirtschaftsordnung, 2009, S. 87, insb. 98 f.

³⁷ *Möschel ZRP* 2009, 129, 131; *Meyer CCZ* 2011, 41, 47.

³⁸ *Bachmann*, Referat zum 68. Deutschen Juristentag, 2011, Band II/1, S. P22; *Kindler* NJW 2010, 2465, 2466; *Möschel ZRP* 2009, 129, 131; *Spindler AG* 2010, 601, 608.

³⁹ Beschluss 16 zum Thema Finanzmarktregulierung, Beschlüsse des 68. Deutschen Juristentags, 2011, Band II/1, S. P68.

⁴⁰ *Binder ZGR* 2016, 229.

⁴¹ *Binder ZGR* 2016, 229, 244 ff., 250 f.

⁴² *Grundmann/Atamer* (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, 2011; *Tröger/Karampatzos* (Hrsg.), *Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten*, 2014; *Hopt/Tzouganatos* (Hrsg.), *Das Europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen*, 2014; *Binder/Psaroudakis* (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise*, 2018.

⁴³ Für eine neue politische Ökonomie von Kreditverträgen *Renner/Leidinger*, in: *Lomfeld/Somma/Zumbansen* (Hrsg.), *Reshaping Markets – Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, 2016, S. 133.

⁴⁴ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG), ABl. Nr. L133 vom 22.5.2008, S. 66; ausführlich hierzu s. unten S. 208 ff.

⁴⁵ *Köndgen und Atamer*, in: *Grundmann/Atamer* (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, 2011, S. 35, 179;

Anlegerschutz und die Anlageberatungspflichten im Wertpapierrecht als vertragsrechtliche Themen diskutiert.⁴⁶ Auch die allgemeine Möglichkeit der Vertragsanpassung von Verträgen in der Krise stand im Zentrum der Diskussion.⁴⁷ Andere Beiträge widmeten sich vertieft der Kontrolle und Rückforderungsmöglichkeiten der Vorstandsvergütung und kritisierten ein übermäßiges Einschränken der Vertragsfreiheit.⁴⁸ Für das englische Recht machten *Bridge* und *Braithwaite* auf die fehlende zivilrechtliche Behandlung aufmerksam.⁴⁹

5. Contract Governance

Einen besonderen methodischen Rahmen für die Analyse des Verhältnisses von Bankaufsichtsrecht und Vertragsrecht bietet die von *Möslein* und *Riesenhuber* entwickelte Theorie der Contract Governance.⁵⁰ Anknüpfend an *Williamsons* grundlegenden Aufsatz von 1979⁵¹ zur Corporate Governance⁵² analysiert sie das Vertragsrecht als Mittel zur Steuerung von Marktverhalten.⁵³ Sie fügt sich so in einen breiteren theoretischen Rahmen ein, dessen Grundstein *Bachmann* mit seiner Habilitationsschrift „Private Ordnung“ legte.⁵⁴ Thematisch widmet sich die Contract Governance dem institutionellen Ordnungsrahmen vertragsrechtlicher Regelsetzung,⁵⁵ dem Vertragsrecht als institutionellem Ordnungsrahmen,⁵⁶ dem Vertragsrecht als Instrument zur Verhaltenssteuerung und dem

Schürmbrand, Giannopoulos, Mentis und Tassikas, in: Binder/Psaroudakis (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018, S. 113, 125, 161, 193.

⁴⁶ *Kruithof, Tekinalp und Haar*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law, 2011, S. 105, 165, 259.

⁴⁷ Vgl. die Beiträge in *Tröger/Karampatzos* (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, 2014; insbesondere *Liappis, Tröger, Kornilakis und Chasapis*, in: *Tröger/Karampatzos* (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, 2014, S. 23, 49, 155, 165.

⁴⁸ *Möslein*, in: Binder/Psaroudakis (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018, S. 177, 192; *Langenbacher*, in: *Tröger/Karampatzos* (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, 2014, S. 137, 154.

⁴⁹ *Bridge/Braithwaite* *Journal of Corporate Law Studies* 13 (2013), 361.

⁵⁰ Grundlegend *Riesenhuber/Möslein*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts, 2008, S. 1; *Möslein/Riesenhuber* *ERCL* 2009, 248; zuvor bereits *Collins*, *Regulating Contracts*, 1999; *Zumbansen* *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14(2) (2007), 191.

⁵¹ *Williamson* *Journal of Law and Economics* 22(2) (1979), 233.

⁵² S. unten S. 143 f.

⁵³ *Riesenhuber/Möslein*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts, 2008, S. 1, 5 ff.; *Möslein/Riesenhuber* *ERCL* 2009, 248, 251 ff.

⁵⁴ *Bachmann*, *Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung*, 2006.

⁵⁵ Monographisch zum institutionellen Ordnungsrahmen des dispositiven Rechts *Möslein*, *Dispositives Recht – Zwecke, Strukturen und Methoden*, 2011.

⁵⁶ Vgl. bereits *Bachmann*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2002 – Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, 2003, S. 9–29.

Vertrag als Ordnungsrahmen und Mechanismus der Selbststeuerung Privater.⁵⁷ Die letzten beiden Themengebiete berühren unmittelbar das Verhältnis des Vertragsrechts zur Regulierung. Das Vertragsrecht kann einerseits als Instrument der Durchsetzung regulatorischer Ziele dienen und andererseits öffentliche Regulierung durch private Selbstregulierung ersetzen.⁵⁸ Die Contract Governance nimmt beide Blickwinkel ein, da sie Elemente der Selbststeuerung im Sinne der Selbstverantwortung⁵⁹ fördern und als „Liberalisierungsinstrument“ zu weniger Regulierung führen soll.⁶⁰ Die Finanzkrise bot reichlich Untersuchungsmaterial für die Contract Governance. Im Gegensatz zum allgemeinen Fokus auf unternehmerisches Versagen arbeiteten *Riesenhuber* und *Möslein* die Instabilität von Märkten und somit das Versagen von vertraglichen Instrumenten als Kern der Krise heraus.⁶¹ Die internationalen und europäischen Reformprozesse nach der Finanzkrise sahen sie als Bestätigung der Contract Governance, da diese gerade auf die Regulierung von Vertragsstrukturen abzielten.⁶² Die vertraglichen Anreizstrukturen von Vergütungsvorgaben erforschten sie als regelsetzendes Steuerungselement jenseits des Zwei-Personen-Verhältnisses.⁶³ Zudem verstand *Möslein* die Pflicht zum Risikomanagement, die als Kernpflicht des Bankaufsichtsrechts gilt,⁶⁴ als „zukunftsorientierte Bewertung von Langzeitverträgen“.⁶⁵ Das Konzept der Contract Governance fand internationale und interdisziplinäre Rezeption.⁶⁶ Auf das Verhältnis von regulatorischem Anlegerschutz und Privatrecht wendete *Cherednychenko* die Contract Governance im wertpapierrechtlichen Kontext an.⁶⁷ Hierbei warb sie für eine Ergänzung oder

⁵⁷ *Riesenhuber/Möslein*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts*, 2008, S. 1, 14 ff.; *Möslein/Riesenhuber* ERCL 2009, 248, 260 ff.

⁵⁸ Zum zweiten Aspekt monographisch *Bachmann*, *Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung*, 2006.

⁵⁹ *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011, S. 1.

⁶⁰ *Riesenhuber/Möslein*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts*, 2008, S. 1, 30 ff.; *Möslein/Riesenhuber* ERCL 2009, 248, 276 ff.

⁶¹ *Möslein* JZ 2010, 72; *ders.*, in: *Sun/Stewart/Pollard* (Hrsg.), *Corporate Governance and the Global Financial Crisis – International Perspectives*, 2011, S. 284; *Riesenhuber*, in: *Grundmann/Atamer* (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, 2011, S. 61; *ders.*, in: *Tröger/Karampatzos* (Hrsg.), *Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten*, 2014, S. 3.

⁶² *Möslein*, in: *Sun/Stewart/Pollard* (Hrsg.), *Corporate Governance and the Global Financial Crisis – International Perspectives*, 2011, S. 284, 291 ff.; *Riesenhuber*, in: *Grundmann/Atamer* (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, 2011, S. 61, 72 ff.

⁶³ *Riesenhuber*, in: *Grundmann/Atamer* (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, 2011, S. 61, 69 ff.; *Möslein* JZ 2010, 72, 76 ff.

⁶⁴ S. unten S. 143 ff.

⁶⁵ *Möslein* JZ 2010, 72, 79 f.

⁶⁶ Vgl. nur die vielfältigen Beiträge in *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, 2015.

⁶⁷ *Cherednychenko* *European Law Journal* 21(4) (2015), 500.

Integration beider Regelkomplexe, um eine zentralisierte Steuerung des Vertragsrechts durch EU-Aufsichtsbehörden zu verhindern.⁶⁸

6. Regulierung und Privatrecht

Die bisher dargestellten Strömungen fügen sich in einen breiteren Diskurs zum Themengebiet Regulierung und Privatrecht der letzten Jahre ein.⁶⁹ Im Fokus stehen die wechselseitigen Einflüsse zwischen regulierenden Vorschriften des öffentlichen Rechts und privatautonom oder gesetzlich bestimmten Regelgehalten des Privatrechts. Prominente Beispiele für diesen Diskurs in der deutschen Rechtswissenschaft sind die kürzlich erschienenen Habilitationsschriften von *Binder*, *Poelzig*, *Franck* und *Hellgardt*. Aus unterschiedlichen Perspektiven erforschten sie rechtstheoretisch und rechtsdogmatisch die Regulierungsfunktion des Privatrechts. *Binder* untersuchte das Kapitalgesellschaftsrecht auf Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien.⁷⁰ Anhand einer modalen Normanalyse⁷¹ entwickelte er die Grundlagen einer kapitalgesellschaftsrechtlichen Theorie der Regelsetzung.⁷² Diese wandte er rechtsvergleichend auf die Konstitution und Restriktion von Kapitalgesellschaften an.⁷³ *Poelzig* hingegen erforschte die Sanktionsqualität des allgemeinen Privatrechts als Instrument zur Durchsetzung staatlicher Regulierungsziele.⁷⁴ Im Rechtsvergleich zum US-amerikanischen Recht analysierte sie für das deutsche und europäische Lauterkeits-, Kartell- und Kapitalmarktrecht die Kernfunktionsweisen privatrechtlicher Durchsetzung.⁷⁵ Dabei hob sie die Steuerungsfunktion des Privatrechts als funktionales Äquivalent zur behördlichen Durchsetzung hervor.⁷⁶ Wenngleich das Privatrecht primär den Markt und nicht die individuellen Interessen der Marktteilnehmer schütze,⁷⁷ stellte *Poelzig* eine zunehmende Konvergenz von Allgemein- und Individualinteressen fest.⁷⁸ Zugleich begründete sie

⁶⁸ *Cherednychenko* *European Law Journal* 21(4) (2015), 500, 507 ff., 520.

⁶⁹ Vgl. im weiteren Sinne die Beiträge in *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016; aus transnationaler Perspektive *Cafaggi Journal of Law and Society* 38(1) (2011), 20; *Zumbansen Journal of Law and Society* 38(1) (2011), 50; *ders.* *Law and Contemporary Problems* 76(2) (2013), 117.

⁷⁰ *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012.

⁷¹ *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, S. 24 ff.

⁷² *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, S. 49–398; in eine ähnliche Richtung bereits *Fleischer ZHR* 168 (2004), 673.

⁷³ *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, 2012, S. 399–553.

⁷⁴ *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012.

⁷⁵ *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 51–253.

⁷⁶ *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 125 ff., 199 ff., 244 ff., 253.

⁷⁷ *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 250.

⁷⁸ *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 397 ff.

die Legitimation der steuernden Funktion des Privatrechts mit dem Unions- und Verfassungsrecht sowie der Rechtsökonomik.⁷⁹ Diese Steuerungsfunktion deklinierte sie für marktregulierende Ansprüche des Privatrechts einschließlich der prozess- und kollisionsrechtlichen Implikationen durch.⁸⁰ Schließlich bettete sie das Privatrecht unter diesen Steuerungsgesichtspunkten neu in die Gesamtrechtsordnung ein.⁸¹ Ähnlichen Fragestellungen widmeten sich auch *Hellgardt* und *Franck* wenig später. *Hellgardt* erforschte die verhaltenssteuernde Funktion des Privatrechts zur Durchsetzung staatlich bestimmter Regulierungsziele.⁸² In begrifflicher Abgrenzung zu *Poelzig* fokussierte er sich auf die Regulierungsfunktion des Privatrechts.⁸³ Hierunter verstand er den Einsatz staatlich gesetzten Rechts zur Verhaltenssteuerung und Verfolgung von Allgemeinwohlzielen.⁸⁴ Auch *Hellgardt* untersuchte die unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben für privatrechtliche Regulierung, jedoch mit besonderem Augenmerk auf die grundrechtliche Dimension.⁸⁵ Die privatrechtliche Regulierungsfunktion machte er sowohl für die Rechtswissenschaft als auch die Rechtspraxis fruchtbar. Zunächst entwickelte er eine privatrechtswissenschaftliche Regulierungstheorie zur Analyse der Durchsetzung privatrechtlicher und externer Regulierungsziele mit privatrechtlichen Instrumenten.⁸⁶ Dann untersuchte er die gesetzgeberischen Möglichkeiten zur Gestaltung privatrechtlicher Regulierungsinstrumente und die Besonderheiten der Rechtsanwendung von regulierendem Privatrecht.⁸⁷ Insgesamt plädierte *Hellgardt* für ein Verständnis des Regulierungsrechts als methodischen Ansatz der Folgenorientierung, den auch die Rechtsdogmatik verstärkt reflektieren sollte.⁸⁸ *Franck* hingegen konzentrierte sich auf privatrechtliche Haftungsmechanismen und deren marktordnende Funktion.⁸⁹ Sein Fokus auf „marktordnendes Recht“ betraf „Normen, die Markt und Wettbewerb gegen Formen von Marktversagen schützen“⁹⁰ und grenzte sich begrifflich von *Poelzigs* „Steuerungsinstrument“ und *Hellgardts* „Regulierungsfunktion“ ab. Die Beschränkung auf Schadensersatzhaftung als Durchsetzungsinstrument und Marktordnung als Regelungsziel ermöglichte eine vertiefte dogmatische Auseinandersetzung. *Franck* analysierte zunächst die Legitimation und Funktion der Schadensersatzhaftung als Durchsetzungs-

⁷⁹ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 255–395.

⁸⁰ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 412–562.

⁸¹ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 563–591.

⁸² *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016.

⁸³ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 15–171.

⁸⁴ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50 ff.

⁸⁵ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 175–322, insbesondere 265 ff.

⁸⁶ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 323–562.

⁸⁷ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 564–723.

⁸⁸ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 438 ff., 726 ff.

⁸⁹ *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016.

⁹⁰ *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 4.

instrument von Marktordnungsrecht.⁹¹ Dies überprüfte er sodann für marktordnende Normen des Unionsrechts.⁹² Schließlich untersuchte er, inwiefern sich einzelne Tatbestandsmerkmale der Schadensersatzhaftung zur Förderung des Marktordnungszwecks eignen.⁹³ Dementsprechend spielte Individualschutz bei *Franck* nur eine untergeordnete Rolle. Im weiteren Sinne widmeten sich auch die Habilitationsschriften von *Kumpan* und *Leyens* Aspekten zwischen Regulierung und Privatrecht. *Kumpan* untersuchte die privatrechtliche Bedeutung und Behandlung von Interessenskonflikten, die häufig regulatorisch überformt sind.⁹⁴ *Leyens* erforschte die private Marktzugangskontrolle von Informationsintermediären auf überwiegend regulierten Kapitalmärkten.⁹⁵ Auch die europäische Rechtswissenschaft betrachtet die regulierende Funktion von Privatrecht.⁹⁶ *Micklitz* prägte den Begriff des European Regulatory Private Law zur Analyse der regulierenden Funktion des unionsrechtlichen Privatrechts.⁹⁷ Der Begriff wurde vielfach aufgegriffen.⁹⁸ Mit dieser Brille untersuchten manche wertpapierbezogene Finanzdienstleistungen und ihre regulatorische Überformung als Teil des unionsrechtlichen Privatrechts.⁹⁹

7. Bankenunion und Privatrecht

Die Forschung zu den regulatorischen Auswirkungen auf das Privatrecht betraf ansatzweise auch das Bankaufsichtsrecht im engeren Sinne, allerdings beschränkt auf den Normenkomplex der Europäischen Bankenunion. Grundlegend hierfür waren zwei Aufsätze von *Grundmann*.¹⁰⁰ Er argumentierte, dass das Recht und die Aufsichtspraxis der Europäischen Bankenunion neben der

⁹¹ *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 15–166.

⁹² *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 167–299.

⁹³ *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 301–653.

⁹⁴ *Kumpan*, Der Interessenskonflikt im deutschen Privatrecht, 2014.

⁹⁵ *Leyens*, Informationsintermediäre des Kapitalmarkts, 2017.

⁹⁶ *Cafaggi/Muir Watt* (Hrsg.), The Regulatory Function of European Private Law, 2009.

⁹⁷ *Micklitz*, Yearbook of European Law 28(1) (2009), 3.

⁹⁸ Vgl. die Beiträge von *Svetiev* und *Cafaggi*, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber amicorum for Hans Micklitz, 2014, S. 153, 259; *Bellantuono*, in: Monateri (Hrsg.), Comparative Contract Law, 2017, S. 111; *Comparato/Micklitz/Svetiev* (Hrsg.), European Regulatory Private Law – Autonomy, Competition and Regulation in European Private Law, EU Working Paper Law 2016/06; *Marcacci* EBOR 2017, 305; *Della Negra* Op. J. Comp. 1 (2015), n. 1; allgemeiner *Micklitz/Wechsler* (Hrsg.), The Transformation of Enforcement – European Economic Law in Global Perspective, 2015.

⁹⁹ *Cherednychenko* ERCL 2014, 476; *Svetiev/Ottow* ERCL 2014, 496; *Marjosola* ERCL 2014, 545; *Della Negra* ERCL 2014, 571; *ders.*, in: *Comparato/Micklitz/Svetiev* (Hrsg.), European Regulatory Private Law – Autonomy, Competition and Regulation in European Private Law, EU Working Paper Law 2016/06, S. 109; *ders.*, in: *Andenas/Deipenbrock* (Hrsg.), Regulating and Supervising European Financial Markets – More Risks than Achievements, 2016, S. 139; *Andenas/Della Negra* EBLR 2017, 499.

¹⁰⁰ *Grundmann* ZHR 179 (2015), 563; *ders.* EBOR 2015, 357; skizzenartig bereits *ders.*, in: FS Müller-Graff 2015, S. 775.

verwaltungsrechtlichen Ebene auch das Gesellschafts- und Restrukturierungsrecht der Banken sowie das Bank-Kunden-Verhältnis als privatrechtliche Verhältnisse prägen.¹⁰¹ Der Schaffung privatrechtlicher Pflichten durch die Europäische Bankenunion widmeten sich auch weitere Beiträge der Sonderausgabe in Heft 3/2015 der *European Business Organization Law Review*.¹⁰² *Binder* erforschte die Auswirkungen auf das Bankgesellschafts- und -restrukturierungsrecht und stellte die Frage, ob die zentralisierte Aufsicht zur Angleichung von Bankgeschäftsmodellen führt.¹⁰³ Potential für eine solche Angleichung sah er allerdings nur bei der Steuerung interner Kapitalbemessungsmethoden und für den Supervisory Review Process der EZB.¹⁰⁴ *Hadjjemmanuil* entwarf einen konzeptionellen Rahmen für die Schaffung privatrechtlicher Pflichten in der Bankenunion.¹⁰⁵ Grundsätzlich sah er Möglichkeiten für die privatrechtliche Sanktionierung von bankaufsichtsrechtlichen Pflichten unabhängig von deren Zielrichtung.¹⁰⁶ Dennoch hielt er sie wegen Kausalitäts- und Beweisschwierigkeiten für schwer durchsetzbar und daher eine gesetzgerische Intervention für erforderlich.¹⁰⁷ *Möslein* richtete den Blick auf Bankkunden und -gläubiger als von der Bankenunion betroffene Dritte.¹⁰⁸ Er wandte die Konzepte der direkten und indirekten Drittwirkung von Unionsrecht auf die Bankenregulierung an.¹⁰⁹ Den einschlägigen EuGH-Urteilen *Peter Paul* und *Bankinter*¹¹⁰ sprach er nur bedingte Orientierung für die Bankenunion zu, da sie mitgliedstaatliche Umsetzungen betrafen und nicht die zentralisierte Aufsicht.¹¹¹ Aus dem Drittschutzzweck des Single Rulebook der EBA leitete *Möslein* eine potentielle Drittwirkung ab, die teilweise allerdings noch präzisere Standards voraussetze.¹¹² Demgegenüber seien Regeln und Aufsichtsentscheidungen der EZB mangels drittschützender Zielrichtung grundsätzlich nicht zur Übertragung in das Privatrecht geeignet.¹¹³ Die verschiedenen Überlegungen fußten auf der Idee, dass die neuen Institutionen aufgrund ihrer Aufsichts- und Regelungsbefugnisse zunehmend auch die privatrechtlichen Sachverhalte mitbestimmen. Allerdings schrieben die meisten Autoren der privatrechtlichen Durchsetzung im Bereich

¹⁰¹ *Grundmann* ZHR 179 (2015), 563, 581 ff.; *ders.* EBOR 2015, 357, 370 ff.

¹⁰² *Grundmann/Binder* (Hrsg.), Special Issue: The Banking Union and the Creation of Duties, EBOR 2015, 353–593.

¹⁰³ *Binder* EBOR 2015, 467.

¹⁰⁴ *Binder* EBOR 2015, 467, 484 ff.

¹⁰⁵ *Hadjjemmanuil* EBOR 2015, 383.

¹⁰⁶ *Hadjjemmanuil* EBOR 2015, 383, 391 ff.

¹⁰⁷ *Hadjjemmanuil* EBOR 2015, 383, 395 f.

¹⁰⁸ *Möslein* EBOR 2015, 547.

¹⁰⁹ *Möslein* EBOR 2015, 547, 548 ff.

¹¹⁰ Ausführlich zu den Urteilen s. unten S. 124 ff., 199 ff., 244 ff.

¹¹¹ *Möslein* EBOR 2015, 547, 551 ff., 554.

¹¹² *Möslein* EBOR 2015, 547, 559 ff.

¹¹³ *Möslein* EBOR 2015, 547, 563 ff.

der Bankenunion nur eine geringe Bedeutung zu.¹¹⁴ Der Individualschutz spielte laut *Grundmann* in der Bankenunion eine untergeordnete Rolle.¹¹⁵ Später folgte noch ein allgemeiner Aufsatz über Regulierung und Privatrecht, der sich neben dem Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht auch auf das Bankaufsichtsrecht bezog und die Theorie des konkludenten Individualschutzes im Unionsrecht entwickelte.¹¹⁶

II. Rechtsdogmatischer Blick

Im Gegensatz zum facettenreichen Verständnis der Rechtstheorie begnügt sich die herrschende dogmatische Auffassung in Deutschland mit einer holzschnittartigen Trennung von Aufsichts- und Privatrecht. Hiernach hat das Privatrecht auf den ersten Blick wenig mit der Zielrichtung des Aufsichtsrechts zu tun. Das klassische Verständnis fußt auf den unterschiedlichen Zielrichtungen. Während das Aufsichtsrecht als besonderes Verwaltungsrecht öffentliche Ziele verfolgt, dient das Privatrecht grundsätzlich dem Ausgleich individueller Interessen und somit dem Individualschutz. Diese Dichotomie zwischen Verwaltungs- und Privatrecht wird jedoch international zunehmend in Frage gestellt.¹¹⁷ Im Falle der zunehmenden Individualisierung des Schutzzweckes und einhergehender Zielkonvergenz liegt eine wechselseitige Beeinflussung zwischen Bankprivatrecht und Bankaufsichtsrecht nahe.

1. Grundsatz: Trennung von Bankaufsichts- und Bankprivatrecht

Das Bankaufsichtsrecht entfaltet nach dogmatischem Verständnis als besonderes Verwaltungsrecht grundsätzlich keine direkte Wirkung auf einzelne Vertragsverhältnisse.¹¹⁸ Auf nationaler Ebene in Deutschland ist dies v. a. im Kreditwesengesetz (KWG) geregelt. Unionsrechtlich ist das Bankaufsichtsrecht heute insbesondere in der Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV)¹¹⁹ und der Verordnung Nr. 575/2013 (CRR)¹²⁰ geregelt. Es besteht klassischerweise aus solchem Aufsichtsrecht, das strukturelle Bedingungen an das Führen des Bankgewerbes durch Regeln über die Zulassung, Eigenkapitalquote und Liquiditätserhal-

¹¹⁴ *Hadjjemmanuil* EBOR 2015, 383, 394, 395 f.; *Möslein* EBOR 2015, 547, 569 f.

¹¹⁵ *Grundmann* ZHR 179 (2015), 563, 578 ff.

¹¹⁶ *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 944 f.; ausführlich s. unten S. 248 f., 268 f.

¹¹⁷ *Freedland/Auby* (Hrsg.), *The Public Law/Private Law Divide – Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, 2006; *Alpa/Andenas*, *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*, Heidelberg 2010, S. 8 f.; *Schmidt-Aßmann/Dagron* ZaöRV 67 (2007), 395; *Trabucchi*, *Istituzioni di diritto civile*, 36. Aufl. 1995, S. 8–10; *Alpa*, *Istituzioni di diritto privato*, 2. Aufl. 1997, S. 21–24.

¹¹⁸ *Röhl*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 18 Rn. 18.

¹¹⁹ S. oben Einleitung Fn. 32.

¹²⁰ S. oben Einleitung Fn. 33.

tion stellt.¹²¹ Im angelsächsischen Rechtsraum wird dieses Aufsichtsrecht als *prudential regulation* bezeichnet und von der *conduct of business regulation* abgegrenzt, die aufsichtsrechtliche Verhaltensregeln für Banken im Verhältnis zu ihren Kunden aufstellen.¹²² Die englische Terminologie und das damit verbundene Aufsichtsverständnis liegen den europäischen Rechtsakten zugrunde.¹²³ Demgegenüber haben diese Begriffe in der deutschen Literatur kaum Einzug erhalten.¹²⁴ Diese Arbeit verwendet die Bezeichnungen „prudentielles Aufsichtsrecht“ für *prudential regulation* und – in Anlehnung an die im Wertpapierrecht übliche Begrifflichkeit – „Wohlverhaltensregeln“ für *conduct of business regulation*. Prudentielles Aufsichtsrecht dient dem Funktionsschutz des Banksystems, also der Ermöglichung des Zahlungsverkehrs und der Kreditfinanzierung für die Realwirtschaft.¹²⁵ Wohlverhaltensregeln, die aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten der Bank im Verhältnis zum Kunden statuieren, sollen dagegen ehrliches Verhalten auf den Märkten, aber auch im individuellen Verhältnis zum Kunden gewährleisten.¹²⁶ In Deutschland dienen beide Arten des Aufsichtsrechts traditionell rein öffentlichen Zielen und sollen nur öffentlich-rechtliche Wirkung entfalten.¹²⁷ Dieser Konzeption entsprechend nimmt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ihre bankaufsichtsrechtlichen Befugnisse gemäß § 4 Abs. 4 FinDAG nur im öffentlichen Interesse wahr. In diesem Sinne wird auch § 6 Abs. 2 KWG überwiegend dahingehend ausgelegt, dass die Bankaufsicht nur dem öffentlichen Ziel der Funktionsschutzgewährleistung des Bankenmarkts dient.¹²⁸ Ob diese Beschränkung auf die öffentliche Zielrichtung von Aufsichtsmaßnahmen auch für die europäische Bankaufsicht gilt, ist nicht geklärt. Zudem beschränkt § 4 Abs. 4 FinDAG lediglich das behördliche Aufsichtshandeln auf das öffentliche Interesse, trifft aber keine Aussage über die Zielrichtung oder den Schutzgehalt der aus dem Aufsichtsrecht entstehenden Pflichten für die Kreditinstitute und ihre Geschäftsleiter. Daher können diese freilich auch dem Individualschutz dienen.¹²⁹ Im

¹²¹ Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 32 Rn. 24.

¹²² Llewellyn, The Economic Rationale for Financial Regulation, FSA Occasional Papers in Financial Regulation 1/1990, S. 10.

¹²³ Der Begriff *prudential regulation* wird in den englischen Sprachfassungen von Art. 1 lit. d, 143 Abs. 1 lit. a CRD IV, Art. 1 Abs. 2, 142 Abs. 4 lit. b CRR genannt. Der Begriff *conduct of business* ist in der englischen Sprachfassung von Art. 81 Abs. 2 lit. b EBA-VO zu finden.

¹²⁴ Den Begriff des prudentiellen Aufsichtsrechts verwenden etwa Tröger ZHR 177 (2013), 475; Weber/Grauer/Schmid WPg 2016, 916; Windthorst/Bussian WM 2015, 2265.

¹²⁵ Schelm, in: Kümpel/Wittig (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 2.1.

¹²⁶ Wymeersch EBOR 2007, 237, 243.

¹²⁷ Auerbach, Banken- und Wertpapieraufsicht, 2015, S. 22 f.

¹²⁸ Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 170.

¹²⁹ Näher dazu s. unten S. 238, 243 ff.

deutschen Bankaufsichtsrecht spielt der Individualschutz allerdings traditionell keine große Rolle, da das KWG überwiegend prudentielles Aufsichtsrecht enthält und in den KWG-Normen grundsätzlich keine Wohlverhaltensregeln gesehen werden.

In Abgrenzung zum öffentlichen Bankaufsichtsrecht steht das Bankprivatrecht nach BGB und HBG im Zeichen der Privatautonomie, in die nur teilweise zum Schutz des Bankkunden eingegriffen wird.¹³⁰ Unter das Bankprivatrecht fallen sämtliche Normen, die die Rechtsbeziehungen von Kreditinstituten zu ihren Kunden, von Kreditinstituten untereinander oder zu Dritten regeln.¹³¹ Hierzu zählen insbesondere das Kredit-, Zahlungsdienste-, Bürgschafts- und Anweisungsrecht sowie das Recht über Schuldversprechen, Schuldverschreibungen und Kontokorrente.¹³² Die bankprivatrechtlichen Normen dienen dem subjektiven Rechtsschutz und gewähren den Rechtssubjekten Ansprüche.¹³³ Demgegenüber begründet das Bankaufsichtsrecht grundsätzlich keine einklagbaren Rechtspositionen und hat damit keine privatrechtliche Reflexwirkung.¹³⁴ Im Grundsatz werden also das Bankaufsichtsrecht und das Bankprivatrecht bezüglich der Ziele und des Regelgehalts konzeptionell getrennt.¹³⁵

2. Teilausnahmen: WpHG-Wohlverhaltenspflichten, KWG-Bankerlaubnis und Kreditwürdigkeitsprüfung

Trotz dieser grundsätzlichen Trennung wird bereits seit langem im Wertpapierrecht eine Teilausnahme für die Wohlverhaltenspflichten der Banken beim Wertpapiergeschäft diskutiert. Das Bankaufsichtsrecht kennt die Teilausnahmen der Verbraucher kreditwürdigkeitsprüfung und der deliktsrechtlichen Behandlung von Verstößen gegen die Bankerlaubnispflicht beim Einlagen- und Kreditgeschäft.

Wenn Banken als Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätig werden, bestehen Wohlverhaltenspflichten insbesondere nach §§ 63 ff. WpHG n. F. (§§ 31 ff. WpHG a. F.).¹³⁶ Nach § 63 Abs. 1 WpHG sind Wertpapierdienstleistungsunternehmen dazu verpflichtet, Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu erbringen. Zudem müssen sie nach § 63 Abs. 1 WpHG vor

¹³⁰ *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, § 32 Rn. 25, 90.

¹³¹ *Geschwandtner*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 101.

¹³² *Schwintowski*, in: Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, 5. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 27.

¹³³ *Kirchhartz*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht, 5. Aufl. 2014, Rn. 25.

¹³⁴ *Kirchhartz*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht, 5. Aufl. 2014, Rn. 27.

¹³⁵ *Wittig*, in: Kümpel/Wittig (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 1.3–1.6.

¹³⁶ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 123 ff.; zur alten Rechtslage *Grundmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), HGB, 2. Aufl. 2009, Band 2, Bank- und Börsenrecht, § 31 WpHG Rn. VI1194 ff.

der Durchführung von Geschäften den Kunden die Art und Herkunft von Interessenkonflikten eindeutig darlegen. Die Frage, ob diese Wohlverhaltenspflichten im Vertragsverhältnis Individualschutz entfalten, wurde auch schon zu den Vorgängernormen diskutiert und ist nach wie vor umstritten. Uneinigkeit bestand zunächst hinsichtlich der vertragsrechtlichen Einordnung. Die Konstruktionen variierten zwischen einer Vertragspflicht¹³⁷, vorvertraglichen Pflicht¹³⁸ oder einem stillschweigend geschlossenen Beratungsvertrag.¹³⁹ Darüber hinaus stellt sich insbesondere die Frage, ob die Wohlverhaltenspflichten auch deliktsrechtlich individualschützenden Charakter haben, also insbesondere als Schutzgesetz im Rahmen einer Schadensersatzklage nach § 823 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden können. Während die Rechtsprechung und Literatur dies zunächst überwiegend bejahten,¹⁴⁰ lehnte der BGH den Schutzgesetzcharakter ab.¹⁴¹ Das Urteil des BGH wird aber teilweise auch so interpretiert, dass er den Individualschutz nicht an sich verneinte, sondern auf die Sonderrechtsbeziehungen verlagert hat.¹⁴²

Im Hinblick auf das Einlagen- und Kreditgeschäft soll das prudentielle Bankaufsichtsrecht nach überwiegender Auffassung nach wie vor grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Bankprivatrecht haben. Eine Ausnahme hierzu wird seit langem für die Bankerlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG angenommen.¹⁴³ Sowohl der BGH als auch die Mehrheit der Literaturstimmen erkennen der Bankerlaubnispflicht individualschützende Funktion und Schutzgesetzqualität nach § 823 Abs. 2 BGB zu.¹⁴⁴ Die Erlaubnispflicht stellt insofern einen Einzelfall im KWG dar, da die meisten KWG-Normen nach überwiegender Ansicht grundsätzlich keine Schutzgesetzqualität entfalten.¹⁴⁵ Allerdings kam mit zunehmender unionsrechtlicher Bildung von Wohlverhaltenspflichten v. a. im Verbraucher kreditrecht eine Diskussion darüber auf, ob diese Wohlverhaltenspflichten, wie z. B. die Pflicht der Verbraucher kreditwürdigkeitsprüfung, individualschützend sind und zu einer zivilrechtlichen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB führen können.¹⁴⁶ Mit der Einführung der §§ 505a–505d BGB hat der deutsche Gesetzgeber die Frage entschieden und den Individualschutz zugunsten der Darlehensneh-

¹³⁷ Horn ZBB 1997, 139, 150.

¹³⁸ BGH Urteil vom 5.10.1999 – XI ZR 296/98, BGHZ 142, 345, 356.

¹³⁹ BGH Urteil vom 2.2.1982 – IV a ZR 118/81, NJW 1983, 1730.

¹⁴⁰ OLG Frankfurt Urteil vom 5.7.2006 – 21 U 15/06, ZIP 2006, 2218, 2219; Cahn ZHR 162 (1998), 1, 33; Hopt ZHR 159 (1995), 135, 160; Kumpan/Hellgardt DB 2006, 1714, 1716 f.

¹⁴¹ BGH Urteil vom 19.2.2008 – XI ZR 170/07 – (NJW 2208, 1734).

¹⁴² Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 223.

¹⁴³ S. unten S. 227 ff. Dieses betrifft freilich auch das Wertpapiergeschäft. In der vorliegenden Arbeit liegt allerdings der Fokus auf dem Einlagen- und Kreditgeschäft.

¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – (WM 2005, 1217); Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 32 Rn. 91 mwN.

¹⁴⁵ Siehe unten S. 226 ff.

¹⁴⁶ S. unten S. 204 ff.

mer gesetzlich verankert und expliziert.¹⁴⁷ Die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung stellt im Bereich des Kreditgeschäfts somit die zweite Ausnahme zum Grundsatz der Trennung von Aufsichts- und Privatrecht dar.

III. Stellungnahme: Individualschützendes europäisches Bankaufsichtsrecht als Brücke zum Privatrecht

Die bisher überwiegende Dogmatik der Trennung von Bankaufsichtsrecht und Bankprivatrecht ist jedoch zu überdenken, da das europäische Bankaufsichtsrecht das Privatrecht immer stärker überformt. Die Dogmatik sollte die bereits rechtstheoretisch diskutierte Öffnung des Bankaufsichtsrechts hin zur privatrechtlichen Durchsetzung reflektieren. Ein solcher Paradigmenwechsel lässt sich auf einer abstrakten Ebene bereits den Beiträgen zu Financial Regulation Theory, Rechtsökonomik, Legal Theory of Finance, Finanzkrise und Privatrecht, Contract Governance, Regulierung und Privatrecht sowie Bankenunion und Privatrecht entnehmen.¹⁴⁸ Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich diese Arbeit mit der dogmatischen Ausgestaltung. Insbesondere ist der oben dargestellte Diskurs zu Regulierung und Privatrecht¹⁴⁹ auch jenseits der Europäischen Bankenunion¹⁵⁰ auf das gesamte europäische Bankaufsichtsrecht zu erstrecken. Eine erhebliche Rolle spielt hierbei das Individualschutzziel der Aufsichtsrechtsnormen. Während bei den Wohlverhaltensregeln des Wertpapierrechts die Einwirkung ins Zivilrecht bereits breit diskutiert wird, beschränkt sich diese Arbeit auf das Bankaufsichtsrecht im engeren Sinne, d. h. im Hinblick auf das Einlagen- und Kreditgeschäft. Im Fokus stehen hier sowohl prudentielle Aufsichtsregeln als auch Wohlverhaltensregeln. Mit dem europäischen Bankaufsichtsrecht entsteht auf Unionsebene ein neuer selbständiger Verwaltungsrechtskorpus,¹⁵¹ insbesondere im Rahmen der Bankenunion.¹⁵² Hierbei handelt es sich nicht um einen statischen Vorgang, sondern um einen fortdauernden Prozess der Rechtsetzung durch die EBA¹⁵³ (sog. *single rulebook*) und die EZB¹⁵⁴ als auch durch die zentralisierte Verwaltungspraxis im SSM.¹⁵⁵ Der Blick auf die Zielrichtung der neu entstehenden Aufsichts-

¹⁴⁷ S. unten S. 215 ff.

¹⁴⁸ S. oben S. 14 ff.

¹⁴⁹ S. oben S. 21 ff.

¹⁵⁰ S. oben S. 23 ff.

¹⁵¹ *Ferran*, in: Wymeersch/Hopt/Ferrarini (Hrsg.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, 2012, S. 111; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862; ausführlich s. unten S. 52 ff., 63 ff.

¹⁵² *Moloney* CMLR 2014, 1609; *Berger* WM 2015, 501; *ders.* WM 2016, 2325; *ders.* WM 2016, 2361; zum Rechtsschutz in der Bankenunion *Kämmerer* WM 2016, 1.

¹⁵³ S. unten S. 66 ff.

¹⁵⁴ S. unten S. 70 ff.

¹⁵⁵ Für eine Analyse der bisherigen Aufsichtspraxis *Gurlit* WM 2016, 2053; *Schoenmaker/Véron* (Hrsg.), *European Banking Supervision: The First Eighteen Months*, Brüssel 2016;

men zeigt den Paradigmenwechsel deutlich.¹⁵⁶ Im Rahmen des europäischen Bankaufsichtsrechts entstehen viele prudentielle Aufsichtsregeln der EBA, die über die klassischen Aufsichtsziele hinaus der Förderung des Binnenmarktes¹⁵⁷ und dem Verbraucherschutz als Individualschutz¹⁵⁸ dienen. Die prudentiellen Aufsichtsregeln der EZB bezwecken primär den Schutz der Finanzmarktstabilität, sekundär aber auch den Einlegerschutz.¹⁵⁹ Darüber hinaus konkretisiert die EBA Wohlverhaltensregeln. Die Wohlverhaltensregeln des Kreditgeschäfts dienen auch dem Individualschutz, wie insbesondere die Pflicht zur verantwortlichen Kreditvergabe im Verbraucherkreditrecht zeigt.¹⁶⁰ Daher liegt die These nahe, dass die europäischen Aufsichtsnormen dem Bankaufsichtsrecht insgesamt zu deutlich größerem Einfluss auf das Bankprivatrecht verhelfen und das in Deutschland überwiegende Dogma der Trennung von Bankaufsichtsrecht und Bankprivatrecht aufweichen.¹⁶¹ Zudem kann vor dem Hintergrund des EU-rechtlichen Effektivitätsgrundsatzes argumentiert werden, dass der Marktschutz des Aufsichtsrechts auch ins Zivilrecht einwirken muss, um effektiv zu sein. Dies führt zur weitergehenden These, dass das europäische Bankaufsichtsrecht neben der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung (*public enforcement*) durch das Individualschutzziel auch privatrechtliche Durchsetzung (*private enforcement*) fordert.¹⁶²

B. Ziele der Bankaufsicht nach deutschem Recht

I. Markt-, System- bzw. Funktionsschutz

Das Bankaufsichtsrecht in Deutschland zielt zuvörderst darauf ab, die Stabilität der einzelnen Kreditinstitute und damit ihre Funktionen für den Markt bzw. das System zu schützen. Dies ergibt sich aus § 6 Abs. 2 KWG, der die Missstandsaufsicht der BaFin im KWG normiert: „Die Bundesanstalt hat Mißständen im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken, welche die Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsmäßige Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen

Binder EBOR 2017, 401; *Lackhoff*, Single Supervisory Mechanism – A Practitioner’s Guide, 2017.

¹⁵⁶ Ausführlich s. unten S. 255 ff.

¹⁵⁷ Erwägungsgründe 5, 7, 23, 66, Art. 1 Abs. 5 lit. a EBA-VO.

¹⁵⁸ Erwägungsgrund 11 Satz 2 und 3 EBA-VO.

¹⁵⁹ Erwägungsgrund 30 SSM-VO.

¹⁶⁰ *Renner*, in: *Canaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg.), *Großkommentar HGB*, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 605, 655 ff.

¹⁶¹ Vgl. zum Regelkomplex der europäischen Bankenunion *Grundmann* ZHR 179 (2015), 563; *ders.* EBOR 2015, 357.

¹⁶² S. unten S. 243 ff.

beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können.“ Primäre Schutzobjekte der Bankaufsicht sind hiernach die den Banken anvertrauten Vermögenswerte, das Funktionieren des Bankmarktes und die Gesamtwirtschaft. Die Aufgabe der Bankaufsicht besteht darin, die Gefahren abzuwehren, die sich aus dem Geschäftsmodell und der volkswirtschaftlichen Funktion der Banken ergeben, also dem Bankgewerbe inhärent sind.¹⁶³ Die Hauptfunktion des Bankgewerbes liegt darin, Gelder variierender Größenordnung von Einlegern entgegenzunehmen und damit Kredite zu vergeben.¹⁶⁴ Einerseits ermöglicht es also Sparern, das Geld sicher zu verwahren und dafür noch einen Zinsgewinn zu erzielen. Andererseits übernimmt es die bedeutende Funktion der Kreditvergabe gegen einen im Vergleich zum Sparzins höheren Darlehenszins. Da die Einlagen regelmäßig kleinere Beträge als die Darlehensvaluta darstellen, leisten die Banken hier Losgrößentransformation. Angesichts der kürzeren Rückzahlungsfrist der Einlagen im Vergleich zu den im Kreditgeschäft gewährten Darlehen leisten Banken überdies Fristentransformation. Zudem transformieren die Banken das Risiko, dass einzelne Gläubiger ihre Kredite nicht zurückzahlen. Somit vollbringen Banken eine dreifache Transformationsleistung.¹⁶⁵ Dieses Geschäftsmodell geht damit einher, dass sowohl die bilanzielle Aktivseite mit den Darlehensforderungen als auch die Passivseite mit den kurzfristig fällig stellbaren Einlagen erheblichen Schwankungen unterliegen können. Im Gegensatz zu anderen Wirtschaftszweigen birgt mithin das Bankgeschäft als solches inhärent ein hohes Insolvenzrisiko.¹⁶⁶ Daneben sorgen die Banken durch das Kontokorrent für die Möglichkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs.¹⁶⁷

Damit die Banken diese für das Gedeihen der Volkswirtschaft fundamentalen Aufgaben der Kreditvergabe, Einlagenverwahrung und Ermöglichung bargeldlosen Zahlungsverkehrs reibungslos ausüben können, unterliegen sie staatlicher Aufsicht.¹⁶⁸ Insbesondere in konjunkturell schlechten Zeiten können Banken aufgrund fehlender Darlehensrückzahlungen Liquiditätsengpässe erleiden. In diesen Fällen soll vermieden werden, dass die Einleger massenhaft ihre Einlagen zurückfordern und dadurch den Liquiditätsengpass noch befeuern (sog.

¹⁶³ *Albert*, in: Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6 Rn. 1.

¹⁶⁴ *Gramlich*, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1995, Besonderer Teil 1, S. 426 f.

¹⁶⁵ *Armour et al.*, Principles of Financial Regulation, 2016, S. 277 f.; *Grundmann*, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 9 ff.

¹⁶⁶ *Llewellyn*, The Economic Rationale for Financial Regulation, FSA Occasional Paper April 1999, S. 14.

¹⁶⁷ *Grundmann*, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 13.

¹⁶⁸ *Albert*, in: Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6 Rn. 1.

Run auf die Bankschalter bzw. Geldautomaten).¹⁶⁹ Denn ein solches Szenario kann die Insolvenz einer Bank zur Folge haben. Dies ist gesamtwirtschaftlich fatal, weil die Realwirtschaft auf die kreditgebenden Banken angewiesen ist, Banken Krisen aber die Banken aus Liquiditätsgründen zwingen, weniger Kredite zu vergeben. Gepaart mit einem allgemeinen Klima des Misstrauens in dem Wirtschaftszweig, dessen Geschäftsmodell am stärksten auf dem Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners beruht, können solche Kreditengpässe ganze Volkswirtschaften zum Erliegen bringen.¹⁷⁰ Um diese Szenarien zu vermeiden, greift der Staat ein und beaufsichtigt Kreditinstitute.¹⁷¹ Zur effektiven Gefahrenabwehr stellt der Staat das Bankgewerbe unter den Erlaubnisvorbehalt und normiert grundlegende Anforderungen an das Eigenkapital und die Liquidität von Banken sowie an eine solide Geschäftsführung.¹⁷² Die staatliche Bankaufsicht dient mithin dazu, dem Bankwesen die Ausübung seiner für die Volkswirtschaft wichtigen Funktionen dauerhaft und stabil zu ermöglichen. Aufgrund der gefahrenabwehrenden Natur ist das Bankaufsichtsrecht Teil des besonderen Gewerbepolizeirechts.¹⁷³

II. Kein Individualschutz

Nach derzeit herrschendem Verständnis in Deutschland dient das Bankaufsichtsrecht grundsätzlich nicht dazu, individuelle Bankkunden unmittelbar vor Vermögensverlusten zu schützen. Kommentatoren und Rechtsprechung sind sich diesbezüglich weitgehend einig.¹⁷⁴ Zwar ließe sich § 6 Abs. 2 KWG dahin auslegen, dass der Schutz der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte au-

¹⁶⁹ Bericht des Wirtschaftsausschusses zu BT-Drs. 3/1114 und 3/2563 (sog. Ruland-Bericht), S. 2, abgedruckt in: Reischauer/Kleinhans, KWG, Band 4, Stand: Dezember 2019, KZA 580.

¹⁷⁰ Bericht des Wirtschaftsausschusses zu BT-Drs. 3/1114 und 3/2563 (sog. Ruland-Bericht), S. 2, abgedruckt in: Reischauer/Kleinhans, KWG, Band 4, Stand: Dezember 2019, KZA 580.

¹⁷¹ Regierungsbegründung zum Entwurf des KWG vom 25. Mai 1959, BT-Drs. 3/1114, S. 19 f.

¹⁷² Regierungsbegründung zum Entwurf des KWG vom 25. Mai 1959, BT-Drs. 3/1114, S. 20.

¹⁷³ Regierungsbegründung zum Entwurf des KWG vom 25. Mai 1959, BT-Drs. 3/1114, S. 50–52, 55, 65; *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 246; auch bereits *Honold*, Die Bankenaufsicht, 1956, S. 14.

¹⁷⁴ *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG- und CRR-Kommentar, 5. Aufl. 2016, Band 1, KWG Einf Rn. 166 ff., insb. 170 ff.; *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 37; *Albert*, in: Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6 Rn. 2; *Neus*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 35; *Auerbach*, Banken- und Wertpapieraufsicht, München 2015, S. 22 f.; BGH, EuGH-Vorlage vom 16. Mai 2002, III ZR 48/01 – Rn. 52 (NJW 2002, 2464); OLG Köln, Urteil vom 19. September 1977, Az. 7 U 167/76 – (NJW 1977, 2213, 2213 ff.); LG Bonn, Urteil vom 02. August 2002, Az. 1 O 443/01 – Rn. 70, 74 (juris).

tomatisch auch deren Inhaber (z. B. Einleger) oder die Forderungsberechtigten (z. B. Anleger) individuell erfasst. Jedoch wird deren Schutz nach überwiegender Auffassung nur mittelbar bewirkt. Erst der Schutz der Bankenstabilität soll mittelbar auch den Schutz der von der potentiellen Insolvenz der Bank betroffenen Individuen herbeiführen.¹⁷⁵ Denn die Bankaufsicht wird stets im Zeichen des Marktschutzes verstanden. Ziel ist es, das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Bankensektor aufrechtzuerhalten.¹⁷⁶ Dies gilt umso mehr, als das deutsche Bankaufsichtsrecht als Reaktion auf die Bankenkrise 1931 entstand und auch die weiteren wesentlichen Veränderungen stets regulatorische Antworten auf Krisen darstellten.¹⁷⁷ Mit diesem Verständnis geht einher, dass die Durchsetzung bankaufsichtsrechtlicher Ziele durch öffentlich-rechtliche Normen erfolgt und das Verhältnis zwischen Bankaufsichtsrecht und Bankprivatrecht als strikte Trennung konzipiert wird. Diese Sicht stützt sich auf § 4 Abs. 4 FinDAG, wonach die BaFin ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Sie ist ausdrücklich nicht für die Prüfung oder Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche zuständig.¹⁷⁸ Dies gelte, selbst wenn die Aufsicht zum Schutze einzelner handle, sodass der resultierende Individualschutz allenfalls einen Rechtsreflex darstelle, wie der Gesetzgeber bei späteren Änderungen des FinDAG betonte.¹⁷⁹ Der Geltungsbereich des FinDAG beschränkt sich jedoch auf die BaFin. Als nationales Gesetz kann es weder die Zielrichtung des materiellen unionsrechtlichen Bankaufsichtsrechts¹⁸⁰ noch diejenige der EZB-Aufsicht im Rahmen des eurozonenweiten einheitlichen Aufsichtsmechanismus SSM¹⁸¹ bestimmen.

III. Kollektiver Verbraucherschutz

Neben dem Funktionsschutz dient die deutsche Bankaufsicht seit kurzem auch dem kollektiven Verbraucherschutz, den das Kleinanlegerschutzgesetz vom

¹⁷⁵ So heißt es in der Regierungsbegründung zum Entwurf des KWG vom 25. Mai 1959, BT-Drs. 3/1114, S. 20: „Der Entwurf sieht sein Ziel darin, die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates zu wahren und die Gläubiger der Kreditinstitute nach Möglichkeit vor Verlusten zu schützen. Er sucht diesen Gesetzeszweck in einer Weise zu verwirklichen, die der Freiheit zur geschäftlichen Betätigung den größtmöglichen Spielraum läßt und die darauf verzichtet, auf die geschäftspolitischen Entschlüssen der Kreditinstitute und auf die Gestaltung des einzelnen Bankgeschäftes Einfluß zu nehmen“.

¹⁷⁶ Regierungsbegründung zum Entwurf des KWG vom 25. Mai 1959, BT-Drs. 3/1114, S. 19 ff.

¹⁷⁷ Näher s. unten S. 37 ff.

¹⁷⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 05.10.2001, BT-Drs. 14/7033, S. 34.

¹⁷⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht vom 19.06.2012, BT-Drs. 17/10040, S. 13.

¹⁸⁰ S. unten S. 48 ff.

¹⁸¹ S. unten S. 70 ff.

3. Juli 2015 zum Aufgabenkanon der BaFin hinzufügte.¹⁸² Die BaFin ist nach § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG „innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet“. Vor dieser formellen Einführung wurde jedoch bereits diskutiert, ob er nicht implizit zum Zielekanon der BaFin zählte.¹⁸³ Die Gesetzesänderung setzt keine speziellen unionsrechtlichen Vorgaben um, sondern entspringt einer Abrede des Koalitionsvertrages von 2013.¹⁸⁴ Trotzdem erkennt auch bereits der Regierungsentwurf an, dass die Norm sich inhaltlich sehr gut ins Gesamtgefüge des Europäischen Systems der Finanzaufsicht (ESFS)¹⁸⁵ einfügt, das einen starken Verbraucherschutz zum Ziel hat.¹⁸⁶ § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG wird in Verbindung mit § 4 Abs. 4 FinDAG so verstanden, dass im Konfliktfall die öffentlichen Interessen überwiegen und Partikularinteressen, wenn überhaupt, nur nachrangig durchgesetzt werden können.¹⁸⁷ Laut Regierungsentwurf besteht hier kein Widerspruch, da der kollektive Verbraucherschutz zum öffentlichen Interesse gehöre und nur in diesem Sinne explizit genannt werde.¹⁸⁸ Interessant ist, dass die ausdrückliche Erwähnung des kollektiven Verbraucherschutzziels laut Regierungsentwurf der BaFin ermöglichen soll, die Einhaltung verbraucherschützender Rechtsnormen sowohl des öffentlichen als auch des Zivilrechts zu beaufsichtigen.¹⁸⁹ Insbesondere soll die BaFin einschreiten, wenn ein Institut „eine einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Anwendung einer zivilrechtlichen Norm mit verbraucherschützender Wirkung nicht beachtet“.¹⁹⁰ Auch im Falle fehlender Rechtsprechung soll sie die Möglichkeit haben, aufsichtlich einzuschreiten, wenn sie „Kenntnis von systematischen oder gewichtigen Verstößen gegen verbraucherschützende Rechtsvorschriften erhält und in absehbarer Zeit kein höchstrichterliches Urteil zu erwarten ist“.¹⁹¹ In dieser Hinsicht bedeutet die Zielausweitung also trotz der öffentlichen Schutzrichtung eine weitgehende Er-

¹⁸² Art. 1 Nr. 1 Kleinanlegerschutzgesetz vom 3. Juli 2015, BGBl. 2015 I S. 1114.

¹⁸³ Gurlit, Bankrechtstag 2015, 3, 5 ff.; bereits diskutiert, jedoch im Grundsatz abgelehnt von Gramlich, Recht der Bankwirtschaft, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1995, Besonderer Teil 1, S. 470 f.

¹⁸⁴ Regierungsentwurf zum Kleinanlegerschutzgesetz vom 11.02.2015, BT-Drs. 18/3994, S. 36 Textabschnitt 1.

¹⁸⁵ S. ausführlich unten S. 66 ff.

¹⁸⁶ Regierungsentwurf zum Kleinanlegerschutzgesetz vom 11.02.2015, BT-Drs. 18/3994, S. 37 Textabschnitt 3.

¹⁸⁷ Laars, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, 4. Online-Auff. 2017, § 4 Rn. 4.

¹⁸⁸ Regierungsentwurf zum Kleinanlegerschutzgesetz vom 11.02.2015, BT-Drs. 18/3994, S. 37 Textabschnitt 1.

¹⁸⁹ Regierungsentwurf zum Kleinanlegerschutzgesetz vom 11.02.2015, BT-Drs. 18/3994, S. 37 Textabschnitt 2.

¹⁹⁰ Regierungsentwurf zum Kleinanlegerschutzgesetz vom 11.02.2015, BT-Drs. 18/3994, S. 36 letzter Textabschnitt.

¹⁹¹ Regierungsentwurf zum Kleinanlegerschutzgesetz vom 11.02.2015, BT-Drs. 18/3994, S. 36 letzter Textabschnitt.

weiterung des Prüfungsmaßstabes der BaFin hinein in das verbraucherschützende Zivilrecht.¹⁹²

IV. Schutz der Steuerzahler vor bail-out

Im Anschluss an die globale Finanzkrise wurden in der EU große Summen von Steuergeld verwendet, um Banken zu retten (sog. *bail-out*). Allein im Zeitraum zwischen Oktober 2008 und Oktober 2010 hat die Europäische Kommission Beihilfen der EU-Staaten an Finanzinstitutionen in Höhe von 3,6 Billionen Euro bewilligt, von denen 1,2 Billionen effektiv genutzt wurden, z. B. in Form von Kapitalinjektionen.¹⁹³ Bis 2012 hatten die Bankenrettungen die europäischen Steuerzahler laut Kommission gar 4,5 Billionen Euro gekostet.¹⁹⁴ Zwar konnten die EU-Mitgliedstaaten in der Zwischenzeit Teile dieser staatlichen Beihilfen zurückgewinnen, doch gelang es im Gegensatz zu den USA bis 2017 keinem EU-Mitgliedstaat, die gesamte Summe wieder einzutreiben.¹⁹⁵ Die EZB wies 2015 in einem Informationsschreiben darauf hin, dass die Bankenrettungen in der Eurozone von 2008 bis 2014 insgesamt 8 % des Eurozonen-BIP kosteten, wobei bis 2015 nur 3,3 % zurückgewonnen wurden.¹⁹⁶ Neben diesen direkten fiskalischen Belastungen gewährleisteten viele Euro-Staaten Banken Garantien und erhöhten somit das Risiko für Steuerzahler indirekt.¹⁹⁷ Als Gegenansatz hierzu bewirbt die EZB die neuen Regeln der Bankenunion als probate Lösung zum Schutz der Steuerzahler vor Kosten zukünftiger Bankenrettungen.¹⁹⁸

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die gesamte Nachkrisenarchitektur der EU-Bankenaufsicht einschließlich der Bankenunion auch dem Ziel dient, die Steuerzahler vor erneuten teuren Bankenrettungen zu schützen.¹⁹⁹ Erstaunlicherweise diskutiert die Kommentarliteratur zum KWG dies nur verein-

¹⁹² So auch *Buck-Heeb* NJW 2015, 2535, 2540 f.

¹⁹³ Commission Staff Working Document vom 6.6.2012, Impact Assessment Accompanying the European Commission's BRRD proposal, SWD(2012) 166 final, S. 10.

¹⁹⁴ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: Fahrplan für eine Bankenunion, Brüssel, 12.09.2012, COM(2012) 510 final, S. 2.

¹⁹⁵ Unter Berufung auf eine Studie des Internationalen Währungsfonds von 2015 *Smith/Foley*, Bailout costs will be a burden for years, *Financial Times*, 8. August 2017.

¹⁹⁶ ECB Economic Bulletin 2015, Issue 6, The fiscal impact of financial sector support during the crisis, 15. September 2015, S. 74 ff.

¹⁹⁷ ECB Economic Bulletin 2015, Issue 6, The fiscal impact of financial sector support during the crisis, 15. September 2015, S. 83 ff. Zu indirekten fiskalischen Kosten *Amaglobeli/End/Jarmuzek/Palomba*, From Systemic Banking Crises to Fiscal Costs: Risk Factors, IMF Working Paper 15/166.

¹⁹⁸ ECB Economic Bulletin 2015, Issue 6, The fiscal impact of financial sector support during the crisis, 15. September 2015, S. 86 f.

¹⁹⁹ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: Fahrplan für eine Bankenunion, Brüssel, 12.09.2012, COM(2012) 510 final, S. 2 ff.; *Wojcik/Ceyssens* EuZW 2014, 893.

zelt als eigenes Ziel der Bankaufsicht.²⁰⁰ Bei der regulatorischen Reaktion auf die Finanzkrise ist jedoch die Vermeidung teurer Konsequenzen für die Steuerzahler als Leitmotiv der EU-Gesetzgebungsakte zu verstehen.²⁰¹ Die CRD IV benennt die Solvenz von Kreditinstituten als zentrales Ziel der CRD IV und der CRR.²⁰² Für den Fall der Abwicklung sollen die Folgen für die Realwirtschaft minimiert und eine teure Bankenrettung auf Kosten der Steuerzahler verhindert werden.²⁰³ Wenngleich das deutsche CRD IV-Umsetzungsgesetz²⁰⁴ dieses Ziel nicht ausdrücklich übernahm, spiegelt es sich umso deutlicher in der Umgestaltung des Sanierungs- und Abwicklungsrechts wider. Auf unionsrechtlicher Ebene manifestiert sich das Ziel, steuerfinanzierte Bankenrettungen zu verhindern, am deutlichsten in der Bankensanierungs- und -abwicklungsrichtlinie (BRRD)²⁰⁵. Sie schreibt explizit Mechanismen vor, die im Abwicklungsfall einer Bank primär die Gläubiger in Anspruch nehmen (*bail-in*)²⁰⁶ und nur im Ausnahmefall eine staatlich (teil)finanzierte Rettung erlauben.²⁰⁷ In Deutschland wurde die BRRD durch das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG)²⁰⁸ umgesetzt. So steht die Verhinderung steuerlich subventionierter Bankenrettungen, u. a. durch das Abwicklungsinstrument der Beteiligung von Anteilshabern und Gläubigern auch im Zentrum des SAG.²⁰⁹

²⁰⁰ Als direktes Ziel des BRRD-Abwicklungsverfahrens genannt bei *Grundmann*, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 41; als „Erweiterung der konkreten Regulierungsziele“ dargestellt bei *Neus*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung KWG Rn. 39; ebenfalls direkt erwähnt, aber als Ursache für einen „Regulierungswettlauf“ kritisiert, der „das Aufsichtsrecht zu einem kaum beherrschbaren und extrem kostenaufwändigen regulatorischen Monster verkommen“ lasse bei *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 115; *nicht* als bankaufsichtsrechtliches Ziel erwähnt bei *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 6 KWG sowie *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 6 und *Albert*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6.

²⁰¹ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: Fahrplan für eine Bankenunion, Brüssel, 12.09.2012, COM(2012) 510 final, S. 2 ff.

²⁰² Erwägungsgrund 34 Satz 1 CRD IV.

²⁰³ Erwägungsgrund 34 Satz 2 CRD IV.

²⁰⁴ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz), BGBl. 2013 I S. 3395.

²⁰⁵ S. oben Einleitung Fn. 45.

²⁰⁶ Art. 43 ff. BRRD.

²⁰⁷ Art. 31 Abs. 2 lit. c, Art. 56 ff. BRRD.

²⁰⁸ Sanierungs- und Abwicklungsgesetz vom 10. Dezember 2014, BGBl. I S. 2091.

²⁰⁹ §§ 89 ff. SAG.

C. Entwicklung der Ziele und Inhalte des deutschen und europäischen Bankaufsichtsrechts

Um die Frage der Zielrichtung des Bankaufsichtsrechts und seiner Auswirkungen auf das Bankprivatrecht in den Kontext zu setzen, soll im Folgenden die Entstehungsgeschichte des Bankaufsichtsrechts in Deutschland skizziert werden. Im Zentrum der Darstellung stehen einerseits die Ziel- und Schutzrichtungen im Laufe der Zeit und andererseits der Inhalt der auch in das Bankprivatrecht einwirkenden bankaufsichtsrechtlichen Pflichten.

Während öffentlich-rechtliche Banken wie etwa kommunale Sparkassen aufgrund ihrer Körperschaftlichen Verselbständigung bald nach ihrer Entstehung staatlich beaufsichtigt wurden,²¹⁰ entwickelte sich die allgemeine Bankaufsicht privater Banken als staatliche Reaktion auf Banken Krisen, in denen Insolvenzen von Banken zu nachhaltigen Schocks für die Volkswirtschaft führten.²¹¹ Denn die uneingeschränkte Gewerbefreiheit der Banken und fehlende staatliche Aufsicht wurden als Ursachen für die Banken Krisen gesehen. Wie in vielen Bereichen des Gewerbepolizeirechts bildet die Entstehungsgeschichte der Bankaufsicht den Ausgleich zwischen einerseits der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung und andererseits den Schutzinteressen des Marktes und der betroffenen Individuen ab,²¹² freilich mit zunehmender Gewichtung des zweiten Abwägungsgutes. Das Ergebnis dieser Abwägung variiert entsprechend der zum jeweiligen Zeitpunkt herrschenden wirtschaftspolitischen Auffassung. In der Gesamtschau wird deutlich, dass es stets Krisen waren, die die regulatorischen Entwicklungen vorantrieben.²¹³

I. „Bankfreiheit“ von 1869

Am Anfang der Entwicklung eines Bankaufsichtsrechts stand die Gewerbefreiheit, wie die Gewerbeordnung von 1869 sie verankerte.²¹⁴ Während Versicherungen vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen waren²¹⁵ und teilweise staatlicher Regulierung unterstanden,²¹⁶ galt die Gewerbeordnung

²¹⁰ Zur Genese der staatlichen Aufsicht über Sparkassen *Frick*, Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen, Berlin 1962, S. 67 ff., insbesondere S. 123 ff.; *Leitner*, Bankbetrieb und Bankgeschäfte, 6. Aufl., Frankfurt 1923, S. 126; *Ruland*, Zur Entwicklung des Bankaufsichtsrechts bis 1945, 1988, S. 4 ff.

²¹¹ In einem internationalen Vergleich bereits *Schippel*, in: Kunze/Schippel/Schoeling (Hrsg.), Die Deutsche Bankwirtschaft, 1935–1938, Band 2, S. 518.

²¹² *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 245 ff.

²¹³ *Hütz*, Die Bankenaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA, 1990, S. 20; *Pleyer*, in: FS Rewi Köln 1988, S. 115; zu diesem Ergebnis kommt in einem frühen Rechtsvergleich bereits *Fischer*, Die staatliche Bankaufsicht, 1939, S. IV.

²¹⁴ § 1 Gewerbeordnung, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245.

²¹⁵ § 6 Satz 1 Gewerbeordnung, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245.

²¹⁶ Zum zersplitterten Rechtszustand vor dem Reichsgesetz über die privaten Versiche-

und damit die Gewerbefreiheit für private Banken als „Bankfreiheit“²¹⁷ ohne bankspezifische Aufsichtsregeln.²¹⁸ Zwar forderten manche bereits kurz nach der Gründung des Deutschen Reiches bei den Beratungen zum Bankgesetz von 1875 eine staatliche Bankaufsicht.²¹⁹ Doch blieb die Einführung einer staatlichen Aufsicht für alle Banken jahrzehntelang aus. Stets überwog die liberale Idee, Banken müssten weitgehend uneingeschränkte Gewerbefreiheit genießen.²²⁰ An dieser grundsätzlichen Position änderten auch mehrere Bankinsolvenzen in den 1870er²²¹ und 1890er²²² Jahren nichts. Die für das Börsengesetz von 1896²²³ zuständige Reichstagskommission lehnte den vom Reichstagsabgeordneten *Graf von Arnim* verfassten Gesetzesentwurf für die Regulierung des Depositenbankwesens ab.²²⁴ So wurde 1899 lediglich der Bereich der Hypothekenbanken durch ein sektorenspezifisches Erlaubniserfordernis reguliert.²²⁵ Dies erfolgte zum Schutz der Pfandbriefinhaber und der Darlehensnehmer sowie zur Harmonisierung der verschiedenen Rechtslagen in den Bundesländern.²²⁶ Nach dem Bankrott mehrerer Großbanken zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurde 1908 eine Bank-Enquête-Kommission einberufen,²²⁷ die auch über die Frage befinden sollte, ob eine Gesetzgebung „für die Sicherheit und Liquidität der Anlage von Depositen und Spargeldern“ im öffentlichen Interesse geboten sei.²²⁸ Die Kommission diskutierte unter anderem die Einführung eines allgemeinen Bankaufsichtsamts. Dieses sollte einem Vorschlag von *Georg Obst* zufolge insbesondere den Schutz der Depositengläubiger zur Aufgabe haben, z. B. indem es die Gläubiger vor bestimmten Kreditinstituten warnte oder über die fehlende Bonität von Instituten befand.²²⁹ Umgekehrt sollten aber auch die Banken und Bankkunden vor der Gefahr der Nichtrückzahlung von Darlehensvaluta durch

rungsunternehmungen vom 12. Mai 1901, RGBl. S. 139, *Langheid*, in: Langheid/Wandt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum VVG, 2. Aufl. 2017, Band 3, Teil 2, Versicherungsaufsichtsrecht, Rn. 9 ff.

²¹⁷ *Obst*, Das Bankgeschäft, 7. Aufl. 1923, Band 2, S. 2, 185; *Schippel*, in: Kunze/Schippel/Schoeling (Hrsg.), Die Deutsche Bankwirtschaft, 1935–1938, Band 2, S. 515.

²¹⁸ *Pleyer*, in: FS Rechtswiss. Fakultät Köln 1988, S. 115, 116 f.

²¹⁹ Unter Verweis auf den Reichstagsabgeordneten *Sonnemann*, der ein Depositenbankgesetz forderte, *Pleyer*, in: FS Rechtswiss. Fakultät Köln 1988, S. 115, 117; *Honold*, Die Bankenaufsicht, 1956, S. 39, 40.

²²⁰ *Bähre/Schneider*, KWG-Kommentar, 2. Aufl. 1976, Einführung, S. 42 ff.

²²¹ *Weber*, Depositenbanken und Spekulationsbanken, 4. Aufl. 1938, S. 49.

²²² Auf mehrere Insolvenzen von Hypothekenbanken verweisend *Hütz*, Die Bankenaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA, 1990, S. 21.

²²³ Börsengesetz vom 22.06.1896, RGBl. I S. 157.

²²⁴ *Honold*, Die Bankenaufsicht, 1956, S. 40 f.

²²⁵ § 1 Satz 1 Hypothekenbankengesetz vom 13. Juli 1899, RGBl. I S. 375.

²²⁶ *Pleyer*, in: FS Rechtswiss. Fakultät Köln 1988, S. 115, 118.

²²⁷ *Pleyer*, in: FS Rechtswiss. Fakultät Köln 1988, S. 115, 119.

²²⁸ Frage Nr. 6 der Bank-Enquête, abgedruckt in *Obst*, Das Bankgeschäft, 7. Aufl. 1923, Band 2, S. 571 f.

²²⁹ *Obst*, Das Bankgeschäft, 7. Aufl. 1923, Band 2, S. 576 ff.

Schuldner geschützt werden. Hier schlug *Obst* vor, der Aufsichtsbehörde die prozentual größten Schuldner unter Angabe der bestellten Sicherheit anzuzeigen, damit sie auch deren wirtschaftlicher Lage überprüfen könne.²³⁰ Mithin kam bereits vor über hundert Jahren indirekt der Vorschlag einer Kreditwürdigkeitskontrolle durch die Bankaufsicht auf. Wenngleich dieser Vorschlag letztlich nicht umgesetzt wurde, fällt auf, dass bereits der damalige rechtspolitische Diskurs die Frage des Individualschutzes erörterte.

Erste Einschränkungen der Gewerbefreiheit der Banken erfolgten im Ersten Weltkrieg und danach. Diese waren kriegsbedingt und führten nicht zu einer allgemeinen Aufsicht, sondern lediglich zu Einschränkungen im Devisengeschäft²³¹ und Beschränkungen der Kapitalflucht.²³² Im Anschluss hieran wurde ein provisorisches Gesetz über Depot- und Depositengeschäfte verabschiedet, das die geschäftsmäßige Tätigkeit von Depot- und Depositengeschäften nur Depositenbanken erlaubte und hinsichtlich der Geschäftsleiter und der Betriebseinstellung Anzeigepflichten aufstellte.²³³ Dieses Gesetz galt trotz mehrfacher Verlängerung²³⁴ zeitlich beschränkt bis zum Jahresende 1929.

II. Reichskreditwesengesetz von 1934 und allgemeine Bankaufsicht

Erst die Bankenkrise von 1931 war ein hinreichender Anlass, um die häufig angedachte, doch nie realisierte allgemeine Bankaufsicht einzuführen. Als Folge der Insolvenz des Nordwolle-Konzerns, an dessen Finanzierung sie stark beteiligt war, kam die Darmstädter und Nationalbank (Danatbank) in Liquiditätssengpässe und wurde am 13. Juli 1931 insolvent.²³⁵ Hierauf brach ein derartiger Ansturm auf die anderen Banken aus, dass die Reichsregierung die folgenden Tage zu Bankfeiertagen erklärte.²³⁶ Im Zuge der Krise führte der Reichspräsident per Notverordnung eine unmittelbare Bankaufsicht unter der Obhut des Reichskommissars für das Bankgewerbe ein.²³⁷ Dessen Aufsichtsbefugnisse waren bereits recht umfassend. So konnte der Reichskommissar für das Bankgewerbe

²³⁰ *Obst*, Das Bankgeschäft, 7. Aufl. 1923, Band 2, S. 579.

²³¹ Devisenverordnung vom 20. Januar 1916, RGBl. S. 49.

²³² Gesetz gegen die Kapitalflucht vom 24. Dezember 1920, RGBl. 1921, S. 33; gefolgt vom Gesetz über die Aufrechterhaltung von Vorschriften des Kapitalfluchtgesetzes vom 16. April 1925, RGBl. I S. 43; vertiefend *Hütz*, Die Bankenaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA, 1990, S. 21 f.

²³³ § 4 Gesetz über Depot- und Depositengeschäfte vom 26. Juni 1925, RGBl. I S. 89.

²³⁴ Gesetz vom 23. Dezember 1926, RGBl. I S. 527, und Gesetz vom 24. Dezember 1927, RGBl. I S. 512.

²³⁵ *Pleyer*, in: FS Rechtswiss. Fakultät Köln 1988, S. 115, 123.

²³⁶ Verordnung des Reichspräsidenten über Bankfeiertage vom 13. Juli 1931 und Verordnung zur Durchführung der Verordnung des Reichspräsidenten über Bankfeiertage vom 13. Juli 1931, RGBl. I S. 361.

²³⁷ Zweiter Teil der Notverordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.9.1931, RGBl. I S. 493, 501 ff.

von den Banken Auskünfte über deren Geschäfte und Einsicht in die Bücher verlangen,²³⁸ an Generalversammlungen und Sitzungen der Verwaltungsorgane der Bank teilnehmen und dort das Wort ergreifen²³⁹ sowie Generalversammlungen oder Sitzungen des Verwaltungsorgans einberufen.²⁴⁰ Diese Aufsicht sollte jedoch nur vorübergehend bestehen. Um weitere Bankinsolvenzen zu verhindern, stützte das Reich notleidende Banken, insbesondere indem es mit ausländischen Gläubigerbanken Stillhalteabkommen vereinbarte.²⁴¹ In den Monaten nach der akuten Bankenkrise mehrten sich die Stimmen, die eine allgemeine Bankaufsicht forderten.²⁴² Nach einer Reihe weiterer provisorischer Notverordnungen²⁴³ wurde 1933 erneut eine Bank-Enquête eingesetzt. Deren umfangreiche Untersuchung²⁴⁴ mündete in das Reichskreditwesengesetz (RKWG) von 1934, das am 1. Januar 1935 in Kraft trat.²⁴⁵

1. Erlaubnispflicht für Kreditinstitute und Geschäftsleiteranforderungen

Das RKWG von 1934 führte eine allgemeine Erlaubnispflicht für Kreditinstitute ein.²⁴⁶ Sie betraf die Einlagenannahme und Kreditvergabe unabhängig von etwaigen Zinsvergütungen, die Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren für andere, die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren sowie die Übernahme von Haftungen und Garantien für Dritte jenseits des Versicherungsgeschäfts.²⁴⁷ Der Erlaubnispflicht unterlagen nicht nur deutsche Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute,²⁴⁸ sondern auch inländische und ausländische Zweigstellen deutscher Kreditinstitute.²⁴⁹ Die Genehmigungs- und allgemeine Bankaufsichtsbefugnis erhielt das bei der Reichsbank errichtete Aufsichts-

²³⁸ Zweiter Teil Artikel 1 § 3 Abs. 2 Nr. 1 der Notverordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.9.1931, RGBl. I S. 493, 502.

²³⁹ Zweiter Teil Artikel 1 § 3 Abs. 2 Nr. 2 der Notverordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.9.1931, RGBl. I S. 493, 502.

²⁴⁰ Zweiter Teil Artikel 1 § 3 Abs. 2 Nr. 3 der Notverordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.9.1931, RGBl. I S. 493, 502.

²⁴¹ *Born*, Die deutsche Bankenkrise 1931, 1967, S. 134 ff.

²⁴² *Born*, Die deutsche Bankenkrise 1931, 1967, S. 156 ff.

²⁴³ 4. Verordnung des Reichspräsidenten vom 8. Dezember 1931, RGBl. I S. 699; Verordnung vom 21. April 1933, RGBl. I S. 228 und das ergänzende Gesetz vom 7. August 1933, RGBl. I S. 577.

²⁴⁴ Untersuchung des Bankwesens, hrsg. vom Untersuchungsausschuss für das Bankwesen 1933, 1. Teil: Vorbereitendes Material (Ansprachen und Referate), 2 Bände, Berlin 1933; 2. Teil: Statistiken, Berlin 1934.

²⁴⁵ Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934, RGBl. I S. 1203.

²⁴⁶ § 3 RKWG von 1934.

²⁴⁷ § 1 Abs. 1 lit. a bis d RKWG von 1934.

²⁴⁸ § 3 Abs. 2 lit. b RKWG von 1934.

²⁴⁹ § 3 Abs. 2 lit. a RKWG von 1934.

amt für das Kreditwesen.²⁵⁰ Darüber hinaus enthielt das RKWG erstmals einen materiellen Katalog aufsichtsrechtlicher Pflichten der Banken mit allgemeinen Vorschriften hinsichtlich Geschäftsleitereigenschaften, Eigenkapital, Liquidität, Kreditvergabe sowie Anzeigepflichten. Geschäftsleiter²⁵¹ mussten ehrbar, fachlich genügend vorgebildet sein und die für die jeweilig zu leitenden Bankgeschäfte erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen haben. Genügten sie diesen Anforderungen der Zuverlässigkeit nicht, konnte das Aufsichtsamt ex ante die Erlaubnis versagen²⁵² oder ex post die Fortführung des Geschäftsbetriebs untersagen²⁵³.

2. Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen

Hinsichtlich des Eigenkapitals und der Liquidität machte das RKWG detaillierte Vorgaben. In den Vorbereitungsdokumenten der Bank-Enquête wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die fehlende Eigenkapitalausstattung der deutschen Banken ein wesentlicher Katalysator der Bankenkrise 1931 war.²⁵⁴ So waren die Eigenkapitalbestände der im kurzfristigen Kreditgeschäft tätigen deutschen Privatbanken 1930 im Vergleich zu 1913 auf ein Drittel geschrumpft, während die Fremdkapitalfinanzierung in diesem Zeitraum gestiegen war.²⁵⁵ Angesichts der immensen Folgen der Liquiditätsengpässe von Banken auf die Realwirtschaft während der Krise von 1931²⁵⁶ wurde dem Aufsichtsamt die Befugnis erteilt, ein Mindestverhältnis zwischen dem Eigenkapital und den gesamten Verbindlichkeiten der Bank abzüglich der liquiden Mittel festzulegen.²⁵⁷ Die Herangehensweise ist aus zwei Gründen bemerkenswert. Erstens ließ der Gesetzgeber dem Aufsichtsamt weitgehenden Beurteilungsspielraum bei der Konkretisierung der Norm. Zweitens wurde das Eigenkapital nicht als absoluter Wert konzipiert, sondern funktional, um langfristig Liquiditätsengpässe und somit eine drohende Insolvenz der Bank zu vermeiden. Denn bei dem vom Aufsichtsamt festzulegenden Verhältnis handelte es sich um eine spezielle Form der modernen *debt to equity ratio*, die die Rechnungslegung zur Bewertung der Solvenz eines Unternehmens benutzt.²⁵⁸ Mit Blick auf die Liquidität

²⁵⁰ § 30 ff. RKWG von 1934.

²⁵¹ Zum Begriff § 4 Abs. 2 RKWG von 1934.

²⁵² § 4 Abs. 1 lit. a RKWG von 1934.

²⁵³ § 6 Abs. 1 lit. b RKWG von 1934.

²⁵⁴ von Bissing, Die Schrumpfung des Kapitals und seine Surrogate, in: Untersuchung des Bankwesens, Berlin 1933, Band 1, 1. Teil: Vorbereitendes Material, Referat I/2, S. 59, 77 ff., 85.

²⁵⁵ von Bissing, Die Schrumpfung des Kapitals und seine Surrogate, in: Untersuchung des Bankwesens, Berlin 1933, Band 1, 1. Teil: Vorbereitendes Material, Referat I/2, S. 59, 77 ff., 86 f. Tabelle 1 lit. e.

²⁵⁶ Born, Die deutsche Bankenkrise 1931, 1967, S. 178 ff.

²⁵⁷ § 11 Abs. 1 RKWG von 1934.

²⁵⁸ Jackson/Kaplow/Shavell/Viscusi/Cope, Analytical Methods for Lawyers, 2. Aufl. 2011, S. 161 f.

schrieb das RKWG den Banken vor, einen vom Aufsichtsamt zu bestimmenden Prozentsatz der Barreserven und als liquide erachteten Scheckwechseln im Verhältnis zu den Verpflichtungen vorzuhalten.²⁵⁹ Es ist zu berücksichtigen, dass der behördliche Regelungsspielraum hinsichtlich des Eigenkapitals und der Liquidität bis in die Nachkriegszeit nicht ausgefüllt wurde.²⁶⁰

3. Aufsicht über die Kreditvergabe und Einbehaltung von Boni

Für Kredite an denselben Kreditnehmer konnte das Aufsichtsamt prozentuale Höchstschwel­len im Verhältnis zum Eigenkapital der Bank bestimmen, um so das Kreditrisiko im Einzelfall zu minimieren.²⁶¹ Darüber hinaus schränkte das RKWG die Kreditvergabe der Bank an Geschäftsleiter, Aufsichts- oder Verwaltungsratsmitglieder und Bankangestellte sowie an nahe Angehörige dieser Personen ein.²⁶² Im Sinne der Bankenstabilität begrenzte das RKWG hier bereits die Privatautonomie bei der Kreditvergabe über das zivilrechtliche Verbot des Eigengeschäfts hinaus. Hinsichtlich der Geschäftsleitervergütung sah das RKWG vor, dass Banken einen Teil der geschäftsgewinnbasierten Vergütung der Geschäftsleiter zurückbehalten, um deren Vorsicht im Hinblick auf mögliche Ersatzansprüche der Bank zu schärfen.²⁶³ Das Aufsichtsamt konnte hierbei so weit gehen, die Einbehaltung der Hälfte der Bonuszahlungen anzuordnen.²⁶⁴ Diese einbehaltenen Beträge dienten der Sicherung sämtlicher Ersatzansprüche des Kreditinstituts gegen den Geschäftsleiter.²⁶⁵ Die Eingriffe in die Vertragsbeziehungen der Banken zu ihren Geschäftsleitern im Bereich Kreditvergabe und Vergütungsvereinbarungen zeigen, dass bereits das RKWG deutlich verhaltenssteuernd in das Privatrecht einwirkte.

4. Institutionelle Änderungen durch das RKWG von 1939

Die Änderung des RKWG von 1939²⁶⁶ enthält kaum materielle Veränderungen. Es löste die selbständigen Ämter des Reichskommissars und des Aufsichtsamts für Kreditwesen auf und unterstellte die Bankaufsicht direkt dem Reichswirtschaftsminister und dem ihm unterstehenden Reichsaufsichtsamt für das Kreditwesen.²⁶⁷ Das Gesetz wird daher gemeinsam mit dem Reichsbankgesetz vom 15. Juni 1939,²⁶⁸ wonach die Reichsbank ihre Unabhängigkeit verlor, in die

²⁵⁹ § 16 Abs. 1 und 2 RKWG von 1934.

²⁶⁰ Monatsberichte der Bundesbank März 1962, S. 3; *Bähre/Schneider*, KWG-Kommentar, 2. Aufl. 1976, § 10 Rn. 10 (S. 136).

²⁶¹ § 12 Abs. 1 RKWG von 1934.

²⁶² § 14 RKWG von 1934.

²⁶³ § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 RKWG von 1934.

²⁶⁴ § 15 Abs. 1 Satz 3 RKWG von 1934.

²⁶⁵ § 15 Abs. 2 RKWG von 1934.

²⁶⁶ Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939, RGBl. I S. 1955.

²⁶⁷ §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 und 2 RKWG von 1939.

²⁶⁸ RGBl. 1939, I S. 1015.

Welle der nationalsozialistischen Zentralisierung und Gleichschaltung der Verwaltung eingeordnet.²⁶⁹

5. Schutzziele im Reichskreditwesengesetz

Der Schutz individueller Bankkunden spielt in den Fassungen des RKWG von 1934 und 1939 keine vorgelagerte Rolle. Vielmehr dient das Erlaubniserfordernis laut der Begründung zum Gesetzesentwurf des RKWG von 1934 dazu, zukünftige Schädigungen des Allgemeinwohls zu verhindern.²⁷⁰

a) Markt-, Funktions- bzw. Systemschutz

Der Markt-, System- oder Funktionsschutz fand auch im Wortlaut des RKWG explizite Erwähnung.²⁷¹ So übertrug das RKWG von 1934 dem Aufsichtsamt die Aufgabe, „für die Beachtung allgemeinwirtschaftlicher Gesichtspunkte in der allgemeinen Kredit- und Bankpolitik und für die Beseitigung im Kreditwesen auftretender Missstände zu sorgen“.²⁷² Ab 1939 oblag diese Aufgabe dem Reichswirtschaftsminister in erweiterter Form, auch für „die Anpassung der Geschäfte der Kreditinstitute an die Bedürfnisse der Gesamtwirtschaft zu sorgen“.²⁷³ Die Aufsicht erhielt daher die konkrete Befugnis, „geeignete Maßnahmen ein(zu)leiten, sobald ein Kreditinstitut in Schwierigkeiten gerät oder zu geraten droht“.²⁷⁴ Ab 1939 umfasste dies ausdrücklich die Befugnis, „Grundsätze über die Geschäftsführung“ aufzustellen.²⁷⁵ Neben den im RKWG explizit normierten Befugnissen genoss die Aufsicht also weitgehendes Ermessen, um für den Marktschutz tätig zu werden und hierbei auch die privat- und gesellschaftsrechtliche Organisation der Kreditinstitute mitzubestimmen.

Dass zeitgenössische Literatur die Einführung der Bankaufsicht in Deutschland weltanschaulich mit nationalsozialistischer Ideologie und einer „Abkehr von den individualistischen Ideen des Kapitalismus“ und einem „nationalpolitischen, das Interesse des Volksganzen“ bevorzugenden Ansatz begründete,²⁷⁶ greift als monokausale Erklärung zu kurz, wie der internationale Vergleich zeigt. Im Anschluss an die Weltwirtschaftskrise von 1929 unterstellten weltweit viele Länder den vorher weitgehend nicht regulierten Bereich der Kreditwirt-

²⁶⁹ Ruland, Zur Entwicklung des Bankaufsichtsrechts bis 1945, 1988, S. 188; Honold, Die Bankenaufsicht, 1956, S. 72 f.

²⁷⁰ Abgedruckt in Reichardt, Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939, 1942, § 3 Anm. 4.

²⁷¹ § 32 Abs. 1 RKWG von 1934 und § 30 Abs. 1 RKWG von 1939.

²⁷² § 32 Abs. 1 Satz 1 RKWG von 1934.

²⁷³ § 30 Abs. 1 Satz 1 RKWG von 1939.

²⁷⁴ § 30 Abs. 1 Satz 2 RKWG von 1939, § 32 Abs. 1 Satz 2 RKWG von 1934.

²⁷⁵ § 30 Abs. 1 Satz 3 RKWG von 1939.

²⁷⁶ Schippel, in: Kunze/Schippel/Schoeling (Hrsg.), Die Deutsche Bankwirtschaft, 1935–1938, Band 2, S. 519.

schaft der Kontrolle einer staatlichen Aufsicht.²⁷⁷ Unabhängig von der jeweiligen Ideologie diente die Einführung der Bankaufsicht in diesen Ländern dem Schutz der Allgemeininteressen im Bankensektor, zuvörderst der Sicherung der zentralen Kreditfunktion der Banken für die Realwirtschaft.²⁷⁸

b) Individualschutz nur für Inhaber von Spareinlagen

Individualschützender Regelgehalt fand sich im RKWG von 1934 und 1939 lediglich für Inhaber von Spareinlagen.²⁷⁹ Spareinlagen waren definiert als „Geldeinlagen auf Konten, die nicht den Zwecken des Zahlungsverkehrs, sondern der Anlage dienen und als solche, insbesondere durch Ausfertigung von Sparbüchern, gekennzeichnet sind“.²⁸⁰ Spareinlagen waren gesondert anzulegen.²⁸¹ Die Anlagemodalitäten wurden vom Aufsichtsamt²⁸² bzw. ab 1939 vom Reichswirtschaftsminister festgelegt.²⁸³ Spareinlagen mussten zu dem Zinssatz für Spareinlagen angenommen werden,²⁸⁴ der von den Spitzenverbänden der Kreditinstitute per Mehrheitsbeschluss festgelegt und vom Reichskommissar²⁸⁵ bzw. Reichsaufsichtsamt²⁸⁶ als verbindlich erklärt wurde. Insofern unterstanden die Spareinleger dem Schutz einheitlicher Zinsbedingungen. Über Spareinlagen durfte weder durch Überweisung noch durch Einlösung eines Schecks verfügt werden.²⁸⁷ Auszahlungen durften nur gegen Vorlage des Sparbuchs erfolgen.²⁸⁸ Auch buchhalterisch mussten die Kreditinstitute die Spareinlagen vom übrigen Geschäft getrennt führen und in den Monatsausweisen, Jahresbilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen gesondert ausweisen.²⁸⁹ Abgesehen von den Spareinlegern sah das RKWG keinen Individualschutz vor.

²⁷⁷ So führten zwischen 1929 und 1933 Bulgarien, Dänemark, die Freie Stadt Danzig, Griechenland, Mexiko, die damalige Tschechoslowakei und die Türkei staatliche Bankaufsicht als Reaktion ein. Bereits vorher führten in den 1920er Jahren Chile, Italien, Japan, Österreich, Polen, Portugal, Spanien eine Bankaufsicht ein. Eine umfassende Darstellung ist zu finden bei *Deumer*, Die Gesetzgebung des Auslandes auf dem Gebiet der Kreditbanken, in: Untersuchung des Bankwesens 1933, Referat IV/1.

²⁷⁸ *Deumer*, Die Gesetzgebung des Auslandes auf dem Gebiet der Kreditbanken, in: Untersuchung des Bankwesens 1933, Referat IV/1, S. 5.

²⁷⁹ §§ 22–27 RKWG von 1934 und §§ 22–27 RKWG von 1939.

²⁸⁰ § 22 Abs. 1 RKWG 1934/1939.

²⁸¹ § 24 Abs. 1 RKWG von 1934 und § 24 Abs. 1 RKWG von 1939.

²⁸² § 24 Abs. 2 RKWG von 1934.

²⁸³ § 24 Abs. 2 RKWG von 1939.

²⁸⁴ § 23 Abs. 1 RKWG 1934/1939.

²⁸⁵ § 38 Satz 1 RKWG von 1934.

²⁸⁶ § 36 Satz 1 RKWG von 1939.

²⁸⁷ § 22 Abs. 3 RKWG 1934/1939.

²⁸⁸ § 22 Abs. 2 RKWG 1934/1939.

²⁸⁹ § 25 1. Halbs. RKWG 1934/1939.

III. Kreditwesengesetz von 1961

Nach dem zweiten Weltkrieg ging der Bankensektor in den östlichen und westlichen Besatzungszonen unterschiedliche Wege. In der sowjetischen Besatzungszone schloss zunächst der Besatzungschef der Stadt Berlin bereits im April 1945 alle Banken und verbot die Fortführung jedweder Bankaktivität sowie die Entnahme jeglicher Werte unter Strafantrohung.²⁹⁰ Daraufhin verstaatlichte die sowjetische Militäradministration im Juli 1945 sämtliche Banken in der sowjetischen Besatzungszone.²⁹¹ Dortige Banken unterlagen von da an bis zum Ende der DDR der vollumfänglichen Kontrolle des Staates,²⁹² hafteten aber auch privatrechtlich.²⁹³ Demgegenüber wendeten die westlichen Besatzungszonen das RKWG nach anfänglichen Unsicherheiten weiter an.²⁹⁴ Da die zentralisierten Aufsichtsbehörden aus Reichszeiten nicht mehr existierten, übernahmen die Landesfinanzminister und ab 1948 die Landeszentralbanken die Bankaufsicht.²⁹⁵ 1961 vereinheitlichte der Bundesgesetzgeber die Bankaufsicht durch Erlass des Kreditwesengesetzes (KWG von 1961).²⁹⁶ Das BVerfG bestätigte die Bundeskompetenz per Normenkontrollverfahren,²⁹⁷ nachdem die Frage jahrelang für Streit zwischen Bund und Ländern gesorgt hatte.²⁹⁸

1. Materielles Aufsichtsrecht

Das KWG von 1961 orientierte sich inhaltlich stark am RKWG, einschließlich der Erlaubnispflicht, Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen. Die Aufsicht übernahm das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BaKred) als

²⁹⁰ Befehl Nr. 1 des Chefs der Besatzung der Stadt Berlin betreffs der Bankenschließung vom 28. April 1945, Punkt 6, abgedruckt in *Kohmley/Dewey*, Bankensystem und Geldumlauf in der DDR 1945–1955, 1956, S. 115.

²⁹¹ Befehl Nr. 1 des Oberbefehlshabers der Sowjetischen Militär-Administration in Deutschland vom 23. Juni 1945 zur Neuorganisation der deutschen Finanz- und Kreditorgane, abgedruckt im VOBl. für die Provinz Sachsen 1945, S. 16 f.

²⁹² Umfassend zur planwirtschaftlichen Umgestaltung des Bankenwesens in der DDR die Dissertationsschrift von *P. Schmidt*, Die Rolle der Banken, des Kredits und des Geldes bei der Schaffung der Grundlagen des Sozialismus in der DDR 1948 bis 1952, 1979. Zur Funktion der Banken in der planwirtschaftlichen Gesellschaft *Kohmley/Dewey*, Bankensystem und Geldumlauf in der DDR 1945–1955, 1956, S. 9 ff.

²⁹³ Umfassend und monographisch *Wessel*, Haftung der Banken der DDR für ihre Mitarbeiter und für Dritte in den Zivil- und Wirtschaftsrechtsbeziehungen, 1983.

²⁹⁴ Mangels Verkörperung nationalsozialistischen Gedankengutes fiel es nicht unter den Aufhebungstatbestand nach Art. I oder den Nichtanwendungsbefehl nach Art. II des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 zur Aufhebung von Nazi-Gesetzen vom 20. September 1945, KRABl. Nr. 1, S. 6.

²⁹⁵ Bestätigt in BVerwG, Urteil vom 07. Februar 1957 – I C 66.54 – Rn. 14 (BVerwGE 4, 271); einen guten Überblick über die Entwicklung der Bankaufsicht in der unmittelbaren Nachkriegszeit bietet *Honold*, Die Bankenaufsicht, 1956, S. 74 ff.

²⁹⁶ Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961, BGBl. I S. 881.

²⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 24. Juli 1962 – 2 BvF 4, 5/61, 1, 2/62 (BVerfGE 14, 197).

²⁹⁸ *Neus*, in: *Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber* (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 152.

selbständige Bundesoberbehörde in Zusammenarbeit mit der Bundesbank.²⁹⁹ Hinsichtlich des von Kreditinstituten vorzuhaltenden Eigenkapitals verlangte das KWG von 1961 lediglich, dass dies „zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte“ angemessen sei,³⁰⁰ und überließ die Konkretisierung dem BaKred im Einvernehmen mit der Bundesbank.³⁰¹ Der Regierungsentwurf begründete dies damit, dass die Unterschiedlichkeit der Geschäftsstrukturen verschiedener Bankensparten regulatorische Flexibilität erforderten und daher einer gesetzlichen Regelung entgegenstünden.³⁰² Die behördliche Konkretisierung erfolgte durch den Erlass von sog. „Grundsätzen“,³⁰³ die ermessenskonkretisierende Verwaltungsvorschriften waren und daher – anders als Rechtsnormen und Verwaltungsakte – keine Außenwirkung entfalteten.³⁰⁴ Im Fall der Nichtbeachtung der Grundsätze durch ein Kreditinstitut war das Aufsichtsamt zu Auskunfts- und Prüfungsmaßnahmen angehalten.³⁰⁵ Wenngleich die Nichtbeachtung der Eigenkapitalgrundsätze zur Versagung einer beantragten Erlaubnis ex ante führen konnte,³⁰⁶ reichte sie nicht als Grund aus, um die Erlaubnis ex post zu entziehen.³⁰⁷ Neben den Eigenkapitalbestimmungen oblag es auch dem BaKred, die Liquiditätsanforderungen an Banken im Einvernehmen mit der Bundesbank in Grundsätzen festzulegen.³⁰⁸ Das Kreditgeschäft wurde dahingehend geregelt, dass die Banken dem Aufsichtsamt bestimmte Kredite anzeigen mussten, die wegen des Volumens oder wegen vermuteter Interessenskonflikte für die Solvenz der Bank eine besondere Gefahr darstellten.³⁰⁹ Hierzu zählten Kredite, die mehr als 15 % des Eigenkapitals überschritten (Großkredite),³¹⁰ Kredite oberhalb einer Million Mark (Millionenkredite)³¹¹ sowie Kredite gegenüber Geschäftsleitern, Gesellschaftern, Angehörigen des Aufsichtsorgans und Angestellten der Bank (Organkredite)³¹².

2. Aufsichtsziele

Das KWG von 1961 benannte die Aufsichtsziele nicht ausdrücklich, jedoch indirekt in der allgemeinen Norm über die Aufsichtsaufgaben. § 6 Abs. 1 KWG

²⁹⁹ §§ 5 Abs. 1, 7 KWG von 1961.

³⁰⁰ § 10 Abs. 1 Satz 1 KWG von 1961.

³⁰¹ § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG von 1961.

³⁰² Regierungsentwurf zum Kreditwesengesetz, BT-Drs. 3/1114, S. 23.

³⁰³ § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG von 1961.

³⁰⁴ Regierungsentwurf zum Kreditwesengesetz, BT-Drs. 3/1114, S. 23 f.; zur ähnlich gelagerten Frage der Bindungswirkung der MaRisk s. unten S. 153 ff.

³⁰⁵ Regierungsentwurf zum Kreditwesengesetz, BT-Drs. 3/1114, S. 24.

³⁰⁶ § 33 Abs. 1 Nr. 1 KWG von 1961.

³⁰⁷ Umkehrschluss zu § 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG von 1961.

³⁰⁸ § 11 KWG von 1961.

³⁰⁹ Regierungsentwurf zum Kreditwesengesetz, BT-Drs. 3/1114, S. 24.

³¹⁰ § 13 KWG von 1961.

³¹¹ § 14 KWG von 1961.

³¹² §§ 15 f. KWG von 1961.

von 1961 wies dem BaKred die allgemeine Bankaufsicht nach den Vorschriften des KWG zu. Obwohl die Norm selbst keine Rechtsfolgen benannte, wurde sie als Generalklausel für Eingriffsbefugnisse der allgemeinen Bankaufsicht verstanden, auch für Fälle, in denen Sondertatbestände keine Rechtsfolgen vorsahen.³¹³ Neben der laufenden Bankaufsicht erhielt das BaKred nach § 6 Abs. 2 KWG von 1961 die Aufgabe, Missständen im Kreditwesen durch schlichtes Verwaltungshandeln entgegenzuwirken.³¹⁴ Dem Wortlaut zufolge hatte die Aufsicht dabei einen Schutzauftrag in drei Richtungen: erstens für die Bankkunden („die Sicherheit der den Banken anvertrauten Vermögenswerte“), zweitens für die Bank selbst (Gewährleistung der „ordnungsgemäßen Durchführung von Bankgeschäften“) und drittens für die Gesamtwirtschaft (Verhinderung „erheblicher Nachteile für die Gesamtwirtschaft“).³¹⁵ Zeitgenössische Kommentarliteratur beschrieb diese erweiterte Aufsichtsfunktion über das gesamte Kreditwesen als eine Aufgabe der Wirtschafts-, Kredit- und Bankpolitik, die aufgrund ihrer großen Tragweite eigentlich dem Bundesfinanzministerium zustehen sollte.³¹⁶ Der Regierungsentwurf begründete die Norm damit, dass das BaKred neben der laufenden Aufsicht vorausschauend die allgemeine Entwicklung des Kreditwesens dahingehend überwachen sollte, ob sich Tendenzen ergeben, die dem Gesetzeszweck widersprechen.³¹⁷ Da § 6 Abs. 2 KWG von 1961 keine Eingriffsbefugnis erteilte,³¹⁸ konnte das BaKred diese Aufgabe nur erfüllen, indem es formale Anordnungen nach anderen Befugnisnormen erließ, informell auf die Kreditinstitute einwirkte oder der Bundesregierung oder dem Gesetzgeber Maßnahmen vorschlug.³¹⁹

In der Missstandsaufsicht musste die Bankaufsicht seit Erlass des KWG die unternehmerische Freiheit der Banken mit den Schutzbedürfnissen der Bankkunden sowie der Gesamtwirtschaft abwägen. Hierbei hatte sie jedoch im Gegensatz zur Bankaufsicht unter dem RKWG³²⁰ mangels allumfassender Eingriffsbefugnisse nur eingeschränkte Handlungsspielräume. Aus dem ersten Schutzzweck des § 6 Abs. 2 KWG könnte man herauslesen, dass der Gesetzgeber die Bankaufsicht durchaus auch zum Schutz der Bankkunden konzipierte, vermittelt durch den Schutz der individualisierbaren Vermögenswerte, die sie

³¹³ Bähre/Schneider, KWG-Kommentar, 2. Aufl. 1976, § 6 Rn. 2.

³¹⁴ Der aktuelle Normtext von § 6 Abs. 2 KWG gleicht insofern dem des KWG von 1961, freilich erweitert um die Aufsicht über Finanzdienstleistungen, vgl. zur aktuellen Fassung *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 16 ff.

³¹⁵ § 6 Abs. 2 KWG von 1961.

³¹⁶ Bähre/Schneider, KWG-Kommentar, 2. Aufl. 1976, § 6 Rn. 3.

³¹⁷ Regierungsentwurf zum Kreditwesengesetz, BT-Drs. 3/1114, S. 30.

³¹⁸ Bähre/Schneider, KWG-Kommentar, 2. Aufl. 1976, § 6 Rn. 3.

³¹⁹ So bereits vorgeschlagen im Regierungsentwurf zum Kreditwesengesetz, BT-Drs. 3/1114, S. 30.

³²⁰ S. oben S. 39 ff.

der Bank anvertrauen.³²¹ Allerdings folgte der BGH im *Wetterstein-Urteil*³²² aus der fehlenden Eingriffsbefugnis mit Blick auf die Staatshaftung, dass § 6 Abs. 2 KWG (anders als § 6 Abs. 1 KWG) keine individualschützende Amtspflicht zugunsten einzelner Gläubiger begründen könne.³²³ Diese Sicht teilte auch die zeitgenössische Kommentarliteratur.³²⁴ Vom Wortlaut der Norm lässt jedoch der nach wie vor ungeänderte Wortlaut des § 6 Abs. 2 KWG den Rückschluss auf ein Individualschutzziel zu, das durch den Schutz der Vermögenswerte der Kunden zu erreichen ist. Dies ist freilich auf die allgemeine Missstandsaufsicht ohne Eingriffsbefugnis beschränkt.

IV. Europäisierung des Bankaufsichtsrechts

Das deutsche Bankaufsichtsrecht wurde spätestens seit Ende der 1970er Jahre zunehmend vom Europarecht³²⁵ beeinflusst.³²⁶ In der Gesamtschau lassen sich die bedeutendsten Neuerungen seit Erlass des Kreditwesengesetzes auf supranationale europäische Rechtsetzung zurückführen. Entsprechend der unionsrechtlichen Normenhierarchie entspringen die Einflüsse dem Primär- und Sekundärrecht. Der historische Blick zeigt, dass insbesondere das bankaufsichtsrechtliche Sekundärrecht zunehmend Hinweise auf Einleger-, Anleger- und Verbraucherschutz enthielt. Als Prämisse wird hier angenommen, dass diese Hinweise grundsätzlich als Individualschutz zu verstehen sind. Dies folgt auch aus verschiedenen Sprachfassungen der europäischen Rechtsakte, die Individuen oder Gruppen von Individuen als zu schützende Subjekte benennen, was gesondert untersucht wird.³²⁷ Die Reichweite dieser unionsrechtlichen Individualschutzziele und die Anforderungen an ihre nationale Umsetzung sind davon zu trennen und werden am Ende dieser Arbeit behandelt.³²⁸

1. Grundfreiheiten und *Parodi-Urteil* des EuGH

Der hier als „Europäisierung“ bezeichnete Prozess europäischer Überformung des Bankaufsichtsrechts kann bereits auf die Gründungsverträge der Euro-

³²¹ *Gramlich*, in: Schmidt (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Besonderer Teil 1, 1995, S. 470; a. A. *Becker*, *Grundsatzfragen der Bankenregulierung*, wisu 1988, 106, 107.

³²² Näher hierzu s. unten S. 194 ff.

³²³ BGH, Urteil vom 15. Februar 1979 – III ZR 108/76 – Rn. 11 (BGHZ 74, 144).

³²⁴ *Bähre/Schneider*, *KWG-Kommentar*, 2. Aufl. 1976, § 6 Rn. 4.

³²⁵ Der begrifflichen Einfachheit halber wird im Folgenden für die gesamte geschichtliche Entwicklung der Begriff „Europarecht“ verwendet, um unabhängig vom jeweils aktuellen institutionellen Namen supranationales Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union zu umfassen.

³²⁶ Zum Teil wird der Beginn dieses Prozesses auch erst auf Mitte der 1980er Jahre bestimmt, so z. B. *Neus*, in: *Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber* (Hrsg.), *KWG und CRR*, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 160.

³²⁷ S. unten S. 74 ff.

³²⁸ S. unten S. 243 ff.

päischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 zurückgeführt werden.³²⁹ Die den „Gemeinsamen Markt“ (ab 1993 „Binnenmarkt“³³⁰) schaffenden Grundfreiheiten des Personen-, Dienstleistungs-, Kapitalverkehrs und der Niederlassung gelten seitdem auch für Banken und verbieten den Mitgliedstaaten Markt Zugangsbeschränkungen. Diese Obergrenze³³¹ für nationales Regulierungsrecht konkretisierte der EuGH im Urteil *Parodi* aus dem Jahre 1997 dahingehend, dass er das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Bankerlaubnissen zwischen EU-Mitgliedstaaten aus der Dienstleistungsfreiheit ableitete.³³² So schuf er durch Primärrechtsauslegung bereits die Grundlagen des sog. „Europäischen Passes“³³³ für den Zeitraum vor dessen sekundärrechtlicher Ausgestaltung.³³⁴ Was der Unionsgesetzgeber durch positive Integration konkretisierte, formte der EuGH rückwirkend durch negative Integration.³³⁵

a) *Parodi*

Im Fall *Parodi* verlangte eine französische Immobiliengesellschaft die Feststellung der Nichtigkeit eines Hypothekendarlehensvertrags, den sie mit einer holländischen Bank geschlossen hatte, und forderte von der Darlehensgeberin die Rückzahlung der gezahlten Zinsen und Vertragskosten.³³⁶ Die Klägerin berief sich auf französisches Recht, das für die Wirksamkeit des Hypothekendarlehensvertrags eine französische Bankerlaubnis voraussetzte. Die niederländische Darlehensgeberin hatte keine solche französische Bankerlaubnis, jedoch eine niederländische. Also legte die französische Cour de cassation dem

³²⁹ So *Gramlich*, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, 1995, S. 440 f.

³³⁰ Den Begriffswandel im Primärrecht nahm der Vertrag von Maastricht vor, vgl. Präambel und vielfache Änderungen des EWG-Vertrags in Titel II Vertrag über die Europäische Union, unterzeichnet zu Maastricht am 7. Februar 1992, ABl. Nr. C191 vom 29.7.1992, S. 1. Das Sekundärrecht benutzte den Begriff Binnenmarkt bereits zuvor, etwa Erwägungsgrund 4 RL 89/647/EWG, dazu s. unten S. 56; zur Schaffung eines Binnenmarkts im Versicherungssektor bereits früh *Badenhoop* VW 1987, 622.

³³¹ Zum Begriff ausführlich *Grundmann*, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 109 ff.

³³² EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222.

³³³ *Berger/Badenhoop* WM 2018, 1078, 1079 ff.; *dies.* EBOR 2018, 679, 682 ff.; *Becker*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, KWG, Band 3, Stand: Dezember 2019, § 53b Rn. 2 ff.

³³⁴ S. unten S. 54 f.

³³⁵ Zu den Begriffen der positiven und negativen Integration aus der politischen Ökonomie *Scharpf*, in: Höpner/Schäfer (Hrsg.), Die politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, S. 49; *ders.*, Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch?, 1999, S. 47 ff.; eine aktuelle Kritik der negativen Integration durch den EuGH aus demokratietheoretischer Perspektive *ders.*, MPIfG Discussion Paper 2016/14; *Grimm*, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 2016.

³³⁶ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 2–3.

EuGH die Frage vor, ob die Anwendung der französischen Erlaubnisnorm auf die grenzüberschreitende Erbringung von Bankgeschäften durch eine in den Niederlanden zugelassene Bank gegen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit verstoße.³³⁷ Der EuGH bejahte grundsätzlich den Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, es sei denn, die Beschränkung gelte für alle Institute im Bestimmungsstaat und sei aus Gründen des Allgemeininteresses wie z. B. dem Verbraucherschutz gerechtfertigt und insgesamt verhältnismäßig.³³⁸ Zwar überließ der EuGH die Subsumtion im konkreten Fall dem vorlegenden Gericht, doch wies er in einem obiter dictum darauf hin, dass das Erfordernis einer festen Niederlassung im Zielstaat praktisch die Dienstleistungsfreiheit für grenzüberschreitende Bankgeschäfte negiere.³³⁹ Laut EuGH müsse in einem solchen Fall nachgewiesen werden, dass das Niederlassungserfordernis eine unerlässliche Voraussetzung zum Erreichen des verfolgten Ziels sei.³⁴⁰ Für die Zulässigkeit einer solchen negationsgleichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gelten demnach höhere Anforderungen als im Fall der einfachen Beschränkung. Da das französische Recht für Banken mit Sitz außerhalb Frankreichs eine Zweigniederlassung mit entsprechendem Eigenkapital in Frankreich voraussetzte, bedeutete die Zulassungspflicht für die niederländische Bank im Fall *Parodi* jedenfalls die Pflicht zur teilweisen Niederlassung in Frankreich. Somit lässt sich das obiter dictum des EuGH so verstehen, dass er einen erhöhten Rechtfertigungsbedarf für die französische Regelung sah. Die für die Subsumtion zuständige Cour de Cassation hingegen erachtete die vom EuGH aufgestellten Rechtfertigungsvoraussetzungen als erfüllt, da die Erlaubnis- und Zweigniederlassungspflicht für ausländische Banken nach französischem Recht diskriminierungsfrei und zudem notwendig seien, um hinreichenden Schutz für die Systemstabilität und die Bankkunden zu gewährleisten.³⁴¹ Im Schrifttum wurde kritisiert, dass die Cour de Cassation nicht anhand des richtigen, erhöhten Maßstabs der Negation subsumiert, sondern eine einfache Beschränkung geprüft habe.³⁴² Die Cour de Cassation verneinte den Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und verwies den Rechtsstreit an die Cour d'Appel de Paris. Diese wiederum nahm einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit an,³⁴³ was das Schrifttum sehr positiv aufnahm.³⁴⁴ Die erneute Revision der Klägerin

³³⁷ Cour de Cassation, Chambre commerciale, Vorlagebeschluss vom 13. Juni 1995, Bulletin 1995 IV Nr. 174, S. 161.

³³⁸ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 32.

³³⁹ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 31.

³⁴⁰ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 31.

³⁴¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, Urteil vom 20. Oktober 1998, Bulletin 1998 IV Nr. 246, S. 204.

³⁴² *Sousi Euredia* 1999, 68, 70 Rn. 10 f.; *dies.*, Recueil Dalloz 1999, 10, 11.

³⁴³ Cour d'Appel de Paris, Urteil vom 14. Juni 2000, Erste Kammer, Sektion G, abgedruckt in *Euredia* 2000, 249.

³⁴⁴ *Sousi Euredia* 2000, 255.

stellte die Cour de Cassation wegen der Verletzung prozessualer Beibringungsobliegenheiten ein.³⁴⁵

b) Individualschutz in *Parodi*

Das EuGH-Urteil *Parodi* führte auf unionsrechtlicher Ebene den Individualschutz als Ziel der Bankaufsicht ein und steht somit im Gegensatz zur Beschränkung des deutschen Bankaufsichtsrechts auf den Markt- und Funktionsschutz. Zunächst bezeichnete der EuGH den Bankensektor als besonders „sensiblen“ Bereich für den Verbraucherschutz.³⁴⁶ Verbraucher müssten insbesondere „gegen eine mögliche Schädigung durch Bankgeschäfte geschützt werden, die von Kreditinstituten geführt werden, die den Anforderungen an ihre Zahlungsfähigkeit nicht genügen oder deren Geschäftsführer nicht die erforderliche fachliche Eignung oder die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen“.³⁴⁷ Während das Primärrecht dem Wortlaut zufolge dem Binnenmarkt den Vorrang gibt, operationalisierte der EuGH den Verbraucherschutz als besonderes Schutzgut im europäischen Bankrecht, und zwar als möglichen Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.³⁴⁸ Zum einen erkannte er den Verbraucherschutz so als nationales bankaufsichtsrechtliches Schutzgut unionsrechtlich an, zum anderen statuierte er ihn implizit als unionsrechtliches Aufsichtsziel.

Auch in der Literatur wurde *Parodi* als europarechtliche Begründung des Individualschutzes allgemein aus der ersten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie und aus dem Primärrecht verstanden.³⁴⁹ Dass die Cour de Cassation die Vorgaben des EuGH unter Berufung auf den Einleger- und Darlehensnehmerschutz wohlwollend auslegte und die französische Regelung damit aufrecht erhielt,³⁵⁰ kritisierten Literaturstimmen als unionsrechtswidrig und als Verschleierung protektionistischer Motive.³⁵¹ Ein weiterer Kritikpunkt war, dass die Cour de Cassation Einleger und Darlehensnehmer als gleichsam schützenswert einstufte. Laut *Sousi* waren die klagenden Darlehensnehmer, die sich ihrer vertraglichen Schuld entledigen wollten, nicht so schützenswert, dass die Dienstleistungsfreiheit im grenzüberschreitenden Kreditgeschäft durch das Niederlassungserfordernis negiert werden dürfe.³⁵² Die Debatte zeigt, wie der Fall *Parodi* den

³⁴⁵ Cour de Cassation, Beschluss vom 12. Juni 2001, abgedruckt und besprochen von *Sousi* in *Euredia* 2001–2002, 371.

³⁴⁶ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 22.

³⁴⁷ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 22.

³⁴⁸ EuGH, Urteil vom 09.07.1997, C-222/95, Rs. *Parodi*, Celex-Nr. 61995CJ0222, Rn. 32.

³⁴⁹ *Andenas*, *International and Comparative Law Quarterly* 1998, 719, 721.

³⁵⁰ Cour de Cassation, Chambre commerciale, Urteil vom 20. Oktober 1998, *Bulletin* 1998 IV Nr. 246, S. 204.

³⁵¹ *Andenas* *Euredia* 2000, 388, 402.

³⁵² *Sousi* *Euredia* 1999, 68, 70.

Verbraucher-, Einleger- und Darlehensnehmerschutz bereits primärrechtlich verortete und den Individualschutz in den Fokus der zu entscheidenden Rechtsfragen rückte.

c) Parodi zum Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und Bankprivatrecht

Zudem ist *Parodi* vorliegend relevant, da sich der Rechtsstreit um die Frage der Unwirksamkeit eines Darlehensvertrags wegen eines Verstoßes gegen nationales Bankaufsichtsrecht drehte, also im Kern die aufsichtsrechtlichen Auswirkungen auf das Privatrecht betraf. Während nationales Recht die Übernahme der aufsichtsrechtlichen Wertung im Privatrecht vorgab, konnte sich aus den Grundfreiheiten ein anderes Verhältnis ergeben. Obwohl die Cour de Cassation letzteres anders als die Vorinstanzen beurteilte und wohl auch anders, als der EuGH es nahelegte, zeigt *Parodi*, dass das Unionsrecht bereits primärrechtlich das Verhältnis zwischen Bankaufsichts- und Bankprivatrecht mitbestimmt. Freilich ist diese Mitbestimmung auf den grenzüberschreitenden Verkehr von Bankdienstleistungen beschränkt. Die horizontale Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit zwischen Banken und ihren Kunden stellt jedoch ein Vehikel dar, mit dem das europäische Bankrecht bereits aus primärrechtlichen Gründen in das Privatrecht einwirkt.³⁵³ Privatrecht kann wie in *Parodi* in Form von vertraglichen Wirksamkeitshindernissen berührt sein, aber auch in Form von Schadensersatzforderungen wegen Nichtbefolgung aufsichtsrechtlicher Pflichten.

2. Sekundärrechtliche Harmonisierung

Die Europäisierung des Bankaufsichtsrechts erfolgte überwiegend durch sekundärrechtliche Harmonisierung. Während der europäische Gesetzgeber am Anfang vor allem Grundsteine für einen gemeinsamen Mindeststandard legte, z. B. durch die Einführung einer unionsweiten Erlaubnispflicht, entwickelte er sich später zunehmend zum Hauptakteur in der Bankenregulierung bis hin zur Schaffung des eurozonenweit einheitlichen Aufsichtsmechanismus im Rahmen der Europäischen Bankenunion.

a) Erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie und EuGH-Urteil Romanelli

Die sekundärrechtliche Harmonisierung begann mit der ersten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie von 1977³⁵⁴ zur Vereinheitlichung bankaufsichtsrechtlicher Standards, die insbesondere EWG-weit die Bankerlaubnispflicht einführt und

³⁵³ Andere bezeichnen dies als horizontale „Direktwirkung“, etwa *Müller-Graff*, EuR 2014, 3.

³⁵⁴ Erste Richtlinie des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (RL 77/780/EWG), ABl. Nr. L322 vom 17.12.1977, S. 30.

die Erlaubnisvoraussetzungen harmonisierte.³⁵⁵ Zwar erfüllte das KWG bereits die meisten Standards der Richtlinie,³⁵⁶ doch musste es beim Erlaubnisantrag um die Pflicht zu Einreichung des Geschäftsplans der Bank erweitert werden.³⁵⁷ Die Richtlinie förderte den Gemeinsamen Markt für Bankgeschäfte, indem sie die Diskriminierungsverbote der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit konkretisierte. So durften Mitgliedstaaten zwar für Zweigstellen von Banken aus anderen Mitgliedstaaten eine Zulassungspflicht vorsehen,³⁵⁸ mussten aber die Rechtsform des Herkunftsstaates akzeptieren.³⁵⁹

Der Individualschutz spielte bereits in der ersten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie eine gewisse Rolle. Der europäische Gesetzgeber nannte den Sparer-schutz in den Erwägungsgründen als Ziel der Koordinierung auf dem Gebiet des gesamten Kreditsektors und stellte ihn damit auf die gleiche Ebene wie das Ziel, gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.³⁶⁰ Der Blick auf die Entstehung des Gesetzes zeigt, dass der Sparer-schutz erst auf Drängen des Wirtschafts- und Sozialausschusses eingefügt wurde, während der ursprüngliche Kommissionsentwurf allein den Wettbewerbsschutz als Ziel anführte.³⁶¹ Laut Wirtschafts- und Sozialausschuss würde die mangelnde Harmonisierung der nationalen Vorschriften des Bankaufsichtsrechts, mit dem „hauptsächlich die Sicherung der Sparer und der Schutz der Ersparnisbildung bezweckt [werde], im Hinblick auf dieses Ziel zu ernststen Ungleichheiten, ja sogar zu gewissen Gefahren führen“.³⁶² So fand sich der Sparer-schutz als Zielbestimmung bereits in der ersten sekundärrechtlichen Harmonisierung des Bankaufsichtsrechts.³⁶³ Der EuGH erkannte diesen Sparer-schutz im Urteil *Romanelli* ausdrücklich als aufsichtsrechtliches Ziel an.³⁶⁴ Auch die laufende Beaufsichtigung von Zweigstellen in anderen Mitgliedstaaten diene explizit der Erhaltung der Zahlungs-

³⁵⁵ Art. 3 Abs. 1, Abs. 2–7 RL 77/780/EWG.

³⁵⁶ Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 25.

³⁵⁷ Art. 3 Abs. 4 RL 77/780/EWG.

³⁵⁸ Art. 4 Abs. 1 RL 77/780/EWG.

³⁵⁹ Art. 4 Abs. 2 RL 77/780/EWG.

³⁶⁰ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG.

³⁶¹ Erwägungsgrund 3 Kommissionsvorschlag einer Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. Nr. C12 vom 17.1.1975, S. 7.

³⁶² Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. Nr. C263 vom 17.11.1975, S. 25, Rn. 1.1.3.

³⁶³ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG: „Die Koordinierungsarbeiten in bezug auf die Kreditinstitute müssen zum Schutz der Sparer und zur Schaffung gleicher Bedingungen für den Wettbewerb unter diesen Kreditinstituten für den gesamten Kreditsektor gelten“.

³⁶⁴ EuGH, Urteil vom 11.02.1999, C-366/97, Rs. *Romanelli*, Celex-Nr. 61997CJ0366, Rn. 12.

fähigkeit und Liquidität sowie dem Sparerenschutz allgemein.³⁶⁵ Mitgliedstaaten durften grundsätzlich nicht die Zulassung von der Prüfung der wirtschaftlichen Bedürfnisse des nationalen Marktes abhängig machen.³⁶⁶ Eine zeitlich begrenzte³⁶⁷ Ausnahme hierzu bestand nur, wenn die Kriterien generell, im Voraus festgelegt, veröffentlicht waren und sich auf bestimmte Ziele richteten, wie z. B. auf die Sicherheit von Spareinlagen.³⁶⁸

b) Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie

1989 folgte die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie,³⁶⁹ die aufbauend auf einem hohen Harmonisierungsgrad der Zulassungsvoraussetzungen erstmals im Sekundärrecht die gegenseitige Anerkennung der in verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Bankzulassungen vorschrieb. So schuf sie das System des „Europäischen Passes“, das bis heute den grenzüberschreitenden Verkehr für Bankdienstleistungen innerhalb der EU³⁷⁰ regelt.³⁷¹ Hiernach können Banken, die in einem Mitgliedstaat zugelassen sind, ohne zusätzliches Genehmigungserfordernis Bankdienstleistungen grenzüberschreitend exportieren (Dienstleistungsfreiheit) sowie Zweigniederlassungen frei eröffnen (Niederlassungsfreiheit).³⁷² Dieses System gewährt privilegierteren Marktzugang als das vom EuGH in *Parodi* entwickelte System, das noch auf der Inländergleichbehandlung beruhte und den Mitgliedstaaten Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ließ. Seit der sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Europäischen Passes dürfen EU-Mitgliedstaaten keine eigenständigen marktzugangerschwerernden Erlaubnisanforderungen für Kreditinstitute aufstellen, die in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen sind und die aufsichtsrechtlichen Standards erfüllen.³⁷³ Insofern werden Einschränkungen

³⁶⁵ Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 RL 77/780/EWG.

³⁶⁶ Art. 3 Abs. 3 lit. a RL 77/780/EWG.

³⁶⁷ Art. 3 Abs. 3 lit. b und c RL 77/780/EWG.

³⁶⁸ Art. 3 Abs. 3 lit. d RL 77/780/EWG.

³⁶⁹ Zweite Richtlinie des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG (RL 89/646/EWG), ABl. Nr. L386 vom 30.12.1989, S. 1.

³⁷⁰ Durch das EWR-Abkommen wird der Binnenmarkt u. a. auch für Bankdienstleistungen auf den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) erweitert. Die EU implementierte es durch Beschluss des Rates und der Kommission vom 13. Dezember 1993 über den Abschluss des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L1 vom 3. Januar 1994, S. 1; Beschluss des Rates und der Kommission vom 13. Dezember 1993 über den Abschluss des Anpassungsprotokolls zum Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L1 vom 3. Januar 1994, S. 571.

³⁷¹ Vertiefend und auf bankaufsichtsrechtliche Konsequenzen des EU-Austritts von Großbritannien eingehend *Berger/Badenhoop* WM 2018, 1078; *dies.* EBOR 2018, 679.

³⁷² Art. 18 Abs. 1 RL 89/646/EWG.

³⁷³ *Becker*, in: Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, Band 3, Stand: Dezember 2019, § 53b Rn. 2 ff.

der Dienstleistungsfreiheit, die primärrechtlich im Rahmen der vom EuGH aufgestellten Parameter rechtfertigbar wären, vom Sekundärrecht verhindert. Wie bereits in *Parodi* ersichtlich betrifft die gegenseitige Anerkennung bankaufsichtsrechtlicher Standards stets auch unmittelbar die Ebene möglicher vertraglicher Wirksamkeitshindernisse und somit das Privatrecht.

In ihrer Zielrichtung widmete sich die zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie dem Individualschutz nicht viel stärker als die erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie. In den Erwägungsgründen wies sie auf angestrebte Rechtsakte zur Harmonisierung bestimmter Finanzdienstleistungen und Kapitalanlagen hin, um den Schutz der Verbraucher und Kapitalanleger zu gewährleisten.³⁷⁴ Den Sparererschutz nannte sie zwar nicht mehr explizit als Ziel der Richtlinie selbst. Dennoch begriff der EuGH den Sparererschutz im Urteil *Romanelli* auch als Ziel dieser Richtlinie.³⁷⁵ Überdies wurde der Schutz von Einlegern und Anlegern im Gesetzestext punktuell bedeutend. Wenn Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Verbot der genehmigungslosen Einlagenannahme gewähren wollten, mussten sie hinreichende Regelungen und Kontrollen zum Zweck des Einleger- und Anlegerschutzes treffen.³⁷⁶ Die zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie führte für dringende Fälle eine Eingriffsbefugnis der Aufsichtsbehörde des AufnahmeStaats ein. Wenn die Zweigniederlassung eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstituts nicht die aufsichtsrechtlichen Anforderungen des AufnahmeStaats erfüllte, durfte die Aufsichtsbehörde Maßnahmen ergreifen, die für den Schutz der Interessen von Einlegern, Investoren oder sonstigen Dienstleistungsempfängern notwendig waren.³⁷⁷ Diesen Standard griff der EuGH im Urteil *Parodi* auf.³⁷⁸

c) Basel I und Harmonisierung der Eigenkapitalanforderungen

Die Harmonisierung materieller Aufsichtsnormen erfolgte zunehmend insbesondere im Bereich der Eigenkapitalerfordernisse. Die Eigenmittelrichtlinie³⁷⁹ für Kreditinstitute von 1989 führte als erster europarechtlicher Rechtsakt konkrete Eigenkapitalvorgaben ein. Sie setzte teilweise Empfehlungen³⁸⁰ (sog. Basel I³⁸¹)

³⁷⁴ Erwägungsgrund 11 RL 89/646/EWG.

³⁷⁵ EuGH, Urteil vom 11.02.1999, C-366/97, Rs. *Romanelli*, Celex-Nr. 61997CJ0366, Rn. 12.

³⁷⁶ Art. 3 Satz 2 RL 89/646/EWG.

³⁷⁷ Art. 21 Abs. 7 RL 89/646/EWG.

³⁷⁸ S. oben S. 49 ff.

³⁷⁹ Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten, ABl. Nr. L124 vom 5. 5. 89, S. 16.

³⁸⁰ Basler Ausschuss für Bankenbestimmungen und -überwachung, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Juli 1988, verfügbar unter <https://www.bis.org/publ/bcbs04ade.pdf>.

³⁸¹ Zum Begriff *Neus*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 169.

des bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich ansässigen Basler Ausschusses für Bankaufsicht um. Wenngleich die Eigenmittelrichtlinie noch keine festen Mindestquoten für Eigenkapital vorschrieb, harmonisierte sie den Begriff der Eigenmittel.³⁸² Außerdem setzte sie ein Mindestverhältnis des eingezahlten Kapitals (Kernkapital)³⁸³ und der Rücklagen³⁸⁴ zu den sonstigen Eigenmittelbestandteilen wie Neubewertungsrücklagen³⁸⁵, Wertberichtigungen³⁸⁶ oder Haftsummen der Mitglieder genossenschaftlicher Kreditinstitute³⁸⁷ fest.³⁸⁸ Als Ziel der Harmonisierung der Eigenkapitalregelungen benannte die Eigenmittelrichtlinie die Sicherung der kontinuierlichen Tätigkeit der Kreditinstitute und den Sparerenschutz.³⁸⁹ Es folgten weitere Richtlinien, die der Stärkung der Solidität und Solvabilität der Kreditinstitute dienen.³⁹⁰ Die Solvabilitätsrichtlinie führte den Koeffizienten von 8% für die Unterlegung der risikogewichteten Aktiva mit Eigenkapital ein (sog. Solvabilitätskoeffizient)³⁹¹ und setzte somit einen der Kernpunkte von Basel I um.³⁹² So ist auch die differenzierte Risikogewichtung der Aktiva eine Umsetzung von Basel I.³⁹³ Weder Basel I noch die Solvabilitätsrichtlinie nannten den Sparer-, Einleger- oder sonstigen Individualschutz als Ziele der Reform. Vielmehr dienten die Reformempfehlungen von Basel I einerseits der Stabilisierung des internationalen Banksystems und andererseits der Verringerung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen international tätigen Banken.³⁹⁴ Laut der Solvabilitätsrichtlinie bestand der Harmonisierungszweck in der Erreichung der gegenseitigen mitgliedstaatlichen Anerkennung von Aufsichtstechniken und in der Vollendung des Binnenmarkts auf dem Gebiet des Kreditwesens.³⁹⁵ Auch die darauffolgende Kapitaladäquanz-

³⁸² Art. 2 Abs. 1 RL 89/299/EWG.

³⁸³ Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 89/299/EWG.

³⁸⁴ Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 RL 89/299/EWG.

³⁸⁵ Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 RL 89/299/EWG.

³⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RL 89/299/EWG.

³⁸⁷ Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL 89/299/EWG.

³⁸⁸ Art. 6 Abs. 1 RL 89/299/EWG.

³⁸⁹ Erwägungsgrund 1 RL 89/299/EWG.

³⁹⁰ Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute, ABl. Nr. L386 vom 30.12.1989, S. 14; Richtlinie 92/30/EWG des Rates vom 6. April 1992 über die Beaufsichtigung von Kreditinstituten auf konsolidierter Basis, ABl. Nr. L110 vom 28.4.1992, S. 52; Richtlinie 92/121/EWG des Rates vom 21. Dezember 1992 über die Überwachung und Kontrolle der Großkredite von Kreditinstituten, ABl. Nr. L29 vom 5.2.1992, S. 1.

³⁹¹ Art. 10 Abs. 1 RL 89/647/EWG.

³⁹² Basler Ausschuss für Bankenbestimmungen und -überwachung, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Juli 1988, S. 18 Rn. 44.

³⁹³ Basler Ausschuss für Bankenbestimmungen und -überwachung, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Juli 1988, S. 11 ff., Anlage 2 und 3.

³⁹⁴ Basler Ausschuss für Bankenbestimmungen und -überwachung, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Juli 1988, S. 2 Rn. 3.

³⁹⁵ Erwägungsgrund 4 RL 89/647/EWG.

richtlinie³⁹⁶ rückte vom Individualschutzziel ab. Ihr Regelungsziel bestand im Abbau von Wettbewerbsverzerrungen zwischen Wertpapier- und Kreditinstituten.³⁹⁷ Inhaltlich harmonisierte sie die Eigenmittelvorgaben für Kreditinstitute noch weiter, erstreckte diese auf Wertpapierfirmen und legte zudem bei der Risikobewertung einen stärkeren Fokus auf Marktrisiken.³⁹⁸ Ohne europarechtlichen Einfluss hob der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung mit der vierten KWG-Novelle gleichzeitig die Vorschriften zum Schutz des Sparverkehrs auf.³⁹⁹ Laut Regierungsentwurf sollte dies die Vertragsfreiheit stärken, denn die Sparer seien mit verschiedenen Sparformen vertraut und damit nicht mehr so schutzbedürftig wie bei der Einführung der Sparvorschriften im RKWG von 1934.⁴⁰⁰ Zudem bestehe durch die richterliche AGB-Kontrolle hinreichend Schutz vor willkürlich nachteiligen Sparbedingungen.⁴⁰¹ Die sonst als regulierungsmehrend wahrgenommene⁴⁰² vierte KWG-Novelle enthielt somit auch deregulierende Elemente.

d) Basel II und CRD I

Angesichts der Schwächen von Basel I einigte sich der Basler Ausschuss Anfang der 2000er Jahre auf neue Empfehlungen für Kreditinstitute (sog. Basel II).⁴⁰³ Um Regulierungsarbitrage insbesondere bei den Kreditrisiken zu unterbinden, verlangte er neue Risikomessmodelle. Basel II schlug als Standardansatz die Risikomessung unter Berücksichtigung externer Ratings vor.⁴⁰⁴ Alternativ konnte ein auf internen Ratings basierender Ansatz (IRB) gewählt werden.⁴⁰⁵ Basel II nannte den Einlegerschutz als Hauptziel der Aufsicht und leitete daraus die Pflicht der Banken ab, jederzeit angemessenes Eigenkapital verfügbar

³⁹⁶ Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. vom 11.6.1993 Nr. L141/1.

³⁹⁷ Erwägungsgründe 9f. RL 93/6/EWG.

³⁹⁸ Art. 4 bis 6 RL 93/6/EWG.

³⁹⁹ Art. 1 Abs. 17 Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und anderer Vorschriften über Kreditinstitute, BGBl. 1992 I S. 2211.

⁴⁰⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und anderer Vorschriften über Kreditinstitute vom 8.10.1992, BT-Drs. 12/3377, S. 35.

⁴⁰¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und anderer Vorschriften über Kreditinstitute vom 8.10.1992, BT-Drs. 12/3377, S. 36.

⁴⁰² *Neus*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band I, Einführung Rn. 160.

⁴⁰³ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen – Überarbeitete Rahmenvereinbarung umfassende Version, Juni 2006 (Basel II), verfügbar unter <https://www.bis.org/publ/bcbs128.pdf>.

⁴⁰⁴ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen – Überarbeitete Rahmenvereinbarung umfassende Version, Juni 2006, S. 22 ff.

⁴⁰⁵ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen – Überarbeitete Rahmenvereinbarung umfassende Version, Juni 2006, S. 58 ff.

zu haben, was bei Bankengruppen jede einzelne Bank betreffen sollte.⁴⁰⁶ Zur Umsetzung dieser Standards fasste die EU die Bankenrichtlinie und Kapitaladäquanzrichtlinie deutlich detaillierter neu (zusammen sog. CRD I).⁴⁰⁷ Allein die Normtexterweiterung spricht für sich.⁴⁰⁸ Der quantitative Zuwachs korrespondierte mit einer starken Ausdifferenzierung, insbesondere im Hinblick auf die bilanzielle Behandlung und Berechnung von Eigenkapital. In der Gesamtschau wird Basel II jedoch als teilweise Deregulierung gesehen.⁴⁰⁹ Entsprechend Basel II betonte auch die neugefasste Kapitaladäquanzrichtlinie den individuellen Schutzzweck der Bankaufsicht. Dabei differenzierte der europäische Gesetzgeber nicht zwischen den Anlegern als Gläubigern von Anleihen, deren Handel regelmäßig über Wertpapierfirmen erfolgt, und den Einlegern als Gläubigern von Einlagen, die wiederum ein Kreditinstitut voraussetzen. Laut den Erwägungsgründen dienten die Eigenkapitalvorschriften für Kreditinstitute und Wertpapierfirmen der Absorbierung von Verlusten, um so die Geschäftskontinuität und den Anlegerschutz zu gewährleisten.⁴¹⁰ Dass sich die Eigenkapitalpflicht auf jedes einzelne Mitglied einer Gruppe von Kreditinstituten oder Wertpapierfirmen erstreckte, sollte überdies den Schutz von Einlagen bewirken.⁴¹¹ In jedem Fall drücken diese Erwägungsgründe aber aus, dass CRD I den Individualschutz sowohl gegenüber Kreditinstituten als auch gegenüber Wertpapierfirmen fördern wollte. Stärker noch als in der Kapitaladäquanzrichtlinie trat in der Bankenrichtlinie der Individualschutz als Aufsichtsziel zutage. Diese Richtlinie betonte neben der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen wieder den Spärschutz als Ziel europäischer Koordinierung des Bankaufsichtsrechts.⁴¹² Auch die Meldepflicht des Abschlussprüfers im Fall von finanziellen oder organisatorischen Schief lagen wurde mit dem besseren Schutz der Bankkunden begründet.⁴¹³ Zudem bezweckte die Bankenrichtlinie mit der konsolidierten Eigenkapitalbemessung den Schutz der Einlagen.⁴¹⁴ Die konsolidierte

⁴⁰⁶ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen – Überarbeitete Rahmenvereinbarung umfassende Version, Juni 2006, S. 8 Rn. 23.

⁴⁰⁷ Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung), ABl. Nr. L177 vom 30.6.2006, S. 1; Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (Neufassung), ABl. Nr. L177 vom 30.6.2006, S. 201.

⁴⁰⁸ Während die Bankenrichtlinie von ursprünglich acht bzw. 13 Seiten auf 55 Seiten inklusive Anhängen in der Neufassung anwuchs, verachtachte sich das Volumen der Kapitaladäquanzrichtlinie von 26 auf 200 Seiten.

⁴⁰⁹ *Grundmann*, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 33, 37 mwN.

⁴¹⁰ Erwägungsgrund 12 RL 2006/49/EG.

⁴¹¹ Erwägungsgrund 27 RL 2006/49/EG.

⁴¹² Erwägungsgrund 5 RL 2006/48/EG.

⁴¹³ Erwägungsgrund 27 RL 2006/48/EG.

⁴¹⁴ Erwägungsgrund 46 RL 2006/48/EG.

Aufsicht als solche diene eben gerade sowohl der Stabilität des Finanzsystems (Marktschutz) als auch dem Schutz der Kunden des Kreditinstituts (Individualschutz).⁴¹⁵ In der Gesamtschau ist die zunehmende Bedeutung des Individualschutzes in der Begründung der inter- und supranationalen Bankaufsichtsnormen bemerkenswert.

e) *Basel III und CRD IV/CRR*

Es folgten die globale Finanzkrise und viele Bankenrettungen mit Steuergeldern.⁴¹⁶ In diesem Kontext bestand internationale Einigkeit darüber, dass die bisherige Bankenregulierung nicht ausreichte und daher neue, robustere und striktere Regeln erforderlich waren.⁴¹⁷ Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht beschloss unter der Bezeichnung Basel III neue Rahmenregeln für die Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen an Banken.⁴¹⁸ Die EU setzte diese Rahmenregeln in einem umfassenden Bankaufsichtsregelwerk um, das aus der CRD IV⁴¹⁹ und der CRR⁴²⁰ besteht. Die CRD IV nennt als ihr „Hauptziel und Gegenstand“ die „Koordinierung der nationalen Vorschriften über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, über die Modalitäten der Unternehmensführung und den Aufsichtsrahmen“.⁴²¹ Sie dient zuvörderst der Harmonisierung der nationalen Aufsichtsvorschriften und damit dem „reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts“.⁴²² Interessanterweise beschränken die CRD IV und CRR die Aufsichtsziele aber nicht auf rein öffentliche Ziele wie den Funktionsschutz oder die Finanzmarktstabilität, sondern nennen vielfach auch individuelle Schutzziele wie den Einleger- und Anlegerschutz. So soll die CRR Aufsichtsanforderungen festlegen, „die sich strikt auf die Funktionsweise der Bank- und Finanzdienstleistungsmärkte beziehen und die Finanzstabilität der Wirtschaftsteilnehmer an diesen Märkten sichern sowie einen hohen Grad an Anleger- und Einlegerschutz gewährleisten sollen“.⁴²³ Dies zeigt, dass

⁴¹⁵ Erwägungsgrund 57 RL 2006/48/EG.

⁴¹⁶ Zur aufsichtsrechtlichen Reaktion der EU umfassend *Moloney*, in: Wymeersch/Hopt/Ferrarini (Hrsg.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, 2012, S. 71.

⁴¹⁷ Vgl. G20-Erklärung zur Stärkung der Finanzsysteme vom 20. April 2009, verfügbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975254/475006/71108d9f4cd67803dda290e508a834ab0/g20-erklaerung-london-2009-de-data.pdf?download=1>.

⁴¹⁸ Basler Ausschuss, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Dezember 2010 (überarbeitet im Juni 2011), verfügbar unter: <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>; Basler Ausschuss, *Basel III: International framework for liquidity risk measurement, standards and monitoring*, Dezember 2010, verfügbar unter: <https://www.bis.org/publ/bcbs188.pdf> (zurzeit gilt die Überarbeitung von 2014: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d295.pdf>).

⁴¹⁹ S. oben Einleitung Fn. 32.

⁴²⁰ S. oben Einleitung Fn. 33.

⁴²¹ Erwägungsgrund 2 Satz 2 CRD IV.

⁴²² Erwägungsgründe 6, 13 Satz 1, 102 Satz 1 CRD IV.

⁴²³ Erwägungsgrund 7 Satz 1 CRR.

die CRR die speziell auf die Funktionsweise des Bankwesens bezogenen Aufsichtspflichten nicht nur als marktschützend konzipiert, sondern in besonderem Maße auch den Schutz der Anleger und Einleger bezweckt. Diese doppelte Zielrichtung prägt in ähnlicher Weise auch die CRD IV, die zusammen mit der CRR zu lesen ist.⁴²⁴ Wie ihre Vorgängerrichtlinien begreift die CRD IV die Koordinierung der Bankaufsicht zum Schutz der Sparer und der Wettbewerbsgleichheit.⁴²⁵ Darüber hinaus zielt die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis darauf ab, „die Interessen von Einlegern und Anlegern zu schützen und die Stabilität des Finanzsystems sicherzustellen“.⁴²⁶ Technische Standards der Bankaufsicht sollen „eine kohärente Harmonisierung und einen unionsweit angemessenen Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern gewährleisten“.⁴²⁷ Zudem dient die unverzügliche Mitteilungspflicht der Abschlussprüfer gegenüber der Aufsichtsbehörde neben der Aufsichtsstärkung auch dem besseren Schutz der Kunden, wenn sie „Kenntnis von bestimmten Sachverhalten erhalten, die die finanzielle Lage eines Instituts oder dessen Geschäftsorganisation oder Rechnungswesen schwer beeinträchtigen könnten“.⁴²⁸ Die vielfache Nennung des Einleger- und Anlegerschutzes legt nahe, dass die CRD IV und CRR neben den öffentlichen auch privaten Schutzziele dienen.⁴²⁹

f) CRD V und CRR II

Das aktuelle Regelwerk der CRD IV und CRR wird in der Zukunft geändert. Im November 2016 veröffentlichte die Kommission Vorschläge zur Novellierung der CRD IV,⁴³⁰ der CRR,⁴³¹ der BRRD,⁴³² und der SRM-VO⁴³³. Zunächst wur-

⁴²⁴ Erwägungsgrund 2 Satz 4 CRD IV.

⁴²⁵ Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV.

⁴²⁶ Erwägungsgrund 47 Satz 1 CRD IV.

⁴²⁷ Erwägungsgrund 91 Satz 1 CRD IV.

⁴²⁸ Erwägungsgrund 33 Satz 1 CRD IV.

⁴²⁹ Ausführlich s. unten S. 256 ff.

⁴³⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmaßnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmaßnahmen, Brüssel 23.11.2016, COM(2016) 854 final (CRD V-Vorschlag).

⁴³¹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 in Bezug auf die Verschuldungsquote, die strukturelle Liquiditätsquote, Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, das Gegenparteiausfallrisiko, das Marktrisiko, Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien, Risikopositionen gegenüber Organismen für gemeinsame Anlagen, Großkredite, Melde- und Offenlegungspflichten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, Brüssel 23.11.2016, COM(2016) 850 final (CRR II-Vorschlag).

⁴³² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungsfähigkeit von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG,

den nur eng umgrenzte Änderungen der CRR im Dezember 2017 beschlossen, die im Bereich der Rechnungslegung der Einführung des neuen International Financial Reporting Standard (IFRS 9) dienen.⁴³⁴ Im Mai 2019 verabschiedete der europäische Gesetzgeber dann das sog. Banken-Paket, bestehend aus den vier Rechtsakten CRD V,⁴³⁵ CRR II,⁴³⁶ BRRD II⁴³⁷ und SRM-VO II⁴³⁸. Sie ersetzen die bisherigen Rechtsakte nicht, sondern ergänzen bzw. ändern sie. Das Paket soll insgesamt die Schwächen des bisherigen Regulierungsrahmens ausbessern und die Reformagenda vollenden.⁴³⁹

Die Richtlinie CRD V ist bis zum 28. Dezember 2020 in das nationale Recht umzusetzen.⁴⁴⁰ Die meisten Bestimmungen der Verordnung CRR II gelten unmittelbar ab dem 28. Juni 2021.⁴⁴¹ Manche Normen entfalten aber schon frü-

2002/47/EG, 2012/30/EU, 2011/35/EU, 2005/56/EG, 2004/25/EG und 2007/36/EG, Brüssel 23.11.2016, COM(2016) 852 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den Rang unbesicherter Schuldtitel in der Insolvenzrangfolge, Brüssel 23.11.2016, COM(2016) 853 final (BRRD II-Vorschlag).

⁴³³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungsfähigkeit von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, Brüssel 23.11.2016, COM(2016) 851 final (SRM-VO II-Vorschlag).

⁴³⁴ Verordnung (EU) 2017/2395 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 in Bezug auf Übergangsbestimmungen zur Verringerung der Auswirkungen der Einführung des IFRS 9 auf die Eigenmittel und zur Behandlung von bestimmten auf die Landeswährung eines Mitgliedstaats lautenden Risikopositionen gegenüber dem öffentlichen Sektor als Großkredite, ABl. Nr. L345 vom 27.12.2017, S. 27.

⁴³⁵ Richtlinie (EU) 2019/878 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmaßnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmaßnahmen, ABl. Nr. L150 vom 7.6.2019, S. 253.

⁴³⁶ Verordnung (EU) 2019/876 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 in Bezug auf die Verschuldungsquote, die strukturelle Liquiditätsquote, Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, das Gegenparteiausfallrisiko, das Marktrisiko, Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien, Risikopositionen gegenüber Organismen für gemeinsame Anlagen, Großkredite, Melde- und Offenlegungspflichten und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. Nr. L150 vom 7.6.2019, S. 1.

⁴³⁷ Richtlinie (EU) 2019/879 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungskapazität von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und der Richtlinie 98/26/EG, ABl. Nr. L150 vom 7.6.2019, S. 296.

⁴³⁸ Verordnung (EU) 2019/877 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungskapazität von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABl. Nr. L150 vom 7.6.2019, S. 226.

⁴³⁹ CRD V-Vorschlag, S. 2.

⁴⁴⁰ Art. 2(1) CRD V.

⁴⁴¹ Art. 3(2) CRR II.

her⁴⁴² oder erst später⁴⁴³ Wirkung. Die das materielle Abwicklungsrecht ändernde Richtlinie BRRD II ist bis zum 28. Dezember 2020 in das nationale Recht umzusetzen.⁴⁴⁴ Die SRM-VO II, die das institutionelle Bankabwicklungsrecht modifiziert, gilt unmittelbar ab dem 28. Dezember 2020.⁴⁴⁵

Inhaltlich hat das Banken-Paket zwei Tendenzen. Zum einen erhöht es die Eigenkapital-, Liquiditätsanforderungen und Governance-Regeln. Hinsichtlich der Governance modifiziert die CRD V die Regeln der Unternehmensführung und Vergütung.⁴⁴⁶ Die Eigenkapitalanforderungen werden an vielerlei Stelle geschärft. So haben nationale Aufsichtsbehörden mehr Befugnisse, zusätzliche Eigenmittelanforderungen festzulegen.⁴⁴⁷ Die Möglichkeit, Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten zu verringern, wird hingegen eingeschränkt.⁴⁴⁸ Die CRR II führt eine verbindliche Verschuldungsquote von 3 % ein⁴⁴⁹ mit strengen Zusatzregeln für global systemrelevante Institute (G-SRI).⁴⁵⁰ Verstöße gegen die Verschuldungsquote werden nach der CRD V anhand von Ausschüttungsbeschränkungen sanktioniert.⁴⁵¹ Zudem schafft die CRR II eine verbindliche strukturelle Liquiditätsquote.⁴⁵² Die BRRD II und die SRM-VO II verschärfen die institutsspezifische Mindestanforderung an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten (*minimum requirement for own funds and eligible liabilities* – MREL).⁴⁵³ Zugleich ergänzen sie die Standards für die allgemeine Verlustabsorptionsfähigkeit und die Gesamtverlustabsorptionsfähigkeit für G-SRI (*total loss-absorbing capacity* – TLAC).⁴⁵⁴

Zum anderen verringert das Banken-Paket die regulatorische Last der Institute teilweise, indem es einige aufsichtsrechtliche Normen um Verhältnis-

⁴⁴² Vereinzelte Normen gelten seit dem 1. Januar 2019 rückwirkend (nach Art. 3(8) CRR II) und seit dem 27. Juni 2019 (nach Art. 3(3) CRR II).

⁴⁴³ Vereinzelte Normen gelten bereits ab dem 28. Dezember 2020 (nach Art. 3(4) CRR II), ab dem 1. Januar 2022 (nach Art. 3(5) CRR II), ab dem 28. Juni 2023 (nach Art. 3(6) CRR II) oder 12 Monate nach Inkrafttreten bestimmter technischer Regulierungsstandards (nach Art. 3(7) CRR II).

⁴⁴⁴ Art. 3(1) UAbs. 1 und 2 BRRD II; vereinzelt Bestimmungen sind erst bis zum 1. Januar 2024 umzusetzen, Art. 3(1) UAbs. 3 BRRD II.

⁴⁴⁵ Art. 2(2) SRM-VO II.

⁴⁴⁶ Insbesondere Art. 74, 84–98 CRD IV n. F. (ersetzt bzw. ergänzt durch Art. 1 Nr. 19, 21–29 CRD V).

⁴⁴⁷ Art. 104(1) lit. a CRD IV n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 32 lit. a CRD V), Art. 104a–104c CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 33 CRD V).

⁴⁴⁸ Art. 77, 78 CRD IV n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 36, 37 CRD V), Art. 78a CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 38 CRD V).

⁴⁴⁹ Art. 92(1) lit. d CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 46 lit. a CRR II).

⁴⁵⁰ Art. 92(1a) CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 46 lit. b CRR II).

⁴⁵¹ Art. 141b CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 52 CRD V).

⁴⁵² Art. 428a–428az CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 116 CRR II).

⁴⁵³ Art. 45–45m BRRD n. F. (ersetzt bzw. eingeführt durch Art. 1 Nr. 17 BRRD II); Art. 12–12d SRM-VO n. F. (ersetzt bzw. eingeführt durch Art. 1 Nr. 6 SRM-VO II).

⁴⁵⁴ Erwägungsgründe 1–17, 24 f. BRRD II; Erwägungsgründe 1–10, 15, 21 SRM-VO II.

mäßigkeitserwägungen ergänzt.⁴⁵⁵ In diesem Sinne schafft es auch vereinzelte Ausnahmen bzw. Erleichterungen für kleinere Institute unter der neuen Kategorie der „kleinen und nicht komplexen Institute“⁴⁵⁶ im Gegensatz zu den „großen Instituten“.⁴⁵⁷ Für kleine und nicht komplexe Institute schafft die CRR II Ausnahmeregelungen bei der strukturellen Liquiditätsquote hinsichtlich der verfügbaren und erforderlichen stabilen Refinanzierung.⁴⁵⁸ Sie haben auch erleichterte Offenlegungspflichten.⁴⁵⁹

Der Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern spielt auch bei CRD V und CRR II weiter eine Rolle, obwohl diese in erster Linie die Liquiditäts- und Eigenkapitalanforderungen ändern. So dienen nach der CRD V die harmonisierten Kriterien zur Einstufung eines Instituts als klein und einer variablen Vergütung als gering neben der Aufsichtskonvergenz und Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen auch dem angemessenen Schutz für Einleger, Anleger und Verbraucher.⁴⁶⁰ Zudem kann die Zulassung weiterhin entzogen werden, wenn das Institut „keine Gewähr mehr für die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern, namentlich keine Sicherheit mehr für die ihm von Einlegern anvertrauten Vermögenswerte, bietet“.⁴⁶¹ Die CRD V führt ferner eine Anzeigepflicht für Zweigstellen von Kreditinstituten mit Sitz in einem Drittstaat ein, mindestens einmal jährlich Informationen über die Regelungen der Einlagensicherung zu übermitteln, durch die die Einleger der Zweigstelle geschützt werden.⁴⁶² Die CRR II bezweckt die Risikoverminderung für Investoren in Infrastrukturprojekte.⁴⁶³ Zudem schützt sie Kleinanleger als Endbegünstigte bei Mindestwertzusagen.⁴⁶⁴ Insofern erhalten die CRD V und CRR II die doppelte Schutzrichtung des europäischen Bankaufsichtsrechts von System- und Individualschutz aufrecht.

3. *Institutionalisierung der europäischen Bankaufsicht*

Parallel zur materiellen Vereinheitlichung fand ein Prozess der supranationalen Institutionalisierung der europäischen Bankaufsicht statt, der seinerseits auch

⁴⁵⁵ Art. 18(7) UAbs. 2 lit. b, 430(6), 458(4) UAbs. 6 lit. c CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 12, 118, 122 lit. b CRR II); Art. 97(4) UAbs. 2, 97(4a), 104(2) UAbs. 1, 131(5a), 133(8) lit. a, 133(12) UAbs. 2, 143(1) lit. c CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 28 lit. b, c, 32 lit. a, 47 lit. e, 49, 54 CRD V).

⁴⁵⁶ Art. 4 Abs. 1 Nr. 145 CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 2 lit. a (xv) CRR II).

⁴⁵⁷ Art. 4 Abs. 1 Nr. 146 CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 2 lit. a (xv) CRR II).

⁴⁵⁸ Art. 428ai CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 116 CRR II).

⁴⁵⁹ Art. 433b CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 119 CRR II).

⁴⁶⁰ Erwägungsgrund 8 Satz 1 CRD V.

⁴⁶¹ Art. 18 lit. d CRD IV n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 8 CRD V).

⁴⁶² Art. 47(1a) lit. d CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 11 CRD V).

⁴⁶³ Erwägungsgründe 60, 61 CRR II.

⁴⁶⁴ Erwägungsgrund 32 CRR II; Art. 132c(3) lit. e CRR n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 63 CRR II).

der Förderung des System- und Individualschutzes diene. Was mit einer verstärkten Zusammenarbeit der nationalen Aufsichtsbehörden begann, mündete in der Übertragung direkter Aufsichtskompetenzen auf die EZB im einheitlichen Aufsichtsmechanismus innerhalb der Eurozone.

a) Koordinierung nationaler Aufsichtsbehörden

Die erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie von 1977 schrieb für die Aufsicht über grenzüberschreitende Bankdienstleistungen eine enge Zusammenarbeit zwischen den jeweiligen nationalen Bankaufsichtsbehörden des Herkunfts- und Aufnahmestaats vor.⁴⁶⁵ Sie mussten Informationen über die Leitung, Verwaltung und Eigentumsverhältnisse austauschen, um die Aufsicht, insbesondere im Hinblick auf ihre Liquidität und Zahlungsfähigkeit zu erleichtern.⁴⁶⁶ Die zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie von 1989 erweiterte diesen Prozess der Kooperation, der im System der gegenseitigen Anerkennung von Bankerlaubnissen umso größere Bedeutung erlangte. Denn sie übertrug die Aufsichtskompetenz über Zweigstellen in anderen EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich der Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaates.⁴⁶⁷ Hierfür musste der Aufnahmemitgliedstaat die notwendigen Vorschriften erlassen, um den Behörden des Herkunftsstaats auch im Aufnahmestaat vor Ort die Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben zu ermöglichen.⁴⁶⁸ Wenn die Verwaltungsstrukturen und die Finanzlage für die grenzüberschreitende Tätigkeit des betreffenden Kreditinstituts angemessen waren, musste die Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats der Aufsichtsbehörde des Aufnahmestaats sämtliche Informationen zur dort geplanten Tätigkeit übermitteln.⁴⁶⁹ Zugleich musste sie die Höhe des Eigenkapitals und des Solvabilitätskoeffizienten sowie Angaben über das Einlagensicherungssystem zum Schutz der Einleger der Zweigstelle mitteilen.⁴⁷⁰ Verstieß eine Zweigstelle dauerhaft gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen des Aufnahmestaats, unterrichteten die Aufsichtsbehörden des Aufnahmestaats die Behörden des Herkunftsstaats hierüber oder konnten gar selbst einschreiten.⁴⁷¹ In Eilfällen waren die Aufsichtsbehörden des Aufnahmemitgliedstaats befugt, die zum Schutz von Einlegern, Investoren oder anderen Dienstleistungsempfängern notwendigen Sicherungsmaßnahmen zu treffen.⁴⁷²

Als Reaktion auf die Insolvenz der international tätigen Bank of Credit and Commerce International (BCCI) im Jahr 1991 ergriff der europäische Gesetz-

⁴⁶⁵ Art. 7 Abs. 1 Satz 1 RL 77/780/EWG.

⁴⁶⁶ Art. 7 Abs. 1 Satz 2 RL 77/780/EWG.

⁴⁶⁷ Art. 13 Abs. 1 RL 89/646/EWG.

⁴⁶⁸ Art. 15 Abs. 1 RL 89/646/EWG.

⁴⁶⁹ Art. 19 Abs. 3 UAbs. 1 RL 89/646/EWG.

⁴⁷⁰ Art. 19 Abs. 3 UAbs. 2 RL 89/646/EWG.

⁴⁷¹ Art. 21 Abs. 2 bis 4 RL 89/646/EWG.

⁴⁷² Art. 21 Abs. 7 RL 89/646/EWG.

geber die Initiative, um die Kooperation zwischen verschiedenen nationalen Aufsichtsbehörden zur Herstellung von Transparenz bei grenzüberschreitend tätigen Finanzkonglomeraten zu stärken.⁴⁷³ Die sog. BCCI-Richtlinie⁴⁷⁴ förderte einerseits die Zusammenarbeit von Aufsichtsbehörden mit Zentralbanken und anderen für die Überwachung von Zahlungssystemen beauftragten Behörden,⁴⁷⁵ andererseits den Informationsaustausch mit den für die Liquidation bzw. Insolvenz von Kreditinstituten zuständigen Behörden.⁴⁷⁶ Zudem erlegte sie Rechnungsprüfern zum Schutz der Bankkunden Meldepflichten auf, sobald sie in ihrer Tätigkeit Kenntnis von Tatsachen erlangten, die die Finanzlage, die Geschäftsorganisation oder das Rechnungswesen des Kreditinstituts ernsthaft beeinträchtigen konnten.⁴⁷⁷ Es wird deutlich, dass in dieser Phase zwei Entwicklungsfaktoren für die Zusammenarbeit der nationalen Aufsichtsbehörden maßgeblich waren: zum einen die zunehmende Finanzmarktintegration aufgrund gegenseitiger Anerkennung der Bankerlaubnisse und zum anderen die Reaktion auf für nationale Aufsichtsbehörden undurchsichtige internationale Finanzkonglomerate. Wie sich aus den Begründungen ergibt, erfolgten diese teilweise auch zur Förderung des Individualschutzes.

b) *Comitology*

Nach der anfänglichen Phase der reinen Koordinierung nationaler Aufsichtsbehörden folgte ein zunehmender Aufbau europäischer Regulierungs- und Aufsichtsbehörden. Zunächst lag der Fokus auf der Schaffung europäischer Verwaltungsbehörden, die dann die gesetzlichen Aufsichtsregeln weiter konkretisierten. Auf Vorschlag des Lamfalussy-Berichts⁴⁷⁸ hin wurde für den Bereich der Finanzdienstleistungsregulierung der sog. *Comitology*-Prozess⁴⁷⁹ breit eingeführt.⁴⁸⁰ In diesem Verfahren, das auf anderen Gebieten des Europarechts

⁴⁷³ Erwägungsgrund 7 Kommissionsentwurf für die BCCI-RL, ABl. Nr. C229 vom 25.8.1993, S. 10.

⁴⁷⁴ Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1995 zur Änderung der Richtlinien 77/780/EWG und 89/646/EWG betreffend Kreditinstitute, der Richtlinien 73/239/EWG und 92/49/EWG betreffend Schadenversicherungen, der Richtlinien 79/267/EWG und 92/96/EWG betreffend Lebensversicherungen, der Richtlinie 93/22/EWG betreffend Wertpapierfirmen sowie der Richtlinie 85/611/EWG betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks verstärkter Beaufsichtigung dieser Finanzunternehmen, ABl. Nr. L168 vom 18.7.1995, S. 7.

⁴⁷⁵ Art. 5 RL 95/26/EG.

⁴⁷⁶ Art. 7 RL 95/26/EG.

⁴⁷⁷ Erwägungsgrund 15 RL 95/26/EG.

⁴⁷⁸ Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte unter dem Vorsitz von Alexandre Lamfalussy, Brüssel, 15. Februar 2001, S. 26 ff., verfügbar unter https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/lamfalussy_report.pdf.

⁴⁷⁹ Craig, UK, EU and Global Administrative Law, 2015, S. 356 f. m. w. N.; Craig/de Bürca, EU Law – Text, Cases, Materials, 6. Aufl. 2015, S. 137 f.

⁴⁸⁰ Für einen Überblick Schmolke NZG 2005, 912; Möllers EBOR 2010, 379.

seit Jahrzehnten angewandt wird, kann der Rat der Europäischen Kommission Befugnisse erteilen zum Erlass einheitlicher Durchführungsrechtsakte, die die Kommission unter Mitwirkung von Ausschüssen mit Vertretern nationaler Behörden erlässt.⁴⁸¹ Dies diene dazu, den Rechtsetzungsprozess im Bereich der Finanzdienstleistungen zu beschleunigen.⁴⁸² Entsprechende Ausschüsse entstanden zunächst im Bereich der Wertpapieraufsicht,⁴⁸³ aber dann auch in Bereichen der Versicherungs-⁴⁸⁴ und Bankenaufsicht. Für letzteren Bereich wurden die beiden Gremien des Bankenausschusses⁴⁸⁵ und des Ausschusses der Bankaufsichtsbehörden⁴⁸⁶ (CEBS – Committee of European Banking Supervisors) gegründet, die die Kommission bei der Regelsetzung beratend unterstützen.⁴⁸⁷

c) *Agencification und Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA)*

Zur Bändigung der Finanzkrise in der EU wurden die Ausschüsse auf Anregung des De-Larosière-Berichts⁴⁸⁸ in eigenständige Aufsichtsbehörden (*European Supervisory Authorities* – ESAs) umgewandelt, was als *Agencification* bezeichnet wird.⁴⁸⁹ So wurde das Europäische System der Finanzaufsicht

⁴⁸¹ Art. 291 Abs. 2 bis 4 AEUV (früher Art. 202 Punkt 3 EGV); Beschluss des Rates vom 13. Juli 1987 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. Nr. L197 vom 18.7.1987, S. 33; Beschluss des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. Nr. L184 vom 17.7.1999, S. 23; Beschluss des Rates vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. Nr. L200 vom 22.7.2006, S. 11.

⁴⁸² Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte unter dem Vorsitz von Alexandre Lamfalussy, Brüssel, 15. Februar 2001, S. 12 ff.

⁴⁸³ Beschluss 2001/527/EG der Kommission vom 6. Juni 2001 zur Einsetzung des Ausschusses der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden, ABl. Nr. L191 vom 13.7.2001, S. 43; Beschluss 2001/528/EG der Kommission vom 6. Juni 2001 zur Einsetzung des Europäischen Wertpapierausschusses, ABl. Nr. L191 vom 13.7.2001, S. 45.

⁴⁸⁴ Beschluss 2004/6/EG der Kommission vom 5. November 2003 zur Einsetzung des Ausschusses der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, ABl. Nr. L3 vom 7.1.2004, S. 30; Beschluss 2004/9/EG der Kommission vom 5. November 2003 zur Einsetzung des Europäischen Ausschusses für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, ABl. Nr. L3 vom 7.1.2004, S. 34.

⁴⁸⁵ Beschluss 2004/10/EG der Kommission vom 5. November 2003 zur Einsetzung des Europäischen Bankenausschusses, ABl. Nr. L3 vom 7.1.2004, S. 36.

⁴⁸⁶ Beschluss 2004/5/EG der Kommission vom 5. November 2003 zur Einsetzung des Ausschusses der europäischen Bankaufsichtsbehörden, ABl. Nr. L3 vom 7.2.2004, S. 28.

⁴⁸⁷ Für eine tiefgehende Analyse *Herdegen*, Bankenaufsicht im Europäischen Verbund – Banking Supervision within the European Union, 2010, S. 1–45.

⁴⁸⁸ Bericht der hochrangigen Expertengruppe für Finanzaufsicht unter dem Vorsitz von Jacques de Larosière, Brüssel, 25. Februar 2009, verfügbar unter: https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_de.pdf?27ac25e3e0132be567ddc3fa2590d579.

⁴⁸⁹ Aus EÜ-verfassungsrechtlicher Perspektive *Lenaerts* ELR 2014, 753.

(ESFS) geschaffen und der Ausschuss für Bankenaufsicht in die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) transformiert.⁴⁹⁰ Parallel entstanden im Rahmen des ESFS im Versicherungsbereich die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (EIOPA)⁴⁹¹ und im Wertpapierbereich die Europäische Aufsichtsbehörde für Wertpapierhandel (ESMA)⁴⁹². Diese ESA-Verordnungen wurden im Rahmen der sog. ESA-Reform zuletzt umfassend geändert durch die Verordnung (EU) 2019/2175,⁴⁹³ deren Bestimmungen am 1. Januar 2020 in Kraft getreten sind.⁴⁹⁴

aa) Aufgaben und Befugnisse der EBA

Die wesentliche Aufgabe der EBA liegt in der Regelsetzung, die sie durch technische Regulierungs-⁴⁹⁵ und Durchführungsstandards⁴⁹⁶ sowie durch Leitlinien und Empfehlungen⁴⁹⁷ ausübt.⁴⁹⁸ So soll die EBA ein EU-weit einheitliches Regelwerk (sog. *single rulebook*) schaffen.⁴⁹⁹ Die EBA hat keine eigenständige Be-

⁴⁹⁰ Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission (EBA-VO), ABl. Nr. L331 vom 15.12.2010, S. 12.

⁴⁹¹ Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl. Nr. L331 vom 15.12.2010, S. 48.

⁴⁹² Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl. Nr. L331 vom 15.12.2010, S. 84; monographisch zur Wirkmacht der ESMA *Moloney The Age of ESMA – Governing EU Financial Markets*, 2018.

⁴⁹³ Verordnung (EU) 2019/2175 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), der Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente, der Verordnung (EU) 2016/1011 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, und der Verordnung (EU) 2015/847 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers, ABl. Nr. L334 vom 27.12.2019, S. 1.

⁴⁹⁴ Dies gilt für die Bestimmungen zur Änderung der drei ESA-Verordnungen, Art. 7 Satz 2 Verordnung (EU) 2019/2175.

⁴⁹⁵ Art. 10 EBA-VO.

⁴⁹⁶ Art. 15 EBA-VO.

⁴⁹⁷ Art. 16 EBA-VO.

⁴⁹⁸ *Gortsos ECEFIL Working Paper No. 1*, 2011, S. 29 ff.

⁴⁹⁹ Erwägungsgrund 22 EBA-VO.

fugnis zur Setzung verbindlichen Rechts.⁵⁰⁰ Vielmehr müssen die von der EBA vorgelegten Regulierungs- und Durchführungsstandards unter Beteiligung des Europäischen Parlaments und des Rates⁵⁰¹ durch die Kommission erlassen werden.⁵⁰² Dass der EBA jedoch ein gewisses Gewicht eingeräumt wird, ist daran ersichtlich, dass die Kommission den Inhalt eines von der EBA entworfenen Regulierungsstandards nicht ändern kann, ohne sich vorher mit ihr abgestimmt zu haben.⁵⁰³ Die Leitlinien und Empfehlungen der EBA sind zwar rechtlich unverbindlich, allerdings müssen die betroffenen nationalen Aufsichtsbehörden und Finanzinstitute alle erforderlichen Anstrengungen unternehmen, um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen.⁵⁰⁴ Wenn sie die Leitlinien und Empfehlungen nicht befolgen wollen, müssen sie das gegenüber der EBA begründen⁵⁰⁵ (sog. *comply or explain*-Mechanismus⁵⁰⁶). Direkte Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse hat die EBA – anders als die ESMA⁵⁰⁷ – grundsätzlich nicht. Im Falle der Verletzung europäischen Aufsichtsrechts kann die EBA eine Untersuchung durchführen und eine Empfehlung an die nationale Aufsichtsbehörde richten.⁵⁰⁸ Nur ausnahmsweise kann die EBA direkt gegen andauernde Rechtsverletzungen einschreiten und dies erst nach einer förmlichen Stellungnahme der Europäischen Kommission sowie im Einklang mit dieser.⁵⁰⁹ Dass die EBA nur geringe Spielräume bei der Regelsetzung und Einzelfallentscheidung hat und streng an die Kommission rückgekoppelt ist, liegt an den Anforderungen des EuGH-Urteils *Meroni*, wonach eine primärrechtliche Institution, insbesondere die Kommission, keinen nennenswerten Ermessensspielraum auf untergeordnete europäische Behörden per delegierten Rechtsakt übertragen

⁵⁰⁰ Allgemein zu *agencies* und ihren rechtlichen Beschränkungen *Craig/de Burca*, EU Law – Texts, Cases, and Materials, 6. Aufl. 2015, S. 69 f.

⁵⁰¹ Art. 13 EBA-VO.

⁵⁰² Art. 10 Abs. 1 UAbs. 4 bis 8, Art. 15 Abs. 1 UAbs. 3 bis 7 EBA-VO.

⁵⁰³ Art. 10 Abs. 1 UAbs. 8, Art. 15 Abs. 1 UAbs. 7 EBA-VO.

⁵⁰⁴ Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 EBA-VO.

⁵⁰⁵ Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 EBA-VO; aus der Begründungspflicht und dem hieraus resultierenden Verbot willkürlicher Abweichung auf eine gewisse Verbindlichkeit schließend *Cappiello* EBOR 2015, 421, 430.

⁵⁰⁶ Zu abgeschwächteren *comply or explain*-Mechanismen bereits gegenüber dem CEBS *Ferran*, in: Wymeersch/Hopt/Ferrarini (Hrsg.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, 2012, S. 111, 126 f.

⁵⁰⁷ Die ESMA hat direkte Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse nach Art. 28, 29, 31 Leerverkaufs-VO 236/2012 (Fn. 511) und nach Art. 16–19, 21, 22a, 23b–23d, 24 Ratingagenturen-VO (Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. Nr. L302 vom 17.11.2009, S. 1, geändert durch Verordnung (EU) Nr. 513/2011, ABl. Nr. L145 vom 31.5.2011, S. 30, sowie Verordnung (EU) Nr. 462/2013, ABl. Nr. L146 vom 31.5.2013, S. 1); hierzu *Smits/Badenhoop* ELR 2019, 295, 303; grundlegend *Moloney* *The Age of ESMA – Governing EU Financial Markets*, 2018, S. 241–315.

⁵⁰⁸ Art. 17 Abs. 2 bis 3 EBA-VO.

⁵⁰⁹ Art. 17 Abs. 4 bis 6 EBA-VO.

darf.⁵¹⁰ Im Urteil über Großbritanniens Klage gegen die Befugnisse der ESMA gemäß der Leerverkaufsverordnung⁵¹¹ hielt der EuGH an den *Meroni*-Kriterien fest und entschied, dass die Befugnisse der ESMA mit ihnen konform sind.⁵¹² Da die EBA im Vergleich zur ESMA geringere Entscheidungsspielräume und Kompetenzen hat, dürfte der Befund des EuGHs über die *Meroni*-Kompatibilität im Erst-Recht-Schluss auf die EBA zu übertragen sein.⁵¹³

bb) Ziele der EBA

Die EBA verfolgt vor allem öffentliche, aber teilweise auch individualschützende Ziele. Sie wurde geschaffen, um die komplizierte und zugleich begrenzte Regelsetzung des CEBS abzulösen.⁵¹⁴ Ihr Hauptzweck ist die Verbesserung des Binnenmarktes durch Gewährleistung eines hohen, wirksamen und kohärenten Maßes an Regulierung und Beaufsichtigung.⁵¹⁵ Gemäß Art. 1 Abs. 5 Satz 1 EBA-VO besteht ihr Ziel darin, „das öffentliche Interesse zu schützen, indem sie für die Wirtschaft der Union, ihre Bürger und Unternehmen zur kurz-, mittel- und langfristigen Stabilität und Effektivität des Finanzsystems beiträgt“.⁵¹⁶ Hierzu zählen neben der Binnenmarktverbesserung die Integrität der Finanzmärkte, eine stärkere internationale Aufsichts koordinierung, die Verhinderung von Aufsichtsarbitrage, die Gewährleistung angemessener Regulierung von Kredit- und anderen Risiken sowie der Verbraucherschutz.⁵¹⁷ Primär ist das Handeln der EBA also auf den Schutz öffentlicher Interessen gerichtet.⁵¹⁸

Allerdings lassen sich der EBA-VO auch Individualschutzziele entnehmen. Laut den Erwägungsgründen soll die EBA „öffentliche Werte wie die Stabilität des Finanzsystems und die Transparenz der Märkte und Finanzprodukte schützen und den Schutz von Einlegern und Anlegern gewährleisten“.⁵¹⁹ Dies

⁵¹⁰ EuGH, Urteil vom 13.06.1958, C-9/56, Rs. *Meroni*, Celex-Nr. 61956CJ0009, S. 44.

⁵¹¹ Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps, ABl. Nr. L86 vom 24.3.2012, S. 1.

⁵¹² EuGH, Urteil vom 22.01.2014, C-270/12, Rs. *Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, Celex-Nr. 62012CJ0270, Rn. 53.

⁵¹³ Kritisch zur Übertragbarkeit des Vorgänger-EuGH-Urteils *ENISA* (EuGH, Urteil vom 02.05.2006, C-217/04, Rs. *ENISA*, Celex-Nr. 62004CJ0217) *Kohtamäki*, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, 2012, S. 158 ff.

⁵¹⁴ Erwägungsgründe 8–10 EBA-VO.

⁵¹⁵ Erwägungsgrund 11 Satz 1 EBA-VO.

⁵¹⁶ Dieser Wortlaut gilt unverändert auch nach der Änderung von Art. 1 Abs. 5 EBA-VO durch Art. 1(1) lit. b (i) Verordnung (EU) 2019/2175.

⁵¹⁷ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. a–f EBA-VO.

⁵¹⁸ Ohne Diskussion der Bedeutung der grundsätzlichen Beschränkung auf das öffentliche Interesse *Lehmann/Manger-Nestler* ZBB 2011, 2; *Kohtamäki*, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, 2012, S. 173 ff.

⁵¹⁹ Erwägungsgrund 11 Satz 2 EBA-VO; für eine sektorenübergreifende Analyse von Ge-

spricht für die übliche doppelte Schutzrichtung von Markt- und Individualschutz. Zwar kann die Ausrichtung der EBA-Ziele auf das „öffentliche Interesse“ als Ausschluss von Individualschutz verstanden werden.⁵²⁰ Die Förderung des Einleger- und Anlegerschutzes ist eine allgemeine Aufgabe der EBA nach Art. 8 Abs. 1 lit. h und i EBA-VO und weder im Normtext noch in den Erwägungsgründen⁵²¹ auf das öffentliche Interesse beschränkt. Das gilt auch für das Verbraucherschutzziel der EBA-VO, das zwar im Zusammenhang des „öffentlichen Interesses“ genannt, aber nicht hierauf beschränkt wird.⁵²² Für das Individualschutzziel spricht auch, dass die Ausarbeitung von technischen Standards durch die EBA neben der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen auch den angemessenen Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern bezweckt.⁵²³ Insofern enthalten sowohl der Einleger- und Anlegerschutz als auch der Verbraucherschutz der EBA ein individualschützendes Element.⁵²⁴

Die ESA-Reform hat den Zielkanon der EBA zum einen um „die Verbesserung der Aufsicht im gesamten Binnenmarkt“ und „die Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung“ erweitert.⁵²⁵ Zum anderen hat sie das Verbraucherschutzziel dahingehend ergänzt, dass die EBA zur „Verbesserung des Kunden- und Verbraucherschutzes“ beiträgt.⁵²⁶ Diese explizite Erwähnung des Kundenschlutzes neben dem Verbraucherschutz spricht zum einen dafür, dass die EBA nicht nur den Schutz von Verbraucherkunden bezweckt, sondern auch den Schutz von Unternehmern, die z. B. als Einleger oder Anleger Bankkunden sind. Zum anderen unterstützt die Ergänzung des Kundenschlutzes die hier vertretene These, dass die EBA-VO wie die anderen bankaufsichtsrechtlichen Rechtsakte der EU den Schutz individueller Kunden bezweckt.⁵²⁷

d) Europäische Bankenunion und Single Supervisory Mechanism (SSM)

Der nächste Schritt der Institutionalisierung europäischer Bankaufsicht war die Schaffung der eurozonenweiten Europäischen Bankenunion nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission von 2012.⁵²⁸ Die Europäische Banken-

heimhaltungspflichten der Aufsichtsbehörden nach dem europäischen Bank-, Wertpapier- und Versicherungsaufsichtsrecht *Smits/Badenhoop* ELR 2019, 295.

⁵²⁰ So für den Verbraucherschutz nach Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. f EBA-VO a. F. wohl *Gurlit* Bankrechtstag 2015, 3, 12.

⁵²¹ Erwägungsgrund 66 Satz 1 EBA-VO.

⁵²² Art. 1 Abs. 5 Satz 1, Satz 2 lit. f EBA-VO.

⁵²³ Erwägungsgrund 22 Satz 1 EBA-VO.

⁵²⁴ Näher dazu s. unten S. 263 ff.

⁵²⁵ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. g und h EBA-VO n. F. (eingeführt durch Art. 1(1) lit. b (i) Verordnung (EU) 2019/2175).

⁵²⁶ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. f EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1(1) lit. b (i) Verordnung (EU) 2019/2175).

⁵²⁷ S. unten S. 74 ff., 255 ff.

⁵²⁸ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat:

union stützt sich auf die drei Pfeiler Bankenaufsicht, Bankenabwicklung und Einlagensicherung. Zunächst entstand der Einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM)⁵²⁹ unter Führung der EZB und dann der Einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)⁵³⁰ unter Führung des Single Resolution Boards sowie eine stärker harmonisierte Einlagensicherung⁵³¹. Die von der Kommission geforderte voll vereinheitlichte Einlagensicherung ließ sich bisher nicht umsetzen, könnte aber trotz deutlicher Kritik aus Deutschland demnächst entstehen.⁵³² Auch EU-Mitgliedstaaten außerhalb der Währungsunion können durch Vereinbarung einer engen Zusammenarbeit mit der EZB dem SSM beitreten.⁵³³ Bisher haben Bulgarien⁵³⁴ und Kroatien⁵³⁵ einen solchen Aufnahmeantrag gestellt.⁵³⁶

aa) Aufgaben und Befugnisse der EZB im SSM

Basierend auf Art. 127 Abs. 6 AEUV wurden der EZB „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über die Kreditinstitute“ durch die SSM-VO übertragen.⁵³⁷ Die Tätigkeit des SSM wird zudem durch die von der EZB erlassene SSM-Rahmenverordnung⁵³⁸ konkretisiert. Die EZB hat hiernach für

Fahrplan für eine Bankenunion, Brüssel, 12.09.2012, COM(2012) 510 final; historische Forschung zu einem (vergessenen) Projekt der 1960er und 1970er Jahre für eine europäische Bankenunion *Mourlon-Druol* JCMS 2016, 913.

⁵²⁹ Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (SSM-VO), ABl. Nr. L287 vom 29.10.2013, S. 63.

⁵³⁰ Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (SRM-VO), ABl. Nr. L225 vom 30.7.2014, S. 1.

⁵³¹ Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme, ABl. Nr. L173 vom 12.6.2014, S. 149.

⁵³² S. unten S. 191 f.

⁵³³ Art. 7 SSM-VO.

⁵³⁴ Bulgarisches Finanzministerium, Pressemitteilung vom 19.07.2018, „Vladislav Goranov: Today, Bulgaria will submit a request to enter into a close cooperation with the ECB on banking supervision“, verfügbar unter: <https://www.minfin.bg/en/news/2018-07-19>.

⁵³⁵ Kroatische Nationalbank, Pressemitteilung vom 27.5.2019, „Republic of Croatia submitted a request for the establishment of a close cooperation between the Croatian National Bank and the European Central Bank“, verfügbar unter: <https://www.hnb.hr/en/-/republika-hrvatska-uputila-zahtjev-za-uspostavljanje-bliske-suradnje-izme-u-hrvatske-narodne-banke-i-europske-sredisnje-banke>.

⁵³⁶ Über die Chancen und Risiken einer engen Zusammenarbeit mit der EZB *Lastra*, Close cooperation in the SSM, in: Building bridges – central banking law in an interconnected world, ECB Legal Conference 2019, S. 283.

⁵³⁷ Einen guten Überblick über den SSM bieten *Moloney* CMLR 2014, 1609; *Berger* WM 2015, 501; *ders.* WM 2016, 2325; *ders.* WM 2016, 2361.

⁵³⁸ Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden in-

sämtliche Kreditinstitute in den teilnehmenden Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit für die Zulassung und deren Entzug⁵³⁹ sowie für die Beurteilung der Anzeige über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten⁵⁴⁰. Der laufenden Aufsicht der EZB unterliegen nur „bedeutende“ Kreditinstitute, die die EZB anhand von Größe und Relevanz für die Wirtschaft der EU oder eines am SSM teilnehmenden Mitgliedstaats und der Bedeutung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten bestimmt.⁵⁴¹ Für die Aufsicht über weniger bedeutende Kreditinstitute durch die nationalen Aufsichtsbehörden kann die EZB Verordnungen, Leitlinien oder allgemeine Weisungen erlassen.⁵⁴² Die EZB kann aber auch die Aufsicht über einzelne weniger bedeutende Kreditinstitute an sich ziehen, wenn dies für die Sicherstellung der kohärenten Anwendung hoher Aufsichtsstandards erforderlich ist.⁵⁴³ Die Aufsichtsbefugnisse der EZB umfassen die Gewährleistung der Einhaltung bankaufsichtsrechtlicher Normen des Unionsrechts (z. B. die CRR) und der nationalen Rechtsakte, die Unionsrecht umsetzen (z. B. Normen des KWG, soweit sie Unionsrecht wie die CRD IV umsetzen).⁵⁴⁴ Die Bankaufsicht im klassischen Sinne steht in Deutschland nunmehr ganz maßgeblich unter dem Einfluss des SSM und damit der EZB. Im viel diskutierten *L-Bank*-Fall klagte die Landeskreditbank Baden-Württemberg (L-Bank) gegen die Einstufung als „bedeutendes Kreditinstitut“ und die EZB-Aufsicht, wobei sie geltend machte, dass die Einstufung durch die EZB unverhältnismäßig sei und auf Ermessensfehlern beruhe.⁵⁴⁵ Das EuG verwarf die Klage u. a. mit der Begründung, dass die der EZB übertragenen Kompetenzen in Art. 4 Abs. 1 SSM-VO ausschließliche Kompetenzen der EZB seien, die nur ausnahmsweise bei weniger bedeutenden Kreditinstituten von den nationalen Aufsichtsbehörden ausgeübt werden dürften.⁵⁴⁶ Die Literatur kritisierte das Urteil überwiegend.⁵⁴⁷ Es wurde als „fast schon begriffsjuristischen Umgang des EuG (und der EZB) mit dem materiellen Aufsichtsrecht“⁵⁴⁸, als Beispiel für fehlenden Rechtsschutz gegen Zentralisierungstendenzen in der Europäischen Union⁵⁴⁹ oder als möglichen Auf-

nerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung), ABl. Nr. L141 vom 14.5.2014, S. 1.

⁵³⁹ Art. 4 Abs. 1 lit. a, Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 SSM-VO.

⁵⁴⁰ Art. 4 Abs. 1 lit. c, Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 SSM-VO.

⁵⁴¹ Art. 6 Abs. 4, 5 SSM-VO, Art. 39 bis 72 SSM-Rahmenverordnung.

⁵⁴² Art. 6 Abs. 5 lit. a SSM-VO; Art. 96 bis 98 SSM-Rahmenverordnung.

⁵⁴³ Art. 6 Abs. 5 lit. b SSM-VO; Art. 67 bis 69 SSM-Rahmenverordnung.

⁵⁴⁴ Art. 4 Abs. 1 lit. d und e, Abs. 3 UAbs. 1 SSM-VO.

⁵⁴⁵ EuG, Urteil vom 16.05.2017, T-122/15, Celex-Nr. 62015TJ0122.

⁵⁴⁶ EuG, Urteil vom 16.05.2017, T-122/15, Celex-Nr. 62015TJ0122, Rn. 54 ff.

⁵⁴⁷ Tendenziell kritisch *Hanten/Bracht* ZBB 2017, 236, *Würdemann* BKR 2017, 431 und *Ipsen/Röh* WM 2017, 2228; tendenziell zustimmend *Smits* ADEMU WP 2017/077, S. 4 ff.

⁵⁴⁸ *Tröger* EuZW 2017, 472, 473.

⁵⁴⁹ *Kämmerer* ZBB 2017, 317, 325; zum Rechtsschutz im SSM allgemein *ders.* WM 2016, 1.

ruf an den Unionsgesetzgeber, „dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Subsidiaritätsprinzip durch eine Neuregelung des Art. 6 Abs. 4 Grundverordnung [= SSM-VO] besser Rechnung zu tragen“⁵⁵⁰ gedeutet. Im Rechtsmittelverfahren gegen das Urteil folgte der EuGH dem EuG und wies die Klage ab.⁵⁵¹ Aufgrund ihrer Zentripetalkräfte haben die EZB-Aufsichtsstandards wohl auch jenseits der Aufsichtskompetenzen des SSM für diejenigen Kreditinstitute in Deutschland eine erhebliche Auswirkung, die nur der Aufsicht der BaFin unterliegen.⁵⁵² Nicht zuletzt deshalb wurde die SSM-VO kürzlich vor dem BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde als Ultra-vires-Akt der EU angegriffen.⁵⁵³ Das BVerfG hielt die Regelungen zur Europäischen Bankenunion für nicht kompetenzwidrig, verlangte aber eine strikte Auslegung.⁵⁵⁴

bb) Ziele der EZB im SSM

Die Bankaufsicht der EZB im SSM dient dazu, die Anwendung des einheitlichen Regelwerks durch eine einheitliche, kohärente und wirksame Aufsicht in der Bankenunion sicherzustellen.⁵⁵⁵ Da die Sicherheit und Solidität der großen Kreditinstitute für die Finanzmarktstabilität besonders wichtig sind, hat die EZB über sie umfassende Aufsichtsbefugnisse; angesichts möglicher Gefahren durch kleinere Institute kann sie aber auch über diese die Aufsicht ausüben.⁵⁵⁶ Die EZB-Aufsicht bezweckt auch das Zielduo von Markt- und Individualschutz. So soll sie ihre Aufgaben im SSM „mit dem Ziel wahrnehmen, gemäß dem einheitlichen Regelwerk für Finanzdienstleistungen in der Union die Sicherheit und Solidität der Kreditinstitute, die Stabilität des Finanzsystems der Union und der einzelnen teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie die Einheit und Integrität des Binnenmarkts und somit auch den Einlegerschutz zu gewährleisten und die Funktionsweise des Binnenmarkts zu verbessern“.⁵⁵⁷ Nicht von ihren Aufgaben umfasst ist hingegen der Verbraucherschutz, der bei den nationalen Aufsichtsbehörden verbleibt.⁵⁵⁸ Im Bereich des Verbraucherschutzes soll die EZB allerdings mit den nationalen Aufsichtsbehörden uneingeschränkt zusammenarbeiten.⁵⁵⁹ Manche lehnen den Individualschutz der EZB-Aufsicht grund-

⁵⁵⁰ Berger WuB 2018, 63, 64.

⁵⁵¹ EuGH, Urteil vom 08.05.2019, C-450/17, Rs. *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Celex-Nr. 62017CJ0450; am 5.12.2018 beantragte der Generalanwalt Gerard Hogan in seinen Schlussanträgen ebenfalls die Zurückweisung der Klage, ECLI:EU:C:2018:982, Rn. 123.

⁵⁵² Vgl. *Gurlit* WM 2016, 2053, 2055 f.; *Kämmerer* ZBB 2017, 317, 325.

⁵⁵³ Az. 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14.

⁵⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2019 – 2 BvR 1685/14 – (WM 2019, 1538); hierzu etwa *Forsthoff* EuZW 2019, 977; *Ruffert* JuS 2019, 1033.

⁵⁵⁵ Erwägungsgrund 12 Satz 1 SSM-VO.

⁵⁵⁶ Erwägungsgrund 16 SSM-VO.

⁵⁵⁷ Erwägungsgrund 30 Satz 1 SSM-VO.

⁵⁵⁸ Erwägungsgrund 28 Satz 1, Satz 2 a. E. SSM-VO.

⁵⁵⁹ Erwägungsgrund 29 SSM-VO.

sätzlich mit der Begründung ab, dass die SSM-VO die Aufsicht auf das öffentliche Interesse beschränkt verstehe.⁵⁶⁰ Die von dieser Ansicht zitierten Normen der SSM-VO besagen aber nur, dass die EZB stets im Interesse der Union als Ganzes zu handeln hat.⁵⁶¹ Der Hinweis auf das Interesse der Union als Ganzes grenzt den SSM zum vorherigen System ab, in dem die Berücksichtigung nationaler Interessen durch die rein nationale Aufsicht noch möglich war.⁵⁶² Also betonen die Normen die regulatorische Absicht, mit dem SSM die Fehlanreize rein nationaler Aufsicht abzuschaffen und zugleich die Interessen derjenigen EU-Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, die nicht den Euro eingeführt haben. Die Normen betreffen hingegen nicht die Frage, ob die Aufsicht allein im öffentlichen oder zusätzlich auch im privaten Interesse der Bankkunden erfolgt. Vielmehr spricht das Zielduo der EZB-Aufsicht von Finanzmarktstabilität und Einlegerschutz in Erwägungsgrund 30 Satz 1 SSM-VO für das klassische aufsichtliche Doppelziel von Markt- und Individualschutz. Abgesehen vom Verbraucherschutz, der ausdrücklich nicht zum Aufgabenbereich der EZB gehört, übernimmt die EZB also die Zielrichtung der Bankaufsichtsnormen, die sie im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit anwendet. Daher hängt die Zielrichtung der EZB-Aufsicht stark vom materiellen Bankaufsichtsrecht ab.⁵⁶³

V. Individualisierung von Schutzgruppen in verschiedenen Sprachfassungen

Die unterschiedlichen sprachlichen Fassungen der Unionsrechtsakte reflektieren die zunehmende Bedeutung von Individualschutzzielen im europäischen Bankaufsichtsrecht. Vertreter der aktuell herrschenden Auffassung, dass das Bankaufsichtsrecht nicht dem Individualschutz diene, berücksichtigen die Individualisierung von Schutzgruppen in den verschiedenen Sprachfassungen nicht.⁵⁶⁴ Auch Befürworter des Individualschutzes stützen sich meist nur auf eine Sprache.⁵⁶⁵ Daher soll im Folgenden eine vertiefte Analyse der deutschen, englischen, französischen, italienischen und spanischen Versionen erfolgen.

Die deutschen Fassungen der materiellen und institutionellen Bankaufsichtsrechtsakte nennen den Sparerenschutz, den Einleger- und Anlegerschutz sowie den Kundenschutz als Ziele. Das Ziel „zum Schutz der Sparer“ der deutschen Fassungen der Ersten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie,⁵⁶⁶ der Bankenricht-

⁵⁶⁰ *Gurlit*, Bankrechtstag 2015, 3, 12; *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 111.

⁵⁶¹ Erwägungsgründe 68, 71, 73, Art. 19 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 SSM-VO.

⁵⁶² Vgl. *Moloney* CMLR 2014, 1609, 1616 ff., 1629 f.

⁵⁶³ Ausführlich s. unten S. 265 f.

⁵⁶⁴ *Gurlit* Bankrechtstag 2015, 3, 12; *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 111; *Binder*, EBOR 2015, 467, 477, 480.

⁵⁶⁵ *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 305 f.

⁵⁶⁶ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG.

linie des CRD I-Pakets⁵⁶⁷ und der CRD IV⁵⁶⁸ bedeutet in anderen Sprachfassungen eher „zum Schutz der Ersparnisse“. In der jeweiligen englischen Fassung heißt es „in order to protect savings“⁵⁶⁹, in der französischen „afin de protéger l'épargne“⁵⁷⁰, in der italienischen „al fine di proteggere il risparmio“⁵⁷¹ und in der spanischen „con el fin de proteger el ahorro“⁵⁷². Während die deutsche Begrifflichkeit des Sparerschutzes auf einen individualisierbaren Personenkreis abzielt, rücken die anderen Sprachfassungen den Schutz des Vermögens in den Vordergrund. Demgegenüber beziehen sich die Ziele des Einleger- und Anlegerschutzes auch in anderen Sprachfassungen stets auf individualisierbare Personengruppen. Die einschlägigen Normen beziehen sich auf den Schutz von individualisierbaren „depositors and investors“, „déposants et investisseurs“, „depositanti e investitori“ und „depositantes e inversores“.⁵⁷³ Das gilt auch für den „hohen Grad an Anleger- und Einlegerschutz“, den die Aufsichts Anforderungen der CRR gewährleisten sollen.⁵⁷⁴ Die englischen, französischen, italienischen und spanischen Fassungen der CRD IV deuten zudem darauf hin, dass die konsolidierte Aufsicht neben der Systemstabilität als Funktionsschutz auch dem Einleger- und Anlegerschutz als Schutz individueller Interessen dient.⁵⁷⁵ Die CRD V geht noch einen Schritt weiter, indem sie die Einstufung von Instituten als klein und von variablen Vergütungen als gering in den Dienst des Einleger-, Anleger- und Verbraucherschutzes stellt.⁵⁷⁶

⁵⁶⁷ Erwägungsgrund 5 RL 2006/48/EG.

⁵⁶⁸ Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV.

⁵⁶⁹ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG, Erwägungsgrund 5 RL 2006/48/EG und Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV.

⁵⁷⁰ Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV; sinngleich „pour la protection de l'épargne“ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG und Erwägungsgrund 5 RL 2006/48/EG.

⁵⁷¹ Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV; sinngleich „per proteggere il risparmio“ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG und Erwägungsgrund 5 RL 2006/48/EG.

⁵⁷² Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV; sinngleich „para la protección del ahorro“ Erwägungsgrund 4 RL 77/780/EWG und Erwägungsgrund 5 RL 2006/48/EG.

⁵⁷³ Vgl. etwa die englische, französische, italienische und spanische Fassung von Art. 3 Satz 2, 21 Abs. 7 Satz 1 RL 89/646/EWG, Art. 9 Abs. 2, 154 Abs. 1 Satz 1 CRD IV.

⁵⁷⁴ Erwägungsgrund 7 Satz 1 CRR: „(...) a high level of protection of investors and depositors“; „(...) un niveau élevé de protection des investisseurs et des déposants“; „(...) un elevato livello di protezione degli investitori e dei depositanti“; „(...) un elevado grado de protección de los inversores y los depositantes“.

⁵⁷⁵ Erwägungsgrund 47 Satz 1 CRD IV: „Supervision of institutions on a consolidated basis aims to protect the interests of depositors and investors of institutions and to ensure the stability of the financial system“; „La surveillance des établissements sur base consolidée vise à protéger l'intérêt des déposants et des investisseurs auprès des établissements et à assurer la stabilité du système financier“; „La vigilanza su base consolidata degli enti ha lo scopo di tutelare gli interessi di depositanti e investitori degli enti e di assicurare la stabilità del sistema finanziario“; „La supervisión de las entidades en base consolidada tiene como objetivo proteger los intereses de los depositantes e inversores de entidades de crédito o de empresas de inversión y asegurar la estabilidad del sistema financiero“.

⁵⁷⁶ Erwägungsgrund 8 Satz 1 CRD V.

Auch die institutionellen Vorschriften der SSM-VO und der EBA-VO zielen in ihrer Einleger- und Anlegerschutzrichtung in den verschiedenen Sprachfassungen auf individualisierbare Gruppen. Die EZB verfolgt im SSM neben dem Ziel der Systemstabilität als Funktionsschutz den Einleger- und Anlegerschutz als Individualschutz.⁵⁷⁷ Die EBA soll den Einleger- und Anlegerschutz fördern⁵⁷⁸ und „bietet ein hohes Schutzniveau für Einleger und Anleger in der gesamten Union“⁵⁷⁹. Die Individualisierbarkeit der Gruppen gilt auch für andere Sprachfassungen.⁵⁸⁰ Zwar nennen die Erwägungsgründe der EBA-VO den Einleger- und Anlegerschutz im Kontext von „öffentlichen Werten“, „public values“, „valeurs publiques“, „valori di pubblico interesse“ und „valores públicos“ genannt.⁵⁸¹ Jedoch lässt sich insbesondere der deutsche Wortlaut so interpretieren, dass der Einleger- und Anlegerschutz im Gegensatz vom sonstigen Marktschutz als Individualschutz gilt.⁵⁸² Auch steht der Hinweis auf ein öffentliches Interesse am Schutz bestimmter Personengruppen nicht der Individualisierbarkeit der Personen entgegen. Zudem sprechen die Änderungen der ESA-Reform für eine Individualisierung des Schutzziels. So hatte die EBA ursprünglich das Ziel der „Verbesserung des Verbraucherschutzes“,⁵⁸³ das zwar im Kontext des „öffentlichen Interesses“ normiert,⁵⁸⁴ aber nicht explizit hierauf beschränkt war.⁵⁸⁵ Die ESA-Reform hat dieses Ziel nunmehr auf die „Verbesserung des Kunden- und Verbraucherschutzes“ ausgedehnt.⁵⁸⁶ Also beschränkt sich der Schutz nicht nur

⁵⁷⁷ Erwägungsgrund 30 Satz 1 SSM-VO: „Die EZB sollte die ihr übertragenen Aufgaben mit dem Ziel wahrnehmen, (...) und somit auch den Einlegerschutz zu gewährleisten und die Funktionsweise des Binnenmarkts zu verbessern.“ In gekürzter Version zum Einlegerschutz: „thereby ensuring also the protection of depositors“, „et, par là même, d’assurer aussi la protection des déposants“, „garantendo anche la tutela dei depositanti“, „garantizando también de esta forma la protección de los depositantes“.

⁵⁷⁸ Art. 8 Abs. 1 lit. h EBA-VO.

⁵⁷⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. i EBA-VO.

⁵⁸⁰ Art. 8 Abs. 1 lit. h und i EBA-VO beziehen sich auf „depositors“, „déposants“, „deposittanti“, „depositantes“ und „investors“, „investisseurs“, „investitori“, „inversores“.

⁵⁸¹ Erwägungsgrund 11 Satz 2 EBA-VO.

⁵⁸² Erwägungsgrund 11 Satz 2 EBA-VO: „Die Behörde sollte *öffentliche Werte* wie die Stabilität des Finanzsystems und die Transparenz der Märkte und Finanzprodukte *schützen und den Schutz* von Einlegern und Anlegern *gewährleisten*“ (Hervorhebungen nicht im Normtext).

⁵⁸³ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. f EBA-VO: „enhancing customer protection“ (sic), „renforcer la protection des consommateurs“, „aumentare la protezione dei consumatori“, „reforzar la protección del consumidor“.

⁵⁸⁴ Art. 1 Abs. 5 Satz 1 EBA-VO: „Das Ziel der Behörde besteht darin, das öffentliche Interesse zu schützen, indem sie für die Wirtschaft der Union, ihre Bürger und Unternehmen zur kurz-, mittel- und langfristigen Stabilität und Effektivität des Finanzsystems beiträgt.“

⁵⁸⁵ S. unten S. 263 ff.

⁵⁸⁶ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. f EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1(1) lit. b (i) Verordnung (EU) 2019/2175); in den anderen Sprachen: „enhancing customer and consumer protection“, „renforcer la protection des clients et des consommateurs“, „aumentare la protezione dei clienti e dei consumatori“, „reforzar la protección de los consumidores y de los clientes“.

auf die Verbraucher, sondern erfasst auch Unternehmer als Kunden. Zudem hat die ESA-Reform mit dem Begriff „Kunden“ den individualisierbaren Personenkreis erweitert. Zudem wurde das Kundenschutzziel des ESFS, zu dem die EBA gehört,⁵⁸⁷ dahingehend ergänzt, dass das ESFS „für einen wirksamen und ausreichenden Schutz der Kunden und Verbraucher, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen“ sorgen soll.⁵⁸⁸ Auch der Aufgabenkatalog der EBA wurde im Sinne des Individualschutzes erweitert. Während der Katalog zuvor schlicht den Einleger- und Anlegerschutz nannte,⁵⁸⁹ fördert die EBA nunmehr „gegebenenfalls den Einleger-, Verbraucher- und Anlegerschutz, insbesondere im Hinblick auf Mängel in einem grenzübergreifenden Kontext und unter Berücksichtigung damit zusammenhängender Risiken“.⁵⁹⁰

In der Summe individualisieren die verschiedenen Sprachfassungen die zu schützenden Personengruppen. Somit verdeutlichen sie den Individualschutz als allgemeine Tendenz des europäischen Bankaufsichtsrechts. Auch die ESA-Reform folgt dieser Tendenz. Folgt man dieser Auslegung nicht und nimmt eine rein öffentliche Zielrichtung an, steht dies einer privatrechtlichen Wirkung allerdings nicht per se entgegen. Insbesondere das Kartellrecht zeigt die unionsrechtliche Indienstnahme privater Akteure und privatrechtlicher Sanktionsmittel zur effektiven Durchsetzung auch von öffentlichen Marktschutzziele.⁵⁹¹ Im Ausgangspunkt muss die privatrechtliche Durchsetzung nicht Individualschutzziele dienen. Vielmehr genügt, dass die privaten Kläger den Marktschutz fördern. Über diesen Umweg generiert das Unionsrecht jedoch letztlich individuelle Rechte und Ansprüche auf Schadensersatz, die ihrerseits individualschützende Wirkung haben.⁵⁹² Insofern kann das unionsrechtliche Effektivitätsgebot durch die privatrechtliche Durchsetzung aus dem Marktschutzziel in einem nachgelagerten Schritt Individualschutz schaffen.

⁵⁸⁷ S. oben S. 66 ff.

⁵⁸⁸ Art. 2 Abs. 1 EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 2 lit. a Verordnung (EU) 2019/2175).

⁵⁸⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. h EBA-VO a. F.

⁵⁹⁰ Art. 8 Abs. 1 lit. h EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 5 lit. a (v) Verordnung (EU) 2019/2175).

⁵⁹¹ S. unten S. 79 ff.

⁵⁹² S. unten S. 93 ff.

2. Kapitel

Modelle der privatrechtlichen Durchsetzung von EU-Wirtschaftsregulierung

Der Rückgriff auf Mittel des Privatrechts zur Durchsetzung von Regulierungszielen ist kein Novum im Unionsrecht. Der EuGH entwickelte aus dem Effektivitätsgrundsatz das Erfordernis nicht nur staatlicher, sondern auch zivilrechtlicher Durchsetzung von unionsrechtlichen Ge- und Verboten. Dies betrifft viele Bereiche unionsrechtlicher Regelungsvorgaben. So nahm der EuGH im Fall *Muñoz*¹ eine mitgliedstaatliche Pflicht zur Durchsetzung unionsrechtlicher Lebensmittelvorgaben auch im zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Mitbewerbern an.² Im Fall ging es um die Qualitätsstandards für Obst und Gemüse in den Verordnungen Nr. 1035/72³ und Nr. 2200/96⁴, gegen die ein englischer Importeur verstieß. Die Klage eines Mitbewerbers vor einem Zivilgericht führte zum Vorlagefrage, ob die Bestimmungen der Verordnung auch zivilrechtliche Wirkung entfalten. Der EuGH berief sich auf die unmittelbare Geltung von Verordnungen, die „nach ihrer Rechtsnatur und ihrer Funktion im Rechtsquellensystem des Gemeinschaftsrechts [...] also Rechte der Einzelnen begründen [können], die die nationalen Gerichte schützen müssen“.⁵ Hierbei obliege es „den nationalen Gerichten, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung seiner Bestimmungen zu gewährleisten“.⁶ Als Regelungszweck leitete der EuGH aus den Erwägungsgründen ab, dass die Verordnungen der Qualitätssicherung auf dem Markt und dem Schutz der Verbraucher und des lautereren Wettbewerbs dienen.⁷ Daraus schloss der EuGH, dass die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Qualitätsnor-

¹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253.

² EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 32.

³ Verordnung (EWG) Nr. 1035/72 des Rates vom 18. Mai 1972 über eine gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse, ABl. Nr. L118 vom 20.5.1972, S. 1.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 2200/96 des Rates vom 28. Oktober 1996 über die gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse, ABl. Nr. L297 vom 21.11.1996, S. 1.

⁵ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 27 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.10.1973, C-34/73, Rs. *Variola*, Celex-Nr. 61973CJ0034, Rn. 8.

⁶ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 28 unter Verweis u. a. auf EuGH, Urteil vom 09.03.1978, C-106/77, Rs. *Simmenthal*, Celex-Nr. 61977CJ0106, Rn. 16.

⁷ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 29.

men ihre zivilrechtliche Durchsetzbarkeit voraussetzt.⁸ Denn sie verstärkte die Durchsetzungskraft dieser Normen neben der öffentlichen Durchsetzung und trage durch die Unterbindung schwer nachweisbarer Praktiken wesentlich zur Sicherung eines lauterer Handels bei.⁹ Die hier im Lauterkeitsrecht verwendete Argumentation lässt sich auf andere Bereiche des Unionsrechts übertragen.¹⁰ Am prominentesten ist die privatrechtliche Durchsetzung unionsrechtlicher Regulierungsinhalte im Wettbewerbsrecht und in der Kapitalmarktregulierung. Im Wettbewerbsrecht hat die Entwicklung sogar zur Einführung der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU geführt. In der Kapitalmarktregulierung normiert das Unionsrecht hingegen nur vereinzelt die zivilrechtliche Durchsetzung von Regulierungsinhalten, etwa im Bereich der Prospekthaftung. Nachfolgend sollen daher die unionsrechtlich geprägten Mechanismen privatrechtlicher Durchsetzung beispielhaft am Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht aufgezeigt werden. Diese können als Modelle für eine privatrechtliche Durchsetzung im Bereich des Bankaufsichtsrechts dienen.

A. Wettbewerbsrecht

Das Paradebeispiel unionsrechtlich geformter privatrechtlicher Durchsetzung findet sich im Wettbewerbsrecht. Zwar enthielt bereits das GWB von 1957 eine – wenn auch deutlich eingeschränkte – Regelung zu Schadensersatzansprüchen von Kartellgeschädigten.¹¹ Seitdem hat sich aber insbesondere aufgrund der Impulse des Unionsrechts und der prominenten Einflussnahme des EuGH¹² ein umfassendes eigenständiges Kartellschadensersatzrecht herausgebildet.¹³ Dies betrifft grundlegender auch das Verhältnis zwischen Privatrechtsdogmatik

⁸ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 30.

⁹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, C-253/00, Rs. *Muñoz*, Celex-Nr. 62000CJ0253, Rn. 31.

¹⁰ Vgl. *Poelzig* ZGR 2015, 801, 811 ff.

¹¹ S. unten S. 82 f.

¹² Der maßgebliche Einfluss der BGH-Rechtsprechung kann freilich nicht geleugnet werden, vgl. *Kirchhoff* WuW 2017, 487.

¹³ Vgl. *Stancke/Weidenbarch/Lahme* (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2018; *Cortese* (Hrsg.), EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement, 2014; *Basedow/Terhechte/Tichý* (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, 2011; *Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger* (Hrsg.), Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, 2010; monographisch *Meeßen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, 2011; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht – privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, 2010; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz – die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, 2009; *Kominos*, EC private antitrust enforcement – Decentralised application of EC competition law by National Courts, 2008; *Kaufmann*, Rechtsschutz im deutschen und europäischen Kartellrecht – Konzeption einer effektiven Schadensersatzklage, 2007; *Linder*,

und Kartellrecht.¹⁴ Im Folgenden soll daher zunächst die Entwicklung der privatrechtlichen Durchsetzung im Wettbewerbsrecht nachgezeichnet werden. Es folgt eine Darstellung des aktuellen Schadensersatzregimes bei wettbewerbsrechtlichen Verstößen. In den Fokus rückt sodann der Regelungszweck privatrechtlicher Durchsetzung im Wettbewerbsrecht. Schließlich wird analysiert, inwiefern die Regelungsmaterien des Wettbewerbs- und Bankaufsichtsrechts vergleichbar sind, also ob die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts als Modell für das Bankaufsichtsrecht taugen kann.

I. Entwicklung der privatrechtlichen Durchsetzung im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht

1. Deutsches Wettbewerbsrecht

Am 1.1.1958 trat in Deutschland erstmalig ein generelles Kartellverbot nach § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB von 1957¹⁵ in Kraft. Wenngleich dieses Kartellverbot viele Ausnahmen kannte,¹⁶ stellte es eine Kehrtwende im deutschen Recht dar. So hielten im ausgehenden 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Wirtschafts- und Rechtswissenschaften in Deutschland Kartelle noch überwiegend für wirtschaftlich sinnvoll und rechtlich zulässig.¹⁷ Das Reichsgericht erklärte 1897 ausdrücklich, dass die Gewerbeordnung der Kartellbildung nicht entgegenstehe, denn es liege „im Interesse der Gesamtheit, dass nicht dauernd unangemessen niedrige Preise in einem Gewerbszweige bestehen“.¹⁸ Das GWB von 1957 hingegen sah nicht nur eine öffentlich-rechtliche Sanktion bei Kartellrechtsverstößen vor, sondern enthielt zugleich zwei zivilrechtliche Sanktionsformen: die Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB und Schadensersatzansprüche.

a) GWB-Normen als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB von 1957 waren „Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen [...] unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu

Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht – eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht, 1980.

¹⁴ Umfassend hierzu *Drexl*, in: FS Canaris 2017, S. 1017.

¹⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957, BGBl. I S. 1081.

¹⁶ von *Götz* WRP 2007, 741, 761.

¹⁷ *Mäsch*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 3 ff.; *Bunte*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Einleitung zum GWB Rn. 1 mwN.

¹⁸ RG, Urteil vom 04. Februar 1897 – VI 307/96 – RGZ 38, 155, 157.

beeinflussen.“ Dieses allgemeine Kartellverbot sollte laut Regierungsentwurf mit der zivilrechtlichen Folge der Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB übereinstimmen, soweit das Kartell nicht nach anderen GWB-Vorschriften erlaubt war, weshalb der Gesetzgeber den Wortlaut „unwirksam“ und nicht „nichtig“ wählte.¹⁹ Die §§ 2 ff. GWB von 1957 sahen Möglichkeiten der Legalisierung des Kartells vor. Für die Zwischenzeit wurde eine schwebende Unwirksamkeit angenommen,²⁰ insbesondere stellte das vorsätzliche Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines Vertrags eine Ordnungswidrigkeit dar.²¹ Der Wortlaut des allgemeinen Kartellverbots änderte sich ab 1.1.1999 dahingehend, dass Kartelle nicht mehr „unwirksam“, sondern nunmehr „verboten“ waren.²² Der Gesetzgeber übernahm hier bewusst den Wortlaut aus den europäischen Verträgen und überließ die zivilrechtliche Sanktion somit den allgemeinen Vorschriften des § 134 BGB.²³ Seit der siebten GWB-Novelle von 2005 enthält das GWB kein Verfahren mehr zur Anmeldung von potentiellen Kartellverträgen und einer behördlichen Entscheidung darüber, sondern eine Legalausnahme nach § 2 GWB.²⁴ Mithin gibt es keine schwebende Unwirksamkeit mehr, sondern die Nichtigkeit tritt mit Abschluss des Vertrags ein.²⁵ Die Unternehmen sind selbst dafür verantwortlich, die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes zu prüfen. Sie können zwar informell bei der Kartellbehörde Auskunft darüber einholen, ob sie den Vertrag als freistellungsfähig einschätzt, diese Einschätzung berührt aber nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit.²⁶ Das gesetzliche Verbot betrifft nur den Teil des Vertrags, der sich auf das Kartell bezieht. Die Wirksamkeit des übrigen Vertrags bemisst sich gemäß § 139 BGB danach, ob er auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.²⁷

¹⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1952, BT-Drs. 1/3462, S. 25; Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Januar 1955, BT-Drs. 2/1158, S. 31.

²⁰ Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 GWB Rn. 33.

²¹ § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB von 1957.

²² § 1 Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2521.

²³ Regierungsentwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 29.01.98, BT-Drs. 13/9720, S. 46.

²⁴ § 2 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.07.2005, BGBl. I S. 1954.

²⁵ Berg/Mudrony, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 1 GWB Rn. 106; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 GWB Rn. 32; Krauß, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 1 GWB Rn. 332 ff.

²⁶ Krauß, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 1 GWB Rn. 333.

²⁷ Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, S. 283.

b) Schadensersatzansprüche

Das GWB von 1957 enthielt zudem bereits einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch. § 35 Abs. 1 Satz 1 GWB von 1957 lautete: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen eine auf Grund dieses Gesetzes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung verstößt, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet.“ Als Spezialvorschrift zu § 823 Abs. 2 BGB sollte die Norm Schadensersatzansprüche auf Verstöße gegen Verfügungen der Kartellbehörde erweitern.²⁸ Der Regierungsentwurf erklärte die Verbotsnormen des allgemeinen Kartellverbots und des Verbots wettbewerbsbeschränkenden und diskriminierenden Verhaltens (§§ 1, 9, 23, 24 GWB-Entwurf von 1952) sowie die Verbotsbefugnisse der Kartellbehörde insbesondere im Bereich marktbeherrschender Unternehmen (§§ 17, 25, 26, 47 GWB-Entwurf von 1952) als Schutzgesetze.²⁹ Zudem konnte ein Unternehmen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GWB von 1957 den Ersatz des immateriellen Schadens fordern, wenn es aufgrund einer Diskriminierung nicht in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung aufgenommen wurde.³⁰ Auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen konnten Schadensersatzansprüche geltend machen, soweit sie klagefähig waren.³¹ Das alles zeigt, dass bereits mit der Entstehung des Wettbewerbsrechts in Deutschland die Durchsetzung nicht nur mit öffentlich-rechtlichen, sondern auch mit zivilrechtlichen Mitteln erfolgen sollte. So messen Literaturstimmen der zivilrechtlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Deutschland von Beginn an eine „bedeutende Rolle“ zu.³² Wengleich der Gesetzgeber manche der zuletzt genannten Vorschriften zwischendurch wieder strich,³³ lässt auch der weitere Verlauf erkennen, dass der Gesetzgeber die zivilrechtliche Durchsetzung zunehmend stärkte und sowohl die Passivlegitimation als auch den Haftungstatbestand ausweitete. Dies erreichte mit den aktuellen §§ 33a ff. GWB einen Höhepunkt, auf den gesondert ausführlich einzugehen ist.³⁴

²⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1952, BT-Drs. 1/3462, S. 38.

²⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1952, BT-Drs. 1/3462, S. 38; ebenso der spätere Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Januar 1955, BT-Drs. 2/1158, S. 44.

³⁰ § 27 GWB von 1957.

³¹ § 35 Abs. 2 GWB von 1957.

³² *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Vor § 33 GWB Rn. 4.

³³ *Stancke*, in: Stancke/Weidenbarch/Lahme (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2018, Rn. 10.

³⁴ S. unten S. 91 ff.

Erwähnenswert ist allerdings, dass die individualschützende Zielrichtung des Kartellverbots nicht immer unbestritten war.³⁵ Manche stellten trotz der ursprünglichen Regierungsbegründung, die den Individualschutz des Kartellverbots bejahte,³⁶ die Schutzgesetzeigenschaft in Frage unter Verweis darauf, dass das Kartellverbot lediglich die Unwirksamkeit der Verträge anordnete und erst das Hinwegsetzen über das Verbot eine Ordnungswidrigkeit begründete.³⁷ Der BGH wollte dem Kartellverbot die Schutzgesetzqualität auch nicht pauschal, sondern nur im Rahmen einer Einzelfallprüfung zusprechen.³⁸ Er bejahte sie nur zugunsten von Mitbewerbern, die durch die Kartellanten vom Markt ausgeschlossen werden,³⁹ und zugunsten bestimmter Lieferanten und Abnehmer, gegen die sich die Kartellabsprache richtet.⁴⁰ Literaturstimmen gingen noch weiter und ordneten das Kartellverbot unter Berufung auf die Regierungsbegründung stets als Schutzgesetz ein.⁴¹ Dieser Streit zwischen Institutionenschutz und Individualschutz ist jedenfalls praktisch obsolet geworden,⁴² seit die siebte GWB-Novelle⁴³ das Schutzgesetzfordernis aufhob.⁴⁴

2. Europäisches Wettbewerbsrecht

Welch hohen Stellenwert der freie Wettbewerb für das europäische Recht hat, belegen die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, die schon der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohl und Stahl von 1952 (EGKS-Vertrag) enthielt.⁴⁵ Bezüglich Kartellen enthielt er bereits ein klares Verbot: „Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, alle Beschlüsse von Verbänden von Unternehmen und alle verabredeten Praktiken, die darauf abzielen

³⁵ Für einen Überblick *Möschel*, in: FS Rittner 1991, S. 405; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001, § 33 Rn. 5 ff.; *K. Schmidt AcP* 206 (2006), 169, 187 f.

³⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1952, BT-Drs. 1/3462, S. 38; ebenso der spätere Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Januar 1955, BT-Drs. 2/1158, S. 44.

³⁷ *Wrage*, UWG-Sanktionen bei GWB-Verstoßen?, 1984, S. 62 f.; wohl auch *Hootz*, in: Müller-Henneberg/Schwartz/Hootz (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar GWB und Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl., 1. Lieferung 1999, § 1 GWB Rn. 189 ff.; a. A. *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001, § 33 Rn. 11 f. mwN.

³⁸ BGH, Urteil vom 04. April 1975 – KZR 6/74 – Rn. 49 (BGHZ 64, 232).

³⁹ BGH, Urteil vom 04. April 1975 – KZR 6/74 – Rn. 50 (BGHZ 64, 232).

⁴⁰ BGH, Urteil vom 25. Januar 1983 – KZR 12/81 – Rn. 52 (BGHZ 86, 324).

⁴¹ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001, § 33 Rn. 12 mwN.

⁴² A. A. wohl *K. Schmidt AcP* 206 (2006), 169, 187.

⁴³ Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.07.2005, BGBl. I S. 1954.

⁴⁴ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 133.

⁴⁵ Art. 60 ff. Vertrag vom 18. April 1952 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, BGBl. II S. 445.

würden, auf dem gemeinsamen Markt unmittelbar oder mittelbar den normalen Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, insbesondere a) die Preise festzusetzen oder zu bestimmen; b) die Erzeugung, die technische Entwicklung oder die Investitionen einzuschränken oder zu kontrollieren; c) die Märkte, Erzeugnisse, Abnehmer oder Versorgungsquellen aufzuteilen“.⁴⁶ Eine ähnliche Bestimmung wurde dann auch im EWG-Vertrag von 1957 vereinbart.⁴⁷ Der ursprüngliche Inhalt spiegelt sich auch noch im aktuellen Art. 101 Abs. 1 AEUV wider.⁴⁸ Neben dem Kartellverbot enthielt der EWG-Vertrag bereits das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung des Gemeinsamen Markts oder auf einem wesentlichen Teil desselben, die insbesondere bestehen kann in: „a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher; c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden; d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“.⁴⁹ Der Normtext im aktuellen Art. 102 AEUV ist identisch geblieben im Vergleich zu Art. 86 EWG-Vertrag, lediglich wurde der „Gemeinsame Markt“ durch den „Binnenmarkt“ ersetzt.⁵⁰

a) Zivilrechtliche Nichtigkeit

Besonders relevant für die Frage der privatrechtlichen Durchsetzung ist, dass das europäische Kartellverbot von Anfang an die Nichtigkeit der Kartellverträge und -beschlüsse vorschrieb,⁵¹ was auch heute noch gilt.⁵² Laut EuGH stellte

⁴⁶ Art. Abs. 1 65 EGKS-Vertrag.

⁴⁷ Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag.

⁴⁸ Art. 101 Abs. 1 AEUV: „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen; b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen; c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen; d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden; e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

⁴⁹ Art. 86 EWG-Vertrag.

⁵⁰ Zur Terminologie s. oben I. Kapitel Fn. 330.

⁵¹ Art. 85 Abs. 2 EWG-Vertrag.

⁵² Art. 101 Abs. 2 AEUV.

Art. 85 EWG-Vertrag „im ersten Absatz eine Verbotsnorm auf, bezeichnet im zweiten Absatz deren Wirkungen und mildert diese Vorschriften anschließend dadurch, dass er im dritten Absatz die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen zulässt“.⁵³ Seit Erlass der Verordnung Nr. 1/2003 sind sämtliche Vorschriften des Art. 101 AEUV auch auf Privatverhältnisse unmittelbar anwendbar.⁵⁴ Hintergrund ist, dass die Verordnung das Kartellerlaubnisverfahren vor der Kommission durch das System der Legalausnahme ablöste, wonach die Unternehmen selbst prüfen müssen, ob eine gesetzliche Ausnahme vorliegt.⁵⁵ Die Nichtigkeit ist absolut, wirkt also nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber Dritten.⁵⁶ Freilich können nur Verträge und Beschlüsse nichtig sein, die eine rechtliche Verpflichtung begründen,⁵⁷ nicht aber abgestimmte Verhalten ohne Rechtsgeschäftscharakter.⁵⁸

Auch das Verbot missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zeigte von Anfang an zivilrechtliche Wirkung. Da Art. 86 EWG-Vertrag nicht explizit die Nichtigkeit der auf Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung beruhenden Rechtsgeschäfte anordnete, urteilte der EuGH, dass die zivilrechtliche Rechtsfolge vom nationalen Recht abhängt.⁵⁹ Nach überwiegender Ansicht in der deutschen Literatur stellte und stellt nach wie vor das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB dar, um dem unionsrechtlichen Normgehalt zur vollen Wirkung zu verhelfen (*effet utile*).⁶⁰ Bei manchen Verstößen, wie z. B. Preishöhenmissbräuchen, wird jedoch die geltungserhaltende Reduktion auf das noch mit dem Ge-

⁵³ EuGH, Urteil vom 09.07.1969, C-10/69, Rs. *Portelange*, Celex-Nr. 61969CJ0010, Rn. 9–10; EuGH, Urteil vom 10.07.1980, C-99/79, Rs. *Lancôme*, ECLI:EU:C:1980:193, Rn. 15.

⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L1 vom 4.1.2003, S. 1.

⁵⁵ *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rn. 45 ff.

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 25.11.1971, C-22/71, Rs. *Béguelin Import*, Celex-Nr. 61971CJ0022, Rn. 29; EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 22.

⁵⁷ EuG, Urteil vom 20.03.2002, T-9/99, Rs. *HFB u. a./Kommission*, Celex-Nr. 61999TJ0009, Rn. 201.

⁵⁸ Präsident des EuG, Beschluss vom 14.11.2008, T-411/08 R, Rs. *Artisjus/Kommission*, ECLI:EU:T:2008:503, Rn. 46.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 27.03.1974, C-127/73, Rs. *BRT II*, Celex-Nr. 61973CJ0127(01), Rn. 13–14.

⁶⁰ *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 416; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Mestmäcker/Schweitzer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 29; *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rn. 133; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Rn. 393.

setz vereinbare Maß als dem Verbotszweck am besten entsprechend erachtet.⁶¹ Bei Rechtsgeschäften mit missbräuchlich niedrigen Preisen im Verdrängungswettbewerb besteht Streit darüber, ob sie aus rechtspraktischen Gründen bei Massenverträgen, deren Rückabwicklung im Alltag Schwierigkeiten bereiten würde, wirksam sein sollen.⁶²

b) Europäischer Kartellschadensersatzanspruch aufgrund von EuGH-Rechtsprechung

Das europäische Primärrecht sieht einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen das europäische Wettbewerbsrecht nicht explizit vor. Trotz früher Vorschläge enthielt auch das Kartell-Sekundärrecht ursprünglich keine Vorgaben hierzu.⁶³ Vielmehr trug die Rechtsprechung des EuGH maßgeblich zur Entwicklung eines europäischen Kartellschadensersatzrechts bei. Zunächst erklärte der EuGH das Kartellverbot und das Verbot missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zwischen Privatpersonen für unmittelbar anwendbar.⁶⁴ Daraufhin folgten Urteile, in denen der EuGH die Frage kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche streifte, ohne jedoch umfassend Stellung zu beziehen.⁶⁵ Im Jahr 2001 beantwortete der EuGH dann im Urteil *Courage und Crehan*⁶⁶ die Frage eines englischen Gerichts, ob ein Verstoß gegen das europäische Kartellverbot zugleich einen Schadensersatzanspruch nach nationalem Recht auslöst. Dem englischen Recht nach war es dem Kläger nicht möglich, sich zur Begründung von Schadensersatzansprüchen auf seine eigene rechtswidrige Handlung zu berufen.⁶⁷ In dem Grundsatzurteil leitete der EuGH aus dem *effet utile* des europäischen Kartellverbots ab, dass die na-

⁶¹ *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Rn. 393; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 420.

⁶² Bejahend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 419; verneinend *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 61.

⁶³ Unter Hinweis auf den Bericht von Arved Deringer im Namen des Binnenmarktausschusses vor dem Europäischen Parlament vom 7. September 1961 *Meeßen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, 2011, S. 18.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 30.01.1974, C-127/73, Rs. *BRT I*, Celex-Nr. 61973CJ0127, Rn. 15–17.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 13.04.1994, C-128/92, Rs. *Banks*, Celex-Nr. 61992CJ0128; EuGH, Urteil vom 28.02.1991, C-234/89, Rs. *Delimitis*, Celex-Nr. 61989CJ0234; EuGH, Urteil vom 14.12.2000, C-344/98, Rs. *Masterfoods und HB*, Celex-Nr. 61998CJ0344; EuGH, Urteil vom 01.06.1999, C-126/97, Rs. *Eco Swiss*, Celex-Nr. 61997CJ0126.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 11–12.

tionalen Rechtsordnungen für Verstöße grundsätzlich Schadensersatzansprüche gewähren müssen: „Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist“.⁶⁸ In Ermangelung einer harmonisierten europäischen Regelung oblag es jedoch laut EuGH dem nationalen Recht, die Verfahrensregelungen zu gestalten, „sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechender innerstaatlicher Klagen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz)“.⁶⁹ Daher hielt der EuGH die englische Schadensersatzregel nicht für europarechtswidrig.⁷⁰ Diesem Urteil folgte ein weiteres Grundsatzurteil im Fall *Manfredi*,⁷¹ in dem der EuGH wesentliche Fragen hinsichtlich europäischer Vorgaben an die nationalen Schadensersatzregeln klärte. Das Urteil *Courage und Crehan* bestätigend und konkretisierend verlangte er einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Kartell und dem erlittenen Schaden, überließ hier aber die Modalitäten wieder dem nationalen Recht in den Grenzen des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots.⁷² Das Gleiche gelte auch für die Bestimmung des zuständigen Gerichts.⁷³ Hinsichtlich der Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs legte der EuGH nahe, dass ein Fristbeginn ab dem Zeitpunkt der Verwirklichung des Kartells im Falle kurzer und ununterbrechbarer Verjährungsfristen gegen das Effektivitätsgebot verstoßen kann, überließ aber diese Frage ebenfalls den nationalen Gerichten.⁷⁴ Auch die Frage, ob ein europäisches Gebot zur Gewährung von Strafschadensersatz (ähnlich den *punitive damages* US-amerikanischen Rechts) bestehe, beantwortete der EuGH unter Verweis auf die nationale Regelungsautonomie, die lediglich durch die Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsätze begrenzt sei.⁷⁵ Demnach mussten nationale

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 26; kritisch zum somit eröffneten weiten persönlichen Schutzbereich *Monti*, EC Competition Law, 2007, S. 424 ff.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 29.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 30–36.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295.

⁷² EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 58–64.

⁷³ EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 70–72.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 77–82.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 98.

Gerichte Strafschadensersatz gewähren, soweit sie das zur Durchsetzung vergleichbarer innerstaatlicher Regelungsgehalte vorsehen.⁷⁶ Dem Effektivitätsgebot entnahm der EuGH, dass der Geschädigte nicht nur den Ersatz des Vermögensschadens (*damnum emergens*), sondern darüber hinaus auch den Ersatz des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen kann.⁷⁷ Die Urteile des EuGH wurden teilweise so ausgelegt, dass der gewährte Schadensersatz gerade nicht primär dem Individualschutz diene, sondern vielmehr der überindividuellen Wirksamkeitssteigerung, die nur mittelbar den persönlichen Schutz der Kartellgeschädigten zur Folge habe.⁷⁸ Andere betonten hingegen den individuellen Schutzcharakter des vom EuGH geschaffenen Kompensationsanspruchs und unterschieden terminologisch zwischen Schadensersatzklagen (mit Fokus auf Individualschutz) und privatrechtlicher Durchsetzung (mit Fokus auf das öffentliche Ziel der effektiveren Durchsetzung).⁷⁹

II. Privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nach aktuellem Stand

Die privatrechtliche Durchsetzung spielt heute eine große Rolle im europäischen wie deutschen Kartellrecht. Angesichts der EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung des EU-Wettbewerbsrechts und deren gesetzlichen Ausgestaltung in der VO Nr. 1/2003 wird der privatrechtliche Geltungsanspruch nicht mehr bestritten.⁸⁰ Da sowohl die europäischen als auch die deutschen Regeln zu Kartellen und zum Missbrauch marktbeherrschender Stellungen als Verbotsnormen ausgestaltet sind, gelten sie als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB und bedingen grundsätzlich die Nichtigkeit der zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte.⁸¹ Die größte Entwicklung der letzten Jahren geschah jedoch im Kartellschadensersatzrecht, das als „Kern des Systems der privatrechtlichen Durchsetzung“ des Wettbewerbsrechts gilt.⁸² Der EU-Gesetzgeber harmonisierte es zum ersten Mal EU-weit mit der Kartellschadensersatzrichtlinie, die Deutschland in den §§ 33a ff. GWB umsetzte.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 99.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 100.

⁷⁸ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 143 f.

⁷⁹ *Nebbia* ELR 2008, 23, 23 ff., 35 f.

⁸⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Mestmäcker/Schweitzer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 1.

⁸¹ S. oben S. 80 f., 84 f.

⁸² *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 3.

1. Kartellschadenersatzrichtlinie 2014/104/EU

Nach den Vorarbeiten des Grünbuchs von 2005⁸³ und des Weißbuchs von 2008⁸⁴ wurde am 26. November 2014 die Richtlinie 2014/104/EU⁸⁵ (Kartellschadenersatzrichtlinie) erlassen, deren Vorschriften bis zum 27. Dezember 2016 in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen waren.⁸⁶ Mit dem Richtlinienvorschlag knüpfte die EU-Kommission an die EuGH-Urteile *Courage und Crehan* sowie *Manfredi* an und wollte durch die Harmonisierung der Kartellschadenersatzansprüche einerseits das Zusammenspiel von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung optimieren, andererseits das Kompensationsinteresse der von Wettbewerbsverstößen Geschädigten wirkungsvoll schützen.⁸⁷ Der individuelle Schutzzweck wird auch in den Erwägungsgründen der Kartellschadenersatzrichtlinie betont,⁸⁸ wengleich der Unionsgesetzgeber hinsichtlich Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren einen relativen Vorrang der öffentlichen Rechtsdurchsetzung statuiert.⁸⁹

Nach Art. 3 Abs. 1 Kartellschadenersatzrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, „dass jede natürliche oder juristische Person, die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dieses Schadens verlangen und erwirken kann“. Indem die Richtlinie die Pflicht sowohl für Verletzungen des nationalen als auch des europäischen Wettbewerbsrechts normiert,⁹⁰ bewirkt sie einen Haftungsgleichlauf auf beiden Ebenen. Geschuldet ist die Herstellung der hypothetischen Lage ohne Kartellrechtsverstoß, was – den EuGH-Vorgaben in *Manfredi* entsprechend⁹¹ – neben dem Ersatz der eingetretenen Vermögensseinbuße auch den entgangenen Gewinn sowie die Zahlung von Zinsen

⁸³ Europäische Kommission, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Brüssel, den 19.12.2005, KOM(2005) 672 endgültig.

⁸⁴ Europäische Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, Brüssel, den 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig.

⁸⁵ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. Nr. L349 vom 5.12.2014, S. 1; umfassend hierzu *Müller-Graff ZHR* 179 (2015), 691; zur Primärrechtskonformität der Richtlinie *W.-H. Roth ZHR* 179 (2015), 668.

⁸⁶ Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 Kartellschadenersatzrichtlinie.

⁸⁷ Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Straßburg, 11.6.2013, COM(2013) 404 final, S. 2 f.

⁸⁸ Erwägungsgrund 3 Kartellschadenersatzrichtlinie.

⁸⁹ Erwägungsgrund 26 Kartellschadenersatzrichtlinie; kritisch hierzu *Kersting WuW* 2014, 564, 574 und *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Vor § 33 GWB Rn. 15.

⁹⁰ Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Nr. 1 Kartellschadenersatzrichtlinie.

⁹¹ S. oben S. 86 ff.

beinhaltet.⁹² Anders als der EuGH begrenzt die Richtlinie aber den Schadensersatz, indem sie Überkompensation z. B. durch Strafschadensersatz oder Mehrfachentschädigung ausdrücklich ausschließt.⁹³ Wiederum entsprechend der EuGH-Rechtsprechung normiert die Richtlinie den Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz.⁹⁴ Zudem enthält die Richtlinie weitere bedeutsame materielle Neuerungen. Sie führt eine Mindestverjährungsfrist von fünf Jahren ein.⁹⁵ Kartellschadensersatzschuldner haften gesamtschuldnerisch, es sei denn, sie erfüllen den Privilegierungstatbestand kleiner und mittlerer Unternehmen.⁹⁶ Die Richtlinie schreibt vor, dass die nationalen Gerichte hinsichtlich Kartellrechtsverstößen an die Entscheidungen nationaler Kartellbehörden gebunden sind.⁹⁷ Entscheidungen von Kartellbehörden aus einem anderen Mitgliedstaat sollen zumindest als Anscheinsbeweis taugen.⁹⁸ Als wichtige beweisrechtliche Regel zur Ermittlung des Schadensumfangs schreibt die Richtlinie die Vermutung vor, dass Rechtsverstöße in Form von Kartellen einen Schaden verursachen.⁹⁹ Darüber hinaus enthält die Richtlinie Regeln zur Abwälzung des Preisaufschlags¹⁰⁰ sowie Schadensersatzansprüche von mittelbaren Abnehmern¹⁰¹ und Klägern verschiedener Vertriebsstufen¹⁰². Auf prozessualer Ebene führt die Richtlinie detaillierte Regeln zur Offenlegung von Beweismitteln¹⁰³ und zur einvernehmlichen Streitbeilegung¹⁰⁴ ein. Entgegen einzelner Kritik¹⁰⁵ betrachtet die deutsche Rechtswissenschaft die Richtlinie überwiegend als Erfolg,¹⁰⁶ auch verbunden mit der Hoffnung, dass ihre Umsetzung die Attraktivität des deutschen Rechtsstandorts weiter steigert.¹⁰⁷

⁹² Art. 3 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹³ Art. 3 Abs. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹⁴ Art. 4 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹⁵ Art. 10 Abs. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹⁶ Art. 11 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹⁷ Art. 9 Abs. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹⁸ Art. 9 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁹⁹ Art. 17 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁰⁰ Art. 12 f. Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁰¹ Art. 14 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁰² Art. 15 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁰³ Art. 5–8 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁰⁴ Art. 18 f. Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁰⁵ *Mäsch* WuW 2013, 687; *ders.*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 49.

¹⁰⁶ *Haus/Serafimova* BB 2014, 2883, 2889; *Makatsch/Mir* EuZW 2015, 7, 13; *H.-P. Roth* GWR 2015, 73, 75.

¹⁰⁷ *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Vor § 33 GWB Rn. 15; *Stancke*, in: Stancke/Weidenbarch/Lahme (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2018, Rn. 8, 13 ff.; *Krohs*, in: Busche/Röhling (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 1, 2017, § 33 GWB Rn. 24; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, 2015, S. 6.

2. Umfassender Schadensersatzanspruch nach §§ 33a–33h GWB

Zur Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie fügte der deutsche Gesetzgeber die §§ 33a–33h GWB ein. Obwohl die vorherige Anspruchsgrundlage des § 33 Abs. 3 bis 5 GWB a. F. bereits in vielerlei Hinsicht den Richtlinienbestimmungen entsprach,¹⁰⁸ regelte die neunte GWB-Novelle¹⁰⁹ den Schadensersatzanspruch umfassend neu. Die bereits zuvor bestehende allgemeine Schadensersatzpflicht bei Verstößen gegen nationales oder europäisches Kartellrecht sowie gegen Verfügungen der Kartellbehörde wurde nur redaktionell verändert und ist nun in § 33a Abs. 1 GWB normiert. Eine große Neuerung ist, dass bei Kartellen nun die Verursachung eines Schadens vermutet wird.¹¹⁰ Laut Regierungsbegründung gilt die Vermutung in doppelter Hinsicht: erstens hinsichtlich der Kausalität des Kartells für den Schaden und zweitens hinsichtlich der Existenz eines Schadens an sich.¹¹¹ Die Vermutung betrifft hingegen nicht die Schadenshöhe.¹¹² Über die Höhe entscheidet der Richter nach freier Überzeugung, wobei er insbesondere den durch den Verstoß erlangten anteiligen Gewinn des Kartellanten berücksichtigen kann.¹¹³ Geldschulden sind ab Schadenseintritt unter Anwendung der §§ 288, 289 BGB zu verzinsen.¹¹⁴ Literaturstimmen kritisieren, dass § 33a GWB die wesentlichen Probleme der Praxis nicht löse, die in der Feststellung der Kartellbetroffenheit des jeweiligen Rechtsgeschäfts und in der Schadenshöhe lägen.¹¹⁵ Sie raten daher potentiellen Kartellgeschädigten dazu, vorab Schadenspauschalklauseln zu vereinbaren oder nachträglich eine Feststellungsklage hinsichtlich des Bestehens eines Kartellschadensersatzanspruchs zu erheben und dann die Höhe per einvernehmlicher Streitbeilegung zu klären.¹¹⁶ Andere führen an, dass für die Kartellbetroffenheit jedenfalls bei zeitlicher, sachlicher und räumlicher Nähe zum Kartellverstoß ein Anscheinsbeweis gelte.¹¹⁷

¹⁰⁸ Kersting WuW 2014, 564.

¹⁰⁹ Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017, BGBl. I S. 1416.

¹¹⁰ § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB.

¹¹¹ Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 55.

¹¹² Erwägungsgrund 47 Kartellschadensersatzrichtlinie; Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 55.

¹¹³ § 33a Abs. 3 GWB i. V. m. § 287 ZPO.

¹¹⁴ § 33a Abs. 4 GWB.

¹¹⁵ Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 3; zur Schadenshöhe bereits Kersting WuW 2014, 564, 574.

¹¹⁶ Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 4.

¹¹⁷ Kahlenberg/Heim BB 2017, 1155, 1157 unter Hinweis auf OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2013 – 6 U 51/12 (Kart) – (NZKart 2014, 366); LG Dortmund, Urteil vom 21. Dezember 2016 – 8 O 90/14 (Kart) – (WuW 2017, 98); Thiede NZKart 2017, 68, 68 ff.; Fritzsche/Klöpffer/M. Schmidt NZKart 2016, 412, 416.

Hinsichtlich des Kartellverbots sind die Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission sowie von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten gebunden.¹¹⁸ Wettbewerbsbehördliche Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten binden deutsche Gerichte aber nur dann, wenn sie Verstöße gegen deutsches oder europäisches Wettbewerbsrecht betreffen.¹¹⁹ Entscheiden sie zu ausländischem Recht, soll entsprechend Art. 9 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie nur ein Anscheinsbeweis gelten.¹²⁰

Anspruchsberechtigt sind die vom wettbewerbsrechtlichen Verstoß „Betroffenen“.¹²¹ Betroffen ist, „wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist“.¹²² Diese weite Betroffenheitsdefinition entspricht der EuGH-Rechtsprechung in *Courage*, nach der grundsätzlich „jedermann“, der aufgrund von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht einen Schaden erleidet, anspruchsberechtigt ist.¹²³ Auch mittelbar Geschädigte sind nach § 33c GWB aktivlegitimiert. So gilt im Rahmen der Schadensabwälzung unter bestimmten Umständen zugunsten des mittelbaren Abnehmers die Vermutung, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde.¹²⁴ Zur Entkräftung der Vermutung reicht es aber aus, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.¹²⁵ Anspruchsgegner ist der Rechtsverletzer.¹²⁶ Dieser Begriff wird richtlinienkonform entsprechend der europäischen Definition¹²⁷ verstanden.¹²⁸ In Konzernkonstellationen ist die zivilrechtliche Haftung des Mutterunternehmens für das Tochterunternehmen und umgekehrt strittig. Manche nehmen diese unter Verweis auf die bußgeldrechtliche Rechtsprechung des EuGH¹²⁹ an und befürworten eine dahingehende richtlinienkonforme Auslegung.¹³⁰ Die Gegner einer zivilrechtlichen Haftung verweisen auf das gesellschaftsrechtliche Trennungs-

¹¹⁸ § 33b GWB.

¹¹⁹ Kersting, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 68.

¹²⁰ Mäsch, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 33b GWB Rn. 2; Kersting, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 69.

¹²¹ § 33a Abs. 1 i. V. m. § 33 Abs. 1 GWB.

¹²² § 33 Abs. 3 GWB.

¹²³ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 26.

¹²⁴ § 33c Abs. 2 GWB.

¹²⁵ § 33c Abs. 3 GWB.

¹²⁶ § 33a Abs. 1 i. V. m. § 33 Abs. 1 GWB.

¹²⁷ Art. 2 Nr. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck [...] ‚Rechtsverletzer‘ das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“.

¹²⁸ Kersting, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 8.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 10.09.2009, C-97/08, Rs. *Akzo Nobel*, Celex-Nr. 62008CJ0097, Rn. 58; EuGH, Urteil vom 08.05.2013, C-508/11, Rs. *ENI*, Celex-Nr. 62011CJ0508, Rn. 46.

¹³⁰ Kersting, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 30 ff.

prinzip und sehen keinen hinreichenden Anlass, dieses zu durchbrechen.¹³¹ Verstoßen mehrere Rechtsverletzer gemeinsam gegen das Wettbewerbsrecht, haften sie gesamtschuldnerisch. Was früher bereits durch die Rechtsprechung gesichert war,¹³² hat die neunte GWB-Novelle nun explizit normiert.¹³³ Dem ausdrücklichen Verweis auf die Anwendbarkeit von § 830 BGB¹³⁴ entnehmen manche eine mögliche gesetzgeberische Anerkennung der vom OLG Düsseldorf¹³⁵ hergeleiteten persönlichen Haftung von Organen für Kartellschäden nach § 830 Abs. 2 BGB.¹³⁶ Kronzeugen werden vom Gesetzgeber dadurch privilegiert, dass sie nur gegenüber unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern voll haften,¹³⁷ gegenüber anderen Geschädigten hingegen lediglich subsidiär, sofern diese von den übrigen Schädigern keinen vollen Ersatz bekommen.¹³⁸ Für die Schadensersatzansprüche nach § 33a GWB wurde eine besondere Verjährungsregel eingeführt, deren Frist richtliniengemäß fünf Jahre beträgt.¹³⁹ In prozesualer Hinsicht sticht der in § 33g GWB neu eingeführte, detaillierte Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und auf Erteilung von Auskünften hervor.¹⁴⁰ Hiernach kann ein potentieller Inhaber eines Schadensersatzanspruchs, aber auch ein potentieller Anspruchsgegner die Herausgabe von Beweismitteln verlangen, sofern er „die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist“.¹⁴¹ Es bestehen aber Anspruchsausschlüsse, z. B. wenn die Herausgabe unverhältnismäßig ist,¹⁴² und Verweigerungsrechte¹⁴³.

III. Regelungszweck der privatrechtlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts dient verschiedenen Zwecken, deren Schutzrichtung teilweise umstritten ist. Manchen zufolge sind die

¹³¹ *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 15.

¹³² BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10 – Rn. 80 (BGHZ 190, 145); Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 57.

¹³³ § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB.

¹³⁴ § 33d Abs. 1 Satz 2 GWB.

¹³⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. November 2013 – VI-U (Kart) 11/13 – (NZKart 2014, 68).

¹³⁶ *Kersting/Preuß* WuW 2016, 394, 397.

¹³⁷ § 33e Abs. 1 Satz 1 GWB.

¹³⁸ § 33e Abs. 1 Satz 2 GWB.

¹³⁹ § 33h Abs. 1 GWB.

¹⁴⁰ Umfassend hierzu *Preuß*, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 10.

¹⁴¹ § 33g Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GWB.

¹⁴² § 33g Abs. 3 GWB.

¹⁴³ § 33g Abs. 6 GWB.

Regelungsziele der verschiedenen Durchsetzungsformen strikt zu trennen; die privatrechtliche Durchsetzung diene privaten Interessen, während die öffentliche Durchsetzung öffentlichen Interessen diene.¹⁴⁴ Die meisten Literaturstimmen messen der privatrechtlichen Durchsetzung aber auch die Funktion bei, das öffentliche Interesse zu stärken, teilweise unter Berufung darauf, dass die betroffenen privaten Kartellgeschädigten „die besten Kartellwächter“ seien.¹⁴⁵ So spielt der Präventionsgedanke eine erhebliche Rolle im Kartellprivatrecht.¹⁴⁶ Überzeugend ist das Argument, dass private Klagen die beschränkten behördlichen Ressourcen zur Durchsetzung ergänzen.¹⁴⁷ Diese Sicht dürfte auch dem Willen des europäischen und deutschen Gesetzgebers entsprechen. Denn in den verschiedenen Gesetzesmaterialien tritt ein doppelter Regelungszweck der kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche zu Tage, der einerseits in der Kompensation einer Vermögenseinbuße (Individualschutz) und andererseits in der Wirksamkeitssteigerung bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Verbote (Marktschutz) liegt. Bereits der Gesetzgeber des GWB von 1957 nannte den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch eine Sondervorschrift zu § 823 Abs. 2 BGB und betonte den Individualschutz mancher Kartellrechtsnormen.¹⁴⁸ An anderer Stelle bezeichnete er zudem beide Systeme für sich alleine genommen als unzureichend,¹⁴⁹ woraus sich folgern lässt, dass beide Haftungsmechanismen einander ergänzen sollen. Auch aus Sicht des Gesetzgebers der neunten GWB-Novelle dienten die richtlinienumsetzenden Schadensersatzansprüche zur wirksameren Durchsetzung sowohl dem Individualschutz als auch dem Marktschutz.¹⁵⁰ Auf unionsrechtlicher Ebene ist zunächst die Rolle des EuGH hervorzuheben, der den unionsrechtlichen Kartellschadensersatzanspruch im Urteil *Courage* aus dem Primärrecht entwickelte.¹⁵¹ Der EuGH begründete den Individualschutz durch Schadensersatzansprüche

¹⁴⁴ *Terhechte*, in: Basedow/Terhechte/Tichý (Hrsg.), *Private Enforcement of Competition Law*, 2011, S. 15.

¹⁴⁵ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 2 GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 33 GWB Rn. 2; *Stancke*, in: Stancke/Weidenbarch/Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, 2018, Rn. 5; ähnlich auch *Alexander*, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht – privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb*, 2010, S. 304, 315 f.; *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 134 ff.; *Monti*, *EC Competition Law*, 2007, S. 426.

¹⁴⁶ *Ackermann*, FS Canaris, 2017, S. 1057, 1067 ff.

¹⁴⁷ *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, S. 136 ff.

¹⁴⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Januar 1955, BT-Drs. 2/1158, S. 44; ausführlich s. oben S. 82 f.

¹⁴⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Januar 1955, BT-Drs. 2/1158, S. 27.

¹⁵⁰ Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 39 f.

¹⁵¹ S. ausführlich oben S. 86 f.

mit der Erhöhung der Durchsetzungskraft des unionsrechtlichen Kartellverbots (*effet utile*).¹⁵² Mithin stellte bereits die unionsrechtliche Rechtsprechung eine Verbindung von Individual- und Marktschutz auf. Diese wurde von der Europäischen Kommission dann im Grünbuch, Weißbuch und schließlich im Vorschlag für die Kartellschadenersatzrichtlinie übernommen und weitergeführt. Das Grünbuch von 2005 postulierte einen Zielgleichlauf von privater und öffentlicher Durchsetzung dergestalt, dass beide den Zielen dienen, „durch das Wettbewerbsrecht untersagte wettbewerbswidrige Praktiken zu unterbinden sowie Unternehmen und Verbraucher vor diesen Praktiken und etwaigen durch sie verursachten Schäden zu schützen“.¹⁵³ Das Weißbuch von 2008 nannte als Hauptziel die „vollständige Entschädigung“ der durch Kartellrechtsverstöße Geschädigten und sollte daher die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Anspruchsdurchsetzung verbessern.¹⁵⁴ Der Kommissionsvorschlag für die Kartellschadenersatzrichtlinie wiederum erweiterte die Zieldichotomie leicht, indem er neben dem Individualschutz durch Kompensation erlittener Schäden auch das Ziel der „Optimierung der Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung“ nannte,¹⁵⁵ also eine allgemeine Wirksamkeitssteigerung der Durchsetzung des Kartellrechts zum Marktschutz anstrebte. Das so geformte Doppelziel von Individual- und Marktschutz findet auch im Richtlinienentext selbst Ausdruck. Die Erwägungsgründe der Kartellschadenersatzrichtlinie betonen zum einen die Eigenschaft der primärrechtlichen Kartellverbote als subjektive Rechte, aus denen in Verbindung mit dem Recht auf wirksamen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ein unionsrechtlicher Schutzauftrag in Form von Schadenersätzen erwächst.¹⁵⁶ Zum anderen soll die private Rechtsdurchsetzung gemeinsam mit der öffentlichen Durchsetzung ein „höchstmöglich“ wirksames System zum Schutz des Binnenmarkts bilden,¹⁵⁷ also das öffentliche Marktschutzinteresse fördern.

Kontroverses Element dieser Zieldichotomie ist die Frage, inwiefern die Hilfsfunktion der privaten Durchsetzung zur Steigerung der Wirksamkeit öffentlicher Durchsetzung zugleich eine abschreckende Wirkung entfalten soll. Dieses dem kontinentaleuropäischen Deliktsrecht fremde Element stößt zu-

¹⁵² EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 26 ff.

¹⁵³ Europäische Kommission, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Brüssel, den 19.12.2005, KOM(2005) 672 endgültig, S. 4.

¹⁵⁴ Europäische Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, Brüssel, den 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, S. 3.

¹⁵⁵ Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Straßburg, den 11.6.2013, COM(2013) 404 final, S. 3 ff.

¹⁵⁶ Erwägungsgründe 3 und 4 Kartellschadenersatzrichtlinie.

¹⁵⁷ Erwägungsgrund 6 Kartellschadenersatzrichtlinie.

weilen auf große Skepsis.¹⁵⁸ Aufforderungen aus der Wissenschaft, eine dem US-amerikanischen Recht entsprechende Vervielfachung der Schadenshöhe als „optimale Abschreckung“ einzuführen,¹⁵⁹ folgte der Gesetzgeber nicht. Vielmehr verbietet die Kartellschadensersatzrichtlinie ausdrücklich schadensrechtliche Überkompensation wie z. B. Strafschadensersatz (*punitive damages*) oder Mehrfachentschädigung.¹⁶⁰ Nichtsdestotrotz darf nicht vergessen werden, dass das erklärte Ziel der privatrechtlichen Durchsetzung, insgesamt die wirksame Durchsetzung von Kartellrechtsverstößen zu fördern, zwangsläufig der Abschreckung dient. Nur wird dies *de lege lata* mit weniger einschneidenden Mitteln als dem Strafschadensersatz oder der Mehrfachentschädigung durchgesetzt.

IV. Zusammenspiel öffentlicher und privater Durchsetzung im Kartellrecht

Angesichts der Koexistenz von öffentlicher und privater Durchsetzung im Kartellrecht stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zueinander. Das Verhältnis wurde bereits vor der Kartellschadensersatzrichtlinie diskutiert und im Sinne einer funktionalen Äquivalenz beschrieben.¹⁶¹ Nach der Kartellschadensersatzrichtlinie erscheint es nun in neuem Lichte.¹⁶² Freilich haben die beiden Durchsetzungsformen aufgrund der verschiedenen Rechtsdurchsetzer unterschiedliche Interessenschwerpunkte, jedoch konvergieren ihre Ziele auch teilweise. In der Praxis können beide Durchsetzungsformen einander häufig große Hilfestellung bieten oder gar aufeinander angewiesen sein.¹⁶³ Dies kann der Fall sein, wenn die Behörde eine das Gericht bindende Entscheidung trifft, auf die sich private Kläger dann in einer anschließenden Klage berufen können (*follow-on-Klage*), oder – umgekehrt – indem private Hinweise der Behörde erst die Ermittlung ermöglichen.¹⁶⁴ Dementsprechend sollen sich die privaten und öffentlichen Durchsetzungsformen auch laut Kartellschadensersatzrichtlinie gegenseitig ergänzen.¹⁶⁵ Konfliktfälle sollen vermieden werden, z. B. nennt die Richtlinie die kohärente Regelung des Zugangs zu Unterlagen, die sich im Be-

¹⁵⁸ Meeßen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, 2011, S. 57 ff., insb. 75 ff., 103 ff.

¹⁵⁹ Wagner, German Working Papers in Law and Economics 18/2007, S. 9 f., 28 ff.

¹⁶⁰ Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 13 Satz 3 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁶¹ Grundmann, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 105, 123 f.; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 199 ff.

¹⁶² Umfassend Drexl, The Interaction Between Private and Public Enforcement in European Competition Law, in: Micklitz/Wechsel (Hrsg.), The Transformation of Enforcement, 2016, S. 135.

¹⁶³ Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Vor § 33 GWB Rn. 3.

¹⁶⁴ Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht – privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, 2010, S. 302.

¹⁶⁵ Erwägungsgrund 6 Satz 1 Kartellschadensersatzrichtlinie.

sitz von Wettbewerbsbehörden befinden.¹⁶⁶ Angesichts des „gewissen Spannungsverhältnisses“ zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung betonte der deutsche Gesetzgeber, dass die Richtlinie und ihre Umsetzung die Spannungen lindern solle, z. B. durch die Regeln der Akteneinsicht, Haftung der Kronzeugen und zur Beweislast.¹⁶⁷ Die Richtlinie schützt Kronzeugen dahingehend, dass sie der Kartellbehörde gegenüber geäußerte, belastende Informationen nicht offenlegen müssen.¹⁶⁸ Aus diesem Privileg wird teilweise ein „relativer Vorrang“ der öffentlichen gegenüber der privaten Durchsetzung abgeleitet.¹⁶⁹ Manche stufen die privatrechtliche Durchsetzung gegenüber der öffentlichen Durchsetzung grundsätzlich als weniger effektiv ein, da letztere aufgrund der im Kartellrecht typischen Streuschäden und aufgrund des Informationsgefälles zwischen der Kartellbehörde und den betroffenen Privaten auf größere praktische Hindernisse trifft.¹⁷⁰ Hinsichtlich des Vorrangverhältnisses sieht das Gesetz jedoch im Falle der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde einen klaren Vorrang der Schadensersatzansprüche vor. So ist eine behördliche Sanktion gemäß § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB nur zulässig, soweit der wirtschaftliche Vorteil nicht durch Schadensersatzansprüche abgeschöpft ist.

V. Vergleichbarkeit von Wettbewerbs- und Bankaufsichtsrecht

Nach dem bisherigen Überblick über das Wettbewerbsrecht als unionsrechtliches Modell für die privatrechtliche Durchsetzung von Wirtschaftsregulierung soll nun ein Vergleich zwischen dem Wettbewerbs- und Bankaufsichtsrecht folgen. Die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts kann für das Bankaufsichtsrecht nur fruchtbar gemacht werden, soweit beide Felder der Wirtschaftsregulierung strukturell, hinsichtlich ihrer Regelungsziele, Regelungsqualität und Akteurskonstellationen vergleichbar sind.

Obwohl das Wettbewerbsrecht sektorenübergreifend und das Bankaufsichtsrecht lediglich sektorenspezifisch für die Tätigkeit von Kreditinstituten gilt, bestehen strukturelle Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Regulierungsmaterien. Das Wettbewerbsrecht soll Wettbewerbsverzerrungen verhindern und somit einen Markt unter gleichen Bedingungen für die Wettbewerber herstellen. Es herrscht ein klares Kartellverbot, an das die zivilrechtliche Folge der Nichtigkeit geknüpft ist. Das Verbot betrifft eine zivilrechtliche Absprache unter Wettbewerbern, der Regelungsfokus liegt aber auf der Außenwirkung die-

¹⁶⁶ Erwägungsgrund 6 Satz 2 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁶⁷ Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 40.

¹⁶⁸ Art. 6 Abs. 6 lit. a und Erwägungsgrund 26 Kartellschadensersatzrichtlinie.

¹⁶⁹ *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Vor § 33 GWB Rn. 15.

¹⁷⁰ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 138 ff.

ser Absprache für den Markt. Das Wettbewerbsrecht dient nach überwiegender Auffassung primär dem Marktschutz (Wettbewerb als Institution) und sekundär auch dem Schutz der einzelnen Marktteilnehmer.¹⁷¹ Das Bankaufsichtsrecht betrifft in erster Linie betriebsinterne Vorgänge der Unternehmensführung, wozu auch die Eigenkapitals- und Liquiditätsvorgaben zählen. Zugleich zielen diese internen Regelungen auf die externen Wirkungen gegenüber den Bankkunden – Bankgläubigern wie Bankschuldern – ab. Die individualschützenden Regelungsziele beider Felder verhalten sich entsprechend. Das Wettbewerbsrecht soll Kunden vor zu hohen Preisen schützen, weshalb es Schadensersatzansprüche zur Entschädigung kartellbedingter Übertreibungen gewährt. Der Kundenschutz des Bankaufsichtsrechts verfolgt hingegen eine andere, durch das Geschäftsmodell von Kreditinstituten bedingte Richtung. So sollen die prudenziellen Aufsichtsnormen die Bankgläubiger, insbesondere Einleger und Anleger, vor der Insolvenz der Bank schützen.¹⁷² Die Wohlverhaltensregeln der Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung hingegen sollen den Kunden vor einer Schuldenlast bewahren, die er sich nicht leisten kann.¹⁷³

Der Blick auf die Regelungsgeschichte und Qualität der jeweiligen individualschützenden Normen verrät Unterschiede. So enthielt das deutsche Wettbewerbsrecht bereits seit dem GWB von 1957 Schadensersatzansprüche für Geschädigte von Kartelldelikten. Auf europäischer Ebene hat erst die Rechtsprechung des EuGH ein unionsrechtliches Gebot zur mitgliedstaatlichen Gewährung von Schadensersatzansprüchen eingeführt, woraufhin dieses in der Kartellschadensersatzrichtlinie harmonisiert wurde. Demgegenüber kennt das Bankaufsichtsrecht traditionell keinen Individualschutz, sondern nur den Marktschutz.¹⁷⁴ Diese Trennung wurde in den letzten Jahren durch die zunehmende Einführung von Wohlverhaltenspflichten wie die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung ein wenig aufgeweicht.¹⁷⁵

Ein letzter wichtiger Vergleichspunkt sind die von den jeweiligen Regelungen betroffenen Akteure und ihre zivilrechtlichen Beziehungen zueinander. Sowohl im wettbewerbs- als auch im bankaufsichtsrechtlichen Fall werden multipolare Beziehungen reguliert. Dementsprechend sind stets nicht nur die unmittelbaren Kartellanten bzw. Banken regulierungsbetroffen, sondern auch die durch das Kartell in ihren Rechtspositionen beeinträchtigten Dritten. Seit der weiten Öffnung des personellen Schutzbereichs des Wettbewerbsrechts für „jedermann“ durch den EuGH in *Courage* war dessen Eingrenzung stets Gegen-

¹⁷¹ *Eilmansberger* CMLR 2007, 431, 432; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 133; für eine rein öffentliche Zielrichtung der privaten Durchsetzung *K. Schmidt* AcP 206 (2006), 169, 187 f.

¹⁷² S. oben S. 52 ff.

¹⁷³ Ausführlich s. unten S. 203 ff.

¹⁷⁴ S. oben S. 30 ff., 43 f., 46 ff.

¹⁷⁵ S. unten S. 203 ff.

stand von Diskussionen.¹⁷⁶ Wenngleich im Bankaufsichtsrecht die privatrechtliche Durchsetzung derzeit noch nicht breit diskutiert wird, stellen sich ähnliche Fragen angesichts der vielen Dritten, die von operativen Bankentscheidungen betroffen sind.¹⁷⁷ Daran anknüpfend dürfte auch im bankrechtlichen Fall die Kausalität eine der schwersten Beweisfragen darstellen, wie es im Kartellrecht bis zur Kartellschadensersatzrichtlinie der Fall war. Die wettbewerbsrechtliche Lösung der Kausalitätsvermutung bei bestimmten Betroffenen kann auch für das Bankaufsichtsrecht fruchtbar gemacht werden.¹⁷⁸

Der Blick auf die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die privatrechtliche Durchsetzung im deutschen Kartellrecht bereits seit seinem Urprung vorhanden war, während sie im Bankaufsichtsrecht einen Fremdkörper darstellt. Jedoch sind die übrigen Vergleichspunkte Regelungsstruktur, Regelungsziele, Regelungsqualität und Akteursstruktur allesamt vergleichbar. Daher ist die Übertragung des wettbewerbsrechtlichen Modells privatrechtlicher Durchsetzung auf das Bankaufsichtsrecht möglich.

B. Kapitalmarktregulierung

Das zweite Gebiet des Unionsrechts, in dem die privatrechtliche Durchsetzung stark diskutiert wird, ist die Kapitalmarktregulierung. Dies rührt zum einen daher, dass das Europarecht seit langem die Kapitalmarktregulierung harmonisiert und die Harmonisierung zunehmend Pflichten zwischen verschiedenen Kapitalmarktakteuren betrifft. Zum anderen bestanden im Kapitalmarktrecht teilweise von der Rechtsprechung entwickelte vertragsrechtliche (Wohlverhaltens-)Pflichten bereits vor der europarechtlich geprägten aufsichtsrechtlichen Regulierung. Insofern fügen sich die Pflichten des Aufsichtsrechts in ein bereits fruchtbares Terrain vertragsrechtlicher Pflichten ein. Als Beispiele dieser allgemeinen Entwicklung sollen im Folgenden die Prospekthaftung und die Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht analysiert werden. Beide verbildlichen, wie sich die europäische Kapitalmarktregulierung in gesetzlich normierten privaten Haftungsregeln ausdrückt. Sie verkörpern eine Tendenz des europäischen Gesetzgebers, zunehmend private Durchsetzungsmittel zu verwenden. Im Anschluss richtet sich der Fokus auf die viel diskutierte privatrechtliche Durchsetzung der Wohlverhaltenspflichten des WpHG als Paradebeispiel für nicht normierte privatrechtliche Durchsetzung von Kapitalmarktregulierung. Mangels klarer gesetzlicher Regelung löste gerade die Frage der Auswirkungen auf das Privatrecht einen großen Streit aus. Im Zentrum dieses

¹⁷⁶ *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 6 sowie § 33c GWB Rn. 1 ff.

¹⁷⁷ Ausführlich s. unten S. 243 ff.

¹⁷⁸ S. unten S. 276 ff., 281 f.

Streits steht die Bedeutung und Berücksichtigung des Individualschutzziels der zugrundeliegenden unionsrechtlichen Rechtsakte. Insofern bilden die kapitalmarktrechtlichen Diskussionen einen unmittelbaren Vergleichsmaßstab für das Bankaufsichtsrecht. Auf die ähnlich gelagerten Diskussionen zur Schutzgesetzeigenschaft des Verbots von Insidergeschäften nach Art. 14 MAR¹⁷⁹ und des Marktmanipulationsverbots nach Art. 15 MAR¹⁸⁰ kann hier nur verwiesen werden.¹⁸¹ Ausgenommen von den folgenden Untersuchungen ist auch die Regulierung von Ratingagenturen und deren auf EU-Ebene spezialgesetzlich geregelte privatrechtliche Haftung.¹⁸²

I. Anlegerschutz als altes Leitmotiv der Kapitalmarktrechtswissenschaft

Im allgemeinen Kapitalmarktrecht wird die Schutzrichtung des Anlegerschutzes bereits seit langem in der deutschen und internationalen Rechtswissenschaft diskutiert.¹⁸³ Die frühe Relevanz des Anlegerschutzes und seiner privatrechtlichen Durchsetzung belegen die beiden Habilitationsschriften

¹⁷⁹ Für die Schutzgesetzeigenschaft wohl *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 107 Rn. 173 f.; *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 305 f.; dagegen *Klöhn*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2018, Art. 14 Rn. 122.

¹⁸⁰ Für die Schutzgesetzeigenschaft *Poelzig* ZGR 2015, 801, 829 ff.; *Hellgardt* AG 2012, 154, 157 ff.; *ders.*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 18 ff., 58; dagegen *Schmolke*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2018, Art. 15 Rn. 78–104, 121; *Klöhn*, in: Kals/Fleischer/Vogt (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, 2014, S. 229, 248 f.; zum Marktmanipulationsverbot nach § 20a WpHG a. F.: OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. November 2016 – 17 U 25/16 – (BKR 2017, 167).

¹⁸¹ Umfassend zur privatrechtlichen Haftung für Verstöße gegen das Marktmissbrauchsrecht *Wolf/Wink*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018, § 31.

¹⁸² Art. 35a Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. L302 vom 17.11.2009, S. 1, eingefügt durch Art. 1 Abs. 22 Verordnung (EU) Nr. 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013, ABl. Nr. L146 vom 31.5.2013, S. 1; hierzu *Haar*, SAFE White Paper 2013, No. 1; *Lehmann* Capital Markets Law Journal 11(1) (2016), 60; *Wojcik* NJW 2013, 2385; monographisch und rechtsvergleichend zur Stellung von Ratings zwischen Regulierung, Gesellschafts- und Vertragsrecht *Schroeter*; Ratings – Bonitätsbeurteilungen durch Dritte im System des Finanzmarkt-, Gesellschafts- und Vertragsrechts – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2014.

¹⁸³ Zur internationalen Diskussion *Hopt/Voigt* (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung – Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, 2005; *Andenas/Wooldridge*, European Comparative Company Law, 2009, S. 516–535; *Moloney*, How to Protect Investors: Lessons from the UK and EU, 2010; *dies.* EBOR 2012, 169; *dies.*, EU Securities and Financial Markets Regulation, 3. Aufl. 2014, S. 770–853; *Andenas/Chiu*, The Foundations and Future of Financial Regulation – Governance for Responsibility, 2014, S. 133–274; *Fleischer/Kanda/Sik Kim/Mülbert* (Hrsg.), Issues and Challenges in Corporate and Capital Market Law: Germany and East Asia, 2018; zur nationalen Diskussion etwa

der prominenten Kapitalmarktrechtler *Hopt* von 1975¹⁸⁴ und *Schwark* von 1979¹⁸⁵, die die anschließende Debatte maßgeblich prägten¹⁸⁶ und bereits divergierende Grundtendenzen verkörperten. Die Untertitel beider Monographien zeigen, dass bereits damals das Spannungsfeld von Zivilrecht und Aufsichtsrecht zwischen eigenständiger Entwicklung und gegenseitiger Überlagerung zentral war. Hinsichtlich der sinnvollen Ausgestaltung dieses Verhältnisses hatten beide Autoren unterschiedliche Auffassungen. *Hopt*, der sich auf den Anlegerschutz im Bankrecht konzentrierte, verstand diesen als sowohl individuellen als auch allgemeinen Anlegerschutz und gelangte ferner aus einer geschichtlichen Analyse zur Untrennbarkeit von Individual- und Funktionenschutz.¹⁸⁷ Aus dem gesellschaftlichen und rechtlichen Bedürfnis nach Anlegerschutz entwickelte er sodann Unternehmensverhaltenspflichten zwischen Marktordnungs- und Unternehmensorganisationsrecht sowohl nach innen bei der Verwaltung als auch nach außen bei der Beratung.¹⁸⁸ Verfassungsrechtlich leitete er das Anlegerschutzprinzip aus dem Sozialstaatsprinzip ab¹⁸⁹ und entwickelte seine konkrete Form induktiv aus zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen des Kapitalmarktrechts.¹⁹⁰ Als Schutzobjekt des Anlegerschutzes verstand er hierbei sowohl den Individual- als auch den Funktionenschutz, zwischen denen er ein gegenseitig förderndes, funktionales Verhältnis annahm.¹⁹¹ Auch die Durchsetzung des Anlegerschutzes konzipierte *Hopt* im besten Fall als kombinierte private und staatliche Durchsetzung, wobei seinerzeit die private Durchsetzung mangels detaillierter Vorgaben des Aufsichtsrechts v. a. durch Haftungsfreizeichnung in AGB verhindert wurde.¹⁹² Auch bei *Schwark* stand der Anlegerschutz im Zentrum, allerdings in

Grundmann/Schwintowski/Singer/Weber (Hrsg.), *Anleger- und Funktionenschutz durch Kapitalmarktrecht – Symposium und Seminar zum 65. Geburtstag von Eberhard Schwark*, 2006.

¹⁸⁴ *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken – Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute*, 1975.

¹⁸⁵ *Schwark*, *Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht – Entwicklungslinien, Prinzipien und Fortbildung des Anlegerschutzes, zugleich ein Beitrag zur Überlagerung bürgerlich-rechtlicher Regelung und gewerbepolizeilicher Überwachung durch Wirtschaftsrecht*, 1979.

¹⁸⁶ Vgl. etwa die Verweise auf *Hopt*s Habilitationsschrift bei *Binder ZEuP* 2017, 569, 570 ff. und *Klein WM* 2016, 862, 864 oder die vielfachen Verweise die Habilitationsschriften von *Hopt* und *Schwark* bei *Ekkenga*, *Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt – Eine vergleichende Studie zum europäischen, deutschen und britischen Bilanz-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 1998, S. 18 ff.; zum Einfluss von *Hopt*s Habilitationsschrift auf Rechtswissenschaft und Gesetzgebung *Grundmann*, in: *Grundmann/Riesenhuber* (Hrsg.), *Private Law Development in Context – German Private Law and Scholarship in the 20th Century*, 2018, S. 571, 585 ff.

¹⁸⁷ *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 51 f.

¹⁸⁸ *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 219 ff.

¹⁸⁹ *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 261 ff.

¹⁹⁰ *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 288 ff.

¹⁹¹ *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 334–337.

¹⁹² *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 511 ff.

etwas anderer Weise. In seiner Arbeit ging es stärker darum, „der Überlagerung des überkommenen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Anlegerschutzrechts wie auch des Gewerbepolizeirechts durch ein den gesamten Teilbereich des Wirtschaftens regelndes Recht nachzugehen oder doch einen Interpretationswandel in dieser Richtung festzustellen und dadurch einen Beitrag zum materiellen Inhalt des Wirtschaftsrechts zu geben“.¹⁹³ Er entwickelte den Anlegerschutz sowohl im Zivil- als auch im Aufsichtsrecht und daher als Prinzip des breit verstandenen Wirtschaftsrechts.¹⁹⁴ Das Wirtschaftsrecht definierte Schwark als den „Inbegriff der Normen und Einzelmaßnahmen, die mit gesamtwirtschaftlichem Bezug den wirtschaftlichen Prozeß, d. h. die Produktionsverhältnisse und (oder) die Verteilungsvorgänge beeinflussen“, zu dem neben den öffentlich-rechtlichen Normen der Wirtschaftslenkung auch die privatrechtlichen Normen mit wirtschaftsordnender oder -lenkender Funktion gehörten.¹⁹⁵ Der Anlegerschutz sei daher ein Leitprinzip, dessen Lücken zu füllen seien,¹⁹⁶ das aber auch zur Systembildung und Weiterbildung des Rechtsgedankens einlade.¹⁹⁷ Im letzten Teil setzte er sich mit Hopt's Arbeit auseinander und kritisierte dessen Ansatz des Unternehmensverhaltensrechts dafür, dass er den Anlegerschutz überwiegend als zivilrechtliche Kategorie denke.¹⁹⁸ Demgegenüber verstand Schwark den Anlegerschutz in seiner historischen Entwicklung vor allem als Element der Marktordnung, das nicht der Durchsetzung der Rechte des Einzelnen im Einzelfall, sondern dem Markt- und Funktionenschutz diene.¹⁹⁹ Die divergierenden Positionen von Hopt und Schwark zeichnen die beiden konträren Lesarten von Anlegerschutz vor, die seitdem stets den Diskurs prägten und sich auch heute noch bei der Auslegung einzelner kapitalmarktrechtlicher Normen und ihrer Anlegerschutzrichtung gegenüberstehen.²⁰⁰

¹⁹³ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 3.

¹⁹⁴ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 77–331.

¹⁹⁵ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 69.

¹⁹⁶ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 333–376.

¹⁹⁷ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 377–406, S. 396: „Der Rechtsgedanke des Anlegerschutzes hat, wiewohl er in zahlreichen zivil- und unternehmensrechtlichen Bestimmungen und wirtschaftsrechtlichen Gesetzen nachgewiesen werden konnte, noch keine festen dogmatischen Strukturen erhalten. Hier wird weitere Detailarbeit zu leisten sein. Dabei wird sich grundsätzlich die Frage stellen, ob die herkömmlichen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Pflichten, allgemein gesprochen der rechtliche Unternehmensverhaltenskodex, weiter auszubauen und zu vervollständigen ist oder ob als Regelungsschwerpunkt das Wirtschaftsrecht zu gelten hat, das, wie hier vertreten wurde, jedenfalls nicht nur de lege lata erfolgsversprechender ist, sondern auch im Zentrum der gesetzgeberischen Entwicklung der letzten Jahrzehnte steht“.

¹⁹⁸ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 397.

¹⁹⁹ Schwark, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 45, 251 ff., 256 ff., 265 f., 269, 271, 276 ff., 399.

²⁰⁰ S. unten S. 106 f., 111 f., 116 ff., 118 ff.

II. Bereiche der normierten privatrechtlichen Durchsetzung

Normierte privatrechtliche Haftung für Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Regulierungsvorgaben existiert bereits seit langem im Bereich der Anforderungen an Wertpapierprospekte auf dem Primärmarkt sowie bei den Ad-hoc-Publizitätspflichten, die Informationsasymmetrien aufgrund von Insiderinformationen verhindern sollen.²⁰¹ Zugleich zeigt die Entwicklung beider Gebiete, dass die Gesetzgebung auf nationaler und europäischer Ebene zunehmend auf Mittel des Privatrechts zurückgreift, um die aufsichtsrechtlichen Regelungsgehalte durchzusetzen. Das Unionsrecht trieb diesen Prozess besonders voran, was besonders in den Streitigkeiten über das unionsrechtliche Gebot privatrechtlicher Haftung zum Ausdruck kommt.²⁰² Jedenfalls entschied sich der deutsche Gesetzgeber in beiden Fällen zu einer gesetzlich vorgeschriebenen Haftung nach Privatrecht. Insofern verkörpern die Bereiche der normierten privatrechtlichen Durchsetzung von aufsichtsrechtlichen Zielen eine breitere Tendenz, die für das Bankaufsichtsrecht als Vergleichsmaßstab fruchtbar ist.

1. Prospekthaftung

Die Prospekthaftung gilt als „Prototyp der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung“.²⁰³ In diesem Kernbereich des Rechts der Wertpapieremission stellt sich paradigmatisch schon seit langem die Frage, ob die Kapitalmarktregulierung allein dem Marktschutz oder zugleich auch dem individuellen Anlegerschutz dient.²⁰⁴ Angesichts der mittlerweile umfassenden Ansprüche von Anlegern wird diese Frage nach der Zielrichtung nunmehr dahingehend beantwortet, dass die Prospekthaftung sowohl dem Marktschutz als auch dem individuellen Anlegerschutz verpflichtet ist.²⁰⁵

²⁰¹ Rechtsvergleichend zur Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung unter besonderem Fokus auf die innereuropäischen Unterschiede *Hopt/Voigt* (Hrsg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung – Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, 2005, Teil IV; zum Informationsparadigma allgemein *Klöhn* ZHR 177 (2013), 349.

²⁰² S. unten S. 106 f., 111 f. und 120 ff.

²⁰³ *Fleischer* BKR 2003, 608, 608; *ders.*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 4; der Gesetzgeber nannte die Prospekthaftung den „Prototyp einer standardisierten Haftung“ im Kapitalmarktrecht, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren vom 14.03.2005, BT-Drs. 15/5091, S. 16.

²⁰⁴ Für einen Überblick *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 64.

²⁰⁵ *Assmann*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 2; *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 64; *Spindler*, in: Holzborn (Hrsg.), WpPG Kommentar, 2. Aufl. 2014, Einleitung WpPG Rn. 32 ff.

a) Regelungsgeschichte und Normzweck

Auf nationaler Ebene existierte die Prospekthaftung bereits seit 1896 im Börsengesetz,²⁰⁶ führte aber lange ein Schattendasein.²⁰⁷ Neben der gesetzlich geregelten Prospekthaftung spielte die von der Rechtsprechung entwickelte bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung in der Praxis eine zentrale Rolle.²⁰⁸ Die Rechtsprechung schuf insbesondere für den sog. „grauen“ Markt außerhalb der Börse eine Vertrauenshaftung für die Richtigkeit von Prospekten,²⁰⁹ die bei Prospekten zu Kommanditanteilen²¹⁰ begann und bis hin zu außerbörslich gehandelten Aktien²¹¹ ausgedehnt wurde.²¹² Jenseits des nationalen Kapitalmarktrechts rückte das Prospektrecht auch auf europäischer Ebene zunehmend in den Fokus. So wurde bereits in der Prospekttrichtlinie von 1989²¹³ der Versuch unternommen, die Prospektanforderungen der Mitgliedstaaten zu harmonisieren,²¹⁴ doch erklärte die Kommission dieses Vorhaben im Aktionsplan für Finanzdienstleistungen von 1999 für gescheitert.²¹⁵ Als Teil dieses auf die Schaffung eines wirklichen Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen abzielenden Aktionsplans²¹⁶ erließ der europäische Gesetzgeber 2003 dann die Richtlinie 2003/71/EG (Prospekt-RL)²¹⁷. Der deutsche Gesetzgeber setzte diese im

²⁰⁶ § 43 Börsengesetz vom 22. Juni 1896, RGBl. Nr. 15 S. 157.

²⁰⁷ *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, S. 10 ff., 15.

²⁰⁸ *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, S. 15 ff.

²⁰⁹ *Emmerich*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2019, Band 3, § 311 Rn. 141; *von Buttlar*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 8 Rn. 387; *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 76 ff.; *Assmann*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Köln 1985, S. 12 ff.

²¹⁰ BGH, Urteil vom 24. April 1978 – II ZR 172/76 – (BGHZ 71, 284).

²¹¹ BGH, Urteil vom 05. Juli 1993 – II ZR 194/92 – (BGHZ 123, 106).

²¹² Zur Wechselwirkung zwischen bürgerlich-rechtlicher und gesetzlicher Prospekthaftung *Herresthal*, in: FS Canaris 2017, S. 869, 889 ff.; grundlegend bereits *Assmann*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Köln 1985, S. 313–393.

²¹³ Richtlinie des Rates vom 17. April 1989 zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, Kontrolle und Verbreitung des Prospekts, der im Falle öffentlicher Angebote von Wertpapieren zu veröffentlichen ist, ABl. Nr. L124 vom 5.5.1989, S. 8.

²¹⁴ Zum börsen- und kapitalmarktrechtlichen Regulierungskontext *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 70 f.

²¹⁵ Kommission, Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, Mitteilung vom 11.5.1999, KOM (1999) 232 endg., S. 5.

²¹⁶ Kommission, Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, Mitteilung vom 11.5.1999, KOM (1999) 232 endg., S. 4 ff.

²¹⁷ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. Nr. L345 vom 31.12.2003, S. 64.

eigens geschaffenen Wertpapierprospektgesetz (WpPG)²¹⁸ von 2005 um, beließ aber die Haftungsregeln zunächst im Börsengesetz.²¹⁹ In die §§ 21–25 WpPG überführte er sie erst 2011²²⁰ mit dem finanzkrisenbedingten Ziel einer Verschärfung der Prospekthaftung.²²¹ Im Jahr 2017 erließ der europäische Gesetzgeber die Verordnung (EU) 2017/1129 (Prospekt-VO)²²², die in Gänze zwar erst seit dem 21. Juli 2019 gilt, aber in Teilen bereits vorab Geltung entfaltete,²²³ und deren Optionen der deutsche Gesetzgeber bereits zuvor teilweise ausgeübt hatte.²²⁴ Seit dem 21. Juli 2019 sind nun auch die im Vergleich zur Prospekt-RL nur leicht geänderten Prospekthaftungsregeln nach Art. 11 Prospekt-VO unmittelbar anwendbar.²²⁵ Wie zuvor die Richtlinie verpflichtet diese Norm die Mitgliedstaaten dazu, die Haftung für fehlerhafte Prospekte sicherzustellen, sodass die §§ 21–25 WpPG trotz kleiner Änderungen auch weiterhin die Prospekthaftung maßgeblich regeln.

Regelungszweck der Prospekthaftung ist die Gewährleistung der vollständigen und richtigen Aufklärung der Anleger auf dem Primärmarkt und somit der Schutz ihres Vertrauens. Dies gilt insbesondere für die von der Rechtsprechung geschaffene bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung.²²⁶ Die spezialgesetzliche Prospekthaftung dient vor dem europarechtlichen Hintergrund auch dem Vertrauensschutz²²⁷ sowie dem Anlegerschutz allgemein²²⁸ und soll daneben auch abschreckende Wirkung entfalten.²²⁹ In diesem Sinne benennt das Schrifttum

²¹⁸ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Prospektrichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 22. Juni 2005, BGBl. I S. 1698.

²¹⁹ Art. 3 Nr. 9 Prospektrichtlinie-Umsetzungsgesetz.

²²⁰ Art. 6 Nr. 4 Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 6. Dezember 2011, BGBl. I S. 2481.

²²¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 06.06.2011, BT-Drs. 17/6051, S. 30.

²²² Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl. Nr. L168 vom 30.6.2017, S. 12.

²²³ Art. 44 Abs. 2, 49 Abs. 2 Prospekt-VO.

²²⁴ Gesetz zur Ausübung von Optionen der EU-Prospektverordnung und zur Anpassung weiterer Finanzmarktgesetze vom 10. Juli 2018, BGBl. I S. 1102.

²²⁵ Art. 49 Abs. 3 Prospekt-VO.

²²⁶ BGH, Urteil vom 24. April 1978 – II ZR 172/76 – Rn. 13 (BGHZ 71, 284): „Die angesprochenen Interessenten dürfen sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben in einem solchen Prospekt verlassen und davon ausgehen, daß die insoweit unmittelbar Verantwortlichen ihn mit der erforderlichen Sorgfalt geprüft haben und sie über alle Umstände aufklären werden, die für den Entschluß, sich als Kommanditist zu beteiligen, von wesentlicher Bedeutung sind“.

²²⁷ Erwägungsgrund 18 Prospekt-RL; Erwägungsgrund 7 Satz 1 Prospekt-VO.

²²⁸ Erwägungsgrund 16 Prospekt-RL; Erwägungsgrund 7 Sätze 2–4 Prospekt-VO.

²²⁹ Erwägungsgrund 43 Prospekt-RL.

als Normzwecke einerseits die konkrete, den individuellen Anleger schützende Kompensation und andererseits die überindividuelle, typisierte Prävention.²³⁰

b) Unionsrechtliches Gebot der privaten Haftung und Streit über Reichweite

Die Prospekt-RL schrieb eine Haftung für fehlerhafte Prospekte vor, nach der „je nach Fall zumindest der Emittent oder dessen Verwaltungs-, Management- bzw. Aufsichtsstellen, der Anbieter, die Person, die die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt beantragt, oder der Garantiegeber für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben haftet“.²³¹ Die Prospekt-VO behält diese Haftung bei, betont die Richtigkeit der Angaben und verschärft sie leicht durch die Erweiterung auf Nachträge zum Prospekt.²³² Der Prospekt muss die verantwortlichen Personen mit Namen und Stellung benennen und eine Erklärung mit Richtigkeitsgewähr enthalten.²³³ Diesbezüglich müssen die Mitgliedstaaten die Anwendung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf die Haftung der Verantwortlichen gewährleisten.²³⁴ Mithin besteht ein europäisches Gebot der privaten Haftung. Von der Haftung verschont bleiben sollen hingegen Personen, die lediglich eine Zusammenfassung oder Übersetzung liefern, „es sei denn, die Zusammenfassung ist irreführend, unrichtig oder widersprüchlich, wenn sie zusammen mit den anderen Teilen des Prospekts gelesen wird“.²³⁵ Nach der Prospekt-VO ist eine Haftungsfreistellung zudem ausgeschlossen, wenn die Zusammenfassung nicht die Basisinformationen vermittelt, „die in Bezug auf Anlagen in die Wertpapiere für die Anleger eine Entscheidungshilfe darstellen würden“.²³⁶ Zwar sind die Haftungsregeln seit dem 21. Juli 2019 nach Art. 11 Prospekt-VO unmittelbar anwendbar,²³⁷ jedoch verbleibt die Ausgestaltung des Gebots bei den Mitgliedstaaten, denen die Norm den Erlass geeigneter Haftungsregeln vorschreibt.²³⁸

Es besteht Streit über die Reichweite dieses Gebots. Art. 11 Abs. 2 UAbs. 1 Prospekt-VO ebenso wie der wortgleiche Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 Prospekt-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten nur dazu, „dass ihre Rechts- und Verwal-

²³⁰ Wackerbarth, in: Holzborn (Hrsg.), WpPG Kommentar, 2. Aufl. 2014, §§ 21–23 WpPG Rn. 11.

²³¹ Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Prospekt-RL.

²³² Art. 11 Abs. 1 Satz 1 Prospekt-VO: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass je nach Fall zumindest der Emittent oder dessen Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan, der Anbieter, die die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt beantragende Person oder der Garantiegeber für die Richtigkeit der in einem Prospekt und Nachträgen dazu enthaltenen Angaben haftet“.

²³³ Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Prospekt-RL; Art. 11 Abs. 1 Satz 2 Prospekt-VO.

²³⁴ Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 Prospekt-RL; Art. 11 Abs. 2 UAbs. 1 Prospekt-VO.

²³⁵ Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 Prospekt-RL; Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a Prospekt-VO.

²³⁶ Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b Prospekt-VO.

²³⁷ Art. 49 Abs. 3 Prospekt-VO.

²³⁸ S. oben S. 104 f.

tungsvorschriften im Bereich der Haftung für die Personen gelten, die für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben verantwortlich sind“. Ein Teil des Schrifttums entnimmt diesem Gebot der privaten Haftung zugleich das Gebot privatrechtlicher Haftung, also das Gebot individueller Schadensersatzansprüche für die Fehlerhaftigkeit von Prospekten.²³⁹ Manchen zufolge besteht nur eine mitgliedstaatliche Pflicht, überhaupt eine zivilrechtliche Haftung vorzusehen, während die Bestimmung der Haftungssubjekte und die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen blieben.²⁴⁰ Ein anderer Teil hingegen argumentiert, die europäischen Vorgaben verlangten nur eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Durchsetzung²⁴¹ und beließen den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Haftungsmodalitäten mitgliedstaatliche Regelaufgaben.²⁴² Die Prospekt-VO scheint auf den ersten Blick diesen Streit nicht zu klären. Einerseits kann ihr vollharmonisierender Charakter für ein vollumfassendes Gebot zivilrechtlicher Haftung angeführt werden.²⁴³ Andererseits benennt die Prospekt-VO auf der Sanktionsebene nur verwaltungsrechtliche Mittel.²⁴⁴

Richtigerweise ist dieser Streit jedoch hinfällig. Denn ein Blick in die anderen Sprachfassungen des Art. 11 Abs. 2 UAbs. 1 Prospekt-VO sowie des vorherigen Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 Prospekt-RL offenbart, dass der deutsche Begriff „Haftung“ durchaus als privatrechtliche Haftung zu verstehen ist. Die englische Fassung spricht von „civil liability“, die französische von „responsabilité civile“, die italienische von „responsabilità civile“ und die spanische von „responsabilidad civil“. Daher sind die Haftungsvorgaben des Art. 11 Prospekt-VO vollumfänglich in das mitgliedstaatliche Privatrecht umzusetzen.

c) Rechtsnatur der Prospekthaftung

Die Rechtsnatur der Prospekthaftung ist umstritten. In Anlehnung an die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung und mit Blick auf ihre Zielrichtung, das Vertrauen der Anleger zu schützen, halten einige Literaturstimmen die Prospekthaftung für eine spezialgesetzliche, kapitalmarktrechtliche Vertrauenshaftung.²⁴⁵ Hintergrund ist die unklare Position der Prospekthaftung zwischen

²³⁹ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 179.

²⁴⁰ Mülbart/Steup, in: Habersack/Mülbart/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl. 2013, § 41 Rn. 2.

²⁴¹ Erwägungsgrund 43 und Art. 35 Prospekt-RL.

²⁴² Assmann, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Hrsg.), Kommentar zum WpPG und VermAnlG, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 21–25 WpPG Rn. 18.

²⁴³ So wohl Mülbart/Steup, in: Habersack/Mülbart/Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019, § 41 Rn. 41.2 und 41.39.

²⁴⁴ Art. 38 und Erwägungsgrund 74 Prospekt-VO.

²⁴⁵ Schwark, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 44, 45 BörsG Rn. 7; Groß, Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2016, § 21 WpPG Rn. 9; Kumpan, in:

Vertrag und Delikt.²⁴⁶ In diese Richtung geht auch ein BGH-Urteil zur ehemaligen Prospekthaftung nach § 45 BörsG a. F.²⁴⁷ Andere hingegen sehen einen gesetzlich geregelten Sonderfall der deliktischen Haftung.²⁴⁸ Vertreter dieser Meinung führen an, dass die Pflicht zur Angabe richtiger Informationen im Prospekt grundsätzlich gegenüber einem offenen Kreis an Marktteilnehmern gelte, weshalb sie als deliktisch zu qualifizieren sei.²⁴⁹ Die deliktische Einordnung bevorzugte auch der EuGH jüngst bei der kollisionsrechtlichen Ermittlung des Gerichtsstands.²⁵⁰ Somit dürfte der Streit jedenfalls in seinem wohl wichtigsten²⁵¹ Anwendungsfall geklärt sein. Andere Fragen wie etwa das Verhältnis zwischen Prospekthaftung und Kapitalerhaltung oder die Anwendbarkeit der §§ 830 f. BGB bleiben jedoch offen.²⁵²

d) Haftungsvoraussetzungen nach §§ 21–25 WpPG

Die gegenwärtigen §§ 21–25 WpPG sehen ein detailliertes privatrechtliches Haftungsregime vor. Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 WpPG kann der Erwerber eines Wertpapiers, für das ein Börsenzulassungsprospekt erstellt wurde, von den für den Prospekt verantwortlichen Personen sowie den Urhebern für die Fehlerhaftigkeit des Prospektes Schadensersatz verlangen. Anspruchsberechtigt sind die Ersterwerber, aber auch spätere Inhaber des Wertpapiers.²⁵³ Anspruchsgegner sind einerseits „diejenigen, die für den Prospekt die Verantwortung über-

Baumbach/Hopt (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, Kap. 15a Vor §§ 21–25 WpPG Rn. 5.

²⁴⁶ Schwark, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 44, 45 BörsG Rn. 7.

²⁴⁷ BGH, Urteil vom 21. Mai 2003 – IV ZR 327/02 – Rn. 12 (WM 2003, 1363): „[Der Anleger] soll in seinem vor dem Erwerb gefaßten Vertrauen auf einen richtigen Prospekt geschützt werden, und zwar unabhängig davon, ob im Sinne der bürgerlich-rechtlichen culpa in contrahendo Vertragsverhandlungen stattgefunden oder ihm die Prospektverantwortlichen persönlich gegenübergetreten sind“.

²⁴⁸ Einsele ZEuP 2012, 23, 26 f.; Hopt WM 2013, 101, 104; Assmann, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Hrsg.), Kommentar zum WpPG und VermAnlG, 3. Aufl. 2017, §§ 21–23 WpPG Rn. 30.

²⁴⁹ Einsele ZEuP 2012, 23, 27.

²⁵⁰ EuGH, Urteil vom 28.01.2015, C-375/13, Rs. Kolassa, Celex-Nr. 62013CJ0375, Rn. 44: „Somit ist davon auszugehen, dass für Haftungsklagen gegen einen Emittenten aus Prospekthaftung und wegen Verletzung sonstiger gesetzlicher Informationspflichten von Emittenten der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gilt, sofern sie nicht von der Wendung ‚wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden‘, wie oben in Rn. 39 definiert, erfasst werden“.

²⁵¹ Wackerbarth, in: Holzborn (Hrsg.), WpPG Kommentar, 2. Aufl. 2014, §§ 21–23 WpPG Rn. 12.

²⁵² Auf die Bedeutung in diesen Bereichen hinweisend Groß, Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2016, § 21 WpPG Rn. 9.

²⁵³ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 188 mwN; ders., in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 112 Rn. 56; allgemeiner Hopt WM 2013, 101, 102;

nommen haben²⁵⁴ (Prospekterlasser) und andererseits „diejenigen, von denen der Erlass des Prospektes ausgeht,²⁵⁵ (Prospektveranlasser). Prospekterlasser sind die nach § 5 Abs. 4 Sätze 1, 3 WpPG unterzeichnenden Anbieter des Prospektes und im Falle der börslichen Zulassung nach § 5 Abs. 4 Satz 4 WpPG der Emittent sowie das emissionsbegleitende Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut.²⁵⁶ Prospektveranlasser sind die mangels Unterschrift zwar nach außen nicht erkennbaren, aber hinter dem Prospekt stehenden tatsächlichen Urheber bzw. Hintermänner des Prospekts wie z. B. die Konzernmuttergesellschaft.²⁵⁷ Anspruchsinhalt ist die Erstattung des tatsächlichen Erwerbspreises oder des Ausgabepreises, sollte letzterer niedriger sein,²⁵⁸ da der Haftende höchstens mit dem Ausgabepreis belastet und der Erwerber nicht jenseits des Erwerbspreises bereichert werden soll.²⁵⁹ Ein solcher Anspruch entsteht auch hinsichtlich fehlerhafter Pflichtprospekte bei öffentlichem Angebot nach § 22 WpPG sowie bei freiwillig veröffentlichten Prospekten, soweit sie vom WpPG erfasst sind.²⁶⁰ Die Haftung nach §§ 21, 22 WpPG ist allerdings nach § 23 Abs. 1 WpPG ausgeschlossen, wenn der Anspruchsgegner nachweist, dass er hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit des Prospektes keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hatte. Diese Beweislastumkehr schließt also vom Wortlaut her eine Haftung für Fahrlässigkeit aus und enthält hohe Anforderungen an das Verschulden.²⁶¹ Gleichwohl verstehen manche die diesbezügliche höchstrichterliche Rechtsprechung²⁶² dahingehend, dass sie den subjektiven Maßstab eher in Richtung leichter Fahrlässigkeit auslegt.²⁶³ Ein Ausschlussgrund für die Prospekthaftung liegt vor, wenn der erwerbende Anleger positive Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Prospekts hatte.²⁶⁴ Für Verkaufsprospekte zu Vermögensanlagen gilt

Spindler, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 33 Rn. 9 f.

²⁵⁴ § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpPG.

²⁵⁵ § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpPG.

²⁵⁶ *Assmann*, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Hrsg.), Kommentar zum WpPG und VermAnlG, 3. Aufl. 2017, §§ 21–23 WpPG Rn. 76.

²⁵⁷ *Assmann*, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Hrsg.), Kommentar zum WpPG und VermAnlG, 3. Aufl. 2017, §§ 21–23 WpPG Rn. 81.

²⁵⁸ § 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 WpPG.

²⁵⁹ *Oulds*, in: Kümpel/Wittig (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 15.217.

²⁶⁰ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 185, 204 f.

²⁶¹ *Assmann*, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Hrsg.), Kommentar zum WpPG und VermAnlG, 3. Aufl. 2017, §§ 21–23 WpPG Rn. 109 ff.

²⁶² BGH, Urteil vom 19. Januar 1993 – XI ZR 76/92 – (ZIP 1993, 337); BGH, Urteil vom 14. Juli 1998 – XI ZR 173/97 – (BGHZ 139, 225); BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 – XI ZR 335/11 – juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. März 1999 – 21 U 260/97 – (ZIP 1999, 1005).

²⁶³ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 6. Teil, Rn. 209.

²⁶⁴ § 23 Abs. 2 Nr. 3 WpPG.

ein entsprechendes Haftungsregime.²⁶⁵ Die Prospekthaftung wurde zuletzt auch auf den Bereich fehlender oder fehlerhafter Wertpapier-Informationsblätter erweitert.²⁶⁶

2. Ad-hoc-Publizitätspflicht bei Insiderinformationen

Ein weiterer Fall der unionsrechtlich überformten Kapitalmarkthaftung ist die Pflicht von Emittenten, sie betreffende Insiderinformationen unverzüglich zu veröffentlichen. Diese Pflicht besteht nunmehr nach Art. 17 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung – MAR)²⁶⁷ unmittelbar auf unionsrechtlicher Ebene.²⁶⁸ Neben Maßnahmen der Aufsichtsbehörden haben Verstöße gegen diese Pflicht eine zivilrechtliche Haftung des Emittenten nach §§ 97, 98 WpHG gegenüber solchen Anlegern zur Folge, die durch den verstoßbedingt zu teuren Kauf oder zu billigen Verkauf eines Finanzinstruments einen Schaden erlitten haben.

a) Regelungsgeschichte und Normzweck

Die Einführung der Pflicht zur Ad-hoc-Mitteilung von Insiderinformationen im deutschen Recht und ihre Entwicklung wurden maßgeblich vom Europarecht bestimmt.²⁶⁹ Sie geht zurück auf die Börsenzulassungsrichtlinie²⁷⁰ von 1979, zu deren Umsetzung der deutsche Gesetzgeber die Ad-hoc-Publizitätspflicht 1986 in § 44a BörsG a. F. einführte,²⁷¹ die jedoch kaum Anwendung fand und daher als reines „Papierrecht“ galt.²⁷² Breitere Bedeutung gewann die Ad-

²⁶⁵ §§ 20–22 VermAnlG.

²⁶⁶ §§ 22a, 24a WpPG.

²⁶⁷ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. Nr. L173 vom 12.6.2014, S. 1.

²⁶⁸ Allgemein hierzu *Bachmann*, Das Europäische Insiderhandelsverbot, 2015; eine kritische Analyse der wesentlichen Regelungsgehalte der MAR findet sich bei *Klöhn AG* 2016, 423; für eine rechtsökonomische Analyse der Ad-hoc-Publizitätspflicht mit besonderem Fokus auf die ökonomischen Nutzen und Kosten sowie empirische Evidenz für die Notwendigkeit zingenden Rechts *Klöhn*, in: *Klöhn* (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2018, Vor Art. 17 Rn. 51–111.

²⁶⁹ Umfassend *Klöhn*, in: *Hirte/Möllers* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 17 ff.

²⁷⁰ Schema C Nr. 5 lit. a im Anhang zur Richtlinie des Rates vom 5. März 1979 zur Koordinierung der Bedingungen für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse, ABl. Nr. L66 vom 16.3.1979, S. 21.

²⁷¹ Art. 1 Nr. 4 Gesetz zur Einführung eines neuen Marktabschnitts an den Wertpapierbörsen und zur Durchführung der Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. März 1979, vom 17. März 1980 und vom 15. Februar 1982 zur Koordinierung börsenrechtlicher Vorschriften (Börsenzulassungs-Gesetz) vom 16.12.1986, BGBl. I S. 2478.

²⁷² *Klöhn*, in: *Hirte/Möllers* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 17.

hoc-Publizitätspflicht erst 1994, als sie zur Umsetzung der Insider-Richtlinie²⁷³ von 1989 in § 15 WpHG neugefasst wurde. Die zivilrechtliche Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht normierte der deutsche Gesetzgeber in den §§ 37b, 37c WpHG a. F. durch das vierte Finanzmarktförderungsgesetz²⁷⁴ von 2002. Vor dieser expliziten Normierung hatten geschädigte Anleger grundsätzlich²⁷⁵ keinen deliktischen Schadensersatzanspruch.²⁷⁶ § 15 Abs. 6 Satz 1 WpHG a. F. regelte ausdrücklich, dass Emittenten bei Verstößen gegen § 15 Abs. 1 bis 3 WpHG a. F. nicht für den daraus entstehenden Schaden haften mussten. Die Einführung der zivilrechtlichen Haftung hielt der deutsche Gesetzgeber für erforderlich, da „einerseits Anleger bei der unterlassenen oder verspäteten Veröffentlichung oder der unrichtigen Behauptung solcher Tatsachen bislang nur unzureichend geschützt [waren] und andererseits das Publizitätsverhalten einiger börsennotierter Unternehmen insoweit starke Mängel [aufwies]“.²⁷⁷ Die Einführung der §§ 37b, 37c WpHG a. F. stellt insofern eine klare Stärkung des individuellen Anlegerschutzes dar.²⁷⁸ Die Emittentenhaftung soll das abstrakte Vertrauen der Anleger stärken, die darauf vertrauen, dass andere Marktteilnehmer ihre Pflichten erfüllen.²⁷⁹ Insofern gehen Markt- und Individualschutz auch hier Hand in Hand.²⁸⁰

b) Streit über unionsrechtliches Gebot der privaten Haftung

Es besteht Streit darüber, ob das Unionsrecht eine private Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht gebietet. Zwar ist die Ad-hoc-Publizitätspflicht in Art. 17 MAR unionsrechtlich geregelt und auch die Entstehungsgeschichte der zivilrechtlichen Haftung in Deutschland war stets durch den Einfluss europäischer Normen geprägt. Jedoch schweigt die MAR zur Frage

²⁷³ Art. 7 Richtlinie des Rates vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, ABl. Nr. L334 vom 18.11.1989, S. 30.

²⁷⁴ Art. 2 Nr. 24 Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 21. Juni 2002, BGBl. I S. 2010.

²⁷⁵ Ein Schadensersatzanspruch kam nur bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB, der als andere Rechtsgrundlage nach § 15 Abs. 6 Satz 2 WpHG a. F. nicht ausgeschlossen war.

²⁷⁶ Möllers/Leisch, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 23.

²⁷⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 18.01.2002, BT-Drs. 14/8017, S. 64, 93.

²⁷⁸ Möllers/Leisch, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 9; Sethe, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 9; Fuchs, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, §§ 37b, 37c Rn. 4.

²⁷⁹ Zimmer/Grotheer, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 37b, 37c WpHG Rn. 5.

²⁸⁰ Fuchs, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, §§ 37b, 37c Rn. 4.

der zivilrechtlichen Haftung. Dies wird unterschiedlich interpretiert. Die Mehrheit der Literaturstimmen folgert daraus, dass es kein unionsrechtliches Gebot zur Einführung einer zivilrechtlichen Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht gibt.²⁸¹ Ein solches Gebot wurde sowohl für die Vorgängerbestimmungen in der Börsenzulassungsrichtlinie und Marktmissbrauchsrichtlinie²⁸² von 2003 verneint²⁸³ als auch für die aktuell geltende MAR.²⁸⁴ Laut dieser Meinung würde ein europäisches Gebot voraussetzen, dass die entsprechende europäische Vorschrift ausdrücklich die private Haftung verlangt, wie es z. B. bei Art. 6 Prospekt-RL und Art. 11 Prospekt-VO der Fall ist.²⁸⁵ Andere hingegen sehen keine Indifferenz des Europarechts zur Frage privater Haftung. Die Beschränkung der MAR auf verwaltungsrechtliche Sanktionen stehe einer zivilrechtlichen Haftung nach den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht entgegen.²⁸⁶ Zudem wird vertreten, dass die Vorgaben und Zielrichtungen des betreffenden Unionsrechtsakts entscheidend seien, denen sich ein Gebot privater und zivilrechtlicher Haftung durchaus entnehmen lasse.²⁸⁷ Für die Ermittlung des Individualschutzes verweisen letztere zum einen auf EuGH-Urteile zum Primärrecht, in denen der EuGH Schutznormcharakter zugunsten des Individuums annahm.²⁸⁸ Zum anderen leiten sie aus der EuGH-Rechtsprechung zum Sekundärrecht ab, dass das Ziel der Richtlinie für den Individualschutz entscheidend sei, wobei der EuGH großzügig auch solche Bestimmungen hierzuzähle, die sich vom Wortlaut her nur an die Mitgliedstaaten richteten und der Förderung

²⁸¹ *Bruchwitz*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, §§ 37b, 37c Rn. 1–3; *Möllers/Leisch*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 18–21; *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 32; *Poelzig NZG* 2016, 761, 773.

²⁸² Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl. L96 vom 12.4.2003, S. 16.

²⁸³ *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 32; *Bruchwitz*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, §§ 37b, 37c Rn. 1–3.

²⁸⁴ *Poelzig NZG* 2016, 761, 773; *Möllers/Leisch*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 18 (zum Kommissionsvorschlag).

²⁸⁵ S. oben S. 106 ff.

²⁸⁶ *Veil/Koch WM* 2011, 2297, 2305.

²⁸⁷ *Grundmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), HGB, 1. Aufl. 2001, Band 2, Bank- und Börsenrecht, Rn. VII161–163; *ders.*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 257; *Hellgardt AG* 2012, 154, 156 ff.

²⁸⁸ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 257 in Fn. 565 verweist auf: EuGH, Urteil vom 19.12.1968, C-13/68, Rs. *Salgoil*, Celex-Nr. 61968CJ0013 (Slg. 1958, S. 679, 693); EuGH, Urteil vom 16.12.1992, C-17/91, Rs. *Lornoy u. a.*, Celex-Nr. 61991CJ0017 (Slg. 1992, S. I-6523, 6555); EuGH, Urteil vom 21.11.1991, C-354/90, Rs. *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Celex-Nr. 61990CJ0354 (Slg. 1991, S. I-5505, 5528).

allgemeiner Belange dienen.²⁸⁹ Konkret begründen sie das europarechtliche Erfordernis des Individualschutzes bei der Ad-hoc-Publizität mit Erwägungsgrund 24 der Marktmissbrauchsrichtlinie, wonach das Anlegervertrauen zu fördern sei, welches allerdings bei Verweigerung eines Schadensersatzanspruches erschüttert würde.²⁹⁰ Angesichts des umfassenden Anlegerschutzziels der MAR überzeugt diese Ansicht. Der Streit über das europarechtliche Individualschutzgebot könnte sich im Fall der Einführung einer europaweiten Haftungspflicht durch eine zukünftige Richtlinie für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen auflösen.²⁹¹

c) Rechtsnatur der Haftung

Ein weiterer Streit betrifft die Frage, ob die Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht ein Fall der Vertrauens- oder der Deliktshaftung ist. Die Vertreter der Vertrauenshaftung argumentieren mit dem Wortlaut des § 37c Abs. 1 WpHG a. F., der positives Vertrauen in die fehlerhaft kommunizierte Insiderinformation voraussetze, und der §§ 37b Abs. 3, 37c Abs. 3 WpHG a. F., die den Anspruch im Fall der Kenntnis ausschließen.²⁹² Auch spreche die Gesetzgebungsgeschichte und der dort stets vorzufindende Verweis auf die Prospekthaftung als Modell für eine Vertrauenshaftung.²⁹³ Andere verweisen darauf, dass der Schadensersatzanspruch gerade das Vertrauen des Anlegers in die Richtigkeit der auf dem Markt verfügbaren Informationen voraussetze.²⁹⁴ Demgegenüber hält die wohl überwiegende Literaturmeinung die Haftung für deliktisch.²⁹⁵ Vertreter dieser Meinung sehen keine durch die Information geschaffene Sonderverbindung jenseits der allgemeinen deliktischen Beziehung; mangels direkter Beziehung zwischen Emittent und Anleger fehle es im Gegensatz zur Prospekthaftung an der besonderen Vertrauensbeziehung.²⁹⁶ Ande-

²⁸⁹ *Hellgardt AG* 2012, 154, 156 f. verweist auf: EuGH, Urteil vom 08.10.1996, C-178/94, Rs. *Dillenkofer*, Celex-Nr. 61994CJ0178, Rn. 30–42.

²⁹⁰ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 257 in Fn. 565; *Hellgardt AG* 2012, 154, 164 f.

²⁹¹ Hierauf spekulierend *Möllers/Leisch*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 21, 77 ff.

²⁹² *Zimmer/Grotheer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 37b, 37c WpHG Rn. 9.

²⁹³ *Mülbert/Steup WM* 2005, 1633, 1637 f.; *Zimmer/Grotheer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 37b, 37c WpHG Rn. 7.

²⁹⁴ *Veil BKR* 2005, 91, 92.

²⁹⁵ *Möllers/Leisch*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 14 ff.; *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 23; *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, §§ 37b, 37c Rn. 5; *Bruchwitz*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, §§ 37b, 37c Rn. 15; *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 51; wohl auch *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 272.

²⁹⁶ *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, §§ 37b, 37c Rn. 5;

re verweisen auf die parallele Normstruktur zu § 823 Abs. 2 BGB.²⁹⁷ Zudem argumentieren manche mit einem internationalen Rechtsvergleich, der zeigt, dass die meisten Länder die Haftung deliktsrechtlich regeln.²⁹⁸ Auch die Rechtsprechung hat die Ansprüche nach §§ 37b, 37c WpHG a. F. im Rahmen von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO als deliktsrechtlich eingestuft.²⁹⁹ Dem ist zuzustimmen, da die Haftung strukturell und dem Zweck nach deliktisch ist. Praktische Bedeutung gewinnt der Streit insbesondere bei der Frage, ob § 830 BGB zur Inanspruchnahme von Organmitgliedern Anwendung findet.

d) Haftungsvoraussetzungen nach §§ 97, 98 WpHG

Aktuell ist die zivilrechtliche Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht nach der WpHG-Neufassung des zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes³⁰⁰ von 2017 in §§ 97, 98 WpHG geregelt, die den vorherigen §§ 37b, 37c WpHG a. F. jedoch weitestgehend gleichen. Als einzige Änderung im Vergleich zur alten Fassung wurde die Haftung für an einem inländischen Handelsplatz zugelassene Finanzinstrumente auf solche erweitert, die an einem inländischen regulierten Markt oder multilateralen Handelssystem beantragt sind. Diese Änderung dient der Anpassung an den erweiterten Anwendungsbereich des Art. 17 MAR³⁰¹ und geht somit auf frühere Kritik von Literaturstimmen ein, die die fehlende Deckungsgleichheit zwischen Pflichtenmaßstab der Ad-hoc-Publizitätspflicht und zivilrechtlicher Haftung monierten.³⁰² Die §§ 97, 98 WpHG sehen parallele Schadensersatzpflichten für die Nichtveröffentlichung (§ 97) und die fehlerhafte Veröffentlichung (§ 98) von Insiderinformationen vor. Beide Tatbestände verlangen einen Verstoß gegen die unionsrechtliche Pflicht nach Art. 17 Marktmissbrauchs-VO, während die §§ 37b, 37c WpHG a. F. an den nationalen § 15 WpHG a. F. anknüpfen. Die Haftung nach §§ 97, 98 WpHG setzt also zwingend voraus, dass tatsächlich eine Ad-hoc-Publizitätspflicht nach

Bruchwitz, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, §§ 37b, 37c Rn. 15.

²⁹⁷ *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 51.

²⁹⁸ *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 23, 31.

²⁹⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 05. August 2010 – 21 AR 50/10 – Rn. 25 f. (EuZW 2010, 918).

³⁰⁰ Art. 3 Nr. 99 Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23. Juni 2017, BGBl. I S. 1693.

³⁰¹ Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23.01.2017, BT-Drs. 18/10936, S. 251.

³⁰² *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl. 2012, §§ 37b, 37c Rn. 2.

Art. 17 MAR besteht.³⁰³ Zur Haftung verpflichtet ist dem Wortlaut nach nur der Emittent. Daneben sollen aber bei Vorsatz auch Organmitglieder gemäß § 830 Abs. 2 BGB als Mittäter oder Gehilfen in Anspruch genommen werden können.³⁰⁴ Dies hängt grundsätzlich³⁰⁵ davon ab, ob die Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Mitteilungspflicht als deliktische oder als gesetzliche Vertrauenshaftung eingestuft wird.³⁰⁶ Anspruchsberechtigt sind hingegen Anleger, die aufgrund der unterlassenen oder falschen Ad-hoc-Mitteilung einen Schaden erleiden. Hierbei stellt der Gesetzgeber hohe Kausalitätsanforderungen durch das sog. Transaktionserfordernis, dem zufolge der Anleger im Zeitraum der fehlerhaften Informationslage einen zu teuren Kauf oder zu billigen Verkauf getätigt haben muss.³⁰⁷ Die hierdurch bedingte Einengung des Schutzbereichs kritisierten sowohl die Literatur³⁰⁸ als auch die Rechtsprechung³⁰⁹. Der Gesetzgeber begründete das Transaktionserfordernis damit, dass nur diejenigen Anleger geschützt werden sollen, die aufgrund der Fehlinformation konkret geschädigt werden, da sie entweder „zu billig“ verkaufen oder „zu teuer“ erwerben.³¹⁰ Zugunsten des Transaktionserfordernisses führen Literaturstimmen an, dass der Schutzzweck der Kapitalmarkthaftung gerade auf die aufgrund von Fehlinformation getroffene konkrete Kaufs- oder Verkaufsentscheidung reduziert ist, während die Einräumung eines Schadensersatzanspruchs für den untätigen Anleger dessen Übervorteilung bedeuten würde.³¹¹ Gemäß §§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 2

³⁰³ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 261; zur analogen Anwendbarkeit bei Nichtvorliegen einer Ad-hoc-Publizitätspflicht *Buck-Heeb* NZG 2016, 1125, 1125 ff.

³⁰⁴ Schwark EWiR 2001, 1049, 1050 (zum Entwurf des § 37b WpHG a. F.); wohl auch *Rieckers* BB 2002, 1213, 1220 f.; Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 272.

³⁰⁵ Neben den Vertretern der Vertrauenshaftung verneinen vereinzelte Vertreter der deliktsrechtlichen Einstufung die Anwendbarkeit des § 830 Abs. 2 BGB unter Verweis auf den Charakter der Publizitätshaftung als kapitalmarktrechtlichen Sondertatbestand, der keine Haftungsausweitung dulde, so *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, §§ 37b, 37c Rn. 6.

³⁰⁶ S. oben S. 113 f.; für die deliktische Einstufung und Anwendbarkeit von § 830 BGB *Bruchwitz*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, §§ 37b, 37c Rn. 15; für die Vertrauenshaftung und gegen die Anwendbarkeit von § 830 BGB *Zimmer/Grotheer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 37b, 37c WpHG Rn. 130.

³⁰⁷ *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 69–71.

³⁰⁸ *Reichert/Weller* ZRP 2002, 49, 55; *Fleischer* NJW 2002, 2977, 2980; *Zimmer/Grotheer*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 37b, 37c WpHG Rn. 76; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 226.

³⁰⁹ Per obiter dictum zu § 826 BGB BGH, Urteil vom 09. Mai 2005 – II ZR 287/02 – Rn. 19 (WM 2005, 1358).

³¹⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 18.01.2002, BT-Drs. 14/8017, S. 93.

³¹¹ *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 71.

WpHG können sich die Haftpflichtigen exkulpieren, wenn sie fehlenden Vorsatz und fehlende grobe Fahrlässigkeit nachweisen können. Mithin toleriert das Haftungsregime de facto Fahrlässigkeit, stellt jedoch zulasten des Schädigers eine Beweislastumkehr auf. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Anspruchsberechtigte im Fall des § 97 WpHG die Insiderinformation kannte bzw. bei § 98 WpHG von der Fehlerhaftigkeit der veröffentlichten Information wusste.³¹² Die Haftung nach §§ 97, 98 WpHG lässt weitergehende Ansprüche aus Vertrag³¹³ oder vorsätzlichem Delikt unberührt.³¹⁴

e) *Art. 17 MAR als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB*

Eine weitere Frage der privatrechtlichen Haftung für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht betrifft die Schutzgesetzzeigenschaft von Art. 17 MAR i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich der ursprünglichen Ad-hoc-Publizitätspflicht nach § 44a BörsG bejahte die herrschende Meinung den Charakter des Individualschutzgesetzes.³¹⁵ Demgegenüber wurde dieselbe Frage für den nachfolgenden § 15 Abs. 1 WpHG a. F. herrschend verneint, da der Gesetzgeber in § 15 Abs. 6 Satz 1 WpHG a. F. die Schadensersatzpflicht grundsätzlich ausgeschlossen hatte.³¹⁶ § 823 Abs. 2 BGB sollte demnach auch nicht als andere Rechtsgrundlage i. S. d. § 15 Abs. 6 Satz 2 WpHG a. F. gelten.³¹⁷ Der Gesetzgeber verneinte die Schutzgesetzzeigenschaft des § 15 Abs. 1 WpHG a. F. auch bei der Einführung der §§ 37b, 37c WpHG a. F. ausdrücklich.³¹⁸ Angesichts der nunmehr unmittelbar im Unionsrecht geregelten Ad-hoc-Publizitätspflicht stellt sich diese Frage erneut und in anderem Licht. Seit der Einführung der §§ 97, 98 WpHG mit dem Verweis auf Art. 17 MAR ist eine Debatte zur Schutzgesetzzeigenschaft von Art. 17 MAR entfacht. Im Wesentlichen stehen sich zwei Grundkonzeptionen gegenüber. Die Gegner der Schutzgesetzzeigen-

³¹² §§ 97 Abs. 3, 98 Abs. 3 WpHG.

³¹³ Wenngleich solche auf dem Sekundärmarkt zwischen Emittent und Anleger regelmäßig nicht bestehen, *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 150.

³¹⁴ §§ 97 Abs. 4, 98 Abs. 4 WpHG.

³¹⁵ *Schwark* NJW 1987, 2041, 2045; *Assmann* ZGR 1994, 494, 529; *Hopt* ZGR 1991, 17, 50; *Gehrt*, Die neue Ad-hoc-Publizität nach § 15 Wertpapierhandelsgesetz, 1997, S. 201 f. mwN.

³¹⁶ *Oulds*, in: Kümpel/Wittig (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 15.270; *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 1. Aufl. 2009, Vor §§ 37b, 37c Rn. 63; *Klöhn*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 465; *Möllers/Leisch*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37b, 37c Rn. 9 ff.; a. A. einen Individualschutz nach § 823 Abs. 2 BGB bejahend, aber unter der Voraussetzung grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes *Gehrt*, Die neue Ad-hoc-Publizität nach § 15 Wertpapierhandelsgesetz, 1997, S. 201 f., 212.

³¹⁷ *Kümpel/Veil*, Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2006, S. 104 f.

³¹⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 18.01.2002, BT-Drs. 14/8017, S. 87.

schaft führen an, dass der Gesetzgeber nach §§ 97 Abs. 5, 98 Abs. 5 WpHG nur solche Ansprüche konkurrieren lasse, die auf Vertrag oder vorsätzlichem Delikt beruhen, und somit keine Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB Anwendung finden könnten, die für Fahrlässigkeit offen sind.³¹⁹ Hierbei berufen sie sich auf ausdrückliche Äußerungen des Gesetzgeberwillens³²⁰ und Gerichtsurteile, die den Schutzgesetzcharakter unter Berufung auf eine allein dem öffentlichen Marktschutz dienende Zielrichtung des WpHG verneinten.³²¹ Diese betrafen jedoch die alte Rechtslage gemäß § 15 WpHG a. F., nach der die Ad-hoc-Publizitätspflicht trotz europäischen Ursprungs national geregelt war und somit der nationale Gesetzgeber noch einen größeren Einfluss auf die Bestimmung des Schutzgesetzcharakters hatte. Freilich wird dieses Konzept in § 26 Abs. 3 Satz 1 WpHG n. F. fortgesetzt, der die Regelung des § 15 Abs. 6 Satz 1 WpHG a. F. übernommen hat und für den ebenfalls der Schutzgesetzcharakter unter Verweis auf den rein öffentlichen Funktionsschutz verneint wird.³²² Die Befürworter der Schutzgesetzzeigenschaft hingegen konzentrieren sich auf die Schutzrichtung der europäischen Norm des Art. 17 MAR und verweisen auf den in der MAR angelegten individuellen Anlegerschutz.³²³ Manche entnehmen den individuellen Anlegerschutz allgemein dem Art. 1 MAR und speziell dem Erwägungsgrund 47 Satz 4 MAR^{324, 325} andere lesen dies für die Ad-hoc-Publizitätspflicht aus Erwägungsgrund 49 MAR^{326, 327} Eine dem deutschen § 15 Abs. 6

³¹⁹ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 268 insbesondere in Fn. 587.

³²⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) vom 15.06.1994 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz), BT-Drs. 12/7918, S. 102.

³²¹ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 24. September 2002 – 2 BvR 742/02 – Rn. 31 ff. (WM 2002, 2207); BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02 – Rn. 19 (BGHZ 160, 149); BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 217/03 – Rn. 19 (WM 2004, 1726); BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 218/03 – Rn. 18 (BGHZ 160, 134).

³²² Assmann, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 26 Rn. 16 sowie Art. 17 VO Nr. 596/2014 Rn. 11, 308; insofern lässt sich ein grundlegender Meinungswechsel feststellen im Vergleich zur Schutzgesetzbejahung des § 15 WpHG a. F. unter Berufung auf die Börsenzulassungsrichtlinie bei Assmann ZGR 1994, 494, 529.

³²³ Hellgardt AG 2012, 154, 164 ff.; ders., in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 155; Seibt ZHR 177 (2013), 388, 424 f.; Poelzig NZG 2016, 492, 501; Wolf/Wink, in: Meyer/Veil/Rönnau (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018, § 31 Rn. 55 f.

³²⁴ Freilich auf die Marktmanipulation ausgelegt, Erwägungsgrund 47 Satz 4 MAR: „Diese Form der Marktmanipulation schadet den Anlegern in besonderer Weise, weil sie sie dazu veranlasst, ihre Anlageentscheidungen auf unrichtige oder verzerrte Informationen zu stützen“.

³²⁵ Poelzig NZG 2016, 492, 501.

³²⁶ Erwägungsgrund 49 Satz 1 MAR: „Die öffentliche Bekanntgabe von Insiderinformationen durch Emittenten ist von wesentlicher Bedeutung, um Insidergeschäften und der Irreführung von Anlegern vorzubeugen“.

³²⁷ Hellgardt AG 2012, 154, 164 f.; ders., in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wert-

WpHG a. F. oder § 26 Abs. 3 Satz 1 WpHG n. F. entsprechende Einschränkung der Schutzpflicht gebe es nicht in der MAR.³²⁸ Der nationale Gesetzgeber könne nur beschränkt entscheiden, ob eine Verordnungsbestimmung nach nationalem Deliktsrecht als Schutzgesetz einzustufen sei oder nicht.³²⁹ Hinter der schutzgesetzbejahenden Meinung steht ein breiteres Verständnis des europarechtlichen Individualschutzgebots. *Hellgardt* zufolge fordert die individuell angelegte Schutzrichtung der MAR nicht zwingend ein *private enforcement*, jedoch die mitgliedstaatliche Gewährung eines Anspruches auf öffentliche oder private Durchsetzung seines individuellen Rechts.³³⁰ Da in Deutschland ein individueller Anspruch auf öffentliche Durchsetzung durch die BaFin nach § 4 Abs. 4 FinDAG ausgeschlossen sei, habe sich der deutsche Gesetzgeber für die privatrechtliche Durchsetzung entschieden, zu der er jedoch nach dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip verpflichtet sei.³³¹ *Hellgardt* fordert daher bei der Auslegung der §§ 97, 98 WpHG zur Sicherstellung der Europarechtskonformität einen Vergleich zur „hypothetischen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 17 [MAR]“.³³² Dies ist angesichts des unionsrechtlichen Individualschutz- und Effektivitätsgebots überzeugend. Nach der hier vertretenen kombinierten Individualschutztheorie³³³ ist eine weitgehende privatrechtliche Umsetzung geboten.

III. Streitfall der privatrechtlichen Durchsetzung: Wohlverhaltenspflichten bei der Anlageberatung

Neben den Fällen der normierten privatrechtlichen Haftung existieren Streitfälle der privatrechtlichen Wirkung von aufsichtsrechtlichen Kapitalmarktpflichten. Die Anlageberatung ist der Bereich, in dem die privatrechtliche Behandlung aufsichtsrechtlicher Wohlverhaltenspflichten wohl am strittigsten ist. Die gesetzlichen Vorgaben zu den Wohlverhaltenspflichten in §§ 63 ff. WpHG n. F. beziehen zur zivilrechtlichen Wirkung ebenso wie die §§ 31 ff. WpHG a. F.

papierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 155; *Seibt* ZHR 177 (2013), 388, 424; *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 107 Rn. 168.

³²⁸ *Hellgardt* AG 2012, 154, 164 (zum Verordnungsentwurf und § 15 Abs. 6 WpHG a. F.); *ders.*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 155.

³²⁹ *Klöhn*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2018, Art. 17 Rn. 589 (wenngleich im Ergebnis wohl gegen eine Einstufung als Schutzgesetz).

³³⁰ *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 19 f.

³³¹ *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 20 f.

³³² *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 24.

³³³ S. unten S. 270 ff.

keine Stellung. Ausdrückliche Sanktionen sieht das WpHG nur in verwaltungsrechtlicher Form von Bußgeldern nach § 120 Abs. 8 WpHG vor. Die zivilrechtliche Bedeutung der §§ 63 ff. WpHG n. F. hat sowohl das Schrifttum als auch die deutsche und europäische höchstrichterliche Rechtsprechung beschäftigt. Die Debatte betrifft die Rechtsnatur der Wohlverhaltenspflichten, ihre Berücksichtigung im vertraglichen Pflichtenkanon und die Schutzgesetzqualität i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Vorab sollen zunächst die Entstehungsgeschichte, der Regelungsinhalt und -zweck der Wohlverhaltenspflichten sowie die einschlägige Rechtsprechung des EuGH und des BGH dargestellt werden.

1. Hintergrund

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die aufsichtsrechtlich normierten Wohlverhaltenspflichten. An dieser Stelle soll jedoch bereits darauf hingewiesen werden, dass daneben inhaltlich ähnliche, durch die Rechtsprechung geschaffene Pflichten des Anlageberatungsvertrags bestehen. Besondere Bedeutung kommt hierbei dem sog. Bond-Urteil³³⁴ des BGH von 1993 zu, in dem der BGH in einem Beratungsgespräch einen konkludenten Anlageberatungsvertrag sah³³⁵ und hieran anleger- und anlagebezogene Verhaltenspflichten des Anlageberaters knüpfte. Die Pflichten bestimmen sich nach dem Einzelfall und hängen sowohl von den spezifischen Kenntnissen und Bedürfnissen des Anlegers als auch von den Besonderheiten des angebotenen Anlageobjekts ab (anleger- und objektgerechte Beratung).³³⁶ Diese Rechtsprechung soll nach überwiegender Auffassung nach wie vor und unabhängig von den aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten gelten.³³⁷ Angesichts der zunehmenden aufsichtsrechtlichen Regelungstiefe und der sowohl von der Rechtsprechung als auch vom Schrifttum weitgehend angenommenen „Ausstrahlungswirkung“ dürften aufsichtsrechtliche und zivilrechtliche Anforderungen an die Anlageberatung jedoch immer stärker konvergieren.³³⁸

a) Entstehungsgeschichte der aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten

Die aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltensregeln der Anlageberatung haben eine lange Geschichte sowohl auf nationaler wie europäischer Ebene. National enthielten bereits die von der Börsensachverständigenkommission im Jahr 1970

³³⁴ BGH, Urteil vom 06. Juli 1993 – XI ZR 12/93 – (BGHZ 123, 126).

³³⁵ BGH, Urteil vom 06. Juli 1993 – XI ZR 12/93 – Rn. 11 (BGHZ 123, 126).

³³⁶ BGH, Urteil vom 06. Juli 1993 – XI ZR 12/93 – Rn. 14–19 (BGHZ 123, 126).

³³⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Dezember 2010 – I-6 U 200/09 – Rn. 49–51 (BKR 2011, 25); *Veil* WM 2007, 1821, 1825 f.; *Buck-Heeb* WM 2012, 625, 628; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 17; *Frisch*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Berlin 2017, Band 2, § 54 Rn. 160; a. A. *Mülbert* WM 2007, 1149, 1156 f.

³³⁸ Ähnlich *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 82; kritisch *Buck-Heeb* ZIP 2013, 1401, 1409–1411.

beschlossenen „Händler- und Beraterregeln“ Verhaltenspflichten, die den heutigen Wohlverhaltenspflichten ähnelten.³³⁹ Auf europäischer Ebene begann die Entwicklung sogar noch früher im sog. Segré-Bericht von 1966, der bereits die Harmonisierung von Verhaltensregeln verlangte,³⁴⁰ sich hierbei jedoch stärker auf die Informationspflichten von Emittenten als von Finanzintermediären konzentrierte.³⁴¹ Diese Vorschläge gingen in die rechtlich unverbindliche Kommissionsempfehlung von 1977 zu europäischen Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen ein.³⁴² Rechtliche Verbindlichkeit erlangten die Wohlverhaltenspflichten erst durch Art. 11 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG³⁴³ von 1993, den das zweite Finanzmarktförderungsgesetz mit den §§ 31 ff. WpHG in das deutsche Recht umsetzte.³⁴⁴ Wesentliche Veränderungen folgten mit der Finanzmarktrichtlinie 2004/39/EG (MiFID I)³⁴⁵ und ihrer deutschen Umsetzung im Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG).³⁴⁶ Die Neuauflage der MiFID I in der Finanzmarktrichtlinie 2014/65/EU (MiFID II)³⁴⁷ bedingte die Neufassung des WpHG, seit der die Wohlverhaltenspflichten in den §§ 63 ff. WpHG n. F. geregelt sind.³⁴⁸

b) Regelungsinhalt der §§ 63, 64 WpHG

Die §§ 63 ff. WpHG n. F. stellen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten auf. Von beson-

³³⁹ Schwark, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 3.

³⁴⁰ Commission of the European Economic Community, The Development of a European Capital Market, Report of a Group of experts appointed by the EEC Commission, Brussels November 1966 (Segré Report), S. 225–266.

³⁴¹ Forschner, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht, 2013, S. 9 f.

³⁴² Empfehlung der Kommission vom 25. Juli 1977 betreffend europäische Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen, ABl. Nr. L212 vom 20.8.1977, S. 37.

³⁴³ Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. Nr. L141 vom 11.6.1993, S. 27.

³⁴⁴ Art. 1 Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz) vom 26. Juli 1994, BGBl. I S. 1749.

³⁴⁵ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. Nr. L145 vom 30.4.2004, S. 1.

³⁴⁶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 16.07.2007, BGBl. I S. 1330.

³⁴⁷ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. Nr. L173 vom 12.6.2014, S. 349.

³⁴⁸ Art. 3 Nr. 62 ff. Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23.06.2017, BGBl. I S. 1693.

derer Relevanz für das Verhältnis zwischen dem WpDU und seinen Kunden sind die allgemeinen Verhaltenspflichten nach § 63 WpHG und die besonderen Verhaltenspflichten nach § 64 WpHG. So muss ein WpDU nach § 63 Abs. 1 WpHG seine Haupt- und Nebendienstleistungen „ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden“ erbringen. Die Präzisierung des „bestmöglichen“ Kundeninteresses ist neu im deutschen Recht³⁴⁹ und klärt den Streit über die Auslegung des „Interesses“ nach § 31 Abs. 1 Satz 1 WpHG a. F.³⁵⁰ Ferner hat ein WpDU dem Kunden mittels eines dauerhaften Datenträgers und unter Berücksichtigung der Einstufung des Kunden grundsätzlich die „allgemeine Art und Herkunft von Interessenkonflikten und die zur Begrenzung der Risiken der Beeinträchtigung der Kundeninteressen unternommenen Schritte eindeutig darzulegen“.³⁵¹ Ein WpDU muss darüber hinaus sicherstellen, „dass es die Leistung seiner Mitarbeiter nicht in einer Weise vergütet oder bewertet, die mit seiner Pflicht, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln, kollidiert“.³⁵² Das bedeutet insbesondere, dass das WpDU für den Berater keine Anreize schaffen darf, einem Privatkunden ein bestimmtes Finanzprodukt zu empfehlen, wenn ein anderes Produkt dessen Bedürfnissen besser entspricht.³⁵³ Bei der Konzeption von Finanzinstrumenten zum Verkauf ist ein WpDU verpflichtet, das Finanzinstrument entsprechend den Bedürfnissen eines bestimmten Zielmarktes und die Vertriebsstrategie mit dem Zielmarkt vereinbar auszugestalten.³⁵⁴ Überdies muss ein WpDU die von ihm angebotenen oder empfohlenen Finanzinstrumente verstehen und sicherstellen, dass es diese nur anbietet oder empfiehlt, wenn es dem Kundeninteresse entspricht.³⁵⁵ Den Kunden zugänglich gemachte Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, müssen redlich und eindeutig sein und dürfen nicht irreführen.³⁵⁶ Darüber hinaus hat ein WpDU seine Kunden rechtzeitig und in verständlicher Form angemessen über das WpDU, seine Dienstleistungen, die Finanzinstrumente und Anlagestrategien, Ausführungsplätze und sämtliche Kosten zu informieren, damit die Kunden eine wohl informierte Anlageentscheidung treffen können.³⁵⁷

³⁴⁹ Europäisch war die Frage nach Art. 11 Abs. 1 Satz 4 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG und später Art. 19 Abs. 1 MiFID I i. S. d. „bestmöglichen“ Kundeninteresses klar, sodass eine europarechtskonforme Auslegung angezeigt war. Zu ersterer bereits *Reich* WM 1997, 1601, 1602 ff. Der BGH sah jedoch keine europarechtliche Pflicht zur Schaffung beratungsvertraglicher Pflichten: BGH, Urteil vom 27. September 2011 – XI ZR 182/10 – Rn. 47 (BGHZ 191, 119) und BGH, Urteil vom 27. September 2011 – XI ZR 178/10 – Rn. 50 (WM 2011, 2261).

³⁵⁰ *Buck-Heeb/Poelzig* BKR 2017, 485, 487 in Fn. 27; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 776 mwN.

³⁵¹ § 63 Abs. 2 WpHG.

³⁵² § 63 Abs. 3 Satz 1 WpHG.

³⁵³ § 63 Abs. 3 Satz 2 WpHG.

³⁵⁴ § 63 Abs. 4 Satz 1 WpHG.

³⁵⁵ § 63 Abs. 5 WpHG.

³⁵⁶ § 63 Abs. 6 Satz 1 WpHG.

³⁵⁷ § 63 Abs. 7 Satz 1, S. 3 WpHG.

Ferner ist ein WpDU bei der Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung nach § 64 WpHG zu besonderen Verhaltensregeln verpflichtet. Vor der Anlageberatung muss das WpDU rechtzeitig und verständlich über die Unabhängigkeit bzw. Abhängigkeit bei der Anlageberatung, die Begrenztheit des Spektrums der angebotenen Finanzinstrumente sowie mögliche Interessenkonflikte und über eine regelmäßige Beurteilung der Geeignetheit der empfohlenen Finanzinstrumente informieren.³⁵⁸ Bei der Anlageberatung von Privatkunden muss ein WpDU für empfohlene Finanzinstrumente ohne Basisinformationsblatt nach der PRIIP-Verordnung³⁵⁹ ein kurzes, leicht verständliches Informationsblatt zur Verfügung stellen, dessen Angaben weder unrichtig noch irreführend sein dürfen und mit den Prospektangaben vereinbar sein müssen.³⁶⁰ Ein WpDU hat vom Kunden umfassende Informationen über dessen Kenntnisse und Erfahrungen mit Finanzinstrumenten und Wertpapierdienstleistungen, dessen finanziellen Verhältnisse und über Anlageziele, einschließlich seiner Risikotoleranz, einzuholen.³⁶¹ Ferner muss das WpDU vor Vertragsschluss eine Erklärung über die Geeignetheit der Empfehlung abgeben und dabei die erbrachte Beratung und ihre Abstimmung auf die Präferenzen und Anlageziele des Kunden erklären.³⁶² Im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung darf ein WpDU keine Zuwendungen von Dritten oder von für Dritte handelnden Personen annehmen und behalten, abgesehen von geringfügigen nichtmonetären Vorteilen, die der Qualitätsverbesserung dienen, vertretbar sowie verhältnismäßig sind und dem Kunden offengelegt werden.³⁶³ Überdies muss ein WpDU bei der Finanzportfolioverwaltung dem Kunden regelmäßig berichten, wie die Anlage den Präferenzen und Anlagezielen des Kunden entspricht.

c) Doppelter Regelungszweck: öffentlicher Marktschutz und individueller Anlegerschutz

Die Wohlverhaltenspflichten der §§ 63 ff. WpHG haben laut Gesetzesbegründung auf europäischer und nationaler Ebene einen doppelten Zweck, da sie einerseits dem individuellen Anlegerschutz und andererseits dem öffentlichen Markt- oder Funktionsschutz dienen. Auf europäischer Ebene ergab sich das bereits aus den Erwägungsgründen der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG, die das Erlaubniserfordernis von Wertpapierdienstleistungsfirmen mit dem Anlegerschutz und der Stabilität des Finanzsystems begründe-

³⁵⁸ § 64 Abs. 1 Satz 1 WpHG.

³⁵⁹ Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl. Nr. L352 vom 9.12.2014, S. 1.

³⁶⁰ § 64 Abs. 2 Satz 1 und 2 WpHG.

³⁶¹ § 64 Abs. 3 Satz 1 WpHG.

³⁶² § 64 Abs. 4 Satz 1 WpHG.

³⁶³ § 64 Abs. 7 Satz 1 WpHG.

ten.³⁶⁴ Auch die firmeninternen Kontrollmechanismen bezweckten den Anlegerschutz.³⁶⁵ Die Richtlinie insgesamt diene dem Anlegerschutz, weshalb „den unterschiedlichen Schutzbedürfnissen der einzelnen Gruppen von Anlegern und ihrer unterschiedlichen fachlichen Erfahrung Rechnung getragen werden“ sollte.³⁶⁶ Auch die Wohlverhaltenspflichten hatten dem Wortlaut nach eine solche doppelte Zielrichtung. Art. 11 Abs. 1 Satz 4 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG verlangte, dass Wertpapierfirmen „bei der Ausübung ihrer Tätigkeit recht und billig im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden und der Integrität des Marktes handeln“. MiFID I führte den Doppelzweck des Anleger- und Marktschutzes fort³⁶⁷ und betonte den Anlegerschutzgedanken noch stärker.³⁶⁸ Mit Blick auf die Wohlverhaltenspflichten erhöhte sie die Anforderungen und erweiterte den Pflichtenkanon unter der Überschrift „Bestimmungen zum Anlegerschutz“.³⁶⁹ Art. 19 Abs. 1 MiFID I übernahm die Verpflichtung der Wertpapierfirmen zum Handeln im bestmöglichen Interesse der Kunden, ließ jedoch interessanterweise das noch von der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG geschützte Interesse der Marktintegrität weg und konzentrierte die Pflicht auf das bestmögliche Interesse der Kunden.³⁷⁰ MiFID II knüpft an die Schutzziele der MiFID I an und hebt dabei hervor, dass die Reform den Anlegern ein höheres Schutzniveau gewährleisten soll.³⁷¹ Der Anlegerschutz ist ein Leitmotiv der Erwägungsgründe der MiFID II sowohl hinsichtlich der Kundenbeziehung als auch hinsichtlich rein organisatorischer Pflichten der Wertpapierfirmen.³⁷² Überdies zielt MiFID II angesichts der wachsenden Zahl der Anleger und der steigenden Komplexität des Angebots darauf ab, die Wohlverhaltenspflichten zum Schutz der Anleger zu verschärfen.³⁷³ Der Anlegerschutz ist in MiFID II so präsent, dass der zweite, deutlich seltener genannte Zweck der Marktstabilität³⁷⁴ in den Hintergrund rückt.³⁷⁵

³⁶⁴ Erwägungsgrund 2 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG.

³⁶⁵ Erwägungsgrund 5 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG.

³⁶⁶ Erwägungsgrund 32 Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG.

³⁶⁷ Erwägungsgründe 5 Satz 1 und 44 Satz 1 MiFID I.

³⁶⁸ Erwägungsgründe 2, 3, 17, 26, 31, 41 MiFID I.

³⁶⁹ Art. 19 MiFID I.

³⁷⁰ Art. 19 Abs. 1 MiFID I: „Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass eine Wertpapierfirma bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und/oder gegebenenfalls Nebendienstleistungen für ihre Kunden ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden handelt und insbesondere den Grundsätzen der Absätze 2 bis 8 genügt“.

³⁷¹ Erwägungsgründe 1, 3, 4 MiFID II.

³⁷² Erwägungsgründe 7, 37, 42, 45, 54, 57, 58, 70, 74, 86, 87, 97, 133, 144, 154, 155, 164 MiFID II.

³⁷³ Erwägungsgrund 70 Satz 2 MiFID II: „Da persönliche Empfehlungen für Kunden weiterhin relevant sind und die Komplexität der Dienstleistungen und Instrumente zunimmt, ist es notwendig, die Wohlverhaltensregeln zu verschärfen, um den Anlegerschutz zu stärken“.

³⁷⁴ Erwägungsgründe 11, 68, 113, 164 MiFID II.

³⁷⁵ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl.

Auch auf nationaler Ebene wurden die Wohlverhaltenspflichten stets sowohl mit dem Marktschutz als auch mit dem Individualschutz begründet. Bereits bei der Einführung der Wohlverhaltenspflichten nannte der Finanzausschuss das individuell zu schützende Anlegervertrauen und das öffentliche Interesse an funktionierenden Wertpapiermärkten als Regelungszweck.³⁷⁶ Dieses Doppelziel findet sich zwar nicht mehr ausdrücklich in den späteren regulatorischen Anpassungen der Wohlverhaltenspflichten,³⁷⁷ wird jedoch nach wie vor von der Literatur ganz überwiegend anerkannt.³⁷⁸

2. Rechtsprechung des EuGH und des BGH

Fragen bezüglich der privatrechtlichen Wirkung der Wohlverhaltenspflichten der MiFID I/II und des WpHG haben auf unionsrechtlicher Ebene den EuGH und auf nationaler Ebene den BGH beschäftigt. In diesem Kontext sind vor allem das EuGH-Urteil *Bankinter* von 2013 und das Kick-back-Urteil des BGH von 2014 hervorzuheben. Da die §§ 63 ff. WpHG n. F. Unionsrecht umsetzen, ist für die Bestimmung ihrer Rechtsfolgen das Unionsrecht und dessen Auslegung durch den EuGH maßgeblich. Daher wird im Folgenden zunächst auf das Urteil *Bankinter* eingegangen, dann auf das Kick-back-Urteil des BGH.

a) EuGH-Urteil *Bankinter*

Im spanischen Vorabentscheidungsverfahren *Bankinter*³⁷⁹ musste der EuGH zur zivilrechtlichen Wirkung der Wohlverhaltenspflichten Stellung beziehen. Das vorliegende Gericht wollte u. a. wissen, ob Verstöße gegen Art. 19 Abs. 4 und 5 MiFID I und die dort vorgeschriebene Prüfung der Geeignetheit des Produkts für den Kunden die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts (im vorgelegten Fall ein Zinsswap) zur Folge haben.³⁸⁰ Der EuGH fasste dies

2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125; ähnlich *Frisch*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, Band 2, § 54 Rn. 160.

³⁷⁶ Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 12/6679 – vom 15.06.1994, BT-Drs. 12/7918, S. 97.

³⁷⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 12.01.2007, BT-Drs. 16/4028, S. 63 ff.; Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23.01.2017, BT-Drs. 18/10936, S. 233 ff.; zu einer auf den Marktschutz beschränkten Sichtweise des BGH unter Berufung auf BT-Drs. 16/4028, S. 53, und BT-Drs. 16/4899, S. 12, s. unten S. 129 ff.

³⁷⁸ *Just*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, Vor §§ 31–37a Rn. 23; *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 2 ff.; *Möllers*, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, § 31 Rn. 4 ff.

³⁷⁹ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604.

³⁸⁰ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 22 (Frage 2 und 3).

weiter als allgemeine Frage zu den vertraglichen Folgen von Verstößen.³⁸¹ Zur Antwort verwies er auf die Sanktionsnorm des Art. 51 MiFID I und darauf, dass dieser lediglich verwaltungsrechtliche Sanktionen verlange, aber „weder bestimmt, dass die Mitgliedstaaten vertragliche Folgen für den Abschluss von Verträgen vorsehen müssen, in denen die Verpflichtungen missachtet werden, die sich aus den Bestimmungen des nationalen Rechts zur Umsetzung von Art. 19 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2004/39 ergeben, noch, welche Folgen in Betracht kommen“.³⁸² Daher folgte der EuGH, dass es den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zukomme, die vertraglichen Folgen von Verstößen zu regeln, solange sie die unionsrechtlichen Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz beachten.³⁸³ Zur Begründung berief sich der EuGH auf das eigene Urteil *Littlewoods Retail Ltd*, in dem er die Bestimmung von Bedingungen steuerrechtlicher Zinssätze ebenfalls der mitgliedstaatlichen Regelungsautonomie unterstellt hatte.³⁸⁴ Die Ausführungen des EuGH zu den zivilrechtlichen Wirkungen in *Bankinter* fielen mit lediglich drei Randnummern spärlich aus und ließen erheblichen Interpretationsspielraum.

b) Reaktion des deutschen Schrifttums und des BGH auf *Bankinter*

Angesichts dieses Interpretationsspielraums und angesichts der deutschen Debatte zu Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Wohlverhaltenspflichten nach §§ 31 ff. WpHG a. F. verwundert es nicht, dass das Urteil *Bankinter* zahlreiche Reaktionen im deutschen Schrifttum hervorrief.³⁸⁵ Die Reaktionen lassen sich im Wesentlichen in zwei Lesarten einteilen. Die einen Literaturstimmen sehen in der Einräumung mitgliedstaatlichen Ermessens hinsichtlich zivilrechtlicher Sanktionen eine Bestätigung der deutschen Rechtsprechungspraxis, den Wohlverhaltenspflichten der MiFID I keine privatrechtlichen Folgen beizumessen.³⁸⁶ Der mitgliedstaatliche Spielraum impliziere, dass der EuGH das Zivilrecht als nicht von der Harmonisierung der MiFID I erfasst erachte.³⁸⁷ Der BGH folgt dieser ersten Lesart und versteht den EuGH in *Bankinter* dahingehend, dass er

³⁸¹ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 56.

³⁸² EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 57.

³⁸³ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 57–58.

³⁸⁴ EuGH, Urteil vom 19.07.2012, C-591/10, Rs. *Littlewoods Retail Ltd*, Celex-Nr. 62010CJ0591, Rn. 27.

³⁸⁵ Urteilsanmerkungen: *Grundmann* ERCL 2013, 267; *Herresthal* ZIP 2013, 1420; *Lieder* LMK 2013, 349404; *Bernau* EWiR 2013, 629; *Erne* GWR 2013, 337; ferner in anderem Kontext besprochen: *Podewils* jurisPR-BKR 1/2014 Anm. 1; *Möllers/Poppele* ZGR 2013, 437, 468 f.; *Harnos* BKR 2014, 1, 7 f.; *Buck-Heeb* BKR 2014, 221, 223; *Günther* MDR 2014, 61, 65; *Binder* ZEuP 2017, 569, 593 f.

³⁸⁶ *Lieder* LMK 2013, 349404; *Bernau* EWiR 2013, 629, 630.

³⁸⁷ *Möllers/Poppele* ZGR 2013, 437, 468 f., 480.

dem nationalen Recht und den nationalen Gerichten überlässt, ob sie zivilrechtliche Folgen an den Verstoß gegen Wohlverhaltenspflichten knüpfen oder nicht. So zitierte der BGH *Bankinter* im *Lehman Brothers*-Urteil zur Begründung dafür, dass die MiFID I keinerlei Umsetzung als schuldrechtliche Aufklärungspflichten fordere.³⁸⁸ Insbesondere verstoße die zivilrechtliche Nichtberücksichtigung der MiFID I nicht gegen den Effektivitäts- oder Äquivalenzgrundsatz.³⁸⁹

Laut dem anderen Teil des Schrifttums lehnt der EuGH die rein aufsichtsrechtliche Qualifikation der MiFID I ab, da er die vertraglichen Sanktionen zwar nicht durch die MiFID I konkretisiert, aber durch die Effektivitäts- und Äquivalenzgebote begrenzt und somit in den Anwendungsbereich des Unionsrechts einschließt.³⁹⁰ Daher sei auch das Vertragsrecht richtlinienkonform auszulegen, sodass eine rein aufsichtsrechtliche Auslegung der national umgesetzten Wohlverhaltenspflichten gegen das Unionsrecht verstoße.³⁹¹ So habe der EuGH grundsätzlich die Wohlverhaltenspflichten als vertraglich oder anderweitig zivilrechtlich individualschützend eingestuft („Ob“) und lasse den Mitgliedstaaten nur hinsichtlich der Modalitäten der Zivilrechtsfolgen einen Spielraum („Wie“).³⁹² Diese Sichtweise wird auch auf entsprechende individualschutzbejahende höchstrichterliche Rechtsprechung aus den Mitgliedstaaten Italien³⁹³, Großbritannien³⁹⁴ und Spanien³⁹⁵ gestützt. Daher treffe den BGH im Falle der Entscheidungserheblichkeit der Individualschutzfrage eine Vorlagepflicht nach den *CILFIT*-Kriterien³⁹⁶ des EuGH.³⁹⁷ Diese Ansicht ist überzeugend, da der EuGH das nationale Zivilrecht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts nahm, indem er den Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz hierauf anwendete.

c) Kick-back-Urteil des BGH von 2014

Der BGH bezog zu einer Teilfrage zivilrechtlicher Wirkung der Wohlverhaltenspflichten nach §§ 31 ff. WpHG a. F. am 3. Juni 2014 im Kick-back-Urteil³⁹⁸ Stellung. Das Urteil betraf die Aufklärungspflicht einer anlageberatenden Bank

³⁸⁸ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 25–27 (WM 2013, 1983).

³⁸⁹ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 28 (WM 2013, 1983).

³⁹⁰ Herresthal ZIP 2013, 1420, 1420; wohl auch Möslein EBOR 2015, 547, 554.

³⁹¹ Herresthal ZIP 2013, 1420, 1421.

³⁹² Grundmann ERCL 2013, 267, 278.

³⁹³ Cassazione civile, sez. I, sentenza 17/02/2009 n° 3773 (Altalex Massimario 23/2009).

³⁹⁴ Supreme Court Judgment from 29 February 2012, In the matter of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) and In the matter of the Insolvency Act 1986 [2012] UKSC 6.

³⁹⁵ Tribunal Supremo, Roj: STS 354/2014, Id Cendoj: 28079119912014100002; Roj: STS 2660/2014 Id Cendoj: 2807911001201210031.

³⁹⁶ EuGH, Urteil vom 06.10.1982, C-283/81, Rs. *CILFIT*, Celex-Nr. 61981CJ0283, Rn. 21.

³⁹⁷ Grundmann ERCL 2013, 267, 278; ders., in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 126 mwN.

³⁹⁸ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – (BGHZ 201, 310).

hinsichtlich versteckter Innenprovisionen (sog. *kick-backs*³⁹⁹). Zwar gestand der BGH im Fall dem Beklagten einen unvermeidbaren Rechtsirrtum zu, stellte jedoch für zukünftige (ab dem 1. August 2014 geschlossene) Anlageberatungsverträge eine umfassende Aufklärungspflicht gegenüber den Anlegern über versteckte Innenprovisionen auf.⁴⁰⁰ Den Rechtsirrtum entschuldigte der BGH wegen der unklaren Rechtslage.⁴⁰¹ Für die vorliegenden Zwecke ist die Begründung der Aufklärungspflicht besonders interessant. Zunächst entwickelte er aus einer Gesamtschau kapitalmarktrechtlicher Normen (besonders § 31d WpHG a. F. und allgemein §§ 31 ff. WpHG a. F.) ein allgemeines Transparenzgebot für den provisionsbasierten Vertrieb von Kapitalanlagen.⁴⁰² Dann wiederholte der BGH unter Verweis auf sein *Lehman Brothers*-Urteil, dass die Wohlverhaltenspflichten nach §§ 31 ff. WpHG a. F. rein öffentlich-rechtlicher Natur seien und grundsätzlich auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Anlageberater und Anleger nicht einwirkten.⁴⁰³ Es folgte jedoch der Paukenschlag. Der BGH hielt es für angezeigt, den zuvor entwickelten „flächendeckenden Transparenzgedanken hinsichtlich der Zuwendungen Dritter“ auch bei der Festlegung der vertraglichen Pflichten über §§ 133, 157 BGB zu berücksichtigen, da der Anleger hiernach die Aufklärung des Anlageberaters erwarten könne.⁴⁰⁴ Er präzisierete, dass dieser Erwartungshorizont des Anlegers nicht die Konformität des Anlageberaters mit dem gesamten Aufsichtsrecht umfasse, wohl aber mit dessen „tragenden Grundprinzipien“. ⁴⁰⁵ Da das Transparenzgebot nun aber das Kapitalanlagerecht präge, sei sogar irrelevant, ob das konkrete Geschäft einem konkreten aufsichtsrechtlichen Ge- oder Verbot unterliege, weshalb ein Anlageberater auch bei einer – nicht vom WpHG regulierten – Beratung zum Immobilienerwerb zur Aufklärung von Zuwendungen Dritter verpflichtet sei.⁴⁰⁶

d) Reaktion des Schrifttums auf das Kick-back-Urteil

Indem der BGH das Aufsichtsrecht über §§ 133, 157 BGB in den vertraglichen Pflichtenkanon einband, beließ er die Entscheidungshoheit über den Anlageberatungsvertrag im Zivilrecht und begrenzte diejenige des Aufsichtsrechts.⁴⁰⁷ Zugleich weitete er das aufsichtsrechtliche Transparenzgebot in seinem Wirkungsbereich zivilrechtlich auf Bereiche jenseits des Anwendungsbereiches

³⁹⁹ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 29 (BGHZ 201, 310); *Günther* MDR 2014, 61, 61 f.; kritisch zur Begriffsverwendung des BGH *Balzer/Lang* BKR 2014, 377, 377.

⁴⁰⁰ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 22 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰¹ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 23–30 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰² BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 32–34 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰³ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 35 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰⁴ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 36 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰⁵ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 37 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰⁶ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 38 (BGHZ 201, 310).

⁴⁰⁷ So auch *Buck-Heeb* WM 2014, 1601, 1605.

des WpHG aus. Aufgrund dieser faktischen Einbeziehung des aufsichtsrechtlichen Transparenzgebots wurde das Kick-back-Urteil als „Paradigmenwechsel“⁴⁰⁸ oder „Bruch“⁴⁰⁹ mit der vorherigen Rechtsprechung bezeichnet. Manche gestanden dem BGH einen „Kniff“⁴¹⁰ zu. Andere kritisierten ihn, er reiße „die Grenze zwischen der Rechtsanwendung de lege lata und der Rechtsfortbildung de lege ferenda vollends ein“.⁴¹¹ Die Übergangsfrist bis zum 1. August 2014 nannten manche die Bemühung um eine „salomonische Lösung, die den Banken eine (weitere) Klagewelle von Anlegern erspart“.⁴¹² In ähnlicher Weise wurde das Urteil wegen des rückwirkenden Vertrauensschutzes einerseits als bankenfreundlich und wegen der Klärung der Aufsichtspflicht für die Zukunft andererseits als anlegerfreundlich bezeichnet.⁴¹³ Dass der BGH keine Voraussetzungen eines allgemeinen Rechtsprinzips und der Einwirkung des Aufsichtsrechts in das Zivilrecht präziserte, verstanden manche als „Stoff“ für die Wissenschaft.⁴¹⁴ Denn abgesehen vom Transparenzgebot über Innenprovisionen klärt das Urteil nicht die Frage der zivilrechtlichen Wirkung der übrigen Wohlverhaltenspflichten nach §§ 31 ff. WpHG a. F. Zwar beharrt der BGH auf dem Grundsatz, dass letztere rein öffentlich-rechtlich seien, doch könnte angesichts des in der MiFID I/II vielfach betonten Anlegerschutzes auch die Pflicht zum Handeln im bestmöglichen Interesse des Anlegers als allgemeines Rechtsprinzip des Kapitalanlegerrechts gelten. Dieses kann über §§ 133, 157 BGB auch zur Bestimmung des Anlageberatungsvertrags herangezogen werden und somit in das Zivilrecht einwirken.⁴¹⁵

3. Streitfragen der zivilrechtlichen Wirkung

Vor dem Regelungshintergrund und aufbauend auf den relevanten EuGH- und BGH-Urteilen sollen nun die dogmatischen Streitfragen der zivilrechtlichen Wirkung der WpHG-Wohlverhaltenspflichten analysiert werden.⁴¹⁶ Es handelt sich im Wesentlichen um drei Punkte, die zugleich drei „dogmatisch-konstruktive Möglichkeiten“⁴¹⁷ zur zivilrechtlichen Einbeziehung der Wohlverhaltens-

⁴⁰⁸ Schnauder, jurisPR-BKR 9/2014 Anm. 1.

⁴⁰⁹ Freitag ZBB 2014, 357, 357.

⁴¹⁰ Weck BKR 2014, 374, 374.

⁴¹¹ Zoller BB 2014, 1805, 1805.

⁴¹² Omlor LMK 2014, 361191.

⁴¹³ Buck-Heeb WM 2014, 1601, 1601, 1605.

⁴¹⁴ Buck-Heeb WM 2014, 1601, 1605.

⁴¹⁵ S. unten S. 131 ff.

⁴¹⁶ Diese Diskussion wird auch international geführt: im Grundsatz für privatrechtliche Wirkungen der MiFID II *Della Negra*, MiFID II and Private Law – Enforcing EU Conduct of Business Rules, 2019, S. 22–26, 177–179, 201–206, passim; tendenziell dagegen *Cherednychenko*, Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector, *European Review of Private Law* 4 (2015), 621.

⁴¹⁷ Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 467.

pflichten bieten: die zivilrechtliche Rechtsnatur, die vertragsrechtliche Berücksichtigung und die Schutzgesetznatur i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.

a) Rechtsnatur der Wohlverhaltenspflichten

Als Teil des besonderen Kapitalmarktaufsichtsrechts, das Gewerbepolizeirecht ist, werden die Wohlverhaltenspflichten des WpHG dem Verwaltungsrecht zugeordnet. Insofern sind sie jedenfalls verwaltungsrechtliche Pflichten eines WpDU gegenüber der staatlichen Aufsicht, deren Einhaltung von letzterer kontrolliert wird.⁴¹⁸ Dennoch betreffen die Pflichten der §§ 63 ff. WpHG n. F. unmittelbar das Verhältnis zwischen WpDU und Kunden. Insbesondere angesichts des in MiFID I und MiFID II angelegten Anlegerschutzes stellt sich daher die Frage, ob die Wohlverhaltenspflichten zusätzlich auch zivilrechtlichen Charakter haben.

Einige Literaturstimmen nehmen einen Doppelcharakter an und ordnen die Wohlverhaltenspflichten als sowohl verwaltungs- als auch zivilrechtlich ein.⁴¹⁹ Dies folgt aus der dogmatischen Schwierigkeit, § 31 WpHG a. F. unter Anwendung der gängigen Abgrenzungstheorien in das dichotome System des öffentlichen und zivilen Rechts einzuordnen.⁴²⁰ Nach dieser Ansicht sollen die Wohlverhaltenspflichten beiden Rechtsgebieten gleichermaßen zugehörig sein.⁴²¹ Begründet wird dies zum einen damit, dass der in den Wohlverhaltenspflichten angelegte Anlegerschutz den Kunden unmittelbar zugute kommt und kommen soll.⁴²² Zum anderen verweisen Vertreter dieser Meinung darauf, dass die zugrundeliegende Richtlinie nicht zwischen öffentlichem und zivilem Recht unterscheidet, weshalb eine doppelte Einordnung richtlinienkonform sei.⁴²³ Andere hielten die MiFID I für vollharmonisierend und leiteten daraus die auch zivilrechtliche Natur ab.⁴²⁴ Als wohl stärkstes Argument wird jedoch das europarechtliche Effektivitätsgebot angeführt, das zur Durchsetzung des von der

⁴¹⁸ Möllers, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, § 31 Rn. 10; Fuchs, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 53, 98.

⁴¹⁹ Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG, 2004, S. 44 ff., 68 ff.; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 461 ff.; Köndgen NJW 1996, 558, 569; Schwintowski VuR 1997, 83, 85 f.; Reich WM 1997, 1601, 1604; Lang ZBB 2004, 289, 294; Nikolaus/d'Oleire WM 2007, 2129, 2134; Weichert/Wenninger WM 2007, 627, 635; Veil WM 2007, 1821, 1825 f.; Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), HGB, 3. Aufl. 2015, Band 2, Bank- und Börsenrecht, § 31 WpHG Rn. VI270; ders., in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125 f.

⁴²⁰ Lang ZBB 2004, 289, 290–294; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 457 ff.; Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG, 2004, S. 30, 44.

⁴²¹ Lang ZBB 2004, 289, 294; Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 461.

⁴²² Schwintowski VuR 1997, 83, 85 f.; Weichert/Wenninger WM 2007, 627, 635 (unter Verweis auf die suitability-Doktrin angloamerikanischen Rechts).

⁴²³ Reich WM 1997, 1601, 1604.

⁴²⁴ Nikolaus/d'Oleire WM 2007, 2129, 2134 (zu § 31d Abs. 3 WpHG a. F.).

MiFID I umfassend bezweckten Anlegerschutzes einen individuellen Anlegeranspruch verlange.⁴²⁵ Angesichts des geradezu omnipräsenten Anlegerschutzes in der MiFID II wird dies für die §§ 63 ff. WpHG n. F. umso stärker vertreten.⁴²⁶ Vereinzelt wird aus diesem Grund sogar entgegen der Doppelnatur vertreten, die kundenbezogenen Wohlverhaltenspflichten des WpHG stellten ausschließlich privatrechtliche Pflichten dar, da ihre Wirkung von der zivilrechtlichen Wirkung zwischen Anlageberater und Anleger abhängt.⁴²⁷

Demgegenüber spricht ein Großteil des Schrifttums den Wohlverhaltenspflichten des WpHG einen auch zivilrechtlichen Charakter ab, da es sich um rein aufsichtsrechtliche Regeln handle.⁴²⁸ Vertreter dieser Meinung lehnen die Möglichkeit der Doppelnatur einer Norm ab und halten an den herkömmlichen Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem und bürgerlichem Recht fest.⁴²⁹ Sie verweisen darauf, dass der Gesetzgeber das öffentliche Interesse als Zielrichtung der Wohlverhaltenspflichten betone und an Verstöße nur aufsichtsrechtliche Sanktionen geknüpft habe.⁴³⁰ Ferner begründeten manche den fehlenden zivilrechtlichen Charakter damit, dass die MiFID I hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Allgemeininteressen maximalharmonisierend wirke und daher auch strengere mitgliedstaatliche Normen des Zivilrechts zum Anlegerschutz verbiete.⁴³¹ Zudem werden Zweifel hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz der EU geäußert.⁴³² Auch die Rechtsprechung lehnt die Doppelnatur der Wohlverhaltenspflichten §§ 31 ff. WpHG a. F. ab. Laut dem *Lehman Brothers*-Urteil des BGH sind sie „ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur und wirken deshalb auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunde nicht ein“.⁴³³ Der BGH begrün-

⁴²⁵ *Veil* WM 2007, 1821, 1825 f.

⁴²⁶ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125 f.

⁴²⁷ *Einsele* ZHR 180 (2016), 233, 253 ff., 268 f.

⁴²⁸ *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 15; *Just*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, Vor §§ 31–37a Rn. 28; *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 77; *Bamberger*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Berlin 2017, Band 2, § 52 Rn. 90; *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 8 f.; *Forschner*, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht, 2013, S. 97; *Mülbert* WM 2007, 1149, 1157; *ders.* ZHR 172 (2008), 170, 176 ff.

⁴²⁹ *Just*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2015, Vor §§ 31–37a Rn. 28; *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 79.

⁴³⁰ *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 15.

⁴³¹ *Mülbert* WM 2007, 1149, 1157; *ders.* ZHR 172 (2008), 170, 183–186.

⁴³² *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 14; *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 10.

⁴³³ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 16 (WM 2013, 1983); s. oben S. 125 f.

dete dies mit der gesetzgeberischen Entscheidung, die Wohlverhaltenspflichten im öffentlich-rechtlichen WpHG zu normieren, mit ausdrücklichen Erklärungen des deutschen Gesetzgebers⁴³⁴ zur aufsichtsrechtlichen Natur der Wohlverhaltenspflichten sowie mit der Sanktionsbefugnis der BaFin als öffentliche Aufsichtsbehörde.⁴³⁵ Diese Haltung hielt der BGH im Kick-back-Urteil von 2014 im Grundsatz aufrecht.⁴³⁶ Hieran ändert auch die dort vorgenommene Einbeziehung der Wohlverhaltenspflichten über §§ 133, 157 BGB nichts. Das EuGH-Urteil *Bankinter* hingegen ist nicht eindeutig. Je nach Lesart kann es sowohl für die Begründung einer zivilrechtlichen Rechtsnatur der Wohlverhaltenspflichten herangezogen werden als auch dagegen.⁴³⁷

Dogmatisch ist es aber kohärenter, den primär aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten zugleich ein vertragsrechtliches Element zuzusprechen. Denn das Unionsrecht fordert eine effektive Durchsetzung des umfassenden Anleger-schutzziels als Individualschutzziel.⁴³⁸ § 4 Abs. 4 FinDAG schließt aber einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Einschreiten der BaFin auch im Bereich der Wertpapieraufsicht aus. Folglich vermag in Deutschland nach derzeitigem Stand nur das Zivilrecht, den individuellen Anlegerschutz durchzusetzen.⁴³⁹

b) Vertragsrechtliche Berücksichtigung der aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten durch Ausstrahlungswirkung

Die Vertreter der Doppelnatur oder unmittelbaren zivilrechtlichen Wirkung benötigen freilich nicht die Figur der Ausstrahlungswirkung, sondern sprechen den Wohlverhaltensregeln direkte vertragliche Bindungswirkung zu.⁴⁴⁰ Die

⁴³⁴ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 12.01.2007, BT-Drs. 16/4028, S. 53 zur Änderung der Wohlverhaltenspflichten durch die MiFID I: „Gegenstand ist hierbei nicht die Sicherstellung im Einzelfall, sondern die Bereithaltung eines Systems, das auf die Erfüllung der kundengünstigsten Ausführung ausgerichtet ist“; Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 16/4028, 16/4037, 16/4883 – (Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 29.03.2007, BT-Drs. 16/4899, S. 12 im Kontext von § 31a Abs. 7 Satz 6 WpHG a. F.: „Das Wertpapierhandelsgesetz normiert ausschließlich aufsichtsrechtlich sanktionierte Pflichten der Wertpapierdienstleistungsunternehmen“.

⁴³⁵ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 17–19 (WM 2013, 1983).

⁴³⁶ BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 35 (BGHZ 201, 310).

⁴³⁷ S. oben S. 125 f.

⁴³⁸ S. oben S. 122 ff.

⁴³⁹ Ausführlich zu diesem von *Hellgardt* entwickelten Gedanken s. oben S. 118 f. und s. unten S. 249 f., 260 f., 269 ff.

⁴⁴⁰ *Leisch*, Informationspflichten nach § 31 WpHG, 2004, S. 44 ff., 68 ff.; *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 461 ff.; *Köndgen* NJW 1996, 558, 569; *Schwintowski* VuR 1997, 83, 85 f.; *Reich* WM 1997, 1601, 1604; *Lang* ZBB 2004, 289, 294; *Nikolaus/d'Oleire* WM 2007, 2129, 2134; *Weichert/Wenninger* WM 2007, 627, 635; *Veil* WM 2007, 1821, 1825 f.; *Freitag* ZBB 2014, 357, 360 ff.; *Grundmann*, in: *Canaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg.), *Großkommentar HGB*, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125 f.

Rechtsprechung und wohl überwiegende Literaturmeinung nehmen stattdessen eine Ausstrahlungswirkung der Wohlverhaltenspflichten in das Zivilrecht an. Im *Lehman Brothers*-Urteil hatte der BGH eine auf die (vor)vertraglichen Pflichten begrenzte Ausstrahlungswirkung des § 31d WpHG per obiter dictum angenommen, eine solche für Schadensersatzansprüche aber verneint.⁴⁴¹ In seinem Kick-back-Urteil operationalisierte der BGH das aufsichtsrechtliche Transparenzgebot zivilrechtlich über den vertraglichen Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB.⁴⁴² Zwar gebrauchte der BGH in jenem Urteil nicht das Wort „Ausstrahlungswirkung“, doch handelt es sich der Sache nach genau darum. Er schuf das Transparenzgebot als aufsichtsrechtliches Destillat, führte es durch ergänzende Vertragsauslegung in das Zivilrecht über und erstreckte seine zivilrechtliche Wirkung sogar auf Fälle jenseits des Anwendungsbereiches der aufsichtsrechtlichen Pflicht. Wenngleich die Voraussetzungen für ein ausstrahlungsfähiges Gebot des Aufsichtsrechts damit nicht geklärt sind,⁴⁴³ dürfte doch eine spürbare Öffnung des BGH für aufsichtsrechtliche Einwirkungen auf das Zivilrecht hierin zu lesen sein. Auch die wohl überwiegende Ansicht im Schrifttum befürwortet eine Ausstrahlungswirkung auf den Anlageberatungsvertrag bzw. auf die vorvertragliche Ebene.⁴⁴⁴ Als Kriterium für die vertragsrechtliche Sanktionswirkung der Ausstrahlungswirkung bei Verstößen gegen die Wohlverhaltenspflichten soll entscheiden, ob die Wohlverhaltensregel den Kunden individuell in seiner Anlageentscheidung schützen soll oder vielmehr nur organisatorische Anforderungen an die Anlageberater stellt.⁴⁴⁵ Hiernach haben die nicht die Organisation betreffenden Pflichten der §§ 63, 64 WpHG n. F. individualschützenden Charakter und konkretisieren die vertraglichen Pflichten. Hintergrund ist der unionsrechtlich sowohl vom Sekundärrecht als auch vom EuGH in *Bankinter* geforderte Anlegerschutz, der sich auf der vertragsrechtlichen Ebene widerspiegeln soll.⁴⁴⁶ Manche sehen die aufsichtsrechtlichen Standards als verpflichtende Mindeststandards und wollen daher keine vertraglichen Abweichungen zulasten des Anlegers zulassen.⁴⁴⁷ Andere betonen die Vertragsfreiheit und erachten die aufsichtsrechtlichen Standards nicht als zwingend für

⁴⁴¹ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 20 (WM 2013, 1983).

⁴⁴² BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 36–38 (BGHZ 201, 310); s. oben S. 126 f.

⁴⁴³ *Buck-Heeb/Poelzig* BKR 2017, 485, 494 f.

⁴⁴⁴ *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 9; *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 81 ff., 98; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 16.

⁴⁴⁵ *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 19.

⁴⁴⁶ *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 9.

⁴⁴⁷ *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 16.

den zivilrechtlichen Pflichtenkanon.⁴⁴⁸ Streit besteht auch über das Verhältnis der Ausstrahlungswirkung zur gefestigten Bond-Rechtsprechung des BGH, die bereits mit dem Beratungsgespräch einen konkludenten Beratungsvertrag bejaht⁴⁴⁹ und für den Anlageberatungsvertrag zivilrechtliche Erkundigungs- und Beratungspflichten im Sinne einer anleger- und objektgerechten Beratung statuiert.⁴⁵⁰ Vereinzelt wird die Ausstrahlungswirkung aufgrund der unterschiedlichen Pflichtenlagen als Abkehr von der Bond-Rechtsprechung betrachtet.⁴⁵¹ Die Mehrheit hält die Bond-Rechtsprechung jedoch nach wie vor für aktuell und konzipiert ein Ergänzungsverhältnis mit den umfassenden aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltensregeln und ihrer Ausstrahlungswirkung.⁴⁵² Dies passt zur Tendenz, dass beide Haftungsregime zunehmend konvergieren.⁴⁵³ Dogmatisch überzeugender ist indes die Anerkennung der Doppelnatur der Wohlverhaltenspflichten, die sowohl den unionsrechtlichen Regelungsgehalt stärker in den Blick nimmt als auch dessen effektiven Durchsetzung gewährleistet.

c) Deliktsrechtliche Berücksichtigung der §§ 63 ff. WpHG n. F. als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB

Eine weitere Frage zivilrechtlicher Einwirkung ist die Berücksichtigung der §§ 63 ff. WpHG n. F. als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. In dieser Frage sind sich die Rechtsprechung und Literatur uneinig. Während der BGH die Schutzgesetzeigenschaft der §§ 31 ff. WpHG a. F. lange offen gelassen hatte,⁴⁵⁴ verneinte er sie schließlich.⁴⁵⁵ Der BGH begründete dies damit, dass die §§ 31 ff. WpHG a. F., soweit sie anlegerschützende zivilrechtliche Wirkung haben, zwar „für Inhalt und Reichweite (vor-)vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten“ relevant sind, darüber hinaus aber „keine eigenständige,

⁴⁴⁸ *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 61; *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 10 f.

⁴⁴⁹ BGH, Urteil vom 04. März 1987 – IVa ZR 122/85 – Rn. 12 (BGHZ 100, 117); BGH, Urteil vom 06. Juli 1993 – XI ZR 12/93 – Rn. 11 (BGHZ 123, 126); BGH, Urteil vom 28. Januar 1997 – XI ZR 22/96 – Rn. 14 (WM 1997, 662); kritisch *Buck-Heeb* ZIP 2013, 1401, 1403 ff.

⁴⁵⁰ BGH, Urteil vom 06. Juli 1993 – XI ZR 12/93 – Rn. 17–19 (BGHZ 123, 126).

⁴⁵¹ *Mülbert* WM 2007, 1149, 1156 f.

⁴⁵² OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Dezember 2010 – I-6 U 200/09 – Rn. 49–51 (BKR 2011, 25); *Veil* WM 2007, 1821, 1825 f.; *Buck-Heeb* WM 2012, 625, 628; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 17; *Spindler*, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 33 Rn. 56 ff.

⁴⁵³ Ähnlich *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 82.

⁴⁵⁴ BGH, Urteil vom 05. Oktober 1999 – XI ZR 296/98 – Rn. 33 (BGHZ 142, 345); BGH, Urteil vom 08. Mai 2001 – XI ZR 192/00 – Rn. 33 (BGHZ 147, 343); BGH, Urteil vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03 – Rn. 17 (WM 2004, 24); BGH, Urteil vom 28. Juni 2005 – XI ZR 363/04 – Rn. 34 (BGHZ 163, 311).

⁴⁵⁵ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 14 ff. (BGHZ 175, 276).

über die zivilrechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten hinausgehende schadensersatzrechtliche Bedeutung“ haben.⁴⁵⁶ Im Fall verneinte er die Schutzgesetzeigenschaft des § 32 Abs. 2 Nr. 1 WpHG a. F., da sonst auch nur leicht fahrlässig handelnde Angestellte eines WpDU stets neben dem WpDU haften würden, was vom Gesetzgeber nicht gewollt sei.⁴⁵⁷ Zwar seien die §§ 31 ff. WpHG a. F. anlegerschützend, doch ändere das nichts an der fehlenden Schutzgesetzqualität.⁴⁵⁸ Denn § 823 Abs. 2 BGB setze voraus, dass die „Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint“.⁴⁵⁹ Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, da das Zivilrecht eine Vertreterhaftung grundsätzlich ablehne, der Ersatz reiner Vermögensschäden auf § 826 BGB begrenzt sei und § 32 Abs. 2 Nr. 1 WpHG a. F. nur das Vermögen schütze.⁴⁶⁰ Zudem lehnt der BGH die Haftungserweiterung vom Vertragspartner auf dessen Vertreter ab, da die Mehrung der Haftungssubjekte allein für die Schaffung einer neuen deliktischen Grundlage nicht reiche.⁴⁶¹ Überdies spreche die besondere Verjährungsregel des § 37a WpHG gegen eine Eröffnung deliktischer Haftung.⁴⁶² Diese Rechtsprechung wiederholte der BGH auch für andere Tatbestände der §§ 31 ff. WpHG a. F., insbesondere § 34a⁴⁶³ und § 31d WpHG a. F.⁴⁶⁴, mit ähnlicher Begründung. Der BGH sah sich auch nicht vom Unionsrecht zu einer anderen Auslegung verpflichtet, sondern verwies vielmehr auf das *Bankinter*-Urteil des EuGH, um den eigenen Ermessensspielraum hinsichtlich der zivilrechtlichen Konsequenzen von Verstößen gegen Wohlverhaltenspflichten zu untermauern.⁴⁶⁵ Zwar geböte die MiFID I den Anlegerschutz, diesem werde jedoch im Rahmen des Effektivitätsgebots durch die aufsichtsrechtliche Durchsetzung der BaFin hinreichend Rechnung getragen.⁴⁶⁶

Im Gegensatz zur Rechtsprechung stufte das Schrifttum die Wohlverhaltensregeln der §§ 31 ff. WpHG a. F. überwiegend als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ein.⁴⁶⁷ Angesichts des in der MiFID II noch stärker betonten Indi-

⁴⁵⁶ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 14 (BGHZ 175, 276).

⁴⁵⁷ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 16 (BGHZ 175, 276).

⁴⁵⁸ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 17 (BGHZ 175, 276).

⁴⁵⁹ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 18 (BGHZ 175, 276) unter Berufung auf BGH, Urteil vom 08. Juni 1976 – VI ZR 50/75 – Rn. 18 (BGHZ 66, 388).

⁴⁶⁰ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 19–21 (BGHZ 175, 276).

⁴⁶¹ BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 22 (BGHZ 175, 276).

⁴⁶² BGH, Urteil vom 19. Februar 2008 – XI ZR 170/07 – Rn. 23 (BGHZ 175, 276).

⁴⁶³ BGH, Urteil vom 22. Juni 2010 – VI ZR 212/09 – Rn. 25 ff. (BGHZ 186, 58).

⁴⁶⁴ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 21 ff. (WM 2013, 1983).

⁴⁶⁵ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 25 ff., insb. 27 (WM 2013, 1983).

⁴⁶⁶ BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 31 (WM 2013, 1983).

⁴⁶⁷ *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 104; *Spindler*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 33 Rn. 66; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 21; *Koller*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG Kommentar, 6. Aufl.

vidualschutzes dürften sich die Meinungen auf §§ 63 ff. WpHG n. F. übertragen lassen.⁴⁶⁸ So wurde auch zu §§ 63 ff. WpHG n. F. bereits der Schutzgesetzcharakter vermehrt bejaht.⁴⁶⁹ Manche beschränken den Schutzgesetzcharakter auf die Wohlverhaltenspflichten im eigentlichen Sinne, also diejenigen, die unmittelbar die Pflichten zwischen Anlageberater und Anleger betreffen, und verneinen ihn für die reinen Organisationspflichten.⁴⁷⁰ Andere beziehen aber auch die Organisationspflichten der §§ 80, 81 und 83 WpHG n. F. als individualschützend ein.⁴⁷¹ Grund für die überwiegende Einordnung der Wohlverhaltenspflichten als Schutzgesetze ist das Verständnis des Anlegerschutzes als Individualschutz, der gerade die Anleger durch Kompensation erlittener Schäden schützen soll.⁴⁷² Dies wird aus dem Unionsrecht hergeleitet und für die §§ 63 ff. WpHG n. F. angesichts des verstärkten Individualschutzes der MiFID II besonders betont, der eine klare Entscheidung des Unionsgesetzgebers zum individuellen Anlegerschutz zeige und durch das Effektivitätsgebot auch die Berücksichtigung im Zivilrecht fordere.⁴⁷³ Manche befürworten eine differenzierte Einstufung je nach Nähe der jeweiligen Wohlverhaltenspflicht zu deliktischem Erfolgsunrecht.⁴⁷⁴ Insgesamt ordnet aber der Großteil des Schrifttums die Wohlverhaltenspflichten des WpHG als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ein. Dies gilt auch für einige Vertreter der Doppelnatur⁴⁷⁵ und diejenigen Stimmen, die alleinige zivilrechtliche Natur der kundenbezogenen Wohlverhaltenspflichten annehmen.⁴⁷⁶ Andere Vertreter der Doppelnatur lehnen die Schutzgesetzzeigenschaft

2012, Vor § 31 Rn. 7; *Bamberger*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, Band 2, § 52 Rn. 90; *Freitag ZBB* 2014, 357, 363 f.; *Klein WM* 2016, 862, 863 ff.

⁴⁶⁸ So auch *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 12.

⁴⁶⁹ *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 40 ff.; *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125 f.

⁴⁷⁰ *Binder*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 7. Teil, Rn. 40; *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 40 (bejaht aber den Schutzgesetzcharakter von § 83 Abs. 7 WpHG n. F.); *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 104 (Schutzgesetzcharakter von §§ 33, 34 WpHG a. F. verneinend).

⁴⁷¹ *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 274 f.

⁴⁷² *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 103.

⁴⁷³ *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 40 (unter Hinweis auf Erwägungsgrund 86 MiFID II); *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125 f.; *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 63 WpHG Rn. 12.

⁴⁷⁴ *Spindler*, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 33 Rn. 66.

⁴⁷⁵ *Freitag ZBB* 2014, 357, 360 ff., 363 f.; *Grundmann*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 125 f.

⁴⁷⁶ *Einsele ZHR* 180 (2016), 233, 266 f.

der Wohlverhaltenspflichten ab, da letztere gerade Vertragspflichten statuierten, sodass sich eine deliktische Einordnung nicht sinnvoll in das haftungsrechtliche Gesamtsystem einfüge.⁴⁷⁷ Aber auch jenseits der Theorie der Doppelnatur verneinen manche Stimmen den Schutzgesetzcharakter mit der Begründung, die Wohlverhaltenspflichten überlagerten lediglich die vertraglichen Pflichten⁴⁷⁸ oder es fehle ihnen an individuellem Anlegerschutz.⁴⁷⁹ Die Schutzgesetzeseigenschaft der kundenbezogenen Wohlverhaltenspflichten ist jedoch angesichts des umfassenden unionsrechtlichen Anlegerschutzgebots zu bejahen.⁴⁸⁰

IV. Vergleichbarkeit von Kapitalmarkt- und Bankaufsichtsrecht

Die Rechtsgebiete der Kapitalmarkt- und Bankenregulierung sind in vielerlei Hinsicht vergleichbar. Sie sind erstens regelungssystematisch mit Blick auf die starke europarechtliche Überformung vergleichbar. Beide Gebiete werden überwiegend vom Unionsrecht bestimmt, das ursprünglich nur Teilbereiche betraf, mittlerweile aber beinahe sämtliche Gebiete des Finanzsektors harmonisiert. Neben der Breite hat auch die unionsrechtliche Regulierungstiefe mit der Zeit deutlich zugenommen. So sind beispielsweise die MiFID II ebenso wie die CRD IV zu weiten Teilen voll harmonisierend.⁴⁸¹ Beide Regelwerke wurden zudem um die unmittelbar anwendbaren Verordnungen MiFIR und CRR ergänzt. Den Mitgliedstaaten verbleibt also in beiden Fällen immer weniger Regelungsspielraum.

Zweitens sind die Kapitalmarktregulierung und das Bankaufsichtsrecht funktional vergleichbar, da sie ähnliche Regelungsgegenstände betreffen. So regeln beide Rechtsgebiete Geschäfte, deren wirtschaftliche Funktion in der Finanzierung des Wirtschaftslebens liegt. Dabei betrifft das Bankaufsichtsrecht die Intermediärsstellung von Kreditinstituten, die Einlagen annehmen und Kredite vergeben. Da Kreditinstitute in ihrem Einlagen- und Kreditgeschäft das Kapital der Einleger bündeln und es wieder als Kredit weiter verleihen, fungieren sie hier als direkte Finanzintermediäre.⁴⁸² Die Kapitalmarktregulierung betrifft hin-

⁴⁷⁷ Möllers, in: Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. 2014, § 31 Rn. 16; Leisch, Informationspflichten nach § 31 WpHG, 2004, S. 87 ff., 95.

⁴⁷⁸ Schäfer WM 2007, 1872, 1875 ff.

⁴⁷⁹ Forscher, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht, 2013, S. 151; Vormann, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 10. Aufl. 2013, Rn. 170.

⁴⁸⁰ Dies entspricht der hier vertretenen kombinierten Individualschutztheorie, s. unten S. 270 ff.

⁴⁸¹ Zur MiFID II: Veil ZGR 2014, 544, 549 ff.; Della Negra, MiFID II and Private Law – Enforcing EU Conduct of Business Rules, 2019, S. 48 f.; zur CRD IV: Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 102; monographisch zum Begriff der Vollharmonisierung Mittwoch, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht – Methode, Implikationen und Durchführung, 2013.

⁴⁸² Grundmann, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 12.

gegen die direkte Finanzierung von Unternehmen über Finanzinstrumente, die am Kapitalmarkt von Anlegern erworben werden. Die Intermediärsstellung von Anlageberatern unterscheidet sich insofern von derjenigen der Kreditinstitute, als Anlageberater durch die Beratung nur indirekt auf die Anlageentscheidung der Anleger einwirken (indirekte Finanzintermediäre).⁴⁸³ Die Tatsache, dass Universalbanken sowohl als Kreditinstitute im Einlagen- und Kreditgeschäft als auch als Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Wertpapiergeschäft tätig werden, untermauert die Nähe beider Geschäftsfelder und ihrer Regulierung.

Die funktionale Vergleichbarkeit erfasst auch die Regelungsziele Anleger-schutz in der Kapitalmarktregulierung und Einlegerschutz im Bankaufsichtsrecht. Obwohl Kreditinstitute im Einlagen- und Kreditgeschäft rechtlich und tatsächlich zwischengeschaltet sind, erhalten Darlehensnehmer im Kreditgeschäft wirtschaftlich das Geld von der Bank, das die Einleger bei ihr eingelegt haben. Daher fungieren Einleger und Anleger trotz der unterschiedlichen Funktionsweisen des Einlagen- und Kreditgeschäfts und des Wertpapiergeschäfts in ähnlicher Weise als Kreditgeber.⁴⁸⁴ Insofern sind sie auch ähnlich schutzwürdig in ihrem Vertrauen auf Werterhaltung einerseits und in ihrem fehlenden Verständnis des Finanzintermediationsgeschäfts andererseits. Einleger vertrauen darauf, dass das Kreditinstitut ihre Einlagen in der Zukunft vollständig zurückbezahlen kann. Anleger vertrauen auf die Werthaltigkeit des Finanzinstruments, die von der Zahlungsfähigkeit des durch die Ausgabe von Finanzinstrumenten finanzierten Unternehmens abhängt. Freilich tragen Anleger dabei strukturell ein höheres Risiko des Wertverlusts, da die Werterhaltung des Finanzinstruments von vielen Faktoren am Markt abhängt. Hingegen vertrauen die Einleger lediglich auf die zukünftige Zahlungsfähigkeit des Kreditinstituts. Dieser strukturelle Risikounterschied manifestiert sich in der jeweiligen Risikoprämie. Einleger erhalten geringere Zinsen als Anleger, da Wertpapiere durchschnittlich höheren Zins- und/oder Wertgewinn generieren. In beiden Fällen bestehen jedoch bei Individualkunden erhebliche Informationslücken. Die meisten individuellen Anleger und Einleger überblicken das Geschäft der Finanzintermediation nicht oder nur unzureichend.⁴⁸⁵ Es liegt also nahe, auch den Einleger- und Anlegerschutz jeweils parallel als Individualschutz zu konzipieren. So lässt sich die überwiegende Einstufung des kapitalmarktrechtlichen Anlegerschutzes als Individualschutz auch auf den Einlegerschutz im Bankaufsichtsrecht übertragen. Zugleich dienen beide Rechtsgebiete auch der Sicherung der Stabilität des

⁴⁸³ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2017, Band 11/1, 5. Teil, Rn. 7.

⁴⁸⁴ Dalhuisen, Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, 5. Aufl. 2013, Band 3, S. 435–437.

⁴⁸⁵ Für Einleger: Neus, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 28; für Anleger: Spindler, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 33 Rn. 9f.

Finanzmarktes, also dem Markt- oder Funktionenschutz, und dies umso stärker seit der letzten Finanzkrise. Aber dass Individual- und Funktionenschutz sich nicht ausschließen, sondern sich vielmehr gegenseitig ergänzen und unterstützen, zeigte bereits Hopt sehr früh.⁴⁸⁶ Für das Einlagengeschäft wird sowohl der Individual- als auch der Marktschutz durch die Existenz der Einlagensicherungssysteme untermauert. Trotz der personellen und nennbetragsmäßigen Begrenzung der Einlegerentschädigung tragen die Einlagensicherungssysteme maßgeblich zur individuellen Kompensation von Einlageverlusten infolge der Abwicklung eines Kreditinstituts bei und sichern zugleich den Marktschutz, da sie misstrauensbedingte Dominoeffekte am Markt verhindern.⁴⁸⁷

Es liegt folglich nahe, auch den Mechanismus privatrechtlicher Durchsetzung auf das Bankaufsichtsrecht zu übertragen. Denn die unterschiedlichen Intermediärsstellungen der Kreditinstitute im Einlagen- und Kreditgeschäft und der Anlageberater im Wertpapiergeschäft erfüllen jeweils einen vergleichbaren Zweck. So besteht bei der Kapitalmarktregulierung ein deutlich größerer Bedarf, die Anleger durch unmittelbar geltende Wohlverhaltenspflichten der Anlageberater zu schützen. Da Kreditinstitute im Kreditgeschäft das Geld der Einleger weiterverleihen, besteht hier vor allem ein Regelungsbedarf für ordentliche Geschäftsorganisation und für sorgfältige Kreditvergabe. Die sorgfältige Kreditvergabe ist mittlerweile für das Verbraucherdarlehen durch die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung in den §§ 505a ff. BGB individualschützend geregelt.⁴⁸⁸ Da kein Beratungsverhältnis, sondern eher ein Treuhandverhältnis zwischen Kreditinstitut und Einleger besteht,⁴⁸⁹ müssen die Einleger vor allem über Organisationspflichten geschützt werden.⁴⁹⁰ Im Gegensatz zu den wertpapierrechtlichen Wohlverhaltenspflichten, die das Verhältnis zwischen WpDU und Anleger unmittelbar regeln, betreffen die bankaufsichtsrechtlichen Organisationspflichten nicht unmittelbar das Verhältnis zwischen dem Kreditinstitut und den Einlegern. Sie betreffen vielmehr die innere Organisation des Kreditinstituts. Dennoch dienen sie funktional in ähnlicher Weise dem Einlegerschutz, wie die wertpapierrechtlichen Wohlverhaltenspflichten die Anleger schützen, wenn die allgemeine Schutzrichtung der bankaufsichtsrechtlichen Regeln des

⁴⁸⁶ Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 51 f., 334–337, passim; ausführlich dazu s. oben S. 100 ff.

⁴⁸⁷ S. unten S. 187 ff.

⁴⁸⁸ S. unten S. 215 ff.

⁴⁸⁹ Grundmann, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 6; vgl. zum Geschäftsleiter, der ohne Gesellschafterstatus geldwerte Positionen hält, ders., Der Treuhandvertrag: insbesondere die werbende Treuhand, 1997, S. 421 ff.; Servatius, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 35 Rn. 1.

⁴⁹⁰ Grundlegend zu zivil- und öffentlich-rechtlichen Organisationspflichten von Unternehmen Spindler, Unternehmensorganisationspflichten – Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Köln 2001.

Einlegerschutz als unmittelbar gegenüber den Einlegern zu verstehen ist. Da aus ähnlichen Gründen manche den Schutzgesetzcharakter auch für Organisationspflichten des WpHG bejahen,⁴⁹¹ lässt sich diese Argumentation auch auf die bankaufsichtsrechtlichen Organisationspflichten übertragen. Dieser Frage widmet sich der letzte Teil dieser Arbeit.⁴⁹²

⁴⁹¹ Grundmann, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 274 f.

⁴⁹² S. unten S. 243 ff.

2. Teil

Privatrechtliche Durchsetzung der europäischen Bankenregulierung

Nachdem der erste Teil der Arbeit den zunehmenden Schutz individueller Interessen im europäischen Bankaufsichtsrecht gezeigt und Modelle privatrechtlicher Durchsetzung im Wettbewerbsrecht und in der Kapitalmarktregulierung analysiert hat, soll der zweite Teil beide Elemente verknüpfen. Im Fokus steht dabei, wie die wichtigsten Schutzziele und Pflichten des Bankaufsichtsrechts *de lege lata* mit Mitteln des Privatrechts durchgesetzt werden. Daher untersucht das dritte Kapitel das Systemschutzziel anhand der aufsichtsrechtlichen Pflicht zum Risikomanagement, die das Gesellschaftsrecht überformt und durch die Schadensersatzhaftung von Geschäftsleitern gegenüber der Bank privatrechtlich durchgesetzt wird. Das vierte Kapitel behandelt den individuellen Schutz von Einlegern durch die Einlagensicherung und Amtshaftungsansprüche sowie den individuellen Schutz von Verbrauchercreditnehmern durch die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung. Das fünfte und letzte Kapitel weitet den Blick hin zu einer verstärkten privatrechtlichen Durchsetzung des im ersten Teil entwickelten allgemeinen bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzziels. Entgegen der bisher nur punktuell gewährleisteten privatrechtlichen Durchsetzung des Individualschutzziels plädiert diese Arbeit dafür, diesem Ziel durch unionsrechtskonforme Auslegung flächendeckende Wirkung im nationalen Vertrags- und Deliktsrecht zu verleihen.

3. Kapitel

Bankaufsichtsrechtlicher Systemschutz durch die Pflicht zum Risikomanagement und dessen privatrechtliche Durchsetzung

Das europäische Bankaufsichtsrecht überformte zunehmend das Bankgesellschaftsrecht sowie das übrige Bankprivatrecht im Licht des bankaufsichtlichen Systemschutzziels. Dieses zweite Kapitel soll daher die aufsichtsrechtliche Überformung des Bankgesellschaftsrechts und teilweise des Deliktsrechts anhand herausragender Corporate-Governance-Pflichten veranschaulichen. Die Corporate Governance ist mittlerweile ein tiefgehend erforschtes Teilrechtsgebiet des Gesellschaftsrechts.¹ Begrifflich beschreibt sie den „rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung von Unternehmen“.² Dies umfasst sowohl das Innenleben der Gesellschaft mit den Funktionen und dem Zusammenspiel der verschiedenen Unternehmensorgane als auch die Beziehung der Unternehmensleitung zu äußeren Interessensgruppen wie den Anteilseignern (*shareholders*) oder anderen Betroffenen (*stakeholders*).³ Wesentliches Anliegen ist die Lösung grundlegender Interessens- und Informationsdifferenzen in einer Kapitalgesellschaft zwischen der Unternehmensleitung und den Unternehmenseigentümern (sog. Prinzipal-Agenten-Konflikt).⁴

¹ *Gordon/Ringe* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018; *Mallin*, *Corporate Governance*, 5. Aufl. 2016; *Miller*, *The Law of Governance, Risk Management, and Compliance*, 2. Aufl. 2017; *Kieff/Paredes* (Hrsg.), *Perspectives on Corporate Governance*, 2013; *Roe* (Hrsg.), *Corporate Governance: Political and Legal Perspectives*, 2005; *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009; zum deutschen Corporate Governance Kodex *Kremer/Bachmann/Lutter/von Werder* (Hrsg.), *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 7. Aufl. 2018; *du Plessis/Großfeld/Luttermann/Saenger/Sandrock* (Hrsg.), *German Corporate Governance in International and European Context*, 2007; *Peltzer*, *Deutsche Corporate Governance*, 2. Aufl. 2004.

² *von Werder*, in: *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 4 mwN. International wurde der Begriff geprägt durch die britische *Cadbury Commission*, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, 1. Dezember 1992, Rn. 2.5: „Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled.“ Eine weitere verbreitete Definition ist die von *Shleifer/Vishny* *Journal of Finance* 52 (1997) 737: „Corporate governance deals with the ways in which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment.“

³ *von Werder*, in: *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 4; *Hopt*, in: *Fleckner/Hopt* (Hrsg.), *Comparative Corporate Governance – A Functional and International Analysis*, 2013, S. 11 f.

⁴ Grundlegend hierzu *Jensen/Meckling* *Journal of Financial Economics* 3 (1976) 305.

Während sich der Diskurs zunächst auf das allgemeine Gesellschaftsrecht konzentrierte,⁵ rückte die bankspezifische Corporate Governance zunehmend in den Fokus.⁶ Hierbei flossen auch verhaltenspsychologische Methoden ein.⁷ Nach der Finanzkrise intensivierte sich die Diskussion auf politischer⁸ wie wissenschaftlicher⁹ Ebene als Reaktion auf das in der Krise erlebte Versagen bankinterner Kontrollmechanismen. Daraufhin führte der Unionsgesetzgeber weitreichende Corporate Governance-Vorgaben im europäischen Bankaufsichtsrecht ein, insbesondere durch die CRD IV. Die zentrale Aufsichtsnorm in Deutschland ist in diesem Zusammenhang § 25a KWG, der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (Instituten i. S. d. § 1 Abs. 1b KWG) besondere organisatorische Pflichten auferlegt, von denen die Vorgaben zum Risikomanagement besonders hervorzuheben sind (A.). Diese dienen nach derzeit herrschendem Verständnis nur dem Systemschutz und führen mit dieser Zielrichtung auch privatrechtlich grundsätzlich nur zu Ansprüchen der Bank gegen die Geschäftsleiter als Innenhaftung (B.).

A. Aufsichtsrechtliche Pflicht zum Risikomanagement nach § 25a KWG

In der heutigen Form verpflichtet § 25a Abs. 1 Satz 1 KWG zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation. Diese muss „insbesondere ein angemessenes und wirksames Risikomanagement umfassen, auf dessen Basis ein Institut die Risikotragfähigkeit laufend sicherzustellen hat“.¹⁰ Daneben umfasst sie Pflicht-

⁵ Das erste große Werk in Deutschland enthielt noch keinen Beitrag zu bankspezifischen Besonderheiten der Corporate Governance: *Hommelhoff/Hopt/von Werder*, Handbuch Corporate Governance, 1. Aufl. 2003.

⁶ *Preußner* NZG 2004, 57; *Mülbert* BKR 2006, 349; *Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, 2004.

⁷ *Avgouleas/Cullen* Journal of Law and Society 41(1) (2014), 28; allgemeiner zum Finanzmarktrecht *Klöhn*, Kapitalmarkt, Spekulation und *Behavioral Finance* – Eine interdisziplinäre und vergleichende Analyse zum Fluch und Segen der Spekulation und ihrer Regulierung durch Recht und Markt, 2006; *ders.*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 83.

⁸ EU-Kommission, Grünbuch zur Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik, Brüssel 2.6.2010, KOM(2010) 284 endgültig; EU-Kommission, Grünbuch Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung – Lehren aus der Krise, Brüssel 13.10.2010, KOM(2010) 561 endgültig; EU-Kommission, Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen, Brüssel 5.4.2011, KOM(2011) 164 endgültig.

⁹ *Armour*, in: *Gordon/Ringe* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018, S. 1108–1127; *Wohlmannstetter*, in: *Hommelhoff/Hopt/von Werder* (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 905 ff.; als erstes umfassendes Werk zählt *Hopt/Wohlmannstetter* (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance von Banken*, München 2011; zum Versicherungssektor *Bürkle* WM 2012, 878; zuletzt monographisch *Albrecht*, *Corporate Governance von Banken*, 2016.

¹⁰ § 25 Abs. 1 Satz 3 Hs. 1 KWG.

ten zur finanziellen Bestimmbarkeit der Institutslage, Dokumentation, Überwachung und zur Einrichtung eines Whistleblowing-Prozesses für Mitarbeiter.¹¹ Diese Pflichten gelten auch im Bankkonzern.¹² § 25a Abs. 5 KWG enthält detaillierte Vorgaben zur Vergütung von Mitarbeitern und Geschäftsleitern, die die auf § 25a Abs. 6 KWG gestützte, vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) erlassene und die EBA-Vergütungsleitlinien¹³ umsetzende Institutsvergütungsverordnung¹⁴ konkretisiert.¹⁵ Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Pflicht zum Risikomanagement als bedeutendste Organisationspflicht.¹⁶ Diese rührt vom besonderen Geschäftsmodell der Banken im Vergleich zu anderen Unternehmen her, da bei Banken auch die bilanziellen Aktiva erheblichen Marktschwankungen unterliegen, nicht nur wie üblich die Passiva.¹⁷ Die daraus resultierende Kriseneigenschaft des Geschäftsmodells von Banken erfordert daher laut dem Basler Ausschuss für Bankenaufsicht besondere Sensibilität im Umgang mit den Risiken, die sich in der Geschäftsorganisation widerspiegeln muss.¹⁸ Nach § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis Nr. 6 KWG umfasst das Risikomanagement insbesondere nachhaltige Geschäfts- und konsistente Risikostrategien, Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit, ein internes Kontrollsystem einschließlich einer Risikocontrolling- und einer Compliance-Funktion, angemessene personelle und technisch-organisatorische Ausstattung des Instituts, ein angemessenes Notfallkonzept und angemessene Vergütungssysteme. § 25a Abs. 1 Satz 4 KWG enthält ein Proportionalitätsprinzip, wonach die Ausgestaltung des Risikomanagementsystems nicht für alle Institute gleich sein muss, sondern von Art, Umfang und Komplexität des jeweiligen Geschäftsmodells des Instituts abhängt.¹⁹ Die Angemessenheit gilt sowohl auf Institutsseite für das Risikomanagement als auch auf der Aufsichtsseite für die

¹¹ § 25 Abs. 1 Satz 6 KWG.

¹² § 25a Abs. 3 KWG; zur Verantwortung im Bankkonzern monographisch *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019; *Tröger* ZHR 177 (2013), 475.

¹³ EBA-Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik gemäß Artikel 74 Absatz 3 und Artikel 75 Absatz 2 der Richtlinie 2013/36/EU und Angaben gemäß Artikel 450 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 vom 27.06.2016, EBA/GL/2015/22.

¹⁴ Institutsvergütungsverordnung vom 16. Dezember 2013 (BGBl. I S. 4270), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 25. Juli 2017 (BGBl. I S. 3042) geändert worden ist.

¹⁵ Zur aktuellen Institutsvergütungsverordnung *Tusch/Schuster/Herzberg* WM 2017, 2289; vgl. hinsichtlich der verbleibenden Auslegungsfragen die Auslegungshilfe der BaFin zur Institutsvergütungsverordnung, Stand 15.2.2018.

¹⁶ Bereits früh einen Fokus auf das Risikomanagement legend *Wohlmannstetter*, in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 905, 924 f., 927; *Gann/Rudolph*, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance von Banken*, 2011, S. 601.

¹⁷ S. oben S. 30 ff.

¹⁸ Basel Committee on Banking Supervision, *Guidelines Corporate governance principles for banks*, July 2015, Rn. 8 ff.

¹⁹ Hierzu ausführlich *Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, *KWG-Kommentar*, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 25a Rn. 8.

Häufigkeit und Intensität der Aufsicht des institutsspezifischen Risikoprofils. Daher wird von einer doppelten Proportionalität gesprochen.²⁰

I. Entstehungsgeschichte des § 25a KWG

§ 25a KWG wurde im Zuge der sechsten KWG-Novelle von 1997 eingeführt, die der Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie²¹, Kapitaladäquanzrichtlinie²² und BCCI-Richtlinie²³ diene.²⁴ Hinsichtlich des Anwendungsbereichs setzte § 25a KWG die Richtlinienvorgaben²⁵ überschießend um, indem er die Pflichten auch auf Kreditinstitute erstreckte. Denn die umfassenden Organisationspflichten bezüglich der Geschäftsorganisation²⁶ bestanden nur für Wertpapierfirmen^{27,28}. Für Kreditinstitute mussten die Mitgliedstaaten nur Regelungen zur Überwachung und Kontrolle des Zinsrisikos sämtlicher Geschäfte einführen.²⁹ Die Erstreckung der umfangreichen Organisations- und Kontrollpflichten auf Kreditinstitute begründete der Regierungsentwurf damit, dass diese Organisationspflichten für Kreditinstitute bereits vorher als Verwaltungsvorschriften des damaligen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen galten.³⁰ Während sich jene Verwaltungsvorschriften aber nur auf die Auffangnorm der

²⁰ *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 32; *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 85 ff.

²¹ Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. Nr. L141 vom 11.6.1993, S. 27.

²² Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. Nr. L141 vom 11.6.1993, S. 1.

²³ Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1995 zur Änderung der Richtlinien 77/780/EWG und 89/646/EWG betreffend Kreditinstitute, der Richtlinien 73/239/EWG und 92/49/EWG betreffend Schadenversicherungen, der Richtlinien 79/267/EWG und 92/96/EWG betreffend Lebensversicherungen, der Richtlinie 93/22/EWG betreffend Wertpapierfirmen sowie der Richtlinie 85/611/EWG betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks verstärkter Beaufsichtigung dieser Finanzunternehmen (BCCI-RL), ABl. Nr. L168 vom 18.7.1995, S. 7.

²⁴ Art. 1 Nr. 39 Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22.10.1997, BGBl. I S. 2518.

²⁵ Art. 4 Abs. 4 RL 93/6/EWG und Art. 10 RL 93/22/EWG.

²⁶ U. a. ordnungsgemäße Verwaltung, Buchhaltung, elektronische Datenverarbeitung, interne Kontrollverfahren, geeignete Schutzvorkehrungen für Wertpapiere und Gelder von Anlegern, ausreichende Dokumentierung der Transaktionen sowie Verhinderung von Interessenskonflikten.

²⁷ Art. 1 Nr. 2 RL 93/22/EWG: „Wertpapierfirma“: jede juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt.“

²⁸ Art. 10 RL 93/22/EWG.

²⁹ Art. 4 Abs. 4 Kapitaladäquanzrichtlinie.

³⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 06.03.1997, BT-Drs. 13/7142, S. 87.

allgemeinen Missstandsaufsicht nach § 6 Abs. 2 KWG a. F. stützten und keinen Eingriff rechtfertigten, erhob die sechste KWG-Novelle die Organisationsvorgaben zu Rechtspflichten, deren Verletzung z. B. mit einer Verwarnung nach § 36 Abs. 2 KWG geahndet werden konnte.³¹

II. Unbestimmtheit der Norm als Ausdruck der qualitativen und prinzipiengeleiteten Aufsicht

Bei den Risikomanagementvorgaben fällt auf, dass sie viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Hintergrund ist, dass § 25a Abs. 1 KWG Ausdruck der (heutigen) prinzipienbasierten Aufsicht ist, die sich im Gegensatz zur (früheren) regelbasierten Aufsicht durch einen großen Auslegungsspielraum und aufsichtliche Flexibilität auszeichnet, und somit ein Beispiel qualitativer³² Aufsicht ist.³³ Hierauf wiesen auch der Regierungsentwurf des Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetzes³⁴ und die Gesetzesbegründung für die Modifizierung des § 25a Abs. 1 KWG zur Umsetzung der CRD I hin.³⁵ Die Beeinflussung der Geschäftsstrategie durch die Aufsicht kommentierte der Regierungsentwurf zudem wie folgt: „Die Bezugnahme auf die Geschäftsstrategie bedeutet keine Änderung des liberalen Aufsichtskonzepts des Kreditwesengesetzes, das lediglich einen Rahmen für die Geschäftstätigkeit der Institute bei grundsätzlicher Freiheit des geschäftspolitischen Entscheidungsspielraums vorgibt.“³⁶ Die qualitative Aufsicht des § 25a Abs. 1 KWG soll also die liberale Grundtendenz des KWG aufrechterhalten, dem Bankengewerbe im Grundsatz freie Hand über die Geschäftsorganisation zu belassen.³⁷ Die fehlende Bestimmtheit des § 25a KWG wird doppelt kompensiert, national durch die

³¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 06.03.1997, BT-Drs. 13/7142, S. 87.

³² Der Begriff der qualitativen Aufsicht betrifft die bankinternen Entscheidungsprozesse und steht dem Begriff der quantitativen Aufsicht gegenüber, die sich auf in Zahlen bestimmbare Kredit-, Marktpreis- oder Liquiditätsrisiken beschränkt. Ausführlich und mwN zum Begriff, seiner Geschichte und zur Rolle von § 25a KWG in diesem Kontext *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 72 ff.

³³ *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 15 ff.; *Langenbacher ZBB* 2013, 16, 21; *Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 25a Rn. 2.

³⁴ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 (Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 12.08.2004, BT-Drs. 15/3641, S. 47.

³⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie vom 26.04.2006, BT-Drs. 16/1335, S. 62.

³⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie vom 26.04.2006, BT-Drs. 16/1335, S. 62.

³⁷ *Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 25a Rn. 8.

MaRisk und europäisch durch die EBA-Leitlinien zur internen Governance. In beiden Fällen handelt es sich um Verwaltungsvorschriften von Bankaufsichtsbehörden.³⁸ Normhierarchisch gehen die EBA-Leitlinien als Unionsrecht den nationalen MaRisk vor. Inhaltlich sind erstere jedoch allgemeiner und unbestimmter gefasst als die MaRisk, was angesichts der 28 verschiedenen Bankaufsichtstraditionen der EU-Mitgliedstaaten nicht überrascht. Hinsichtlich des Risikomanagements bieten die MaRisk aus Rechtsanwendungsperspektive daher den konkreteren Handlungsmaßstab.

III. MaRisk (BA) von 2017

National kompensieren die Verwaltungsvorschriften „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk) der Bankenaufsicht (BA)³⁹ der BaFin die fehlende gesetzliche Bestimmtheit. Sie geben den Banken klarere Maßstäbe, nach denen sie ihr Risikomanagement organisieren und dessen Angemessenheit überprüfen können. Die aktuellen MaRisk⁴⁰ sind das Resultat einer Novellierung von 2017,⁴¹ die insbesondere die CRD IV und deren deutsche Umsetzung berücksichtigt und die vorherigen MaRisk von 2012⁴² ersetzt.⁴³ Die stetige Veränderung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben auf europäischer Ebene führt dazu, dass bereits eine neue MaRisk-Novelle in Planung ist.⁴⁴ Laut BaFin

³⁸ Für eine frühe Gegenüberstellung der MaRisk und EBA-Leitlinien *Weber-Rey/Baltzer*, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011, S. 431; zum Begriff der Verwaltungsvorschriften nach deutscher Verwaltungsrechtslehre *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 1.

³⁹ Die BaFin hat auch MaRisk für die Versicherungsaufsicht erstellt (MaRisk [VA]). Da sich die vorliegende Arbeit ausschließlich mit der Bankenaufsicht befasst und somit keine Verwechslungsgefahr besteht, wird statt MaRisk (BA) im Folgenden aus Gründen der besseren Lesbarkeit allein der Begriff MaRisk verwendet.

⁴⁰ Rundschreiben 09/2017 (BA) der BaFin vom 27.10.2017 an alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland, Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs_1709_marisk_ba.html.

⁴¹ Ausführlich hierzu *Dürselen/Schulte-Mattler* WM 2018, 1237; *dies.* WM 2018, 1289.

⁴² Rundschreiben 10/2012 (BA) der BaFin vom 14.12.2012 an alle Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in der Bundesrepublik Deutschland, Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, verfügbar unter: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/598760/825c3c1518cdc5fce74f732fc0d05cc4/mL/2012-12-14-rundschreiben-data.pdf>.

⁴³ Die MaRisk wurden erstmalig von der BaFin 2005 (Rundschreiben 18/2005 vom 20.12.2005) erstellt, folgt jedoch auf die vorherigen Rundschreiben des Bundesamts für das Kreditwesen aus dem Jahren 1995 und 2000 Mindestanforderungen an das Betreiben von Handelsgeschäften (MaH), an die Ausgestaltung der Internen Revision (MaIR) und an das Kreditgeschäft (MaK). Ausführlicher *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 27 mwN.

⁴⁴ Protokoll zur Sitzung des Fachgremiums MaRisk am 03.05.2019 in Frankfurt zum Thema „Ausblick auf die nächste MaRisk-Novelle“, verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Protokoll/dl_protokoll_FG_MaRisk_190503.html.

sollen die MaRisk einen „flexiblen und praxisnahen Rahmen für die Ausgestaltung des Risikomanagements der Institute“ vorgeben.⁴⁵ Die Bedeutung der MaRisk für die Praxis spiegelt sich in der Tatsache, dass eigene MaRisk-Kommentare⁴⁶ existieren und dass einige KWG-Kommentatoren den § 25a KWG fast ausschließlich unter Bezugnahme auf die MaRisk kommentieren.⁴⁷ Die MaRisk behandeln auf 41 Druckseiten sämtliche in § 25a Abs. 1 KWG als Prinzipien formulierte risikobezogene Organisationspflichten. Zunächst soll kurz ihr Inhalt und dann ihre Bindungswirkung erörtert werden.

1. Inhalt

Die MaRisk gliedern sich inhaltlich in einen Allgemeinen Teil (AT) und drei Besondere Teile zum internen Kontrollsystem (BT1), zur Ausgestaltung der internen Revision (BT2) und zur Risikoberichterstattung (BT3). Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die wichtigsten Punkte.

Der AT präzisiert, dass die Verantwortung der Geschäftsleiter nach § 25a Abs. 1 Satz 2 KWG eine Gesamtverantwortung bedeutet, nach der alle Geschäftsleiter unabhängig von der internen Zuständigkeitsverteilung für alle wesentlichen Elemente des Risikomanagements verantwortlich sind.⁴⁸ Zugleich ist aber jeder Geschäftsleiter für die Einrichtung angemessener Kontroll- und Überwachungsprozesse in seinem Zuständigkeitsbereich einzeln verantwortlich.⁴⁹ Diese explizite Einzelverantwortung bestand in der Version von 2012 noch nicht.⁵⁰ Daneben spezifiziert der AT die Anforderungen an Risikotragfähigkeit und Strategien. Risikotragfähigkeit bedeutet, dass die Institute auf Grundlage des Gesamtrisikoprofils feststellen müssen, „dass die wesentlichen Risiken des Instituts durch das Risikodeckungspotenzial, unter Berücksichtigung von Risikokonzentrationen, laufend abgedeckt sind“.⁵¹ Zur Sicherstellung der Risikotragfähigkeit muss das Institut Verfahren für einen internen Prozess einrichten, um „sowohl das Ziel der Fortführung des Instituts als auch den Schutz der Gläubiger vor Verlusten aus ökonomischer Sicht angemessen zu berücksichtigen“.⁵² Die ausdrückliche Nennung der Ziele wurde erst 2017 ein-

⁴⁵ MaRisk AT 1, Tz. 1.

⁴⁶ *Hannemann/Schneider/Weigl*, Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) – Kommentar unter Berücksichtigung der Instituts-Vergütungsverordnung (Instituts-VergV), 4. Aufl. 2013; *Pfeifer/Ullrich* (Hrsg.), MaRisk Interpretationshilfen, 2. Aufl. 2009; *Baudisch/Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 25a Anh. 1.

⁴⁷ *Hellstern*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 25a Abs. 1 bis 4 KWG, Rn. 51–277.

⁴⁸ MaRisk AT 3, Tz. 1.

⁴⁹ MaRisk AT 3, Tz. 2.

⁵⁰ MaRisk 2012 AT 3, Tz. 1.

⁵¹ MaRisk AT 4.1, Tz. 1.

⁵² MaRisk AT 4.1, Tz. 2.

geführt.⁵³ So weisen die Erläuterungen der BaFin zu den MaRisk von 2017 darauf hin, dass im Konfliktfall zwischen den Zielen ein Ausgleich zu suchen ist.⁵⁴ Der neu erlassene Leitfaden der BaFin zur aufsichtlichen Beurteilung bankinterner Risikotragfähigkeitskonzepte von 2018 wird noch deutlicher und erwartet zur Erfüllung des Instituts- und des Gläubigerschutzes sowohl eine normative als auch eine ökonomische Perspektive.⁵⁵ Dies zeigt, dass das Ziel des individuellen Gläubigerschutzes aus dem Unionsrecht durchsickert, sich zunehmend selbst in technischen Rechtsakten der Bankaufsicht und in operationellen Einzelfragen wie der Risikosteuerung manifestiert und mit dem Systemschutzziel verbindet. Hinsichtlich der Strategie muss die Geschäftsleitung eine nachhaltige Strategie mit Zielen und Maßnahmen zu ihrer Erreichung für jede wesentliche Geschäftsaktivität des Instituts unter Berücksichtigung äußerer wie innerer Einflussfaktoren festlegen (u. a. Marktentwicklung, regulatorisches Umfeld, Risikotragfähigkeit, Ressourcen) und diese Strategie regelmäßig prüfen und anpassen.⁵⁶

Der BT 1 regelt Anforderungen an das interne Kontrollsystem einerseits durch Aufbau- und Ablauforganisation (BTO) und andererseits durch Risikosteuerungs- und Risikocontrollingprozesse (BTR). Sie stellen klare Regeln für den Betriebsaufbau des Kredit-⁵⁷ und Handelsgeschäfts⁵⁸ auf und unterscheiden zwischen dem Bereich, der das Kreditgeschäft initiiert und über ein Votum verfügt (Markt), dem Bereich, der über ein weiteres Votum über

⁵³ Vgl. MaRisk 2012 AT 4.1, Tz. 2.

⁵⁴ Anlage 1 zur MaRisk – Erläuterungen zu MaRisk AT 4.1, Tz. 2: „Ist ein konkreter Steuerungsansatz aus der Perspektive eines der beiden Ziele (Fortführung des Instituts oder Gläubigerschutz) ausgestaltet, so ist ggf. dem jeweils anderen Ziel durch entsprechende Adjustierungen bzw. Ergänzungen des Steuerungsansatzes Rechnung zu tragen“. Die Erläuterungen zu den MaRisk sind verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rundschreiben/dl_rs0917_marisk_Endfassung_2017_pdf_ba.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

⁵⁵ Risikotragfähigkeitsleitfaden der BaFin vom 24.05.2018, Aufsichtliche Beurteilung bankinterner Risikotragfähigkeitskonzepte und deren prozessualer Einbindung in die Gesamtbanksteuerung („ICAAP“) – Neuausrichtung (Geschäftszeichen BA 54-FR 2210–2018/0004), Rn. 21–22: „Gemäß AT 4.1 Tz. 2 MaRisk 2017 haben die zur Sicherstellung der Risikotragfähigkeit eingesetzten Verfahren sowohl das Ziel der Fortführung des Instituts als auch den Schutz der Gläubiger vor Verlusten aus ökonomischer Sicht angemessen zu berücksichtigen. Die deutsche Aufsicht erwartet von den Instituten zur Erfüllung dieser beiden Schutzziele zwei Perspektiven für ihr Risikotragfähigkeitskonzept zugrunde zu legen: eine normative Perspektive und eine ökonomische Perspektive.“ Rn. 37 ergänzt: „Die ökonomische Perspektive dient der langfristigen Sicherung der Substanz des Instituts und mithin dem in AT 4.1 Tz.2 MaRisk 2017 geforderten Schutz der Gläubiger vor Verlusten aus ökonomischer Sicht“. Der Leitfaden ist verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl_180524_rtfleitfaden_veroeffentlichung.html?nn=9021442.

⁵⁶ MaRisk AT 4.2, Tz. 1.

⁵⁷ Für die Begriffsbestimmung von Kreditgeschäften verweist MaRisk AT 2.3, Tz. 1 auf § 19 Abs. 1 KWG, der Bilanzaktiva und außerbilanzielle Geschäfte mit Adressenausfallrisiken erfasst.

⁵⁸ MaRisk AT 2.3, Tz. 3.

die Kreditvergabe verfügt (Marktfolge), dem Bereich des Handels, dem Bereich Risikocontrolling und dem Bereich der Geschäftsabwicklung.⁵⁹ Leitmotiv ist, dass die jeweiligen primären Geschäftsbereiche Markt und Handel von den anderen Bereichen zu trennen sind, die sie kontrollieren.⁶⁰ So wird für das Kreditgeschäft expliziert, dass die beiden Entscheidungsebenen Markt und Marktfolge organisatorisch zu trennen sind.⁶¹ Dahinter steht der Gedanke, den Kreditvergabeprozess durch das Prinzip der Funktionstrennung objektiver zu gestalten.⁶² Dies wird auch deutlich in der Regel, nach der je nach Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt des Kreditgeschäfts ein Votum beider Bereiche Markt und Marktfolge zum Abschluss des Geschäfts erforderlich ist.⁶³ Darüber hinaus bestehen detaillierte Regeln für die Prozesse im Kreditgeschäft:⁶⁴ Kreditgewährung mit Kreditwürdigkeitsprüfung,⁶⁵ Kreditweiterbearbeitung mit Kontrolle der Einhaltung vertraglicher Bestimmungen (z. B. Kreditverwendungskontrolle),⁶⁶ prozessabhängige Kreditbearbeitungskontrolle,⁶⁷ Intensivbetreuung,⁶⁸ Behandlung von Problemkrediten durch auf Sanierung bzw. Abwicklung spezialisierte Mitarbeiter⁶⁹ und der kredit-spezifischen Risikovorsorge⁷⁰. Des Weiteren sind Verfahren zur rechtzeitigen Früherkennung von Risiken⁷¹ und aussagekräftige Risikoklassifizierungsverfahren⁷² vorgesehen. Bei den Regeln zum Kreditgeschäft fällt zweierlei auf. Zum einen ist auffällig, in welcher Breite und Tiefe die MaRisk hier die gesetzlichen Vorgaben für die aufbau- und ablauforganisatorischen Regelungen des internen Kontrollsystems im Sinne eines angemessenen und wirksamen Risikomanagements ausbuchstabierte. Dabei werden die bankinternen Geschäftsbereiche und ihr Verhältnis klar vorgegeben.

Neben den Vorgaben für die bankinterne Aufbau- und Ablauforganisation machen die MaRisk für das interne Kontrollsystem konkrete Vorgaben, wie die dem Bankengeschäftsmodell inhärenten Risiken (Adressenausfall-, Marktpreis-, Liquiditäts- und operationelle Risiken) zu steuern und kontrollieren sind (BTR). Hintergedanke ist, eine Konzentration von Risiken und damit die Ri-

⁵⁹ MaRisk BTO, Tz. 2 lit. a bis e.

⁶⁰ MaRisk BTO, Tz. 3.

⁶¹ MaRisk BTO 1.1, Tz. 1.

⁶² *Baudisch/Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 25a Anh. 1/BTO 1.1, Tz. 1 Rn. 1.

⁶³ MaRisk BTO 1.1, Tz. 2.

⁶⁴ MaRisk BTO 1.2.

⁶⁵ MaRisk BTO 1.2.1.

⁶⁶ MaRisk BTO 1.2.2.

⁶⁷ MaRisk BTO 1.2.3.

⁶⁸ MaRisk BTO 1.2.4.

⁶⁹ MaRisk BTO 1.2.5.

⁷⁰ MaRisk BTO 1.2.6.

⁷¹ MaRisk BTO 1.3.

⁷² MaRisk BTO 1.4.

sikoexposition gegenüber einzelnen Vertragspartnern zu begrenzen.⁷³ Zur Vorbeugung von Adressenausfallrisiken müssen kreditnehmerbezogene Limite und Kontrahentenlimite bei Handelsgeschäften bestehen und deren Einhaltung überwacht werden.⁷⁴ Ohne diese Limite dürfen laut MaRisk keine Kredit- oder Handelsgeschäfte abgeschlossen werden.⁷⁵

Die Institute müssen zudem über eine funktionsfähige interne Revision (BT 2) verfügen, wobei deren Aufgaben bei kleinen Instituten einem Geschäftsleiter zugeteilt werden können.⁷⁶ Ihre Prüfungstätigkeit muss einem risikoorientierten Ansatz folgen und grundsätzlich alle Aktivitäten und Prozesse des Instituts erfassen.⁷⁷ Die MaRisk von 2017 führten zudem Anforderungen an die Risikoberichterstattung ein (BT 3). Hiernach muss die Geschäftsleitung sich regelmäßig über die Risikosituation des Instituts berichten lassen (v. a. Stress-tests).⁷⁸ Die Berichte müssen die Risikosituation nicht nur darstellen, sondern auch beurteilen, zudem nachvollziehbar und aussagekräftig verfasst sein, auf vollständigen, genauen und aktuellen Daten beruhen und zugleich eine zukunftsorientierte Risikoeinschätzung mit Handlungsvorschlägen beinhalten.⁷⁹ Neben den turnusmäßigen Risikoberichten muss das Institut auch ad hoc Risikoinformationen generieren können.⁸⁰ Die Geschäftsleitung muss das Aufsichtsorgan mindestens vierteljährlich über die Risikosituation unterrichten.⁸¹ Zudem muss die Risikocontrolling-Funktion mindestens vierteljährlich einen detaillierten Gesamtrisikobericht über die Adressenausfall-, Marktpreis- und Liquiditätsrisiken verfassen sowie mindestens jährlich bedeutende Schadensfälle melden.⁸²

Diese umfassenden Vorgaben der MaRisk zeigen, wie die Risikovorsorge immer stärker aufsichtlicher Kontrolle unterliegt und wie sehr die interne Organisation, aber auch die Kreditvergabe aufsichtsrechtlich überformt sind. Neben der Vorsorge bezüglich des einzelnen Instituts dient die Aufsicht zugleich der Systemrisikovorsorge.⁸³

⁷³ *Hellstern*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Rn. § 25a Abs. 1 bis 4 KWG, Rn. 226.

⁷⁴ MaRisk BTR 1, Tz. 2 bis 5.

⁷⁵ MaRisk BTR 1, Tz. 2, 3.

⁷⁶ MaRisk AT 4.4.3, Tz. 1.

⁷⁷ MaRisk BT 2.1, Tz. 1.

⁷⁸ MaRisk BT 3.1, Tz. 1 Satz 1.

⁷⁹ MaRisk BT 3.1, Tz. 1 Sätze 2 bis 5.

⁸⁰ MaRisk BT 3.1, Tz. 3.

⁸¹ MaRisk BT 3.1, Tz. 5.

⁸² MaRisk BT 3.2.

⁸³ Monographisch zur Systemrisikovorsorge durch Systemaufsicht *Kaufhold*, Systemaufsicht – Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht, 2016.

2. Bindungswirkung der MaRisk

Die MaRisk sind Verwaltungsvorschriften der BaFin. Eine gesetzliche Befugnis der Verwaltung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ist nicht nötig, da sie grundsätzlich der Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt der Exekutive innewohnt.⁸⁴ Infolgedessen fehlt es jedoch auch an gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Wirkung von Verwaltungsvorschriften. Laut BaFin geben die MaRisk einen „flexiblen und praxisnahen Rahmen für die Ausgestaltung des Risikomanagements der Institute“ vor und „präzisieren“ die gesetzlichen Anforderungen.⁸⁵ Auch dem Titel „Rundschreiben“ lässt sich keine Aussage über die Bindungswirkung der MaRisk entnehmen.

a) Norminterpretierende vs. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Die Verwaltungsrechtswissenschaft unterscheidet bei Verwaltungsvorschriften, die die Auslegung des Tatbestands einer gesetzlichen Norm betreffen, zwischen norminterpretierenden und normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften.⁸⁶ Den Grundfall stellen norminterpretierende Verwaltungsvorschriften dar, die Interpretationshilfen für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geben und auf diese Weise die Rechtsauffassung der Behörde ausdrücken.⁸⁷ Als Innenrecht und aufgrund der grundsätzlichen Deutungshoheit von Gerichten über die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe haben norminterpretierende Verwaltungsvorschriften keine Rechtsbindungswirkung gegenüber Gerichten.⁸⁸ Außenwirkung gegenüber betroffenen Subjekten können sie nur mittelbar entfalten, indem sie die Verwaltung im Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes zur Einhaltung ihrer behördlichen Auslegungspraxis binden.⁸⁹ Demgegenüber stellen die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften den Sonderfall dar, bei dem die Verwaltung in bestimmten Fällen den ihr per Gesetz eingeräumten Beurteilungsspielraum dergestalt konkretisieren darf, dass auch Gerichte an diese Auslegung gebunden sind.⁹⁰ Diese Sonderform der Verwaltungsvorschriften wurde vom BVerwG im sog. *WhyI*-Urteil⁹¹ geschaffen, in dem das BVerwG die Rechtsprechung des Berufungsgerichts, die in Rede stehenden Verwaltungs-

⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 09. Juni 1983 – 2 C 34/80 – Rn. 18 (BVerwGE 67, 222); *Hill/Martini*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band 2, § 34 Rn. 37.

⁸⁵ MaRisk AT 1, Tz. 1 Sätze 1 und 2.

⁸⁶ Einen guten Überblick bieten *Voßkuhle/Kaufhold* JuS 2016, 314.

⁸⁷ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 11.

⁸⁸ *Hill/Martini*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band 2, § 34 Rn. 41.

⁸⁹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 27 ff.

⁹⁰ *Hill/Martini*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band 2, § 34 Rn. 44; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 12, 46.

⁹¹ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65/82 – (BVerwGE 72, 300).

vorschriften als antizipierte Sachverständigengutachten zu behandeln, aufhob und die Verbindlichkeit von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften begründete.⁹² Voraussetzungen für die normkonkretisierende Eigenschaft und Bindung der Gerichte sind laut BVerwG, dass die Verwaltungsvorschrift der einheitlichen Auslegung und Anwendung sowie Weiterentwicklung von naturwissenschaftlich-technischen Begriffen dient, nicht gegen höherrangige Gebote verstößt, ihr Regelungsgehalt dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Technik entspricht und dass dem Erlass ein umfassendes Beteiligungsverfahren vorangegangen ist zum Zweck der Ausschöpfung der vorhandenen Erfahrungen und des Stands der wissenschaftlichen Erkenntnis.⁹³ Aus unionsrechtlicher Sicht ist jedoch zu beachten, dass dieser v. a. im umweltrechtlichen und technischen Bereich (TA Lärm, TA Luft) anzutreffende Sondertyp laut EuGH mangels gesicherter Außenwirkung nicht zur Umsetzung von EU-Richtlinien genügt.⁹⁴

b) Überwiegende Einstufung der MaRisk als norminterpretierend

Die MaRisk sind nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur norminterpretierende Verwaltungsvorschriften ohne Rechtsbindungswirkung gegenüber den Instituten. Per obiter dictum erklärte der Hessische Verwaltungsgerichtshof im Jahr 2006 ausdrücklich, dass den MaRisk „weder gegenüber den Adressaten noch gegenüber den Gerichten eine wie auch immer geartete Rechtsverbindlichkeit zukommen kann, sondern es sich lediglich um die Kundgabe der Rechtsauffassung der Beklagten [der BaFin; A. d. V.] handelt“.⁹⁵ Das Schrifttum teilt diese Einschätzung weit überwiegend.⁹⁶ Nur einzelne Stimmen bezeichnen die MaRisk als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, begründen dies jedoch nicht näher und gehen auch nicht näher auf

⁹² BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65/82 – Rn. 44 (BVerwGE 72, 300).

⁹³ BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 1998 – 8 C 16/96 – Rn. 17 (BVerwGE 107, 338).

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 30.05.1991, C-361/88, Rs. *Kommission gegen Deutschland*, Celex-Nr. 61988CJ0361, Rn. 20 f. (TA Luft); EuGH, Urteil vom 30.05.1991, C-59/89, Rs. *Kommission gegen Deutschland*, Celex-Nr. 61989CJ0059, Rn. 23 f. (TA Luft).

⁹⁵ Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 31. Mai 2006 – 6 UE 3256/05 – Rn. 71 (WM 2007, 392); die Frage war nicht streitentscheidend, da sich das relevante Erfordernis der internen Revision bereits aus § 25a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG a. F. ergab.

⁹⁶ *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 6; *Braun*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 25a KWG Rn. 97; *Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 25a Rn. 8a; *Geschwandtner*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 76; *Hannemann/Schneider/Weigl*, Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) – Kommentar unter Berücksichtigung der Instituts-Vergütungsverordnung (InstitutsVergV), 4. Aufl. 2013, S. 24 f. (MaRisk als Benchmarks); *Weber-Rey/Baltzer*, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011, S. 431, 456 f.; *Milbert* BKR 2006, 349, 353 f.

die Rechtsfolgen der Außenwirkung ein.⁹⁷ Vielmehr scheint begriffliche Unklarheit zu herrschen, da manche Autoren den Begriff „normkonkretisierend“ verwenden, aber inhaltlich die unmittelbare Außenwirkung verneinen, also norminterpretierende Verwaltungsvorschriften meinen.⁹⁸ Andere wiederum schlagen einen Mittelweg vor. Da die MaRisk in der Aufsichtspraxis das maßgebliche Regelwerk für Risikomanagement sind und die Institute sie in hohem Maße befolgen, bezeichnen manche sie als „atypische Verwaltungsvorschrift mit faktischer Bindungswirkung“ und als „quasi-verbindliche, auf Kooperation beruhende Form der Prinzipienkonkretisierung“.⁹⁹

c) Argumente für die Normkonkretisierung

Betrachtet man jedoch den technischen Inhalt der MaRisk und das umfangreiche Beteiligungsverfahren vor ihrem Erlass, spricht einiges für ihre Einstufung als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften.¹⁰⁰ So involviert das Fachgremium MaRisk, das Fragen der Auslegung der MaRisk und ihre Änderungen diskutiert, seit je neben den Aufsehern auch Vertreter von kleineren und größeren Instituten, Prüfer und Verbandsvertreter,¹⁰¹ also einen breiten Kreis von Betroffenen und Experten. Auch hat der Gesetzgeber selbst die MaRisk als „normkonkretisierende Rundschreiben“ bezeichnet,¹⁰² was die gesetzliche Einräumung eines Beurteilungsspielraumes nahelegt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 25a Abs. 1 KWG können zudem als Ausdruck eines behördli-

⁹⁷ Hellstern, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Rn. § 25a Abs. 1 bis 4 KWG, Rn. 52.

⁹⁸ Binder, in: Romeike (Hrsg.), Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements, 2008, S. 133, 153 („Als normkonkretisierende Verlautbarung haben die MaRisk keine bindende Wirkung“); Krimphove BKR 2018, 1, 4 („Die MaRisk [BA] ist ein Interpretationsleitfaden. Ihre Regelungen erleichtern die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe der gesetzlichen Normen und dienen gleichzeitig der Umsetzung internationaler, europarechtlicher wie nationaler Normen. Damit besitzt die MaRisk [BA] selbst keinen eigenen Rechtsnormcharakter. [...] Dennoch ist die MaRisk [BA] weit mehr als nur ein Auslegungskompendium oder eine Interpretationshilfe. Sie stellt eine norminterpretierende und damit normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift dar. Über den Gleichbehandlungsgrundsatz wirkt die MaRisk [BA] als Innenrecht der Aufsichtsbehörde nach außen, d. h. für und gegen den einzelnen Bürger und die von der MaRisk [BA] betroffenen Institute.“).

⁹⁹ Wundenberg, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 97.

¹⁰⁰ Diese Argumentation aufwerfend, aber im Ergebnis verneinend unter Berufung auf fehlenden Beurteilungsspielraum Wundenberg, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 96.

¹⁰¹ Hannemann/Schneider/Weigl, Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) – Kommentar unter Berücksichtigung der Instituts-Vergütungsverordnung (Instituts-VergV), 4. Aufl. 2013, S. 30 f.

¹⁰² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) vom 26.05.2015, BT-Drs. 18/5009, S. 2.

chen Beurteilungsspielraums gesehen werden. So verlangt die herrschende normative Ermächtigungstheorie für die ausnahmsweise Gewährung behördlichen Beurteilungsspielraums zwar den gesetzlichen Auftrag zum Erlass von Verwaltungsvorschriften, der sich in besonderen Anhaltspunkten manifestieren muss.¹⁰³ Gerade die Besonderheiten von Prognoseentscheidungen, das Erfordernis außerrechtlicher Sachkunde sowie die Organisation des Handlungsträgers, z. B. plurale Gremien oder sektorspezifische Sonderbehörden, können Anhaltspunkte hierfür sein.¹⁰⁴ Zu den Fallgruppen des Beurteilungsspielraums mit begrenzter gerichtlicher Überprüfung zählen auch Risikobewertungen¹⁰⁵ und Regulierungsentscheidungen.¹⁰⁶ Die MaRisk könnten sich hier vom Sinn her gut einfügen, da die BaFin als Sonderbehörde für den Finanzdienstleistungssektor mit den MaRisk Risikoentscheidungen und den innerbetrieblichen Aufbau und Ablauf reguliert.

d) Argumente gegen die Normkonkretisierung

Es sprechen jedoch erhebliche Argumente gegen die Einstufung als normkonkretisierend. So betrafen die Fälle der Risikobewertung, in denen die Rechtsprechung behördlichen Beurteilungsspielraum bejahte,¹⁰⁷ das Atomgesetz, was inhaltlich dem Umweltrecht zuzuordnen ist. Trotz des sehr technischen Inhalts der MaRisk sind sie nicht mit umweltrechtlichen oder auf naturwissenschaftlicher Erkenntnis festgesetzten Richtwerten vergleichbar. Der Sachverständigenrat des Fachgremiums MaRisk ist nicht wissenschaftlich, sondern speist sich überwiegend aus der Praxis. Einerseits sind die in der MaRisk ausgedrückten Regulierungsentscheidungen politischer Natur. Andererseits soll der prinzipienbasierte Aufsichtsansatz der MaRisk den Banken noch Entscheidungsspielraum belassen.¹⁰⁸ Auch die Tatsache, dass die MaRisk in der Praxis befolgt werden, als wären sie verbindlich, und auch die BaFin ihre Aufsichtsentscheidungen darauf basiert,¹⁰⁹ erlaubt keine Schlüsse auf eine rechtliche Außenwirkung der

¹⁰³ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band 1, § 10 Rn. 90.

¹⁰⁴ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band 1, § 10 Rn. 91.

¹⁰⁵ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 – 7 C 65/82 – Leitsatz 4 und Rn. 37 (BVerwGE 72, 300); BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1989 – 7 C 31/87 – Rn. 19 (BVerwGE 81, 185); BVerwG, Urteil vom 14. Januar 1998 – 11 C 11/96 – Rn. 78 (BVerwGE 106, 115).

¹⁰⁶ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band 1, § 10 Rn. 92.

¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 30.05.1991, C-361/88, Rs. *Kommission gegen Deutschland*, Celex-Nr. 61988CJ0361, Rn. 20 f.; EuGH, Urteil vom 30.05.1991, C-59/89, Rs. *Kommission gegen Deutschland*, Celex-Nr. 61989CJ0059, Rn. 23 f.

¹⁰⁸ Wundenberg, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2012, S. 96.

¹⁰⁹ Geschwandtner, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 80 ff.

MaRisk. All diese Gründe sprechen gegen einen dem Gesetzestelos zu entnehmenden Beurteilungsspielraum und gegen die behördliche Ermächtigung zur Normkonkretisierung.

e) Entscheidung durch den Gesetzgeber: Verordnungsermächtigung nach § 25a Abs. 4 KWG

Die Frage der Rechtswirkung der MaRisk hat der Gesetzgeber durch die Einführung der Verordnungsermächtigung in § 25a Abs. 4 KWG entschieden. Hiernach wurde das BMF ermächtigt, eine Rechtsverordnung zum Risikomanagement zu erlassen. Diese hätte dann als Rechtsverordnung i. S. d. Art. 80 GG volle Außenwirkung und wäre sowohl für die Bankaufsicht als auch die Institute verbindlich. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Verordnungsermächtigung, dem Regelungsinhalt der MaRisk Rechtsnormcharakter zu verleihen und somit zu ermöglichen, dass Verstöße mit aufsichtlichen Sanktionen geahndet werden können.¹¹⁰ Insofern ist auch irrelevant, dass der Gesetzgeber die MaRisk in der Einleitung eben jener Gesetzesbegründung fälschlicherweise als „normkonkretisierende Rundschreiben“ bezeichnet.¹¹¹ Denn die Gesetzesbegründung stellt klar, dass der Gesetzgeber die MaRisk in ihrer aktuellen Form als Verwaltungsvorschriften für nicht rechtsverbindlich hält und gerade deshalb das Bedürfnis für den Erlass einer Rechtsverordnung sah.¹¹² Sollten die MaRisk in eine Rechtsverordnung überführt werden, würden sie rechtsverbindlichen Charakter erlangen.

Nichtsdestotrotz wurde bei der letzten MaRisk-Novellierung im Jahr 2017 von der Verordnungsermächtigung kein Gebrauch gemacht. Der Gesetzgeber wollte mit der Verordnungsermächtigung auch Rechtssicherheit für die Aufsicht der EZB im Rahmen des SSM schaffen. Daher räumte er ihr gemäß § 25a Abs. 4 Satz 1 KWG ein Anhörungsrecht vor Erlass der Rechtsverordnung ein und strich die geplante Weiterdelegierungsermächtigung zum Rechtsverordnungserlass durch die BaFin.¹¹³ Bereits zuvor hatte die EZB entschieden, die nationale Verwaltungspraxis bei ihrer Aufsicht im Rahmen des SSM weiter anzuwenden, so-

¹¹⁰ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) vom 26.05.2015, BT-Drs. 18/5009, S. 73.

¹¹¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) vom 26.05.2015, BT-Drs. 18/5009, S. 2.

¹¹² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) vom 26.05.2015, BT-Drs. 18/5009, S. 73.

¹¹³ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 18/5009, 18/5325, 18/5458 Nr. 3 vom 23.09.2015, BT-Drs. 18/6091, S. 25, 86 f.

lange sie keine abweichenden eigenen Standards entwickelt hat.¹¹⁴ Daher wendet die EZB im Rahmen ihrer Aufsicht über bedeutende CRR-Kreditinstitute auch die MaRisk als Maßstab nationalen Aufsichtsrechts an.¹¹⁵ In Anbetracht dessen dürfte das BMF (noch) kein Bedürfnis für die Rechtsverordnung gesehen haben.

IV. EBA-Leitlinien zur internen Governance

Die Vorgaben zum Risikomanagement werden nicht nur durch die MaRisk näher bestimmt. Auch die Leitlinien der EBA zur internen Governance enthalten Regeln, die die CRD IV-Vorgaben zum Risikomanagement konkretisieren. Kurz nachdem die EBA geschaffen wurde, veröffentlichte sie im Jahr 2011 ihre ersten Leitlinien zur internen Governance,¹¹⁶ die ihrerseits die MaRisk von 2012 stark beeinflussten.¹¹⁷ Gestützt auf Art. 74 Abs. 3 CRD IV novellierte die EBA diese Leitlinien im Jahr 2017 umfassend,¹¹⁸ aktualisierte sie im März 2018 und veröffentlichte auch eine deutsche Version.¹¹⁹

1. Inhalt

Inhaltlich überschneidet sich der Anwendungsbereich der EBA-Leitlinien mit dem der MaRisk, ist aber deutlich weiter, da sie zudem Regeln zu sämtlichen Bereichen der internen Governance, insbesondere auch Regeln über die Rolle und Zusammensetzung der Geschäftsleitung, des Verwaltungsorgans sowie der jeweiligen Ausschüsse umfassen.¹²⁰ Hinsichtlich des Risikomanagements im weiteren Sinne¹²¹ verlangen die EBA-Leitlinien von der Geschäftsleitung einen geeigneten Governance-Rahmen, über den sie eine schriftliche Beschreibung vorlegen können sollte,¹²² genaue Kenntnis und Verständnis der rechtlichen, or-

¹¹⁴ Brief von Danièle Nouy an bedeutende Kreditinstitute vom 27.01.2015, Approach to existing supervisory processes and practices in SSM Member States.

¹¹⁵ Langen, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 6b; *Geschwandtner*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 76.

¹¹⁶ EBA-Leitlinien zur internen Governance (GL 44) vom 27.09.2011 (EBA BS 2011 116 endgültig), verfügbar unter: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA_2012_00210000_DE_COR.pdf.

¹¹⁷ Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 25a KWG Rn. 79.

¹¹⁸ EBA Final Guidelines (EBA/GL/2017/11) on Internal Governance under Directive 2013/36/EU of 26 September 2017, verfügbar unter: [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1972987/eb859955-614a-4afb-bdcd-aaa664994889/Final%20Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20\(EBA-GL-2017-11\).pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1972987/eb859955-614a-4afb-bdcd-aaa664994889/Final%20Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20(EBA-GL-2017-11).pdf).

¹¹⁹ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11) vom 15.03.2018, verfügbar unter: [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2164689/411fdd9d-8174-4366-ab36-3aa9b0a1d716/Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20\(EBA-GL-2017-11\)_DE.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2164689/411fdd9d-8174-4366-ab36-3aa9b0a1d716/Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20(EBA-GL-2017-11)_DE.pdf).

¹²⁰ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 20–66.

¹²¹ Angelehnt an den Inhalt des Allgemeinen Teils der MaRisk.

¹²² EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 67–69.

ganisatorischen und operativen Struktur des Instituts¹²³ und die Vermeidung von komplexen und intransparenten Strukturen,¹²⁴ solide Governance-Strukturen bei Gruppen¹²⁵ und angemessene Auslagerungsrichtlinien.¹²⁶ Die EBA-Leitlinien legen zudem einen Schwerpunkt auf die Risikokultur und Wohlverhaltensregeln,¹²⁷ insbesondere einen Verhaltenskodex mit Unternehmenswerten,¹²⁸ Richtlinien für den Umgang mit Interessenskonflikten auf Instituts-¹²⁹ und Mitarbeiterebene¹³⁰ sowie umfassende Vorschriften für ein Hinweisgeberverfahren (Whistleblowing-Verfahren) zur Meldung von Verstößen gegen regulatorische oder interne Vorgaben.¹³¹ Während die meisten der von den EBA-Leitlinien geforderten Punkte in den MaRisk deutlich spezifischer geregelt sind, fehlt das von den EBA-Leitlinien konkretisierte institutsinterne Hinweisgeberverfahren nach § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG in den MaRisk völlig. Auch in den anderen Rundschreiben der BaFin fehlen Vorgaben hierzu, da das Rundschreiben der BaFin zu einem Beschwerdeverfahren, das den diesbezüglichen Leitlinien der EBA und ESMA¹³² dient,¹³³ institutsinterne Hinweisgeberverfahren nicht ersetzt. Grund für das Fehlen könnte sein, dass § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG das Whistleblowing-Verfahren nicht dem Risikomanagement zuordnet, während die EBA in ihrer Auslegung von Art. 71 Abs. 1 und 2 CRD IV genau dies tut. Soweit die MaRisk in dieser Hinsicht noch nicht ergänzt sind, bedeutet dies für die Institute, dass die EBA-Leitlinien hier den konkreteren Handlungsmaßstab darstellen. Das von den EBA-Leitlinien geforderte behördliche Hinweisgeberverfahren hat die BaFin hingegen eingerichtet.¹³⁴

Für das Risikomanagement im engeren Sinne¹³⁵ verlangen die EBA-Leitlinien interne Kontrollrichtlinien und -mechanismen.¹³⁶ Während die Ma-

¹²³ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 70–74.

¹²⁴ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 75–81.

¹²⁵ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 82–89.

¹²⁶ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 90–93.

¹²⁷ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 94–125.

¹²⁸ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 99–102.

¹²⁹ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 103–105.

¹³⁰ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 106–116.

¹³¹ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 117–125.

¹³² Leitlinien des Joint Committees der EBA und ESMA zur Beschwerdeabwicklung für den Wertpapierhandel (ESMA) und das Bankwesen (EBA) vom 27.05.2014, verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/de_-_jc_2014_43_-_joint_committee_-_complaints-handling_guidelines.pdf.

¹³³ Rundschreiben 06/2018 der BaFin (BA und WA) vom 04.05.2018, Mindestanforderungen an das Beschwerdemanagement, verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_06_beschwerdemanagement_vbs.html.

¹³⁴ Hinweise hierzu finden sich auf der Internetseite der BaFin: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Uebergreifend/Hinweisgeberstelle/hinweisgeberstelle_node.html.

¹³⁵ Angelehnt an den Inhalt des Besonderen Teils der MaRisk.

¹³⁶ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 126–207.

Risk in diesem Punkt deutlich ausführlichere Vorgaben machen,¹³⁷ setzen die EBA-Leitlinien einen anderen Akzent.¹³⁸ Neben den allgemeinen Angaben zu internen Kontrollrichtlinien über u. a. wirksame Betriebsabläufe und umsichtige Geschäftsführung,¹³⁹ interne Kontroll-,¹⁴⁰ Risikomanagement-,¹⁴¹ Compliance-Funktionen¹⁴² und die interne Revision¹⁴³ fordern sie ein „ganzheitliches institutsweites Rahmenwerk für das Risikomanagement“.¹⁴⁴ Zudem müssen Institute detaillierte Richtlinien zur Genehmigung neuer Produkte und wesentlicher Änderungen erlassen und deren Einhaltung überwachen.¹⁴⁵

2. Bindungswirkungen der EBA-Leitlinien

Die EBA-Leitlinien sind Verwaltungsvorschriften des Unionsrechts und zählen als solche zum unionsrechtlichen Soft Law.¹⁴⁶ Gemäß Art. 16 Abs. 1 EBA-VO kann die EBA Leitlinien und Empfehlungen herausgeben, „um innerhalb des ESFS kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken zu schaffen und eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen“. Zum Erlass von Leitlinien und Empfehlungen ist keine Ermächtigung im zugrundeliegenden Gesetz erforderlich.¹⁴⁷ Überdies vertreten manche, dass die EBA auch außerhalb gesetzlich harmonisierter Bereiche durch Leitlinien harmonisierend tätig werden darf.¹⁴⁸ Dennoch finden sich insbesondere in der CRD IV an vielerlei Stellen ausdrückliche Aufträge an die EBA, Leitlinien zu erlassen. So fußen die aktuellen EBA-Leitlinien zur internen Governance auf Art. 74 Abs. 3 CRD IV.

a) Differenzierter *comply or explain-Mechanismus*

Die Bindungswirkung der EBA-Leitlinien ist in der EBA-VO differenziert geregelt.¹⁴⁹ Gemäß Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 EBA-VO bewirken die EBA-Leitlini-

¹³⁷ S. oben S. 149 ff.

¹³⁸ Zu den Änderungen im Compliance-Bereich *Renz/Brenner* CB 2017, 397.

¹³⁹ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 126–135.

¹⁴⁰ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 153–161.

¹⁴¹ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 162–186.

¹⁴² EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 187–196.

¹⁴³ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 197–207.

¹⁴⁴ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 136–146.

¹⁴⁵ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 147–152.

¹⁴⁶ Zur Qualität als Verwaltungsvorschriften *Ohler*; in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Band 5), 1. Aufl. 2013, § 10 Rn. 122; zum unionsrechtlichen Soft Law *Schwarze* EuR 2011, 3; *Craig/de Bürca*, EU Law – Text, Cases, Materials, 6. Aufl. 2015, S. 109 f.

¹⁴⁷ *Kalss*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 14.

¹⁴⁸ *Chiti* CYELS 17 (2015) 311, 324 f. unter Verweis auf Art. 9 Abs. 2 EBA-VO: „Die Behörde überwacht neue und bereits bekannte Finanztätigkeiten und kann Leitlinien und Empfehlungen annehmen, um die Sicherheit und Solidität der Märkte und die Angleichung im Bereich der Regulierungspraxis zu fördern.“

¹⁴⁹ Monographisch zum Thema *Frank*, Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Emp-

en, dass sowohl die zuständigen Behörden als auch die Finanzinstitute „alle erforderlichen Anstrengungen“ unternehmen müssen, um ihnen nachzukommen. Dieser sog. *comply or explain*-Mechanismus¹⁵⁰ stellt an die zuständigen Aufsichtsbehörden höhere Anforderungen als an die betroffenen Finanzinstitute. So müssen die zuständigen Aufsichtsbehörden stets binnen zwei Monaten nach Herausgabe der Leitlinie der EBA mitteilen, ob sie der Leitlinie nachkommen oder nachzukommen beabsichtigen; im negativen Fall müssen sie der EBA die Gründe für ihr Nichtbefolgen nennen.¹⁵¹ Die EBA veröffentlicht die Nichtbefolgungserklärung der zuständigen Aufsichtsbehörde, je nach Fall auch unter Angabe der Gründe.¹⁵² Die betroffenen Finanzinstitute müssen hingegen nur dann darüber Bericht erstatten, ob sie der Leitlinie nachkommen, wenn dies nach der Leitlinie erforderlich ist.¹⁵³ In einem solchen Fall hat der Bericht nach Art. 16 Abs. 3 UAbs. 4 EBA-VO „auf klare und ausführliche Weise“ zu erfolgen.

b) Keine Rechtsverbindlichkeit, aber faktische Bindungswirkung

Daraus folgert das Schrifttum überwiegend, dass die EBA-Leitlinien keine Rechte oder Pflichten begründen.¹⁵⁴ Manche sprechen ihnen gar den Rechtsnormcharakter ab,¹⁵⁵ da der Katalog der verbindlichen Rechtsnormen des Unionsrechts in Art. 288 AEUV sie nicht nennt.¹⁵⁶ Teilweise wird die Rechtserheblichkeit der EBA-Leitlinien je nach Adressat abgestuft. Sie seien rechtserheblich für die zuständigen Aufsichtsbehörden, aber nicht für die Finanzinstitute.¹⁵⁷

fehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, 2012; *Wörner*, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion, 2017, S. 138 ff.

¹⁵⁰ *Moloney* CMLR 2010, 1317, 1346 f. (zu den wirkungsgleichen Leitlinien der ESMA); *Wymeersch*, in: *Wymeersch/Hopt/Ferrarini* (Hrsg.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, 2012, S. 232, 276 f.; zur privatrechtlichen Anwendung des *comply or explain*-Mechanismus *Leyens* ZEuP 2016, 388.

¹⁵¹ Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 EBA-VO.

¹⁵² Art. 16 Abs. 3 UAbs. 3 EBA-VO.

¹⁵³ Art. 16 Abs. 3 UAbs. 4 EBA-VO.

¹⁵⁴ *Lehmann/Manger-Nestler* ZBB 2011, 2, 13; *Ohler*, in: *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg.), *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl. 2017, Band 2, § 90 Rn. 22; *ders.*, in: *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Band 5), 1. Aufl. 2013, § 10 Rn. 122; *Kalss*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 14 (zu ESMA-Leitlinien); *Hannemann/Schneider/Weigl*, *Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) – Kommentar unter Berücksichtigung der Instituts-Vergütungsverordnung (InstitutsVergV)*, 4. Aufl. 2013, S. 46; *Burgard/Heimann*, in: *Dauses/Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Stand: 44. EL Februar 2018, E. IV. Bankrecht Rn. 37.

¹⁵⁵ *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 875.

¹⁵⁶ *Ohler*, in: *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Band 5), 1. Aufl. 2013, § 10 Rn. 122; gegen eine primärrechtlich zwingende Einordnung der EBA-Leitlinien als unverbindlich *Wörner*, *Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion*, 2017, S. 160.

¹⁵⁷ *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 876.

Neben der reinen „Prangerwirkung“ des *naming and shaming* könne die Nichtbefolgung keine rechtliche Sanktion bewirken.¹⁵⁸ Der *comply or explain*-Mechanismus zwingt jedoch die zuständigen Aufsichtsbehörden, sich mit den Leitlinien inhaltlich auseinanderzusetzen und wegen der „erforderlichen Anstrengungen“ und der Begründungspflicht loyal mit der EBA zusammenzuarbeiten.¹⁵⁹ Daher werden die Leitlinien auch als „Einfallstor für eine faktische Bindungswirkung“ bezeichnet.¹⁶⁰ Die Begründungspflicht wird teilweise als Verbot willkürlicher Nichtbefolgung verstanden, die eine Rechtspflicht zu legitimen Gründen statuiert.¹⁶¹ Aufgrund des abstrakt-generellen Charakters und der faktischen Bindungswirkung ordnen manche sie als eigene untergesetzliche Normkategorie¹⁶² oder als Maßnahmen mit „normativem Charakter“¹⁶³ ein. Als Adressaten der Leitlinien und von ihrer faktischen Bindungswirkung Betroffene sind die Leitlinien trotz ihrer formellen Unverbindlichkeit also auch für Finanzinstitute rechtserheblich und entfalten ihnen gegenüber eine gewisse faktische Bindungswirkung, sofern die für sie zuständige Aufsichtsbehörde nicht die Nichtbefolgung entscheidet.¹⁶⁴

c) Optimierungsgebot und sicherer Hafen der Regelkonformität

Zwar sind die EBA-Leitlinien nicht voll verbindlich, dennoch müssen sowohl die Aufsichtsbehörden als auch die Institute gemäß Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 EBA-VO „alle erforderlichen Anstrengungen“ unternehmen, um ihnen nachzukommen. Diese Rechtspflicht zur besonderen Anstrengung kann nicht mit schlichter Unverbindlichkeit gleichgestellt werden. Richtigerweise begründen EBA-Leitlinien auch nicht nur faktische Bindungswirkung, sondern vielmehr ein rechtliches Optimierungsgebot. Die Rechtspflicht, alle erforderlichen Anstrengungen zur Übereinstimmung zu unternehmen, enthält zumindest die Pflicht, nicht grundlos von der Leitlinie abzuweichen. Positiv formuliert bedeutet das, dass ein unionsrechtlich anerkannter, überwiegender Grund zur Abweichung von der Leitlinie vorliegen muss. Dies gilt insbesondere, wenn die Leitlinien sich nicht nur an die Aufsichtsbehörden, sondern zusätzlich direkt an die Institute richten. Das ist etwa bei den EBA-Leitlinien zur internen Governance der Fall.¹⁶⁵ Ferner enthalten die EBA-Leitlinien häufig präzise Anweisungen

¹⁵⁸ *Lehmann/Manger-Nestler* ZBB 2011, 2, 12 f.

¹⁵⁹ *Chiti* CYELS 17 (2015), 311, 325 f.

¹⁶⁰ *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 876; ähnlich *Baur/Boegl* BKR 2011, 177, 183.

¹⁶¹ *Cappiello*, EBOR 2015, 421, 430.

¹⁶² *Lehmann/Manger-Nestler* EuZW 2010, 87, 90; zu Leitlinien der Kommission *Thomas* EuR 2009, 423.

¹⁶³ *Sonder* BKR 2012, 8, 9.

¹⁶⁴ Ausführlich zur faktischen Bindungswirkung der Leitlinien von EBA, ESMA und EIOPA *Wörner*, *Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion*, 2017, S. 164 ff.

¹⁶⁵ EBA-Leitlinien zur internen Governance (EBA/GL/2017/11), Rn. 6.

und Handlungsvorgaben. Hieraus ergibt sich ein unmittelbares Optimierungsgebot für die Institute. Umgekehrt bedeutet die Anstrengungspflicht aber auch, dass sich Institute gegenüber der Aufsichtsbehörde durch Umsetzung der Leitlinie darauf berufen können, dass sie die aufsichtsrechtlichen Vorgaben erfüllen. Denn die Befolgung der Leitlinien soll den Finanzinstituten einen sicheren Hafen der Regelkonformität gewähren.¹⁶⁶

B. Privatrechtliche Sanktionen von Verstößen gegen § 25a KWG

Die zunehmende aufsichtsrechtliche Normierung von Bankorganisationspflichten hat den Bereich der unternehmerischen Freiheit von Bankvorständen erheblich verringert und den gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkatalog überformt. Am stärksten beeinflusst § 25a KWG die gesellschaftsrechtliche Haftung der Geschäftsleiter.¹⁶⁷ Daneben wirkt er aber auch auf das Deliktsrecht ein. Wenngleich ein Verstoß gegen § 25a KWG auch andere gesellschaftsrechtliche Sanktionen – etwa eine Sonderprüfung nach den §§ 142–149 AktG – auslösen kann, liegt hier ein Fokus auf den Normen, die eine private Haftung der Geschäftsleiter statuieren.

I. Gesellschaftsrechtliche Innenhaftung der Bankgeschäftsleiter nach § 93 Abs. 2 AktG

Da die meisten und größten Privatbanken deutscher Rechtsform Aktiengesellschaften sind (gefolgt von der Rechtsform GmbH und einigen wenigen KGen),¹⁶⁸ findet die Debatte zum Bankgesellschaftsrecht¹⁶⁹ überwiegend zu den Normen des AktG statt.¹⁷⁰ Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG müssen Bankvorstände bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden. Nach allgemeiner Auffassung enthält die Sorgfaltspflicht des Vorstands die Legalitätspflicht, d. h. sein Vorstandshandeln muss sämtliche einschlägigen Rechtsvorschriften erfüllen.¹⁷¹ Besteht eine

¹⁶⁶ Frank, Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, 2012, S. 179 ff.

¹⁶⁷ Zum ähnlich gelagerten Zusammenspiel von Bankaufsichts- und Gesellschaftsrecht hinsichtlich des Aufsichtsrats *Schneider/Schneider* NZG 2016, 41.

¹⁶⁸ Vgl. Liste der *Bundesbank*, Statistik der Banken und sonstigen Finanzinstitute Richtlinien, Statistische Sonderveröffentlichung Nr. 1, Januar 2020, S. 750 ff., verfügbar unter: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/782862/534f856c97f3b3240ecc93b86760bd10/mL/statso01-00-richtlinien-data.pdf>.

¹⁶⁹ Den Begriff prägte *Langenbucher* ZHR 176 (2012), 652, 662 ff.

¹⁷⁰ Zur parallelen Diskussion im Versicherungsrecht *Armbrüster* ZVersWiss 2011, 639.

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 341/10 – Rn. 22 (BGHZ 194, 26); BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – I StR 220/09 – Rn. 37 (BGHSt 55, 288); *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 14; *Spindler*, in: *MüKo*

Legalitätspflicht, kann sich der Vorstand nicht auf die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen, der eine Sorgfaltspflichtverletzung ausschließt, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“.¹⁷² Bei Verstoß gegen ihre Sorgfaltspflichten sind die Geschäftsleiter der AG nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.¹⁷³ Hinsichtlich der Sorgfaltspflichtverletzung gilt nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine Beweislastumkehr, der zufolge die Geschäftsleiter im Streitfall nachweisen müssen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Die Legalitätspflicht gilt freilich nach § 43 Abs. 1 GmbHG auch für die Vorstände von Banken, die in der Rechtsform einer GmbH organisiert sind.¹⁷⁴ Auch hier gilt die Beweislastumkehr hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens analog § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.¹⁷⁵

Das Verhältnis zwischen Business Judgment Rule und Legalitätspflicht unterliegt stetem Wandel in Richtung mehr Regulierung, was deutliche Kritik im Schrifttum¹⁷⁶ hervorruft. Das Spannungsverhältnis beschrieb *Hopt* kürzlich wie folgt: „Die Organe von Finanzinstituten treffen schon *de lege lata* strengere Organisations- und Verhaltenspflichten. Die business judgment rule muss aber auch für sie erhalten bleiben.“¹⁷⁷

1. § 25a KWG als Legalitätspflicht

Vorstände von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten (Institute i. S. d. § 1 Abs. 1b KWG) sind im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht verpflichtet, die besonderen organisatorischen Anforderungen nach § 25a KWG zu erfüllen. Ihre persönliche Verpflichtung ergibt sich aus § 25a

AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 86; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Luther (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 93 Rn. 7; zur allgemeinen Compliance-Pflicht des Vorstands als Legalitätspflicht *Hoffmann/Schieffer* NZG 2017, 401.

¹⁷² Aus rechtsvergleichender Perspektive unter Bezugnahme der deutschen Entstehungsgeschichte *Merkt* ZGR 2017, 129.

¹⁷³ Früh hierzu *Fischer* DStR 2007, 1083.

¹⁷⁴ BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 341/10 – Rn. 22 (BGHZ 194, 26); BGH, Urteil vom 18. Juni 2014 – I ZR 242/12 – Rn. 23 (BGHZ 201, 344); *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, Band 2, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 21; *Oetker*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 43 GmbHG Rn. 23.

¹⁷⁵ *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, Band 2, 3. Aufl. 2019, § 41 Rn. 26; vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 88/16 – Rn. 22 (NZG 2018, 343).

¹⁷⁶ *Hopt* ZGR 2017, 438, 446: „Auffällig ist die Diskrepanz zwischen immer detaillierteren, mehr oder weniger verbindlichen Vorgaben durch Gesetzgeber, Aufsichtsbehörden und internationale Gremien einerseits und die eine Überregulierung beklagende Praxis. Mit letzterer stimmen weite Teile der Literatur mit Recht überein.“; *Ferrari*, ECGI Working Paper 347/2017, S. 24 f.

¹⁷⁷ *Hopt* ZGR 2017, 438, 459.

Abs. 1 Satz 2 KWG und aus der aufsichtsrechtlichen Eigenschaft als Geschäftsleiter i. S. d. § 1 Abs. 2 KWG, die sich wiederum auf die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag) stützt. Gesellschaftsrechtlich schulden die Geschäftsleiter der Gesellschaft nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, dass sie „bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anwenden. Dies umfasst nach allgemeiner Meinung die Legalitätspflicht, also die Pflicht, sowohl sämtliche aktienrechtlichen, den inneren Pflichtenkreis konkretisierenden Rechtsnormen (AktG, Satzung und Geschäftsordnung), als auch die einschlägigen Rechtsnormen außerhalb des Aktienrechts einzuhalten.¹⁷⁸ § 25a KWG konkretisiert den Pflichtenkanon der Geschäftsleiter von Instituten in detaillierter Weise und überformt so die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft im Rahmen der Legalitätspflicht erheblich.¹⁷⁹

2. Gesellschafts- vs. aufsichtsrechtlicher Maßstab

Ein Verstoß gegen § 25a KWG bedeutet zugleich die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht.¹⁸⁰ Jedoch wird häufig gerade die aufsichtsrechtliche Einordnung unklar sein, da die MaRisk nicht rechtsverbindlich sind und die meisten Fragen des § 25a KWG gerichtlich nicht geklärt wurden. Die Corporate Governance-Vorgaben des § 25a KWG enthalten als Ausdruck prinzipiengeleiteter Aufsicht eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und lassen daher einen erheblichen Auslegungsspielraum.¹⁸¹ Die Geschäftsleiter schulden diese Pflichten in zwei Richtungen: aufsichtsrechtlich gegenüber der Aufsichtsbehörde und gesellschaftsrechtlich gegenüber dem Institut im Rahmen der Legalitätspflicht. Die aufsichtsrechtliche Pflicht wird im Dialog mit der Aufsichtsbehörde konkretisiert, was in der Praxis trotz der Unverbindlichkeit der MaRisk und EBA-Leitlinien unter starker Berücksichtigung ihrer Vorgaben erfolgt. Letztverbindlich können über die Rechtmäßigkeit von Aufsichtsmaßnahmen nach § 25a KWG aber nur die Verwaltungsgerichte entscheiden, die aufgrund der CRD IV-Umsetzung möglicherweise die Unionsgerichte durch Vorabentscheidungsverfahren einbeziehen müssen.¹⁸² In diesem Kontext wies *Binder* auf den zunehmenden Konflikt zwischen Verbandsinteressen und öffentlichen Interessen hin und plädierte für klare Kollisionsregeln sowie für eine

¹⁷⁸ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 14, 23 ff. mwN; *Langenbacher*, in: FS Lwowski 2014, S. 333, 333.

¹⁷⁹ S. oben S. 144 ff.

¹⁸⁰ *Schäfer/Zeller* BB 2009, 1706, 1710; *Blasche* WM 2011, 343, 347; *Geschwandtner*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 74.

¹⁸¹ Kritisch hierzu *Binder* ZGR 2013, 760, 766 ff.; *ders.* ZGR 2015, 667, 701 ff.

¹⁸² Zum aufsichtsrechtlichen Pflichtenmaßstab s. oben S. 153 ff., 160 ff.

Pflicht der Bankvorstände zur Abwehr von rechtswidrigen Aufsichtsmaßnahmen.¹⁸³ Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht ist klärungsbedürftig, wie der Auslegungsspielraum der prinzipienbasierten Aufsicht aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zu bewerten ist und welche Anforderungen aus Bankgeschäftsleiterperspektive zu erfüllen sind, um eine Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG zu vermeiden. Letzteres liegt vor allem daran, dass die Institute im laufenden Aufsichtsverhältnis wenig Interesse an langwierigen Rechtsstreitigkeiten mit der sie alltäglich überwachenden Aufsichtsbehörde haben. Den Bankvorstand trifft daher im Rahmen seiner Legalitätspflicht in aller Regel die Pflicht zur Ermittlung des Inhalts und der Reichweite seiner Rechtspflichten. Aufgrund der enormen Bedeutung der MaRisk und EBA-Leitlinien bei der Pflichtenkonkretisierung in der Praxis ist ihre Rolle hinsichtlich der Legalitätspflicht gesondert zu analysieren.

3. Pflicht zur Rechtsermittlung

Angesichts der Unbestimmtheit der Pflichten in § 25a KWG besteht aus Geschäftsleitersicht stets das Bedürfnis, die Rechtspflicht zu ermitteln. Die allgemeine aktienrechtliche Literatur diskutiert dies unter dem Stichwort der unklaren oder umstrittenen Rechtslage,¹⁸⁴ die bankrechtliche Literatur unter der Auslegungsbedürftigkeit von prinzipienbasierten Aufsichtsnormen.¹⁸⁵ Teilweise wird die Rechtsermittlungspflicht als selbständige, der unternehmerischen Entscheidung vorgelagerte Entscheidung konzipiert,¹⁸⁶ teilweise werden aber beide Entscheidungen auch als Teil derselben Entscheidung verstanden.¹⁸⁷ Einigkeit besteht darüber, dass die Geschäftsleiter eine Pflicht zur Rechtsvergewisserung trifft, d. h. sie müssen sich ggf. unter Einholung internen oder externen Rechtsrats gründlich über ihre Rechtspflichten erkundigen.¹⁸⁸ Hinsichtlich des Maßstabs, anhand dessen die Erfüllung der Rechtsermittlungspflicht zu bemessen ist, besteht im Schrifttum jedoch Uneinigkeit.

a) Vertretbarkeitstheorie

Überwiegend wird vertreten, dass die Geschäftsleiter ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflicht genügen, wenn sie einer vertretbaren Auslegung der unklaren

¹⁸³ *Binder* ZGR 2013, 760, insbesondere 779 ff.; vgl. auch *ders.* ZGR 2015, 667, 701 ff.

¹⁸⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 29 ff.; *Buck-Heeb* BB 2013, 2247, 2247.

¹⁸⁵ *Geschwandtner*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 76 ff., 84; *Langenbacher* ZBB 2013, 16, 21.

¹⁸⁶ *Langenbacher* ZBB 2013, 16, 21; *Bürkle* VersR 2013, 792, 794.

¹⁸⁷ So wohl *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 521 ff.

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 20. September 2011 – II ZR 234/09 – Rn. 16 (NZG 2011, 1271); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 29; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 91 ff.

Rechtsslage folgen.¹⁸⁹ Im Fall der prinzipienbasierten Norm des § 25a KWG würde hiernach das Befolgen einer von mehreren möglichen Auslegungen des Pflichtenkanons der gebotenen Vorstandssorgfalt genügen.¹⁹⁰ Eine Rechtsbindung im Rahmen der Legalitätspflicht kann hiernach nur bestehen, wenn die unbestimmte Rechtsnorm sich nur auf eine bestimmte Weise zutreffend auslegen lässt.¹⁹¹ Diese Ansicht geht davon aus, dass das durch den unbestimmten Rechtsbegriff indizierte Auslegungsbedürfnis der Norm Zeichen dafür ist, dass dem Vorstand hier im Rahmen seines unternehmerischen Spielraums (Business Judgment Rule) auch ein gewisser Beurteilungsspielraum hinsichtlich der rechtlichen Erfordernisse einzuräumen ist.¹⁹² Demzufolge kann die Rechtsermittlung als Teil der unternehmerischen Entscheidung verstanden und § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG direkt¹⁹³ oder analog¹⁹⁴ angewandt werden. Andere forderten, die Business Judgment Rule *de lege ferenda* um eine Legal Judgment Rule zu erweitern.¹⁹⁵ Dogmatisch wird die Vertretbarkeit der Rechtsmeinung überwiegend als Frage der Pflichtverletzung verortet.¹⁹⁶ Andere siedeln den Komplex als Rechtsirrtum im Verschulden an.¹⁹⁷ Während die meisten die Maßstäbe aus dem Pflichtenkreis gegenüber der Gesellschaft herleiten,¹⁹⁸ lassen sich die anwendbaren Kriterien auch aus der Außenhaftung von Geschäftsleitern bestimmen.¹⁹⁹

Um sog. *hindsight bias* (Rückschaufehler) zu vermeiden, ist die Vertretbarkeit der Rechtsmeinung *ex ante* zu bewerten.²⁰⁰ Vereinzelt wird der Beurteilungsspielraum auf Fragen der Geschäftsorganisation beschränkt und gesellschaftsrechtliche Fragen wie Kapitalerhöhungen ausgeschlossen.²⁰¹ Die Mehrheit lässt

¹⁸⁹ *Hopt*, in: Großkommentar AktG, 4. Aufl. 2008, Band 3, § 93 Rn. 99; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 30; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 97; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 93 Rn. 16; *Buck-Heeb* BB 2013, 2247.

¹⁹⁰ *Ott* ZGR 2017, 149, 169, 171 f.

¹⁹¹ *Bürkle* VersR 2013, 792, 794; *Buck-Heeb* BB 2013, 2247, 2251 ff.

¹⁹² *Eckhold* ZBB 2012, 364, 367 f.; *Bürkle* VersR 2013, 792, 795.

¹⁹³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 30 f.; a. A. *Holle* AG 2011, 778, 780 ff.

¹⁹⁴ *Cahn/Müchler* BKR 2013, 45, 52; *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 523 f.; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 97; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 93 Rn. 16.

¹⁹⁵ *Bachmann* ZHR 177 (2013), 1, 8 (für eine Erweiterung des Terminus „unternehmerische Entscheidung“, z. B. durch „Ermessensentscheidung“); *Bürkle* VersR 2013, 792, 794 ff.; *Seibt/Wollenschläger* ZIP 2014, 545, 553.

¹⁹⁶ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 32; *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 524; *Bürkle* VersR 2013, 792, 794, 796; *Dreher*, FS Kozen 2006, S. 85, 93.

¹⁹⁷ *Strohn* ZHR 176 (2012), 137 f.; *ders.* CCZ 2013, 177, 177 f.; *Verse* ZGR 2017, 174, 192.

¹⁹⁸ Statt vieler *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 512 ff.

¹⁹⁹ *Verse* ZGR 2017, 174, 188 ff.

²⁰⁰ *Buck-Heeb* BB 2013, 2247, 2253.

²⁰¹ *Strohn* CCZ 2013, 177, 184.

die Geschäftsleiter jedoch bei sämtlichen unbestimmten Rechtsfragen zwischen den verschiedenen vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten diejenige auswählen, die dem Gesellschaftsinteresse am besten entspricht.²⁰² Manchen zufolge dürfen sie sogar im Einzelfall mit vertretbaren Gründen gegen Rechtsvorschriften verstoßen, um deren Gültigkeit oder überwiegende Auslegung im behördlichen oder gerichtlichen Verfahren anzugreifen.²⁰³ Hierbei sind jedoch die Chancen und Risiken sorgfältig abzuwägen, wobei in dringenden Fällen ein geringerer Maßstab anzusetzen ist.²⁰⁴ Besteht eine höchstrichterliche Rechtsprechung, so ist diese zu beachten.²⁰⁵ Da bezüglich § 25a KWG wenig konkretisierende Rechtsprechung existiert, dürften die Geschäftsleiter im Hinblick auf ihre gesellschaftsrechtliche Haftung nach dieser Meinung einen großen Beurteilungsspielraum genießen.²⁰⁶

b) Stufentheorie und Optimierungstheorie

Andere hingegen verlangen die Auswahl nicht nur irgendeiner Auslegungsmöglichkeit, sondern stellen Anforderungen an die Vertretbarkeit der gewählten Auslegung.

Manche fordern, dass die Geschäftsleiter die je nach Fall und Sachlage spezifische Vertretbarkeitsschwelle einschätzen. Nur bei vollkommener Rechtsunklarheit sollen Geschäftsleiter hiernach frei zwischen verschiedenen vertretbaren Meinungen wählen dürfen, während im Normalfall der gewissen rechtlichen Klärung – durch Behördenpraxis oder noch stärker durch Gerichtsurteile – eine bewegliche Schwelle der Vertretbarkeit bestehen soll.²⁰⁷ Diese Meinung läuft darauf hinaus, dass die Geschäftsleiter umso eher einer Auslegung folgen müssen, je verbreiteter sie vertreten wird, letztlich also je klarer die Rechtslage ist.²⁰⁸ Angesichts der je nach Einzelfall abgestuften Vertretbarkeitsanforderungen wird diese Meinung hier als Stufentheorie bezeichnet.

Andere gehen noch weiter als die Stufentheorie und verlangen im Bereich aufsichtsrechtlicher Regulierung, dass die Geschäftsleiter zwischen den verschiedenen vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten des unbestimmten Rechtsbegriffs stets die „aus seiner Sicht am besten vertretbare Rechtsmeinung“

²⁰² Zimmermann WM 2008, 433, 435; Seibt/Wollenschläger ZIP 2014, 545, 553; Bachmann WM 2015, 105, 109; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 30 f. (differenzierend je nach Grad der Rechtsunsicherheit).

²⁰³ Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 30 f.; Hölters, in: Hölters (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 76.

²⁰⁴ Fleischer BB 2008, 1070, 1071; Hopt, in: Großkommentar AktG, 4. Aufl. 2008, Band 3, § 93 Rn. 100; Buck-Heeb BB 2013, 2247, 2255 f.

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 20. September 2011 – II ZR 234/09 – Rn. 16 (NZG 2011, 1271).

²⁰⁶ Vgl. Ott ZGR 2017, 149, 169, 171 f.

²⁰⁷ Dreher, in: FS Kozen 2006, S. 85, 93.

²⁰⁸ Thole ZHR 173 (2009), 504, 524 f.

anwenden.²⁰⁹ Lasse sich keine einzelne, am besten vertretbare Meinung herauskristallisieren, müsse die letztlich vertretene Meinung im Vergleich zu den anderen „mindestens ebenso gut vertretbar sein“.²¹⁰ Hintergrund dieser sog. Optimierungstheorie²¹¹ ist die Annahme, dass die prinzipienbasierten Aufsichtsnormen den gesetzgeberischen Befehl enthalten, ihr Ziel möglichst optimal zu verwirklichen.²¹² So scharf ihre Anforderungen zunächst wirken, ist doch darauf hinzuweisen, dass diese Meinung den Geschäftsleitern nach sorgfältiger Rechtsermittlung einen haftungsrechtlichen Spielraum hinsichtlich der Rechtsbefolgung belässt, sofern die Auswahl der vertretenen Meinung als gleich vertretbar begründet und der Entscheidungsprozess sorgfältig dokumentiert wird.²¹³ Mithin schränkt die Optimierungstheorie den Anwendungsbereich der Vertretbarkeitstheorie auf solche Fälle ein, in denen eine gerichtliche Auslegung nicht in die eine oder andere Richtung als wahrscheinlich vorhergesehen werden kann.²¹⁴

So überzeugend die Optimierungstheorie in der Theorie sein mag, dürfte ihre Anwendung auf § 25a KWG in der Praxis schwer handhabbar sein. Denn eine gerichtliche Entscheidung in eine bestimmte Richtung dürfte bei § 25a KWG nur in den seltensten Fällen als wahrscheinlich vorhersehbar sein. Eine praktische Handhabbarkeit kann indes entstehen, wenn die wahrscheinlich von Gerichten befolgte und damit „beste Auslegung“ des § 25a KWG als gleichbedeutend mit der in der MaRisk ausgedrückten Ansicht der Aufsichtsbehörde verstanden wird. Aus der Befürchtung dieses Gleichlaufs wird die Optimierungstheorie mitunter scharf kritisiert.²¹⁵

4. Konkretisierung der Legalitätspflicht durch die MaRisk und EBA-Leitlinien

Bei der gesellschaftsrechtlichen Haftung von Geschäftsleitern für Verstöße gegen § 25a KWG ist ein besonderes Augenmerk auf die in der Praxis hochgradig relevanten MaRisk und EBA-Leitlinien für interne Governance zu legen. Obwohl beide Regelwerke aufsichtsrechtlich nicht verbindlich sind, entfalten sie eine gewisse rechtliche Bindungswirkung,²¹⁶ deren Berücksichtigung auf der privatrechtlichen Ebene zu analysieren ist. Aufgrund des unterschiedlichen Regelungshintergrundes werden die Rollen der MaRisk und der EBA-Leitlinien bei der Konkretisierung der Legalitätspflicht nachfolgend getrennt untersucht.

²⁰⁹ Langenbucher ZBB 2013, 16, 22.

²¹⁰ Langenbucher ZBB 2013, 16, 22.

²¹¹ Langenbucher ZBB 2013, 16, 22; dies., in: FS Lwowski 2014, S. 333, 344 ff. (jeweils die „Optimierungsthese“).

²¹² Langenbucher ZBB 2013, 16, 22 f.

²¹³ Langenbucher, in: FS Lwowski 2014, S. 333, 344 ff.

²¹⁴ Langenbucher, in: FS Lwowski 2014, S. 333, 346 f.

²¹⁵ Hopt ZIP 2013, 1793, 1799.

²¹⁶ S. oben S. 153 ff. (MaRisk), 160 ff. (EBA-Leitlinien).

a) *MaRisk und Legalitätspflicht*

Das Verhältnis der MaRisk zur Legalitätspflicht lässt sich aus zwei Perspektiven beleuchten. Zunächst ist zu klären, ob die MaRisk einen Regelungsmaßstab darstellen, dessen Verletzung einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht nach § 25a KWG indiziert. Umgekehrt stellt sich dann die Frage, ob die strikte Befolgung der MaRisk eine Haftung der Geschäftsleiter ausschließt, also ob sie einen sicheren Hafen rechtmäßigen Risikomanagements zur Vermeidung von Haftungsrisiken bieten.

aa) *MaRisk-Verstoß als Verstoß gegen die Legalitätspflicht?*

Als Ausgangspunkt für die Frage, ob Verstöße gegen die MaRisk einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht bedeuten, ist erneut darauf hinzuweisen, dass die MaRisk als norminterpretierende Verwaltungsvorschriften nicht rechtsverbindlich sind und lediglich die Rechtsmeinung der BaFin zu § 25a KWG ausdrücken.²¹⁷ Daraus schließt auch die wohl überwiegende Meinung, dass ein Abweichen von den MaRisk grundsätzlich nicht zur Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG führt.²¹⁸ Etwas anderes soll nur gelten, wenn die betroffenen Vorgaben der MaRisk Ausdruck von Pflichten des § 25a KWG sind, also unabhängig von den MaRisk ohnehin ein Verstoß gegen § 25a KWG vorliegt.²¹⁹ Diese Meinung stimmt mit der oben erwähnten Vertretbarkeitstheorie insofern überein, als die MaRisk letztlich nur eine Auslegungsmöglichkeit für § 25a KWG bieten, daneben aber andere Auslegungen Platz finden. Nach der vermittelnden Stufentheorie hängt der Gleichlauf von MaRisk-Verstoß und Legalitätspflichtverletzung davon ab, wie die MaRisk eingeordnet werden. Betrachtet man sie als Ausdruck reiner Behördenpraxis, dürften sie nur Indizwirkung entfalten. Stuft man sie hingegen als Branchenstandard mit faktischer Bindungswirkung ein, dürfte auch ein Verstoß gegen sie eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 2 AktG bedeuten.²²⁰ Auch nach der Optimierungstheorie dürfte ein Verstoß gegen die MaRisk zugleich eine Verletzung der Legalitätspflicht durch die Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 2 AktG indizieren. Jedenfalls soll zwischen verschiedenen möglichen Auslegungen des § 25a KWG grundsätzlich die der BaFin gewählt werden.²²¹ Hiervon gelte nur dann eine Ausnahme, wenn die Auslegung der BaFin nach Rechtsermittlung durch die Geschäftsleiter nicht den Vorgaben des § 25a KWG entspreche.²²² Da

²¹⁷ S. oben S. 153 ff.

²¹⁸ *Ebermann*, in: Jahn/Schmitt/Geier (Hrsg.), *Handbuch Bankensanierung und -abwicklung*, 2016, A. IV. Rn. 44; *Geschwandtner*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), *Münchener Anwalts-handbuch Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 76 ff.; *Schäfer/Zeller* BB 2009, 1706, 1709; *Dengler* WM 2014, 2032, 2038.

²¹⁹ *Dengler* WM 2014, 2032, 2039; *Blasche* WM 2011, 343, 347.

²²⁰ So wohl *Lehleiter/Hoppe* BKR 2007, 178, 181 ff.

²²¹ *Langenbucher* ZBB 2013, 16, 23.

²²² *Langenbucher* ZBB 2013, 16, 23.

Fälle schwer vorstellbar sind, in denen Geschäftsleiter bestimmte Vorgaben der MaRisk als mit § 25a KWG unvereinbar erachten, dürften die MaRisk nach der Optimierungstheorie de facto den Maßstab der Legalitätspflicht setzen.

Die Rechtsprechung hat sich zu diesem Thema noch nicht ausdrücklich geäußert.²²³ Allerdings prüfte das OLG Frankfurt in einem Fall vor Inkrafttreten der MaRisk deren Vorgängerwerk MaK (Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute)²²⁴ als Konkretisierung der Vorgaben des § 25a KWG.²²⁵ Das OLG prüfte die MaK als Konkretisierungsmaßstab für die Vorstandspflicht der Einführung eines Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG, da sich der Kläger auf die MaK berufen hatte, kam jedoch zum Ergebnis, dass die MaK zum relevanten Zeitpunkt, der in eine Übergangsfrist fiel, nicht anwendbar waren.²²⁶ Interessant ist hierbei zweierlei. Zum einen verwarf das OLG Frankfurt das klägerische Vorbringen der MaK ohne Verweis auf deren Unverbindlichkeit. Dies mag daran liegen, dass das Erfordernis laut dem Kläger damals jedenfalls bereits ein banküblicher Standard gewesen sein soll.²²⁷ Zum anderen gewährte das OLG den Geschäftsleitern großen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Risikomanagements. Freilich erging das Urteil 2007, also vor der weiteren unionsrechtsbedingten Schärfung und Konkretisierung des § 25a KWG und würde heute vielleicht anders gefällt.

bb) Einhaltung der MaRisk als sicherer Hafen der Rechtmäßigkeit auch für die zivilrechtliche Sorgfaltspflicht?

Zum anderen stellt sich die Frage, ob das Erfüllen der MaRisk die rechtmäßige Einhaltung der Risikomanagement-Anforderungen des § 25a KWG garantiert und für Geschäftsleiter somit einen sicheren Hafen gegen mögliche Haftungsansprüche der Gesellschaft gewährt. Die meisten Stimmen des Schrifttums verneinen die Frage unter Verweis auf die reine Rahmenfunktion der MaRisk, ihre vielen Öffnungsklauseln und ihren Charakter als prinzipienbasierte Regulierung.²²⁸ Hiernach können die Risikomanagement-Erfordernisse stark von Institut zu Institut variieren.²²⁹ Vertreter dieser Ansicht argumentieren zudem, dass

²²³ Vgl. im genossenschaftlichen Bereich zu banküblichen Standards BGH, Urteil vom 03. Dezember 2001 – II ZR 308/99 – Rn. 9 (WM 2002, 220) und zu banküblichen Gepflogenheiten BGH, Beschluss vom 08. Januar 2007 – II ZR 304/04 – Rn. 11 (WM 2007, 344).

²²⁴ Rundschreiben Nr. 34/2002 (BA) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht an alle Kreditinstitute in der Bundesrepublik Deutschland vom 20. Dezember 2002.

²²⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 79 f. (AG 2008, 453).

²²⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 78–81 (AG 2008, 453).

²²⁷ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 80 (AG 2008, 453).

²²⁸ *Dengler* WM 2014, 2032, 2039; *Blasche* WM 2011, 343, 346; *Schäfer/Zeller* BB 2009, 1706, 1710.

²²⁹ *Blasche* WM 2011, 343, 346.

selbst öffentlich-rechtlich genehmigte Verhaltensweisen zivilrechtlich als sorgfaltswidrig gelten können.²³⁰ Auf der anderen Seite argumentieren Vertreter der Optimierungstheorie, dass die Funktion der MaRisk gerade darin bestehe, regelmäßig die Konformität mit § 25a KWG zu bestätigen.²³¹ Die Einhaltung der MaRisk würde demnach einen Vertrauenstatbestand der Gesetzmäßigkeit begründen.

cc) Stellungnahme für starke Indizwirkung und Exkulpationsmaßstab

Die Frage des Gleichlaufs von MaRisk-Verstoß und gesellschaftsrechtlicher Haftung und die Frage der Funktion der MaRisk als sicherer Hafen sind zwei Seiten derselben Medaille, da beide die zivilrechtliche Verbindlichkeit der MaRisk berühren, erstere in negativer Hinsicht im Falle der Abweichung von den MaRisk, zweitere in positiver Hinsicht im Falle der Befolgung der MaRisk. In Ermangelung einer aufsichtsrechtlichen Verbindlichkeit ist es überzeugender, den MaRisk auch keine privatrechtliche Bindungswirkung zuzusprechen. Dies entspricht der Einheit der Rechtsordnung. Insofern kann weder ein Verstoß gegen die MaRisk eine Verletzung der Legalitätspflicht bedeuten, noch kann das Einhalten der MaRisk in jedem Fall vor einer Haftung schützen. Allerdings haben die MaRisk als Aufsichts- und Branchenstandards in beiden Fällen Indizwirkung. Denn ihre faktische Bindungswirkung ist so stark, dass auch Zivilgerichte ihnen mangels besserer Sachkenntnis eine erhebliche Wirkung beirechnen.²³² Angesichts der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG dürfte es Geschäftsleitern schwer fallen, das Gericht entgegen dieser Indizwirkung davon zu überzeugen, dass ein von den MaRisk abweichendes Verhalten den Pflichten nach § 25a KWG genügt. Auch dürfte eine Exkulpation hinsichtlich des Verschuldens schwierig sein. Auf der anderen Seite dürfte das Gericht im Falle der MaRisk-Konformität in aller Regel sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch das Verschulden verneinen. Denn die Geschäftsleiter haben zwar eine Rechtsermittlungspflicht, diese kann aber nicht über das kritische und informierte Befolgend der behördlichen Leitlinien hinausgehen. Daher tun Geschäftsleiter in der Praxis sowohl aus aufsichts- als auch zivilrechtlicher Haftungssicht gut daran, die MaRisk zu befolgen bzw. Abweichungen mit der Aufsichtsbehörde zu besprechen.

Wenngleich die Theorie klar scheint, dürften in der Praxis vor allem solche Bereiche vor Gericht landen, zu denen die MaRisk entweder schweigen oder nur sehr unbestimmte Aussagen treffen. In diesen Fällen dürfte regelmäßig

²³⁰ Schäfer/Zeller BB 2009, 1706, 1710; Dengler WM 2014, 2032, 2039.

²³¹ Langenbucher ZBB 2013, 16, 23; unter Berufung auf die Ausführungen zu den MaRisk des Versicherungsaufsichtsrechts von Armbrüster VersR 2009, 1293, 1297 und Louven/Raapke VersR 2012, 257, 265.

²³² In diesem Sinne auch Fandrich, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwalts-handbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 50.

Streit zwischen der BaFin oder EZB und dem Geschäftsleiter über die Auslegung von § 25a KWG bestehen. Wenn dieser Streit verwaltungsgerichtlich geklärt ist, kann und sollte sich das Zivilgericht an die Auslegung des Verwaltungsgerichts halten. Andernfalls muss das Zivilgericht selbst entscheiden. Hier genügt es aus gesellschafts- bzw. zivilrechtlicher Perspektive, wenn der Geschäftsleiter einer vertretbaren Auslegung von § 25a KWG folgt. Jedoch müssen die Geschäftsleiter angesichts der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die objektive Rechtmäßigkeit ihres Handelns und fehlendes Verschulden nachweisen. Freilich reicht hierfür die kreative Lektüre des Gesetzes nicht, vielmehr muss gerade im Falle der Unklarheit der MaRisk oder gar ihres Schweigens eine umfassende Auslegungsanstrengung unternommen werden. Hierbei ist jedenfalls die Rechtsabteilung einzubeziehen und gegebenenfalls externer Rechtsrat zu suchen. Bei der Rechtsermittlung sollten die einschlägigen europäischen Rechtsakte, einschließlich der EBA-Leitlinien und -Empfehlungen, besonders berücksichtigt werden. Existiert einschlägige Rechtsprechung nationaler oder Unionsgerichte hierzu, so ist diese zu beachten. Die Geschäftsleiter müssen das Resultat der Rechtsprüfung mit ihrem Praxisblick kritisch überprüfen und entsprechend handeln. Erfüllen sie diese Kriterien, können sie sich nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auch im Falle der Unklarheit oder des Schweigens der MaRisk objektiv wie subjektiv exkulpieren.

b) EBA-Leitlinien und Legalitätspflicht

Für das Verhältnis der EBA-Leitlinien zur Legalitätspflicht gelten die Ausführungen zur MaRisk entsprechend, da auch die EBA-Leitlinien aufsichtsrechtliches Soft Law sind, dem in der Praxis erhebliche faktische Bindungswirkung zukommt, das aber nicht rechtsverbindlich ist. Jedoch dürfte die Indizwirkung bei den EBA-Leitlinien aus zwei Gründen noch stärker ausfallen als bei den MaRisk. Erstens genießen die EBA-Leitlinien, soweit ihnen (wenn auch nur faktische) Verbindlichkeit zugesprochen wird, als Teil des Unionsrechts die Kraft des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes. Zweitens verpflichten sie nach Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 EBA-VO auch die Institute, „alle erforderlichen Anstrengungen“ zu unternehmen, um ihnen nachzukommen. Somit wohnt den EBA-Leitlinien bereits von Gesetzes wegen ein Optimierungsgebot inne, das den Wirkgehalt der MaRisk als rein norminterpretierende Verwaltungsvorschriften übersteigt. Zwar sind Institute zur Berichterstattung nur dann verpflichtet, „wenn dies nach dieser Leitlinie oder Empfehlung erforderlich ist“.²³³ Das Verfahren zur Durchsetzung der „Anstrengungen“ ist also weniger streng als gegenüber den nationalen Aufsichtsbehörden, die stets der EBA die Entscheidung über ihr Befolgen melden und ein Nichtbefolgen begründen müs-

²³³ Art. 16 Abs. 3 UAbs. 4 EBA-VO.

sen.²³⁴ Allerdings trifft die Institute dennoch die allgemeine Pflicht, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um die Leitlinien zu befolgen. Mangels Einschränkungen betrifft diese Pflicht sowohl die aufsichtsrechtliche als auch die zivilrechtliche Ebene. Insofern haben die EBA-Leitlinien im Vergleich zu den MaRisk noch stärkere Indizwirkung. Um Haftungsrisiken zu vermeiden, sollte das Abweichen von ihnen zunächst sorgfältig geprüft, dann begründet und schließlich diese Begründung dokumentiert werden. Hierbei ist sowohl aus Geschäftsleitersicht als auch aus Gerichtssicht ein ähnliches Vorgehen wie bei den MaRisk zu empfehlen. Freilich entfalten die EBA-Leitlinien auch gesellschafts- bzw. zivilrechtlich nur dann Wirkung, wenn die jeweilige Aufsichtsbehörde (BaFin oder EZB) sie befolgt oder – unabhängig davon – wenn die Leitlinien sich direkt an die Institute richten und ihnen eine Berichtserstattungspflicht nach Art. 16 Abs. 3 UAbs. 4 EBA-VO auferlegen.

II. Gesellschaftsrechtliche Außenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber Gläubigern nach § 93 Abs. 5 AktG

Verstöße gegen § 25a KWG können als Legalitätspflichtverstöße neben der Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft²³⁵ auch eine gesellschaftsrechtliche Außenhaftung der Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 5 AktG zur Folge haben. Hiernach können Gläubiger den Ersatzanspruch der Bank direkt gegenüber den Geschäftsleitern geltend machen, soweit die Gläubiger von der Bank keine Befriedigung erlangen können. Dieses unmittelbare Klagerecht wird teilweise als gesetzliches Prozessführungsrecht der Gläubiger für die Gesellschaft,²³⁶ teilweise aber auch als eigener Anspruch der Gläubiger²³⁷ oder als ein Fall der Anspruchsvervielfältigung eingeordnet.²³⁸ Der Gläubiger muss eine fällige Forderung gegen die Gesellschaft haben, die diese nicht befriedigen kann. Die Gesellschaft muss also objektiv zahlungsunfähig sein, was nicht notwendigerweise eine Zwangsvollstreckung oder Klageerhebung verlangt, sondern in jedweder Form nachgewiesen werden kann.²³⁹ Erfüllt der Verstoß des Geschäftsleiters gegen § 25a KWG nicht zugleich einen der Tatbestände des § 93 Abs. 3 AktG, so haftet er nur bei „gröblicher“ Verletzung.²⁴⁰ Hierunter ist zumindest

²³⁴ Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 EBA-VO.

²³⁵ § 93 Abs. 5 AktG findet auf eine GmbH grundsätzlich keine Anwendung, vgl. aber für eine analoge Anwendung von §§ 93 Abs. 5, 268 Abs. 2 S. 1 AktG auf den Liquidator einer GmbH BGH, Urteil vom 13. März 2018 – II ZR 158/16 – (BGHZ 218, 80).

²³⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 21. Oktober 1976 – 1 U 19/76 – Rn. 9 (WM 1977, 59).

²³⁷ *Fleischer*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, 1. Aufl. 2006, § 11 Rn. 113.

²³⁸ *Spindler*, in: *MüKo AktG*, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 301.

²³⁹ *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Hrsg.), *Aktiengesetz*, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 82; *Spindler*, in: *MüKo AktG*, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 305.

²⁴⁰ § 93 Abs. 5 Satz 2 Hs. 1 AktG.

grobe Fahrlässigkeit zu verstehen.²⁴¹ Allerdings gilt wie beim Anspruch nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine Beweislastumkehr,²⁴² sodass der Geschäftsleiter sein fehlendes Verschulden beweisen muss. Bei einem Verstoß gegen § 25a KWG hat der Geschäftsleiter also grundsätzlich darzulegen, dass er nicht grob fahrlässig gehandelt hat. Erfüllt der Verstoß jedoch eine der Qualifizierungen nach § 93 Abs. 3 AktG, so besteht die Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens.²⁴³ Der Gläubiger hingegen muss nur beweisen, dass er eine Forderung gegen die Gesellschaft hat, dass letztere zahlungsunfähig ist und dass das Handeln des Geschäftsleiters der Gesellschaft einen Schaden verursacht hat.²⁴⁴ Ein Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft berühren die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern ebenso wenig wie ein Beschluss der Hauptversammlung, der die Handlung unterstützt.²⁴⁵ Im Fall des Insolvenzverfahrens übt der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter das Recht der Gläubiger aus.²⁴⁶ Die ausnahmsweise Durchgriffshaftung nach § 93 Abs. 5 AktG stellt die einzige gesellschaftsrechtliche Möglichkeit für Gläubiger dar, bei sie negativ treffenden Verstößen gegen § 25a KWG Schadensersatzansprüche direkt gegen die Geschäftsleiter geltend zu machen.

III. Deliktsrechtliche Haftung der Geschäftsleiter bei Verstößen gegen § 25a KWG

Neben der gesellschaftsrechtlichen Haftung der Geschäftsleiter stellt sich die Frage der deliktsrechtlichen Haftung für Verstöße gegen § 25a KWG. Hierbei ist zwischen deliktsrechtlicher Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) und solcher gegenüber Dritten (Außenhaftung) zu unterscheiden. Während manche eine Innenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG bejahen, wird eine deliktsrechtliche Außenhaftung eher abgelehnt. Denn die Geschäftsführungspflichten verpflichten die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft, die der Außenwelt mit eigener Rechtspersönlichkeit entgegentritt und der das Geschäftsleiterhandeln zugerechnet wird. Nur in seltenen Ausnahmefällen wird diese Schutzhülle durchbrochen und Außenstehenden ein Anspruch gegen die Geschäftsleiter zugesprochen.²⁴⁷

²⁴¹ Hölters, in: Hölters (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 327; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 298; Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 303.

²⁴² § 93 Abs. 5 Satz 2 Hs. 2 AktG.

²⁴³ Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 298; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 82.

²⁴⁴ Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 93 Rn. 313.

²⁴⁵ § 93 Abs. Satz 3 AktG.

²⁴⁶ § 93 Abs. Satz 4 AktG.

²⁴⁷ Statt vieler Bachmann, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. E114 ff.

1. Innenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG

Neben der gesellschaftsrechtlichen Haftung sollen Geschäftsleiter der Bank für Verstöße gegen § 25a KWG nach Ansicht mancher auch deliktsrechtlich nach § 823 Abs. 2 BGB haften,²⁴⁸ sofern sie den Straftatbestand der Untreue nach § 266 StGB erfüllen.²⁴⁹ Dieser ist als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt.²⁵⁰ Die von § 266 StGB vorausgesetzte Vermögensbetreuungspflicht erfordert, dass die Norm, gegen die verstoßen wird, unmittelbar und spezifisch dem Vermögensschutz dient.²⁵¹ Laut BGH reicht eine Verletzung der Legalitätspflicht nach § 93 AktG hierfür nicht aus, vielmehr muss die primär verletzte Norm, die den Legalitätspflichtverstoß begründet, vermögensschützend wirken.²⁵² Solch vermögensschützende Wirkung hat das BVerfG für § 18 KWG anerkannt und als verfassungskonforme Konkretisierung des § 266 StGB erachtet.²⁵³ Aus der Ähnlichkeit der §§ 18 und 25a KWG schließen manche Literaturstimmen, dass auch § 25a KWG vermögensschützenden Charakter i. S. d. § 266 StGB habe und daher über § 823 Abs. 2 BGB zu einer Haftung der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft führe.²⁵⁴ Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Anspruch neben § 93 Abs. 2 AktG notwendig ist. Denn die Gesellschaft kann den Geschäftsleiter im Falle der Verletzung von § 25a KWG bereits über diese gesellschaftsrechtliche Anspruchsgrundlage in Anspruch nehmen. Da § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zudem eine Beweislastumkehr zulasten der Geschäftsleiter vorsieht, bietet der gesellschaftsrechtliche Anspruch erhebliche Vorteile für die klagende Gesellschaft. Überdies verlangt § 266 StGB vorsätzliches Handeln.²⁵⁵ In der Praxis dürfte ein solcher Anspruch an den hohen Beweishürden für den Vorsatz regelmäßig scheitern. Aus diesem Grund schlug das OLG Frankfurt in einem Fall zu §§ 18, 25a KWG den Umweg über § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB aus und konzentrierte sich auf § 93 Abs. 2 AktG als Anspruchsgrundlage für die Innenhaftung.²⁵⁶

²⁴⁸ Manche begründen deliktische Ansprüche der Bank gegenüber den Geschäftsleitern, indem sie die MaRisk und § 18 KWG als Schutzgesetze anerkennen, so *Gießler*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 18 KWG Rn. 196.

²⁴⁹ Allgemein zur zivilrechtlichen Behandlung der Untreue von Geschäftsleitern *Bachmann*, in: FS Beulke 2015, S. 1259.

²⁵⁰ BGH, Urteil vom 25. Mai 2010 – VI ZR 205/09 – Rn. 6 (BGHZ 185, 378); BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 341/10 – Rn. 13 (BGHZ 194, 26); BGH, Urteil vom 24. April 2018 – VI ZR 250/17 – Rn. 12 (WM 2018, 1508).

²⁵¹ *Dierlamm*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 170.

²⁵² BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09 – Rn. 37 f. (BGHSt 55, 288).

²⁵³ BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 – Rn. 131 f. (BVerfGE 126, 170).

²⁵⁴ *Blasche* WM 2011, 343, 349; *Brogl*, in: Brogl (Hrsg.), Handbuch Banken-Restrukturierung, 1. Aufl. 2012, Kapitel I Rn. 23 f.

²⁵⁵ *Wittig*, in: BeckOK StGB, 39. Aufl. 2018, § 266 Rn. 58.

²⁵⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 74 (AG 2008, 453).

2. Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG

Die zivilrechtliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB für Verstöße gegen § 25a KWG könnte aber im Außenverhältnis relevant werden, wenn die Verstöße zugleich eine Untreue bezüglich Kundengeldern darstellen. Ein solcher Anspruch würde voraussetzen, dass § 25a KWG zugunsten der Bankkunden vermögensschützenden Charakter entfaltet. Die meisten Literaturstimmen beziehen den vermögensschützenden Charakter des § 25a KWG zwar nur auf das Vermögen der Bank, also nur auf das Innenverhältnis.²⁵⁷ Ebenso bejahte das BVerfG den Vermögensschutz des § 18 KWG nur zugunsten der Bank, nicht aber im Außenverhältnis.²⁵⁸ Betrachtet man jedoch das Verhältnis des Kreditinstituts zu seinen Einlegern und deren Funktion als Refinanzierungsquelle des Kreditinstituts, handelt das Kreditinstitut als Treuhänder der Vermögensinteressen seiner Einleger.²⁵⁹ Vor diesem Hintergrund und angesichts der persönlichen Verantwortung der Geschäftsleiter für die Organisation und die operativen Entscheidungen der Bankgeschäfte liegt nahe, dass die Pflichten nach § 25a KWG die Vermögensinteressen der Einleger betreffen und daher zu deren Gunsten vermögensschützend i. S. d. § 266 StGB sind. Diese Frage ist auch unabhängig von der Schutzgesetzdebatte im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB, da § 266 StGB keinen Individualschutz, sondern nur Vermögensschutz fordert. Folglich sind Schadensersatzansprüche von Bankkunden gegenüber den Geschäftsleitern nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG möglich. Jedoch dürfte auch hier in der Praxis das Vorsatzerfordernis die Durchsetzung möglicher Ansprüche erschweren. Denn obwohl für § 266 StGB auch Eventualvorsatz genügt, stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den subjektiven Tatbestand wegen verfassungsrechtlicher Bedenken bezüglich der Weite des Tatbestands.²⁶⁰ Insbesondere sind laut BGH der Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit und der Vorsatz zur Nachteilszufügung getrennt voneinander zu prüfen.²⁶¹ Bei Risikogeschäften, zu denen Bankgeschäfte zu rechnen sein dürften, reicht zudem weder die bewusste Eingehung des Risikos noch die Billigung einer Gefährdungslage, sondern vielmehr muss der Täter die Realisierung einer konkreten Gefahr billigen.²⁶² Der Nachweis dieser hohen Anforderungen an den subjektiven Tatbestand dürfte regelmäßig für Bankgläubiger wie Einleger nur schwer zu erbringen sein.

²⁵⁷ S. oben S. 175 f.

²⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 – Rn. 132 (BVerfGE 126, 170).

²⁵⁹ Grundmann, Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 1. Teil, Rn. 6; Servatius, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 35 Rn. 1.

²⁶⁰ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 10. März 2009 – 2 BvR 1980/07 – Rn. 37 ff. (NJW 2009, 2370).

²⁶¹ BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 – 5 StR 551/11 – Rn. 18 (NStZ 2013, 715).

²⁶² BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 – 5 StR 551/11 – Rn. 21–24 (NStZ 2013, 715).

3. Innen- und Außenhaftung nach § 826 BGB

Verstöße nach § 25a KWG können zudem nach § 826 BGB zu einer Innen- oder Außenhaftung der Geschäftsleiter führen. Manche Literaturstimmen verweisen auf diese Haftungsmöglichkeit, ohne auf die Einzelheiten einzugehen.²⁶³ Im Wege einer funktionalen Interpretation kann § 826 BGB reine Vermögensschäden „selektiv in den Schutzbereich des Deliktsrechts“ einbeziehen.²⁶⁴ § 826 BGB stellt allerdings hohe Voraussetzungen an eine solche Haftung, da er eine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung erfordert. Die Beweishürden dürften in der Praxis aufgrund des „gute Sitte“-Erfordernisses noch höher liegen als bei §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB, § 25a KWG. Mangels allgemeiner Anspruchsgrundlage für die Außenhaftung ist die Haftung nach § 826 BGB hier besonders relevant. Für die Außenhaftung müssten Geschäftsleiter z. B. die treuhänderischen Pflichten der Bank gegenüber Einlegern missbrauchen. Denkbar ist die Parallele zur kapitalmarktrechtlichen Fallgruppe der Zweckentfremdung von Anlagegeldern,²⁶⁵ wonach Vorstandsmitglieder eines Anlagefonds für eine prospektwidrige Umschichtung von Anlagegeldern haften.²⁶⁶ Damit eine Sittenwidrigkeit angenommen werden kann, müsste allerdings das Reinvestieren der Einlagen durch die Bankgeschäftsleiter besonders grob dem allgemeinen Erwartungshorizont von Einlegern widersprechen. Da das Reinvestieren der Einlagen im Aktivgeschäft der Bank gerade das Geschäftsmodell von Banken ausmacht, dürfte ein sittenwidriger Missbrauch nur in besonders risikoreichen Extremfällen anzunehmen sein. Ein einfacher Verstoß gegen die Organisationspflichten nach § 25a KWG würde für eine derartige Sittenwidrigkeit regelmäßig nicht reichen. Überdies setzt § 826 BGB Vorsatz voraus, was die Durchsetzung möglicher Ansprüche von Einlegern in der Praxis zusätzlich erschwert.

4. Außenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB in Lesart des Baustoff-Urteils des BGH

Im Bereich der Außenhaftung ließe sich an eine persönliche Haftung der Geschäftsleiter für Organisationsfehler nach § 823 Abs. 1 BGB in Anlehnung an das berühmt-berüchtigte Baustoff-Urteil²⁶⁷ des BGH aus dem Jahr 1989 denken. Hierin bejahte der BGH die Garantienpflicht eines GmbH-Geschäftsführers gegenüber der klagenden Baustoffhandlung. Der BGH rechnete ihm den Entzug

²⁶³ *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 184; *Fandrich*, in: Fandrich/Karper (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 58.

²⁶⁴ *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 21.

²⁶⁵ Zur Fallgruppe *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 118.

²⁶⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. März 2009 – I-15 U 48/08 – Rn. 40 ff. (juris).

²⁶⁷ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1989 – VI ZR 335/88 – (BGHZ 109, 297).

des verlängerten Vorbehaltseigentums trotz nicht nachzuweisbarer Beteiligung an der Verletzungshandlung oder des Wissens zu, und begründete eine Garantenpflicht des Geschäftsführers, „dafür zu sorgen, daß der verlängerte Eigentumsvorbehalt bei Verarbeitung der Baumaterialien nicht aufgrund eines Abtretungsverbots des Auftraggebers ins Leere ging.“²⁶⁸ Zwar gelte die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft, ausnahmsweise aber auch gegenüber Dritten, „wenn mit den Pflichten aus der Organstellung gegenüber der Gesellschaft Pflichten einhergehen, die von dem Geschäftsführer nicht mehr nur für die Gesellschaft als deren Organ zu erfüllen sind, sondern die ihn aus besonderen Gründen persönlich gegenüber dem Dritten treffen“.²⁶⁹ Dies könne „im außervertraglichen, deliktischen Bereich insbesondere wegen einer dem Geschäftsführer als Aufgabe zugewiesenen oder von ihm jedenfalls in Anspruch genommenen Garantenstellung zum Schutz fremder Schutzgüter i. S. des § 823 Abs. 1 BGB der Fall sein, die ihre Träger der Einflußsphäre der Gesellschaft anvertraut haben“.²⁷⁰ In Anlehnung an diese Argumentation könnte auch § 25a KWG dahingehend ausgelegt werden, dass er eine Garantenpflicht der Geschäftsleiter gegenüber den Bankkunden begründet. Dies ist allerdings aus mehreren Gründen abzulehnen. Zunächst wäre fraglich, welche Schutzgüter betroffen sein sollen, da die exponiertesten Bankkunden Einleger sind, die jedoch der Bank das Eigentum am eingelegten Geld im Gegenzug für Rückzahlungsforderungen übertragen haben.²⁷¹ Letztere sind jedoch als relative Rechte nicht von § 823 Abs. 1 BGB geschützt.²⁷² Überdies begründen die aufsichtsrechtlichen Organisationspflichten des § 25a KWG in erster Linie Geschäftsleiterpflichten gegenüber der staatlichen Aufsicht und in zweiter Linie Geschäftsleiterpflichten gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber Dritten. Darüber hinaus wurde die Baustoff-Rechtsprechung des BGH reichlich kritisiert und angesichts jüngerer Rechtsprechung ist sehr fraglich, ob der BGH nicht bereits von ihr abgerückt ist.²⁷³

5. Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 25a KWG

Des Weiteren könnte ein Verstoß des Geschäftsleiters gegen § 25a KWG eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB auslösen. Hierfür müsste die Pflicht der Geschäftsleitung zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation nach § 25a KWG

²⁶⁸ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1989 – VI ZR 335/88 – Rn. 15 (BGHZ 109, 297).

²⁶⁹ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1989 – VI ZR 335/88 – Rn. 16 (BGHZ 109, 297).

²⁷⁰ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1989 – VI ZR 335/88 – Rn. 16 (BGHZ 109, 297).

²⁷¹ *Servatius*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Kap. 35 Rn. 132; *Schwintowski*, in: Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, 5. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 26 ff.

²⁷² *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 291.

²⁷³ *Bachmann*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. E114 mwN; *Schirmer* NJW 2012, 3398.

ein „den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“ i. S. d. § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB sein. Im Außenverhältnis verneint das Schrifttum den Schutzgesetzcharakter von § 25a KWG allgemein.²⁷⁴ Begründet wird dies mit der rein ordnungspolitischen Funktion von § 25a KWG.²⁷⁵ Der Schutz von Bankkunden sei reiner Gesetzesreflex und könne keine individualschützende Wirkung entfalten.²⁷⁶ Häufig wird auf ein Urteil des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2007 verwiesen. Dieses bezog zwar keine explizite Stellung zu § 25a KWG als Schutzgesetz, sondern verneinte den Schutzgesetzcharakter von Vorschriften des KWG im Allgemeinen und von § 18 KWG im Besonderen.²⁷⁷ Da in dem Fall der Verstoß gegen § 18 KWG zugleich als Verstoß gegen § 25a KWG geprüft wurde,²⁷⁸ kann das Urteil aber so verstanden werden, dass das OLG Frankfurt auch § 25a KWG nicht als Schutzgesetz anerkannte. Das OLG Frankfurt berief sich auf die ordnungspolitische Funktion des KWG.²⁷⁹ Manche unterscheiden § 25a KWG in diesem Zusammenhang bewusst von § 32 Abs. 1 KWG,²⁸⁰ bei dem der BGH den Individualschutz aus der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie herleitet.²⁸¹ Gegen den Schutzgesetzcharakter von § 25a KWG soll die Herkunft der Norm aus Basel II als Mittel der Bankaufsicht im öffentlichen Interesse sprechen.²⁸² Allerdings zeigt die Entwicklung der aufsichtrechtlichen Ziele, dass gerade der Basler Ausschuss in Basel III die Corporate Governance-Vorgaben vielfach auch mit der Notwendigkeit verstärkten Gläubigerschutzes begründete.²⁸³ Ähnlich betont die CRD IV den Einlegerschutz als Regelungsmotivation für die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis.²⁸⁴ Daher erkennen manche § 25a KWG jedenfalls im Bankkonzern als Schutzgesetz zugunsten von Bankgläubigern an.²⁸⁵ Angesichts des weitreichenden Individualschutzziels des euro-

²⁷⁴ *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 184; *Seibert* WM 2008, 2006, 2008; *Schäfer* WM 2012, 1022, 1022; *Escher* WuB I G 2 Effektengeschäft 1.01.

²⁷⁵ *Seibert* WM 2008, 2006, 2008.

²⁷⁶ *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 184.

²⁷⁷ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 74 (AG 2008, 453).

²⁷⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 76–79 (AG 2008, 453).

²⁷⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 74 (AG 2008, 453).

²⁸⁰ *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 184.

²⁸¹ BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – Rn. 17 (WM 2005, 1217); ausführlich s. unten S. 227 ff.

²⁸² *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 184.

²⁸³ Ausführlicher s. unten S. 256 ff.

²⁸⁴ Erwägungsgrund 47 Satz 1 CRD IV.

²⁸⁵ *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 304 f.; allgemeiner zur deliktsrechtlichen Durch-

päischen Bankaufsichtsrechts²⁸⁶ ist der Schutzgesetzcharakter von § 25a KWG umfassend zu überdenken und damit der Paradigmenwechsel vom reinen Systemschutz hin zum auch individualschützenden Bankaufsichtsrecht zu berücksichtigen.²⁸⁷

IV. Sondertatbestand § 17 KWG: Organhaftung für pflichtwidrig vergebene Organkredite

Neben der gesellschafts- und deliktsrechtlichen Innen- und Außenhaftung für Verstöße gegen § 25a KWG enthält das KWG mit § 17 KWG einen besonderen Haftungstatbestand für Verstöße gegen die besonderen Pflichten bei der Vergabe von Organkrediten nach § 15 KWG. Hiernach gelten u. a. für Kredite an Geschäftsleiter, Mitglieder des Aufsichtsorgans, Prokuristen und u. U. Bankgesellschafter sowie an deren Ehegatten, Lebenspartner und minderjährige Kinder die Erfordernisse des einstimmigen Beschlusses aller Geschäftsleiter, der Zustimmung des Aufsichtsorgans und außerhalb von Mitarbeiterprogrammen die Vergabe nach marktüblichen Bedingungen.²⁸⁸ Verstoßen Geschäftsleiter oder Mitglieder des Aufsichtsorgans gegen diese besonderen Pflichten, haften sie der Gesellschaft nach § 17 Abs. 1 KWG und den Gläubigern nach § 17 Abs. 2 KWG persönlich. Die beiden Haftungstatbestände sind insofern § 93 Abs. 2 und 5 AktG nachgeformt.²⁸⁹

1. Innenhaftung nach § 17 Abs. 1 KWG

§ 17 Abs. 1 KWG setzt einen Verstoß gegen die Vorschriften des § 15 KWG voraus und knüpft hieran eine persönliche Haftung des Organs gegenüber der Gesellschaft. Bei Geschäftsleitern genügt der einfache Pflichtverstoß, bei Mitgliedern des Aufsichtsorgans ein pflichtwidrig unterlassenes Einschreiten trotz Kenntnis der beabsichtigten Vergabe des Organkredits.²⁹⁰ § 17 Abs. 1 Hs. 2 KWG sieht wie § 93 Abs. 2 AktG eine Beweislastumkehr vor, der zufolge die Organe ihr fehlendes Verschulden nachzuweisen haben. Streit besteht darüber, ob die Vermutung neben dem Verschulden auch das objektive Vorliegen einer Pflichtverletzung umfasst.²⁹¹ Zur Erweiterung der Vermutung auf die Pflicht-

griffshaftung im Konzern *Renner/Kuntz*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, S. 51.

²⁸⁶ S. oben S. 13 ff., 48 ff.

²⁸⁷ S. unten S. 276 ff.

²⁸⁸ § 15 Abs. 1 Satz 1 KWG.

²⁸⁹ *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 1.

²⁹⁰ § 17 Abs. 1 Hs. 1 KWG.

²⁹¹ Dafür *Blasche* WM 2011, 343, 348; wohl auch dafür *Meyer-Ramloch*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 17

verletzung verweisen manche auf die Regierungsbegründung vom 1959,²⁹² die die Beweislastumkehr darauf stützte, dass die „Verletzung der Pflichten“ von § 15 KWG in der Praxis nur schwer nachweisbar seien.²⁹³ Dies ist überzeugend, da die Beweislastumkehr darauf abzielt, die Durchsetzung der Ansprüche zu erleichtern. In der Praxis dürfte dieser Streit vor allem bei der Unterlassenshaftung von Mitgliedern des Aufsichtsorgans relevant werden, da deren Pflichtverletzung im Unterlassen trotz positiver Kenntnis besteht, was im Gegensatz zu den anderen Erfordernissen schwer nachzuweisen sein dürfte. Eine Pflichtverletzung liegt auch in der pflichtwidrigen Vereinbarung marktunüblicher Zinsen.²⁹⁴ Manche begrenzen den Anwendungsbereich sogar auf diesen Fall und verneinen beim Kreditausfall die Kausalität, da mit jeder Kreditvergabe ein allgemeines Ausfallrisiko einhergehe.²⁹⁵ Allerdings entspricht dies nicht der Intention des Gesetzgebers, der bei Organkrediten standardmäßig auch die Gefahr einer weniger strengen Kreditwürdigkeitsprüfung sanktioniert, die insbesondere das Ausfallrisiko des jeweiligen Darlehensschuldners betrifft. Es gilt eine besondere Verjährungsfrist, nach der die Ansprüche nach § 17 Abs. 1 KWG nach fünf Jahren verjähren.²⁹⁶

Die Innenhaftung der Geschäftsleiter für fehlerhafte Organkredite nach § 17 Abs. 1 KWG wird aktienrechtlich ergänzt durch die Schadensersatzhaftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 3 Nr. 8 AktG für Verstöße gegen die Pflichten der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder nach § 89 AktG oder an Aufsichtsratsmitglieder nach § 115 AktG.

2. Außenhaftung nach § 17 Abs. 2 KWG

§ 17 Abs. 2 KWG sieht eine Organaußenhaftung gegenüber Gläubigern des Instituts vor, die § 93 Abs. 5 AktG strukturell nachgebildet ist. Voraussetzung ist, dass die Gläubiger vom Institut keine Befriedigung erlangen können, also objektive Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Anders als bei § 93 Abs. 5 AktG²⁹⁷ fordern hier manche jedoch regelmäßig eine vorherige Klageerhebung sowie erfolglose Vollstreckungsversuche.²⁹⁸ Ähnlich wie im Aktienrecht stufen die einen die Norm

Rn. 2; dagegen *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 5.

²⁹² *Blasche* WM 2011, 343, 348.

²⁹³ Regierungsentwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen vom 25. Mai 1959, BT-Drs. 3/1114, S. 35.

²⁹⁴ *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 2.

²⁹⁵ *Ulrich*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 17 Rn. 4.

²⁹⁶ § 17 Abs. 3 KWG.

²⁹⁷ S. oben S. 174f.

²⁹⁸ *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 6.

als Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft ein,²⁹⁹ andere befürworten hingegen einen eigenen Anspruch der Gläubiger.³⁰⁰ Den Anspruch hindern weder ein Verzicht noch ein Vergleich der Gesellschaft noch die Zustimmung der Hauptversammlung zur Kreditvergabe.³⁰¹ Der Höhe nach ist der Anspruch der Gläubiger auf den Betrag des Anspruchs der Gesellschaft begrenzt.³⁰² Hinsichtlich der Verjährung besteht Uneinigkeit. Manche wollen § 17 Abs. 3 KWG wegen dessen Wortlaut nur auf Ansprüche nach § 17 Abs. 1 KWG anwenden und für Ansprüche gemäß § 17 Abs. 2 KWG die Regelverjährung gelten lassen.³⁰³ Andere argumentieren jedoch damit, dass der Anspruch des Instituts auf die Gläubiger übertragen wird und daher dieselben Verjährungsfristen zu gelten haben.³⁰⁴

Strittig war in einem Fall, ob § 17 Abs. 2 KWG gegebenenfalls analog auf Institute anwendbar ist, deren Gesellschaftsrecht nicht zwingend ein Aufsichtsorgan vorschreibt. Das LG Hildesheim bejahte die Frage,³⁰⁵ wohingegen sowohl das OLG Celle³⁰⁶ als auch der BGH³⁰⁷ sie verneinten. Der BGH begründete dies damit, dass das KWG keine Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsorgans enthalte, sodass die §§ 15 und 17 KWG auf solche Fälle nicht anwendbar seien, in denen das Gesellschaftsrecht nicht zwingend einen Aufsichtsrat verlangt, wie etwa § 52 GmbHG bei einer GmbH.³⁰⁸

C. Exkurs: Ausstrahlungswirkung des Bankaufsichtsrechts auf das allgemeine Aktienrecht jenseits des Bankensektors

Ein letzter Themenkomplex, der hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Überformung des Gesellschaftsrechts diskutiert wird, ist die mögliche Ausstrahlungswirkung des Bankaufsichtsrechts auf das allgemeine Gesellschaftsrecht

²⁹⁹ Ulrich, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 17 Rn. 5.

³⁰⁰ Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 7.

³⁰¹ § 17 Abs. 2 Satz 2 KWG.

³⁰² Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 8.

³⁰³ Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 9.

³⁰⁴ Meyer-Ramloch, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 17 Rn. 6.

³⁰⁵ LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2004 – 4 O 606/03 – (zitiert bei OLG Celle, Urteil vom 14. Oktober 2004 – 4 U 147/04 – Rn. 38 ff. [juris]); LG Hildesheim, Urteil vom 6. Mai 2004 – 4 O 33/04 – (zitiert bei OLG Celle, Urteil vom 14. Oktober 2004 – 4 U 114/04 – Rn. 37 ff. [OLGR Celle 2005, 96]).

³⁰⁶ OLG Celle, Urteil vom 14. Oktober 2004 – 4 U 147/04 – Rn. 38 ff. (juris); OLG Celle, Urteil vom 14. Oktober 2004 – 4 U 114/04 – Rn. 37 ff. (OLGR Celle 2005, 96).

³⁰⁷ BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 339/04 – Rn. 7 ff. (ZIP 2006, 1761).

³⁰⁸ BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 339/04 – Rn. 9 (ZIP 2006, 1761).

jenseits des Bankensektors. Bereits früh beschrieb *Fleischer* die Auslagerungsvorgaben des § 25a Abs. 2 KWG a. F. als Beispiel dafür, „dass Regelungen des Wirtschaftsaufsichtsrechts in ausgewählten Bereichen das Gesellschaftsrecht überholt haben und ihrerseits auf die aktienrechtliche Legalverfassung zurückwirken“ und bescheinigte ihnen eine „Schrittmacherrolle“.³⁰⁹ Es folgten Gerichtsurteile, in denen aufsichtsrechtliche Anforderungen über den Adressatenkreis der Aufsichtsnorm hinaus erstreckt wurden. In Ermangelung spezifischer Vorgaben des Versicherungsaufsichtsrechts bezog das VG Frankfurt die bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben des § 25a KWG a. F. auf Versicherungen.³¹⁰ In einem anderen Fall wandte das LG München ebenfalls die Vorgaben des § 25a KWG a. F. auf ein nicht dem KWG unterliegendes Unternehmen an und urteilte, die Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG und die des § 25a KWG entsprächen sich in ihrer rechtlichen Bedeutung.³¹¹ Es folgten detailliertere Auseinandersetzungen des Schrifttums hinsichtlich der Zulässigkeit und der Voraussetzungen einer Ausstrahlungswirkung aufsichtsrechtlicher Normgehalte auf das allgemeine Aktienrecht. Das Schrifttum fordert überwiegend Vorsicht, mahnt vor allgemeinen Rückschlüssen von Aufsichtsnormen auf andere Unternehmen jenseits des regulierten Sektors und akzeptiert lediglich eine punktuelle Berücksichtigung dieser Vorgaben für andere Unternehmen.³¹² Methodisch soll eine Ausstrahlungswirkung nur dann möglich sein, wenn das Aufsichtsrecht dem allgemeinen Aktienrecht innewohnende Prinzipien konkretisiert und sich diese Konkretisierung im Einzelfall wertend übertragend lässt.³¹³ Teile des jüngeren Schrifttums legen diesen Ausnahmetatbestand der Übertragbarkeit mitunter weit aus. Hiernach seien die Compliance-Pflichten der Vorstände einer normalen AG anhand der Vorgaben des KWG zu messen, da sich die Zielrichtung in beiden Fällen auf den Schutz des Gesellschaftsvermögens beziehe und die Gefahren für Finanz- und Industrieunternehmen vergleichbar seien.³¹⁴ Auch in den Bereichen der Auslagerung und der Qualifikationsanforderungen für Organmitglieder wird eine Zielkonvergenz festgestellt und daraus eine Ausstrahlungswirkung abgeleitet.³¹⁵ Im Bereich der Vergütung konvergierten zwar die

³⁰⁹ *Fleischer* ZIP 2003, 1, 10.

³¹⁰ VG Frankfurt, Urteil vom 08. Juli 2004 – 1 E 7363/03 (I) – Rn. 19 (AG 2005, 264).

³¹¹ LG München I, Urteil vom 15. Oktober 2010 – 5HK O 2122/09 – Rn. 137 (AG 2011, 258).

³¹² *Dreher* ZGR 2010, 496, 506; *Weber-Rey* ZGR 2010, 543, 588; *Leyens/F. Schmidt* AG 2013, 533, 536; *Fleischer* NZG 2014, 321, 325; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 91 Rn. 43; *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, Band 2, § 91 Rn. 38.

³¹³ *Dreher* ZGR 2010, 496, 503 ff.

³¹⁴ *Fleischer* NZG 2014, 321, 325; *Thaten*, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2016, S. 212 ff.

³¹⁵ *Thaten*, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2016, S. 259 ff., 278 ff.

Ziele nicht, doch ließen sich manche Auslegungsprobleme allgemeiner aktienrechtlicher Vergütungsvorgaben unter Berücksichtigung der Aufsichtsnormen lösen.³¹⁶ Demgegenüber sei der Bereich des Risikomanagements in jeder Hinsicht speziell und könne nicht ausstrahlen, da er im Gegensatz zum allgemeinen Aktienrecht auf den Schutz von Gläubigerinteressen ziele.³¹⁷ Diese Ausführungen zeigen, wie das Bankaufsichtsrecht nicht nur das Bankgesellschaftsrecht überformt, sondern auch jenseits davon im allgemeinen Aktienrecht teilweise Wirkungen zeitigen soll. Auch diese Ausdehnung des bankaufsichtsrechtlichen Wirkbereichs steht im Lichte des in diesem Kapitel analysierten Systemschutzes durch privatrechtliche Durchsetzung.

³¹⁶ *Thaten*, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2016, S. 305 ff.

³¹⁷ *Thaten*, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2016, S. 230 ff.

4. Kapitel

Bankaufsichtsrechtlicher Individualschutz im deutschen Recht unter unionsrechtlichem Einfluss

Obwohl das deutsche Bankaufsichtsrecht grundsätzlich nicht als individual-schützend verstanden wird,¹ bestehen durchaus bereits nach geltendem Recht Möglichkeiten der Durchsetzung individueller Interessen. Im Folgenden sollen diese dem Individualschutz dienenden Durchsetzungsinstrumente im Hinblick auf die jeweils geschützte Gruppe dargestellt werden. Die Darstellung beginnt mit dem Einlegerschutz (A.), worauf der Schutz der Verbraucherdarlehensnehmer folgt (B.). Schließlich werden zivilrechtliche Schutzbehelfe zugunsten der Bankkunden allgemein analysiert (C.). Diese Analyse bildet den Hintergrund für die Entwicklung einer weitergehenden privatrechtlichen Durchsetzung des europäischen Bankaufsichtsrechts aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts (5. Kapitel).

A. Schutz der Einleger durch Einlagensicherung und (früher) Amtshaftungsansprüche

Der Einlegerschutz ist wohl die ursprünglichste individuelle Schutzrichtung des Bankaufsichtsrechts. Schließlich dient die Bankaufsicht seit jeher auch dem Schutz der Einleger vor Bankinsolvenzen. Prominentestes Rechtsinstitut zum Schutze der Einleger ist die Einlagensicherung (I.). Daneben wurde lange bzw. wird teilweise immer noch die Frage individueller Amtshaftungsansprüche von Einlegern gegenüber dem Staat nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG für fehlerhafte Bankaufsicht diskutiert (II.).

I. Einlagensicherung

Als stärkstes Mittel des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzes sorgt das Recht der Einlagensicherung für eine allgemeine Absicherung der Einleger. In Deutschland besteht im internationalen Vergleich ein besonders hoher Schutz für Einleger durch ein Doppelsystem von gesetzlicher und freiwilliger Ein-

¹ S. oben S. 32 f.

lagensicherung.² Die Einlagensicherung hat eine doppelte Schutzfunktion: sie dient dem Schutz der Einleger als Bankgläubiger und dem Schutz der Stabilität des Finanzsystems u. a. durch Verhinderung eines Ansturms auf die Geldschalter (*bank run*).³ Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Einlagensicherung in jedem Fall betragsmäßig begrenzt ist, wenngleich die Beträge bei der freiwilligen Einlagensicherung sehr hoch sind. Bei letzterer besteht jedoch kein Rechtsanspruch auf Entschädigung und nicht alle Kreditinstitute sind Mitglied der freiwilligen Einlagensicherungseinrichtungen.

1. Gesetzliche Einlagensicherung

Die gesetzliche Einlagensicherung wurde in Deutschland erst zur Umsetzung der Einlagensicherungsrichtlinie 94/19/EG⁴ geschaffen und ist seitdem stark unionsrechtlich überformt.⁵ Das aktuell geltende Einlagensicherungsgesetz (EinSiG)⁶ setzte die Einlagensicherungsrichtlinie von 2014⁷ um.⁸ Seit Einführung des EinSiG⁹ besteht eine gesetzliche Pflicht aller CRR-Kreditinstitute i. S. d. KWG, ihre Einlagen durch Zugehörigkeit an einem gesetzlichen oder gesetzlich anerkannten Einlagensicherungssystem zu sichern.¹⁰ Die Einlagensicherungssysteme entsprechen der dreigliedrigen Struktur des deutschen Bankwesens. Als gesetzliche Einlagensicherungssysteme fungieren die beim Bundesverband deutscher Banken angesiedelte Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH (EdB) für private Banken und die Entschädigungseinrichtung des Bundesverbands Öffentlicher Banken Deutschlands GmbH (EdÖ)

² *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 70; *Weber* ZfgK 2008, 560; *Bigus/Leyens* ZBB 2008, 277, 279; für einen EU-weiten Vergleich *Oxera*, Description and assessment of the national investor compensation schemes established in accordance with Directive 97/9/EC, Report prepared for European Commission (Internal Market DG), January 2005.

³ *Bigus/Leyens*, Einlagensicherung und Anlegerentschädigung: Reformüberlegungen aus ökonomischer und rechtsvergleichender Sicht, 2008, S. 12 ff., 29 ff.; *Goedde-Menke/Sträter* DBW 2010, 264, 264 f.; *Neus*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 62.

⁴ Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. Nr. L135 vom 31.5.1994, S. 5.

⁵ *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 77 ff.

⁶ Einlagensicherungsgesetz vom 28. Mai 2015 (BGBl. I S. 786), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 36 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist.

⁷ Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme, ABl. Nr. L173 vom 12.6.2014, S. 149; umfassend hierzu *Gortsos* ECEFIL Working Paper No. 10, 2014.

⁸ Art. 1 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme (DGSD-Umsetzungsgesetz) vom 28. Mai 2015, BGBl. I S. 786.

⁹ *Berger* BKR 2016, 144, 145 ff.

¹⁰ §§ 1 Satz 1, 2 Abs. 1 EinSiG.

für öffentlich-rechtliche Banken.¹¹ Die institutsbezogenen Einlagensicherungssysteme der Sparkassen und Genossenschaftsbanken sind nach § 43 EinSiG von der BaFin anerkannt worden.¹² Während die gesetzlichen Entschädigungseinrichtungen nach § 23 Abs. 1 EinSiG per Rechtsverordnung als Private mit öffentlichen Aufgaben beliehen wurden und z. B. per Verwaltungsakt die Zahlung der Beiträge einfordern können,¹³ sind die institutsbezogenen Sicherungssysteme privat organisiert, ihre Satzungen unterliegen aber gesetzlichen Anforderungen, um einen ähnlichen Grad der Effektivität herzustellen.¹⁴

Nach der gesetzlichen Einlagensicherung haben Einleger einer Bank einen Entschädigungsanspruch gegen die jeweilige Entschädigungseinrichtung ihrer Bank.¹⁵ Der Entschädigungsanspruch ist der Höhe nach grundsätzlich auf den Betrag von bis zu 100.000 Euro begrenzt.¹⁶ Diese Summe bezieht sich unabhängig von der Zahl der Konten auf die Gesamtforderung des Einlegers gegenüber dem CRR-Kreditinstitut.¹⁷ Ausnahmsweise kann der Entschädigungsanspruch bis zu 500.000 Euro betragen, wenn die Beträge aus einer außergewöhnlichen Transaktion wie einer Immobilientransaktion, einer Zahlung zu bestimmten sozialen Zwecken wie Heirat, Scheidung, Kündigung oder Krankheit resultieren und maximal in einem Zeitraum von 6 Monaten vor dem Entschädigungsfall gutgeschrieben wurden.¹⁸ So werden Einleger vor dem Totalverlust ihrer Einlagen geschützt. Der gesetzliche Entschädigungsanspruch erfasst als Einleger sowohl Privatpersonen als auch Unternehmen.¹⁹ Nicht erfasst sind Einlagen von CRR-Kreditinstituten, Finanzinstituten, Wertpapierfirmen, Versicherungsunternehmen, Pensions- und Rentenfonds oder Einlagen staatlicher Stellen.²⁰ Hat die BaFin festgestellt, dass das CRR-Kreditinstitut fällige Einlagen nicht zurückzahlen kann (Entschädigungsfall),²¹ muss das Einlagensicherungssystem die Entschädigungsansprüche der Einleger binnen sieben Arbeitstagen erfüllen.²²

¹¹ *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 87.

¹² *Berger* BKR 2016, 144, 147.

¹³ *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 98.

¹⁴ *Berger* BKR 2016, 144, 147.

¹⁵ § 5 Abs. 1 EinSiG.

¹⁶ § 8 Abs. 1 EinSiG.

¹⁷ § 7 Abs. 3 EinSiG.

¹⁸ § 8 Abs. 2 EinSiG.

¹⁹ *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 88.

²⁰ § 6 EinSiG.

²¹ § 10 Abs. 1 EinSiG.

²² § 14 Abs. 3 EinSiG.

2. Freiwillige Einlagensicherung

Für den besonders hohen Schutz der Einleger in Deutschland sorgen daneben insbesondere die freiwilligen Einlagensicherungseinrichtungen der Bankenverbände.²³ Die freiwillige Einlagensicherung existierte schon geraume Zeit vor der Einführung der gesetzlichen Einlagensicherung. Sie entstand für die Privatbanken zunächst zur Verbesserung der Wettbewerbssituation im Vergleich zu den von der Haftungsgarantie der öffentlichen Träger gesicherten öffentlich-rechtlichen Banken und wurde erheblich erweitert als Reaktion auf die Herstatt-Krise²⁴, die einen großen Vertrauensverlust der Öffentlichkeit in das deutsche Banksystem verursachte.²⁵ Die freiwillige Einlagensicherung besteht nach wie vor neben der gesetzlichen Einlagensicherung.²⁶ Dies ist auch nach der Einlagensicherungsrichtlinie ausdrücklich sowohl für vertragliche als auch für institutsbezogene Systeme erlaubt.²⁷ Auch das EinSiG steht den freiwilligen Einlagensicherungssystemen nicht entgegen, sondern überträgt gewisse Anforderungen des KWG auf sie und unterstellt sie diesbezüglich der Aufsicht durch die BaFin.²⁸ Als freiwillige Einlagensicherungssysteme bestehen der Einlagensicherungsfonds der Privatbanken beim Bundesverband deutscher Banken e. V., der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken e. V. sowie für den genossenschaftlichen Sektor der Sicherungseinrichtung des Bundesverbands der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.²⁹

Die freiwillige Einlagensicherung ist zwar im Grundsatz subsidiär zur gesetzlichen Einlagensicherung,³⁰ gewährt aber deutlich höhere Entschädigungssummen. Aus diesem Grund ist sie für Einlagen jenseits der gesetzlich abgesicherten 100.000 Euro praktisch relevant. Beim Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken waren die Entschädigungssummen zuletzt auf 20 % des Eigenkapitals, sind seit dem 1. Januar 2020 nunmehr auf 15 % des Eigenkapitals der Bank je Gläubiger begrenzt und werden ab 1. Januar 2025 auf 8,75 % des Eigenkapitals der Bank je Gläubiger begrenzt werden.³¹ Ohne Ein-

²³ *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 105 ff.; *Auerbach*, *Banken- und Wertpapieraufsicht*, 2015, S. 113 f.

²⁴ S. unten S. 194 ff.

²⁵ *Fröhlich*, *Die freiwillige Einlagensicherung der privaten Banken – Organisation und Zugang aus verbands- und kartellrechtlicher Sicht*, 2008, S. 37 ff. mwN.

²⁶ *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 105.

²⁷ Art. 1 Abs. 3 lit. a und b Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU.

²⁸ § 61 Abs. 1, Abs. 2 EinSiG.

²⁹ *Berger* BKR 2016, 144, 147 f.

³⁰ § 6 Abs. 16 Satz 1 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

³¹ § 6 Abs. 8 lit. a Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

schränkung wird diese hohe Einlagensicherung allerdings nur natürlichen Personen und rechtsfähigen Stiftungen als Einlegern gewährt.³² Einlagen anderer Gläubiger wie z. B. juristischer Personen unterfallen dem Schutz der freiwilligen Einlagensicherung nur dann, wenn sie keine Verbindlichkeit aus einem Schuldscheindarlehen, einer Namensschuldverschreibung oder aus einem vergleichbaren Schuldtitle ausländischen Rechts sind und zudem eine Laufzeit von maximal 18 Monaten haben.³³ Seit dem 1.1.2020 sind Einlagen von juristischen Personen mit einer längeren Laufzeit als 18 Monate vom Schutz der freiwilligen Einlagensicherung ausgeschlossen.³⁴ Bestandsschutz gilt für bereits vor diesem Datum bestehende Einlagen.³⁵ Der Bestandsschutz entfällt aber, sobald die Einlage fällig wird, gekündigt oder sonst zurückgefordert werden kann, sowie im Fall des Übergangs der Einlage durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge.³⁶ Für Einlagen von juristischen Personen ist der Schutz der Sicherung also stark eingeschränkt. Diese Beschränkung und die künftigen Verringerungen der Sicherungssummen zeigen, wie der ursprünglich umfassende Einlagenschutz durch die freiwillige Einlagensicherung zunehmend reduziert wird, was auch dem allgemein schwierigen Geschäftsumfeld für Banken in Zeiten der Niedrigzinspolitik geschuldet sein dürfte.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zur gesetzlichen Einlagensicherung ist, dass kein Rechtsanspruch auf eine Entschädigung durch die freiwilligen Einlagensicherungssysteme besteht.³⁷ Hierdurch soll vor allem das Anfallen der Versicherungssteuer und die damit verbundene Verteuerung vermieden werden.³⁸ Manche kritisieren das Fehlen eines Rechtsanspruchs.³⁹ Das OLG Köln hat den Ausschluss des Rechtsanspruchs im Falle der Kreditgenossenschaften unter Berufung auf die Satzungsautonomie des Bankenverbandes für

³² § 6 Abs. 2 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

³³ § 6 Abs. 3 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

³⁴ § 6 Abs. 3 lit. c Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

³⁵ § 6 Abs. 3 Satz 6 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

³⁶ § 6 Abs. 3 Satz 7 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018.

³⁷ § 6 Abs. 19 Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken e. V. vom Dezember 2018; § 14 Satzung des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e. V. vom 22. Januar 2014.

³⁸ *Vogelsang*, Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken im Lichte des Versicherungsrechts, 1990, S. 135 f.; *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 110.

³⁹ *R. Schmidt* ZHR 146 (1982), 48, 50; *Dreher* ZIP 1992, 1597, 1600 ff.; *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 23a KWG Rn. 34 ff.; *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 110–113.

rechtmäßig erklärt.⁴⁰ Dieses Urteil dürfte sich auf die anderen freiwilligen Einlagensicherungssysteme übertragen lassen. Obwohl der Bundesverband deutscher Banken von dieser Regelung laut eigener Aussage keinen Gebrauch machen möchte,⁴¹ besteht für die Einleger keine Rechtssicherheit hinsichtlich der Einklagbarkeit der Entschädigungsansprüche. Kritiker weisen darauf hin, dass der Bankenverband das Statut der Einlagensicherung anders auslegen könne als die Gläubiger und dass letztere de facto rechtlos seien, da die Gerichte den fehlenden Rechtsanspruch akzeptierten.⁴²

3. EDIS-Vorschlag der EU-Kommission

Die gesetzliche Einlagensicherung könnte sich in naher Zukunft stark ändern. Denn die EU-Kommission hat einen über die zurzeit geltende EU-weite Harmonisierung weit hinausreichenden Vorschlag für eine eurozonenweit gemeinsame Einlagensicherung gemacht (EDIS-Vorschlag),⁴³ dessen Grundprinzipien seit längerem als dritte Säule der Europäischen Bankenunion diskutiert werden.⁴⁴ Nach dem EDIS-Vorschlag würden die nationalen Einlagensicherungssysteme, zu deren Errichtung und Betrieb die Mitgliedstaaten bereits nach der Einlagensicherungsrichtlinie verpflichtet sind, schrittweise⁴⁵ zu einem gemeinsamen Einlagensicherungssystem zusammengeführt werden.⁴⁶ Dieses gemeinsame Einlagensicherungssystem wäre institutionell beim Single Resolution Mechanism (SRM) angesiedelt, der Einlagensicherungsfonds würde aus Beiträgen aller Banken der Eurozone finanziert.⁴⁷ Die Einlagensicherung würde für Einlagen nach wie vor Entschädigungsansprüche von bis zu 100.000 Euro gewährleisten,⁴⁸ sodass sich hinsichtlich der materiellen Einlagensicherung nichts ändern würde.

⁴⁰ OLG Köln, Urteil vom 29. Oktober 1992 – 18 U 35/92 – (ZIP 1992, 1617, 1618 ff.).

⁴¹ Der BdB führt auf seiner Internetseite an, dass der Einlagensicherungsfonds bisher in allen Entschädigungsfällen jeden Einleger entschädigt habe und sich nie auf den fehlenden Rechtsanspruch berufen habe: <https://einlagensicherungsfonds.de/informationen-zur-freiwilligen-einlagensicherung/schutzumfang/hoehoe-des-schutzes-sicherungsgrenzen/>.

⁴² Fischer/Boegl, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 133 Rn. 111 f.; Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 23a KWG Rn. 34 ff.

⁴³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagenversicherungssystems vom 24.11.2015 (EDIS-Vorschlag), COM(2015) 586 final.

⁴⁴ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: Fahrplan für eine Bankenunion vom 12.09.2012, COM(2012) 510 final, S. 2.

⁴⁵ Art. 41a ff. EDIS-Vorschlag.

⁴⁶ Art. 41h EDIS-Vorschlag.

⁴⁷ Art. 1 Abs. 1 EDIS-Vorschlag.

⁴⁸ Art. 41h Abs. 2, 41f Abs. 1 EDIS-Vorschlag, Art. 6 Abs. 1 Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU.

Die weitreichende institutionelle Reform und die vorgeschlagene Vergemeinschaftung des Versicherungsrisikos verursachen jedoch politische Konflikte. So begegnen dem EDIS-Vorschlag v. a. nordeuropäische Mitgliedstaaten mit Skepsis. In Deutschland erklärten sich die Bundesregierung,⁴⁹ der Bundestag,⁵⁰ der Bundesrat,⁵¹ die Deutsche Bundesbank⁵² und die Verbände der Bankenindustrie⁵³ geschlossen gegen den EDIS-Vorschlag. Einerseits wird kein Bedarf zur Veränderung gesehen, da die bestehenden Einlagensicherungssysteme gut funktionieren. Andererseits besteht Sorge vor einer Haftungsübernahme für Banken krisengeschüttelter Länder, die einen hohen Prozentsatz von ausfallgefährdeten Krediten (*non-performing loans* – *NPLs*) haben, und den hiermit verbundenen Fehlanreizen (*moral hazard*). Daher wird zunächst ein Abbau der Risiken, insbesondere der *NPLs*, gefordert, bevor die Einlagensicherung vergemeinschaftet wird.⁵⁴ Angesichts der hohen Priorität des Projekts für die EU-Kommission,⁵⁵ die durch positive Kosten-Nutzen-Analysen untermauert wird,⁵⁶ und angesichts deutsch-französischer Kompromissvorschläge aus der Wissenschaft⁵⁷ ist möglich, dass die Einlagensicherung dennoch bald vergemeinschaftet wird.⁵⁸

II. Amtshaftung gegenüber Einlegern für Bankaufsichtsfehler nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG

Ein weiterer Aspekt der Diskussion über die Schutzrichtung des Bankaufsichtsrechts und über das Verhältnis zum Zivilrecht ist die Frage, inwieweit der Staat für Aufsichtsfehler haften muss.⁵⁹ Die das Amtshaftungsregime nach

⁴⁹ Antwort der Bundesregierung vom 20.02.2018 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Bettina Stark-Watzinger, Nicola Beer, Britta Katharina Dassler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Drs. 19/814.

⁵⁰ Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 23.02.2016, BT-Drs. 18/7644.

⁵¹ Beschluss des Bundesrates vom 24. 11. 17, BR-Drs. 686/17.

⁵² Deutsche Bundesbank, Deposit protection in Germany, Monthly Report December 2015, S. 47, 58 ff.

⁵³ Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme vom 22.01.2016 zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagensicherungssystems, verfügbar unter: <https://bankenverband.de/themen/dk-stellungnahme-zum-verordnungsvorschlag-der-europaischen-kommission-im-hinblick-auf-die-schaffung-eines-europaischen-einlagensicherungssystems/>.

⁵⁴ Antwort der Bundesregierung vom 20.02.2018 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Bettina Stark-Watzinger, Nicola Beer, Britta Katharina Dassler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Drs. 19/814.

⁵⁵ Hill ZfgK 2016, 22; Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Vollendung der Bankenunion, COM(2017) 592 final.

⁵⁶ Carmassi et al. ECB Occasional Paper No. 208, April 2018.

⁵⁷ Bénassy-Quéré et al. CEPR Policy Insight No. 91/2018.

⁵⁸ Bei Fertigstellung des Manuskripts im Januar 2020 lag noch keine Einigung im Trilog vor. Zum aktuellen Stand der Verhandlungen vgl. den Verlauf des EDIS-Vorschlags: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52015PC0586&qid=1579291644626>.

⁵⁹ Zur Rolle der Amtshaftung für das Verhältnis zwischen Eigenverantwortung des Bür-

deutschem Recht begründenden Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB setzen hierfür die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer Amtspflicht voraus, die dem Staat gegenüber einem Dritten obliegt.⁶⁰ Unbestritten ist, dass der Staat für Fehler der Aufsichtsbehörden gegenüber den unmittelbar von der rechtswidrigen Aufsichtsmaßnahme Betroffenen nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG haftet.⁶¹ Hierbei sind die Eingriffsbefugnisse des KWG zugleich Amtspflichten der BaFin zum Schutz der Beaufsichtigten.⁶² Demgegenüber bestand lange Streit darüber, ob auch Bankkunden den Staat in Haftung nehmen können, bevor der Gesetzgeber einer solchen Haftung entgegentrat und § 6 Abs. 3 KWG a. F. einführte (heute § 4 Abs. 4 FinDAG), wonach die Bankaufsicht nur im öffentlichen Interesse erfolgt und daher kein Drittschutz mehr möglich ist.⁶³

1. Ursprüngliche Einigkeit über fehlenden Drittschutz der Bankaufsicht

Bereits seit Erlass des RKWG bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass eine Staatshaftung für fehlerhafte Bankaufsicht gegenüber Dritten, z. B. Bankkunden, ausscheidet.⁶⁴ So verneinte das OLG Bremen in einem sehr frühen Fall einen Amtshaftungsanspruch einer Bausparkassengenossin unter Verweis auf den rein polizeilichen Zweck der Bankaufsicht, da der Staat die Aufsicht nur im Interesse der Bankkunden als Gesamtheit ausübe.⁶⁵ Die einzelnen Kunden müssten sich vielmehr selbst schützen und könnten nicht darauf vertrauen, dass der Staat jedweden Schaden verhindere.⁶⁶ *Flume* teilte dieses Ergebnis, verwarf aber den Verweis auf die polizeiliche Natur, da polizeiliche Maßnahmen oft mit Amtspflichten gegenüber Einzelnen einhergingen, und stellte allgemeiner darauf ab, dass das KWG keine Pflichten des Staates gegenüber dem Einzelnen begründe.⁶⁷ Das OLG Hamburg folgte dieser Auslegung.⁶⁸ Wenig später bestä-

gers und Mitverantwortung des Staates auch mit Blick auf die Bankaufsicht *Pietzcker* JZ 1985, 209, 214.

⁶⁰ Umfassend hierzu *Papier/Shirvani*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 839 Rn. 129 ff.

⁶¹ *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 40; *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 171.

⁶² BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 19 (BGHZ 162, 49); OLG Frankfurt, Urteil vom 13. Juli 2006 – 1 U 239/05 – Rn. 12, juris.

⁶³ Einen Überblick bieten *Albert*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6 Rn. 56; *Brüggemeier*, Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 165 ff.; *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 37 ff.

⁶⁴ Bereits vor Erlass des RKWG verneinte das Reichsgericht im Sparkassensektor einen Amtshaftungsanspruch gegenüber Bankkunden für Aufsichtsfehler eines Landrats: RG, Urteil vom 19. März 1931 – 195/30 IV – (JW 1931, 3097, 3098).

⁶⁵ OLG Bremen, Beschluss vom 13. November 1952 – 1 W 244/52 – (NJW 1953, 585).

⁶⁶ OLG Bremen, Beschluss vom 13. November 1952 – 1 W 244/52 – (NJW 1953, 585).

⁶⁷ *Flume* NJW 1953, 586.

⁶⁸ OLG Hamburg, Urteil vom 28.6.1957 – 1 U 113/56 – (BB 1957, 950).

tigte der BGH diese Rechtsprechung im Grundsatz per obiter dictum in einem Fall, in dem er den Amtshaftungsanspruch eines Bankgeschäftleiters wegen mutmaßlicher Aufsichtsfehler nach dem RKWG ablehnte.⁶⁹ Entsprechend dieser Rechtsprechung verneinte der BGH auch im Bereich der Versicherungsaufsicht gegenüber Versicherten die Amtshaftung, da die staatliche Aufsicht über private Wirtschaftseinheiten grundsätzlich nur dem öffentlichen Interesse diene und das Schutzziel „Belange der Versicherten“ sich nicht auf die einzelnen Versicherten beziehe.⁷⁰ Den fehlenden Drittschutz von Normen des Versicherungsaufsichtsrechts leitete der BGH ausdrücklich aus der ganz überwiegenden Verneinung des Drittschutzes von Normen des Bankaufsichtsrechts ab.⁷¹ Nur vereinzelt wurde diese Rechtsprechung als „überkommenes Verständnis von Wirtschaftsaufsicht einerseits und Amtshaftung andererseits“ kritisiert.⁷² Es herrschte also überwiegend Einigkeit darüber, dass der Staat nicht gegenüber Bankkunden für mangelhafte Aufsicht haftet.

2. Bejahung der Amtshaftung gegenüber Einlegern in den BGH-Urteilen *Herstatt* und *Wetterstein*

Im Jahr 1979 vollzogen die beiden BGH-Urteile *Wetterstein*⁷³ und *Herstatt*⁷⁴ paukenschlagartig einen Kurswechsel zur vorherigen Rechtsprechung. In beiden Fällen bejahte der BGH drittschützende Amtspflichten aus dem KWG in Schadensersatzklagen gegen die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin des damals zuständigen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (BaKred)⁷⁵. Im *Wetterstein*-Urteil klagte ein Anleger auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitt, dass er einen Anteil des Wetterstein-Wertbrief-Fonds von einem Unternehmen kaufte, das insolvent wurde und dessen Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG die Aufsicht erst zu spät rügte.⁷⁶ Der BGH urteilte, dass die Aufsichtspflicht zur Überprüfung genehmigungspflichtiger Bankgeschäfte eine die Bankkunden schützende Amtspflicht darstelle.⁷⁷ Der BGH bestätigte den Grundsatz, dass Fehler in der Wirtschaftsaufsicht aufgrund der öffentlichen Zweckrichtung grundsätzlich nicht zu Amtshaftung führen, und sah daher keinen Widerspruch zu seiner Rechtsprechung im Versicherungsaufsichtsrecht.⁷⁸ Die Bankaufsicht stelle aber eine Teilausnahme dar, da

⁶⁹ BGH, Urteil vom 28. April 1960 – III ZR 176/59 – (VersR 1960, 979).

⁷⁰ BGH, Entscheidung vom 24. Januar 1972 – III ZR 166/69 – Rn. 8, 10 (BGHZ 58, 96).

⁷¹ BGH, Entscheidung vom 24. Januar 1972 – III ZR 166/69 – Rn. 9 (BGHZ 58, 96).

⁷² *Scholz* NJW 1972, 1217, 1217; ebenso für die Auslegung der Aufsichtspflicht aus § 6 Abs. 1 KWG als gläubigerschützende Amtspflicht *Bender* NJW 1978, 622, 623.

⁷³ BGH, Urteil vom 15. Februar 1979 – III ZR 108/76 – (BGHZ 74, 144).

⁷⁴ BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 154/77 – (BGHZ 75, 120).

⁷⁵ S. oben S. 45 ff.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 1–4 (NJW 1979, 1354).

⁷⁷ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 8 (NJW 1979, 1354).

⁷⁸ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 6 (NJW 1979, 1354).

viele KWG-Normen aufgrund ihrer auch individualschützenden Zweckrichtung drittschützende Eigenschaft entfalteten.⁷⁹ So sei die „eigentliche“ Bankaufsicht nach § 6 Abs. 1 KWG a. F. gemeinsam mit den einzelnen Eingriffsbefugnissen des KWG auch dazu bestimmt, die einzelnen Bankgläubiger zu schützen,⁸⁰ was sich sowohl aus dem Wortlaut einzelner KWG-Normen ergebe, die den Individualschutz erwähnen, als auch aus der gesetzgeberischen Entwicklung seit Erlass des KWG.⁸¹ Bemerkenswert ist, dass der BGH im *Wetterstein-Urteil* aus der Schutzgesetzeigenschaft einiger KWG-Normen i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB mangels gesetzgeberischer Einschränkung zugleich den Drittschutz der Bankaufsicht herleitet.⁸² Insofern schuf er eine Verknüpfung zwischen Schutzgesetzeigenschaft und Amtshaftung, die zugleich von den individualschutzverneinenden Stimmen häufig umgekehrt verwendet wird, um das Fehlen der Schutzgesetzeigenschaft von KWG-Normen zu begründen.⁸³

Im *Herstatt-Urteil* ging der BGH inhaltlich noch weiter, indem er eine gläubigerschützende Aufsichtspflicht zum Gebrauch der vom KWG eingeräumten Prüfungsmittel annahm, wenn der Aufsichtsbehörde hinreichend verlässlich mitgeteilt wird, dass die Bank durch risikoreiches Devisengeschäft ihr Eigenkapital gefährdet.⁸⁴ Im Fall klagte eine Interessengemeinschaft von Sparern der Herstatt-Bank auf Ersatz des Schadens, den die Sparer durch Verlust der Einlagen nach der Insolvenz der Bank wegen mangelhafter Aufsichtstätigkeit des BaKred erlitten hatten.⁸⁵ Der BGH bestätigte das *Wetterstein-Urteil* und konkretisierte seine Rechtsprechung dahingehend, dass auch die Eigenkapitalvorschriften nach § 10 Abs. 1 KWG a. F. Gläubigerschutz entfalteten, sodass das BaKred zu ihren Gunsten nach § 46 KWG a. F. auch im laufenden Bankbetrieb einschreiten müsse.⁸⁶ Das Aufstellen der Grundsätze über das haftende Eigenkapital durch das BaKred diene mangels rechtlicher Außenwirkung nicht dem Schutz der Bankgläubiger, könne jedoch bei Zuwiderhandeln einer Bank gegen bereits erlassene Grundsätze eine drittschützende Amtspflicht des BaKred zum aufsichtlichen Eingriff begründen.⁸⁷

3. Kritik und Kurskorrektur des BGH

Der Paukenschlag beider Urteile blieb nicht ohne Echo. Das OLG München, an das das *Wetterstein-Verfahren* zurückverwiesen wurde, fand keine subsumti-

⁷⁹ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 9–19 (NJW 1979, 1354).

⁸⁰ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 12 (NJW 1979, 1354).

⁸¹ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 13–19 (NJW 1979, 1354).

⁸² BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 14 (NJW 1979, 1354).

⁸³ S. unten S. 202 f., 226 ff.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 154/77 – Rn. 11, 29 (BGHZ 75, 120).

⁸⁵ BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 154/77 – Rn. 1–2 (BGHZ 75, 120).

⁸⁶ BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 154/77 – Rn. 11–12 (BGHZ 75, 120).

⁸⁷ BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 154/77 – Rn. 25–26 (BGHZ 75, 120).

onsfähigen Tatsachen für die Amtshaftung und wies die Klage erneut zurück.⁸⁸ Zudem folgte das OLG München dem BGH nicht in allen Punkten. Während der BGH die als „Darlehen“ für den Fonds-Anteil gezahlte Summe der Kläger als Einlage i. S. d. KWG qualifizierte,⁸⁹ verneinte das OLG München die Einstufung als Einlage und damit den Verstoß gegen die Erlaubnispflicht.⁹⁰ Während der BGH davon ausgegangen war, dass dem BaKred die Angebote der Geschäftspraxis in Zeitungswerbungen bekannt waren,⁹¹ sah das OLG München die Beweislage anders und lehnte darüber hinaus eine Pflicht des BaKred zur systematischen Überprüfung der Zeitungswerbung auf erlaubnisbedürftige Bankgeschäfte ab.⁹² Darüber hinaus räumte das OLG München dem BaKred einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Intensität seines Aufsichtshandelns ein,⁹³ wohingegen der BGH angesichts der Ermessensselbstbindung durch die Eigenkapital-Grundsätze und aufgrund starker Hinweise auf eine Erlaubnispflicht einen eingeschränkten Ermessensspielraum annahm.⁹⁴ Insofern unterhöhle das OLG München de facto die vom BGH geforderte Staatshaftung. Auch im *Herstatt*-Verfahren verneinte das OLG Köln die Amtshaftungsansprüche erneut.⁹⁵ Daneben stießen die BGH-Urteile in Teilen der Literatur auf große Empörung, getrieben von der Sorge eines Dammbrochs hin zu einer uferlosen Haftung des Staates für Bankversagen.⁹⁶ Andere Stimmen hingegen befürworteten die neue BGH-Rechtsprechung.⁹⁷

Bezeichnend ist, dass der BGH die erneuten Revisionen gegen die Anschlussurteile des OLG Köln und des OLG München mangels grundsätzlicher Bedeutung und mangels Erfolgsaussichten zurückwies.⁹⁸ Obwohl der BGH jeweils an seiner grundsätzlich amtshaftungsbejahenden Rechtsauffassung festhielt⁹⁹ und diese auch in einem Urteil von 1984 noch bestätigte,¹⁰⁰ kann die

⁸⁸ OLG München, Urteil vom 14. Juli 1980 – 1 U 2266/79 – Rn. 152 (ZIP 1980, 647).

⁸⁹ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 26 (NJW 1979, 1354).

⁹⁰ OLG München, Urteil vom 14. Juli 1980 – 1 U 2266/79 – Rn. 154–167 (ZIP 1980, 647).

⁹¹ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 42 (NJW 1979, 1354).

⁹² OLG München, Urteil vom 14. Juli 1980 – 1 U 2266/79 – Rn. 169–172 (ZIP 1980, 647).

⁹³ OLG München, Urteil vom 14. Juli 1980 – 1 U 2266/79 – Rn. 187–188 (ZIP 1980, 647).

⁹⁴ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 35–43 (NJW 1979, 1354).

⁹⁵ OLG Köln, Urteil vom 17. Dezember 1981 – 7 U 167/79 – (kein Abdruck zu finden, Aktenzeichen aus Folgeurteilen bekannt).

⁹⁶ *Starke* WM 1979, 1402; *Kaulbach* VersR 1981, 701; *Püttner* JZ 1982, 47; *Bleibaum* ZfgK 1982, 476.

⁹⁷ *Papier* JuS 1980, 265, 270; *Kopf/Bäumler* NJW 1979, 1871; im Grundsatz positiv, aber differenzierend *Schwark* JZ 1979, 670.

⁹⁸ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 1981 – III ZR 146/80 – Rn. 1–2 (WM 1982, 124); BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1982 – III ZR 20/82 – Rn. 1–2 (WM 1982, 1246).

⁹⁹ BGH, Beschluss vom 17. Dezember 1981 – III ZR 146/80 – Rn. 1 (WM 1982, 124); BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1982 – III ZR 20/82 – Rn. 1 (WM 1982, 1246).

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 15. März 1984 – III ZR 15/83 – Rn. 9 (BGHZ 90, 310). In diesem Urteil lehnte der BGH aber die Erstreckung des Drittschutzes auf stille Gesellschafter einer Bank mangels Eigenschaft als Dritte ab. Befürwortend *Pietzcker* JZ 1985, 209, 214.

Abweisung der erneuten Revisionen als inhaltliches „Einknicken“ des BGH gewertet werden.¹⁰¹ Denn er legte die von ihm ursprünglich gestellten Anforderungen restriktiv aus und folgte im Einzelfall der Rechtsauffassung der Berufungsgerichte.¹⁰²

4. Gesetzgeberischer Ausschluss der Amtshaftung gegenüber Dritten durch § 6 Abs. 3 KWG a. F. (jetzt § 4 Abs. 4 FinDAG)

Wenngleich die Amtshaftungsansprüche der Bankgläubiger letztlich keinen Erfolg hatten, verblieben erhebliche Rechtsunsicherheiten.¹⁰³ Daher fügte der Gesetzgeber mit der dritten KWG-Novelle zeitgleich mit einer entsprechenden Vorschrift für das Versicherungsaufsichtsrecht¹⁰⁴ den § 6 Abs. 3 KWG a. F. hinzu, dem zufolge das BaKred die ihm nach KWG und anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben „nur im öffentlichen Interesse“ wahrnahm.¹⁰⁵ Laut Gesetzesbegründung knüpfte der Gesetzgeber hiermit an die ursprüngliche gesetzgeberische Vorstellung einer marktwirtschaftskonform auszuübenden Bankaufsicht an.¹⁰⁶ Die gesetzgeberische Korrektur diene ausdrücklich dazu, gegenüber nicht unmittelbar von der Bankaufsicht betroffenen Dritten die Amtshaftung für Bankaufsichtsfehler auszuschließen.¹⁰⁷ Da der BGH in den *Wetterstein-* und *Herstatt-Urteilen* die Amtshaftung „mangels einschränkender Zielsetzung des Gesetzes“¹⁰⁸ bejaht hatte, sah sich der Gesetzgeber genötigt, die Zielsetzung einzuschränken.¹⁰⁹ Der Gesetzgeber befürchtete, eine Amtshaftung hätte zur Folge, dass die Bankaufsicht zu weitgehende Maßnahmen treffen, die unternehmerische Freiheit der Banken übermäßig beschränken und damit die marktwirtschaftskonforme Konzeption des KWG konterkarieren würde.¹¹⁰ Hingegen würde der Einlegerschutz laut Regierungsetwurf nicht beeinträchtigt, da die

¹⁰¹ So auch *Hafke ZfgK* 1982, 312; *Albert*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6 Rn. 56.

¹⁰² BGH, Beschluss vom 17. Dezember 1981 – III ZR 146/80 – Rn. 3–9 (WM 1982, 124); BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1982 – III ZR 20/82 – Rn. 3–10 (WM 1982, 1246).

¹⁰³ Vgl. *Hafke ZfgK* 1982, 312; *Bleibaum ZfgK* 1982, 476; *Püttner JZ* 1982, 47, 49 f.

¹⁰⁴ Einfügung des § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG a. F. durch Art. 4 Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1693.

¹⁰⁵ Art. 1 Nr. 3 Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1693.

¹⁰⁶ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 19.

¹⁰⁷ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 20.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 15. Februar 1979 – III ZR 108/76 – Rn. 14 (BGHZ 74, 144); hierauf verweist auch BGH, Urteil vom 12. Juli 1979 – III ZR 154/77 – Rn. 11 (BGHZ 75, 120).

¹⁰⁹ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 20.

¹¹⁰ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 20.

Einlagensicherungseinrichtungen dem Einlegerschutz hinreichend genügten.¹¹¹ Wenn man berücksichtigt, dass die Herstatt-Sparer gerade in Ermangelung hinreichender Einlagensicherung auf Amtshaftung klagten,¹¹² kann dieses Argument jedoch kaum überzeugen. Jenseits der Drittschutzfrage berührte die gesetzgeberische Einschränkung aber nicht die Amtshaftung gegenüber den direkt der Bankaufsicht Unterworfenen.¹¹³

5. Verfassungskonformität des Amtshaftungsausschlusses

Während manche Reaktionen auf die dritte KWG-Novelle den Ausschluss der Amtshaftung gegenüber Dritten gar nicht erwähnten¹¹⁴ und andere ihn befürworteten,¹¹⁵ stieß die gesetzgeberische Einschränkung verschiedentlich auf verfassungsrechtliche Bedenken. Bereits der Bundesrat äußerte im Gesetzgebungsprozess zur dritten KWG-Novelle „im Hinblick auf die grundgesetzliche Verankerung des Amtshaftungsrechts sowie unter rechtssystematischen Gesichtspunkten“ Zweifel hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen Amtshaftungsausschlusses.¹¹⁶ Auch im Schrifttum kam eine Debatte hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 3 KWG a. F. auf. Manche schlossen einen grundrechtlichen Anspruch auf Einschreiten der Bankaufsicht aus, da dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der bankaufsichtlichen Ziele zustehe und überdies ein Amtshaftungsanspruch nicht zum Schutz der Einleger geeignet sei, da sie im Prozess regelmäßig die Kausalität nicht beweisen könnten.¹¹⁷ Andere hingegen leiteten aus dem hohen Stellenwert des Amtshaftungsrechts im Grundgesetz und aus dem Eigentumsgrundrecht in Art. 14 GG ab, dass der Einlegerschutz Verfassungsrang habe, und erachteten den allgemeinen Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen für Bankkunden daher für grundgesetzwidrig.¹¹⁸ In ähnlicher Richtung wurde teilweise die Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates vertreten.¹¹⁹ Andere sahen im allgemeinen Amtshaftungsausschluss einen Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz. So dürfe der Gesetzgeber zwar die inhaltlichen Amtspflichten neu gestalten, er dürfe

¹¹¹ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 19, 20.

¹¹² *Kopf/Bäumler* NJW 1979, 1871.

¹¹³ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 20.

¹¹⁴ *Henke* WM 1985, 41.

¹¹⁵ *Waldeck* NJW 1985, 888, 892.

¹¹⁶ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 58.

¹¹⁷ *Binder* WM 2005, 1781, 1786 ff.

¹¹⁸ *Nicolaysen*, in: GS Martens 1987, S. 663, 669 ff., 676–678.

¹¹⁹ *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2326 ff.; zur parallelen Regelung im Versicherungsaufsichtsrecht *Schenke*, in: FS Lorenz 1994, S. 473, 482 ff.

aber nicht – wie hier geschehen – unter Beibehaltung des Amtspflichtinhalts schlicht die von der Rechtsprechung hieran geknüpften Folgen eines Verstoßes ausschließen.¹²⁰ Zudem soll ein Formenmissbrauch darin liegen, dass der Gesetzgeber die Amtshaftung nach Art. 34 GG nur in Ausnahmefällen einschränken und gar ausschließen dürfe, wenn es überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots geböten, was beim undifferenzierten Amtshaftungsausschluss für die Bankaufsicht nicht ersichtlich sei.¹²¹

6. *Unionsrechtskonformität des Amtshaftungsausschlusses:
BGH-Urteil BVH und EuGH-Urteile Peter Paul und Kantarev*

Neben den verfassungsrechtlichen Zweifeln wurden auch Bedenken hinsichtlich der Unionsrechtskonformität des Amtshaftungsausschlusses geäußert. Manche Literaturstimmen entnahmen dem Individualschutz der Bankrechtskoordinierungsrichtlinie¹²² das Gebot zur Ermöglichung von Staatshaftungsansprüchen nach nationalem Recht.¹²³ Nach der Pleite der Bank für Vermögensanlagen und Handel AG (BVH) im Jahre 1997 stellten sich beide Fragen in einem praktischen Fall.¹²⁴ Einleger der BVH, die keinem Einlagensicherungssystem angehörte, klagten gegen die Bundesrepublik wegen Nichtumsetzung der Einlagensicherungsrichtlinie 94/19/EG¹²⁵ auf Schadensersatz in Höhe der mit dem Konkurs verlorenen Einlagen. Vor dem LG Bonn hatten die Kläger im Jahr 2000 insoweit Erfolg, als ihnen ein Amtshaftungsanspruch bis zur Höhe der gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebenen Einlagenmindestsicherungsbetrages von 39.450 DM (entsprechend 20.000 ECU) zugebilligt wurde.¹²⁶ Da die Einlagen von mehreren Klägern bei der BVH diese Summe überschritten und sie Amtshaftung in voller Höhe ihrer Einlagen wegen Aufsichtsfehler der Bankaufsicht verlangten, legten die Kläger Berufung ein unter Geltendmachung, dass § 6 Abs. 4 KWG a. F. verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrig sei.¹²⁷ Das OLG Köln wies die Klage ab und urteilte, dass § 6 Abs. 4 KWG a. F. verfassungsgemäß sei, da er weder gegen das Prinzip der Gewaltenteilung noch gegen das Eigentumsgrundrecht, andere Grundrechte oder Art. 34 GG versto-

¹²⁰ *Papier/Shirvani*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 255; bereits *Papier*, in: MüKo BGB, 2. Aufl. 1986, § 839 Rn. 215; *Nießgens* FS Gelzer 1991, S. 293, 299 f.

¹²¹ *Papier/Shirvani*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 255; bereits *Papier*, in: MüKo BGB, 2. Aufl. 1986, § 839 Rn. 215; *Nießgens*, in: FS Gelzer 1991, S. 293, 300.

¹²² S. oben S. 52 ff.

¹²³ *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2328 ff.

¹²⁴ Vgl. *Albert*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 6 Rn. 56.

¹²⁵ Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. Nr. L 135 vom 31.5.1994, S. 5.

¹²⁶ LG Bonn, Urteil vom 31. März 2000 – 1 O 159/99 – (juris und BeckRS 2012, 00715).

¹²⁷ OLG Köln, Urteil vom 11. Januar 2001 – 7 U 104/00 – Rn. 7 (NJW 2001, 2724).

ße, und zudem mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimme.¹²⁸ Die Revision vor dem BGH veranlasste den BGH dazu, die Frage der Gemeinschaftsrechtskonformität von § 6 Abs. 4 KWG a. F. vom EuGH per Vorlagebeschluss klären zu lassen.¹²⁹ Hierbei fragte der BGH den EuGH, ob die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien zur Einlagensicherung und zu Banken allgemein Einlegern und Anlegern das Recht verleihen, dass die Bankaufsicht auch in ihrem Interesse durchzuführen ist.¹³⁰ Unter anderem wollte er wissen, ob die Einlagensicherungsrichtlinie auch einen Entschädigungsanspruch für den Fall verlangt, dass ein im Mitgliedstaat zugelassenes Kreditinstitut Einlagen annimmt, obwohl es – wie im Fall – unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Einlagensicherungsrichtlinie 94/19/EG nicht in einem Einlagensicherungssystem angeschlossen ist.¹³¹ Der EuGH antwortete im viel diskutierten Urteil *Peter Paul*¹³² und stellte keinen Verstoß gegen die Einlagensicherungsrichtlinie oder die anderen Bankenrichtlinien fest. Aus der Einlagensicherungsrichtlinie 94/19/EG ergebe sich kein Anspruch auf Bankaufsicht im Interesse der Einleger, da Erwägungsgrund 54 der Richtlinie ausdrücklich eine mitgliedstaatliche Haftung gegenüber den Einlegern jenseits der Einlagensicherungssysteme ausschließe.¹³³ Zu den allgemeinen Bankenrichtlinien 77/780/EWG, 89/299/EWG und 89/646/EWG führte der EuGH aus, dass die Bestimmungen, die explizit den Schutz der Einleger und Anleger bezweckten, nicht verlangten, dass Einlegern ein individueller Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat zustehe.¹³⁴ Die Vorschriften dienten zudem nur der Harmonisierung der Bankaufsichtssysteme und es gebe viele Mitgliedstaaten, deren Recht Staatshaftung gegenüber Einzelnen für Aufsichtsfehler ausschließe.¹³⁵ Im Anschluss an das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH wies auch der BGH im *BVH*-Urteil die Amtshaftungsklage jenseits des Einlagensicherungsmindestbetrags zurück.¹³⁶ Bei der Verneinung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs verwies er auf das EuGH-Urteil.¹³⁷ Darüber hinaus lehnte er eine Amtshaftung nach deutschem Recht ab, da der Gesetzgeberwillen hinsichtlich des Ausschlusses von Amtshaftung gegenüber Dritten nach § 6 Abs. 4 KWG a. F. einer Amtshaftung ausdrücklich ent-

¹²⁸ OLG Köln, Urteil vom 11. Januar 2001 – 7 U 104/00 – Rn. 21–33 (NJW 2001, 2724).

¹²⁹ BGH, Beschluss vom 16. Mai 2002 – III ZR 48/01 – (NJW 2002, 2464).

¹³⁰ BGH, Beschluss vom 16. Mai 2002 – III ZR 48/01 – (NJW 2002, 2464, 2466 ff.).

¹³¹ BGH, Beschluss vom 16. Mai 2002 – III ZR 48/01 – (NJW 2002, 2464, 2466 f.).

¹³² EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222; hierzu etwa *Binder* GPR 2005, 28.

¹³³ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 30–31.

¹³⁴ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 40, 46.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 41–44.

¹³⁶ BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – (BGHZ 162, 49).

¹³⁷ BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 7–10 (BGHZ 162, 49).

gegenstehe.¹³⁸ Die Norm sei auch grundgesetzkonform.¹³⁹ Der BGH setzte sich intensiv mit der starken Kritik in der Literatur auseinander, lehnte jedoch deren Argumente ab.¹⁴⁰ Der Gesetzgeber sei befugt, den Zweck der Bankaufsicht zu beschränken, und verstoße hierbei weder gegen das Gewaltenteilungsprinzip noch gegen Art. 34 GG.¹⁴¹ Auch gebe es keine grundrechtliche Schutzpflicht zum Schutz der Einleger durch Amtshaftung.¹⁴²

Die Literatur nahm das Urteil des EuGH gemischt auf.¹⁴³ Auch das Urteil des BGH wurde kritisiert, es beruhe „letztlich nur auf der Furcht vor unabsehbaren Haftungsrisiken für die Staatsfinanzen“ und dokumentiere „offenkundige Wertungswidersprüche unserer Rechtsordnung, der übergreifende Ordnungs- und Wertungskriterien verloren gegangen sind“.¹⁴⁴ Daher verwundert es nicht, dass manche nach wie vor die Verfassungsmäßigkeit von nunmehr § 4 Abs. 4 FinDAG bezweifeln.¹⁴⁵ Das Bundesverfassungsgericht wurde mit der Frage noch nicht befasst, sodass eine letzte Klärung aussteht.

In seinem kürzlichen Urteil *Kantarev* bejahte der EuGH die Amtshaftung der Bulgarischen Nationalbank als Bankaufsichtsbehörde gegenüber Einlegern, da sie es pflichtwidrig unterlassen hatte, die Nichtverfügbarkeit von Einlagen festzustellen.¹⁴⁶ Diese Feststellung ist nach der Einlagensicherungsrichtlinie de facto notwendige Voraussetzung dafür, dass Einleger ihre gesetzliche Einlagensicherung erhalten.¹⁴⁷ Der EuGH unterschied *Kantarev* als Fall der fehlerhaften Umsetzung der Einlagensicherungsrichtlinie vom Fall *Peter Paul*, in dem die Kläger Staatshaftung jenseits des Einlagensicherungsbetrags der Richtlinie forderten und letztlich den Staatshaftungsausschluss nach § 4 Abs. 4 FinDAG außerhalb des Anwendungsbereichs der Einlagensicherungsrichtlinie angriffen.¹⁴⁸ In *Kantarev* stellte die Bulgarische Nationalbank nicht die Nichtverfügbarkeit der Einlagen fest, obwohl sie zur raschen Feststellung verpflichtet war,¹⁴⁹

¹³⁸ BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 14–20 (BGHZ 162, 49).

¹³⁹ BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 23 (BGHZ 162, 49).

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 24–31 (BGHZ 162, 49).

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 25–27 (BGHZ 162, 49).

¹⁴² BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01 – Rn. 28–30 (BGHZ 162, 49).

¹⁴³ Kritisch *Tison* CMLR 2005, 639; neutral *Häde* EuZW 2005, 39; positiv von *Danwitz* JZ 2005, 729.

¹⁴⁴ von *Danwitz* JZ 2005, 729, 730 f.

¹⁴⁵ *Papier/Shirvani*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 255.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 04.10.2018, C-571/16, Rs. *Kantarev*, Celex-Nr. 62016CJ0571; hierzu *Wojcik* WM 2019, 1046.

¹⁴⁷ Art. 6(1) i. V. m. Art. 2(1) Nr. 8 lit. a Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU (zuvor Art. 10(1) i. V. m. Art. 1 Nr. 3(i) RL 94/19/EG); die andere Möglichkeit nach Art. 2(1) Nr. 8 lit. b Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU (zuvor Art. 1 Nr. 3(ii) RL 94/19/EG), dass ein Gericht die Nichtverfügbarkeit der Einlagen feststellt, ist in der Praxis schwer durchzusetzen.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 04.10.2018, C-571/16, Rs. *Kantarev*, Celex-Nr. 62016CJ0571, Rn. 89–91.

¹⁴⁹ Art. 1 Nr. 3(i) UAbs. 2 RL 94/19/EG (nunmehr Art. 3(2) UAbs. 2 Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU).

und verstieß somit hinreichend qualifiziert gegen die Einlagensicherungsrichtlinie.¹⁵⁰ Daher bejahte der EuGH den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch dem Grunde nach.¹⁵¹ Hieraus und aus der Abgrenzung des EuGH zu *Peter Paul* schließen manche, dass § 4 Abs. 4 FinDAG im Bereich der Einlagensicherung aufgrund Anwendungsvorrangs des Unionsrechts insoweit unanwendbar ist, als die BaFin nach § 10 EinSiG über die Feststellung der Nichtverfügbarkeit von Einlagen entscheidet.¹⁵² Dies ist überzeugend, da der EuGH den Richtlinienbestimmungen über die Feststellung der Nichtverfügbarkeit von Einlagen unmittelbare Wirkung zusprach¹⁵³ und feststellte, dass sie dem dem einzelnen Einleger Rechte verleihen.¹⁵⁴ Insofern besteht kein nationaler Spielraum zur Beschränkung der Staatshaftung hinsichtlich der Feststellung der Nichtverfügbarkeit von Einlagen.

7. Bestimmende Rolle des § 4 Abs. 4 FinDAG in der Diskussion über das Verhältnis des KWG zum Zivilrecht

Für die Zwecke dieser Arbeit ist der Streit über die Amtshaftung gegenüber geschädigten Einlegern relevant, da häufig eine Verbindung zwischen dem Individualschutz der Amtshaftung und dem Individualschutz der Schutzgesetzhaftung hergestellt wird. So stellte bereits der BGH im *Wetterstein*-Urteil die Verbindung her, als er den Drittschutz der Amtspflicht nach § 839 BGB aus dem Individualschutz der Amtspflicht nach § 823 Abs. 2 BGB herleitete.¹⁵⁵ Umgekehrt begründen viele die vollständige Trennung zwischen dem KWG und zivilrechtlichen Haftungsfragen mit der Wertung des § 4 Abs. 4 FinDAG (ehemals § 6 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KWG a. F.), demzufolge die BaFin nur im öffentlichen Interesse handelt.¹⁵⁶ So entsteht das Missverständnis, § 4 Abs. 4 FinDAG schließe nicht nur die vertikale Haftung des Staates gegenüber den Einlegern aus, son-

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 04.10.2018, C-571/16, Rs. *Kantarev*, Celex-Nr. 62016CJ0571, Rn. 105–115.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 04.10.2018, C-571/16, Rs. *Kantarev*, Celex-Nr. 62016CJ0571, Rn. 92–117; die Prüfung, ob die Voraussetzungen im Einzelfall gegeben waren, gab er freilich dem vorlegenden nationalen Gericht auf.

¹⁵² *Wojcik* WM 2019, 1046, 1054 f.

¹⁵³ EuGH, Urteil vom 04.10.2018, C-571/16, Rs. *Kantarev*, Celex-Nr. 62016CJ0571, Rn. 100.

¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 04.10.2018, C-571/16, Rs. *Kantarev*, Celex-Nr. 62016CJ0571, Rn. 104.

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 15.2.1979 – III ZR 108/76 – Rn. 14 (NJW 1979, 1354); s. oben S. 194 ff.

¹⁵⁶ *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 177; *Langen*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 25a Rn. 184; *Berger*, in: MüKo BGB § 488, 7. Aufl. 2016, Rn. 96; wohl auch *Brockner*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, Band 2, § 81 Rn. 2; angedeutet in OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 74 (AG 2008, 453).

dern zugleich auch die vertikale Haftung der Banken und ihrer Geschäftsleiter gegenüber den Einlegern nach § 823 Abs. 2 BGB.

Zwar ist verständlich, dass die Gegner des Schutzgesetzcharakters die gesetzgeberische Reaktion so interpretiert haben, dass letztere sich auf das Verhältnis zwischen den Banken und ihren Kunden auswirkt und durchschlägt.¹⁵⁷ Aber diese Sicht entspricht weder der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 3 KWG a. F. noch der Rechtsprechung des BGH. Die Gesetzesbegründung zielt allein auf den Ausschluss der Amtshaftung gegenüber Einlegern und anderen Dritten ab.¹⁵⁸ Von horizontaler Haftung oder deliktischer Haftung im Allgemeinen ist nicht die Rede. Folglich lässt die Norm, die die Schutzrichtung des Handelns der Bankaufsicht definiert, keine Schlüsse über die Schutzrichtung des allgemeinen Bankaufsichtsrechts jenseits der Staatshaftungsfrage zu. Diese Sicht kann sich auch auf Urteile stützen, in denen der BGH § 32 Abs. 1 KWG auch nach der Einführung von § 6 Abs. 3 KWG a. F. bzw. § 4 Abs. 4 FinDAG als Schutzgesetz anerkannt hat.¹⁵⁹ Hieraus wird deutlich, dass § 4 Abs. 4 FinDAG nur Amtshaftungsansprüche betrifft und nicht die Auswirkungen der Bankaufsichtsnormen auf das (Haftungs-)Verhältnis zwischen Banken und ihren Kunden.¹⁶⁰ Die Unterscheidung zwischen Amtshaftung und Schutzgesetzen i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB machte auch bereits das OLG Bremen im Jahr 1952, als es für Aufsichtspflichten nach dem RKWG die Amtshaftung gegenüber Dritten verneinte, aber den Schutzgesetzcharakter bejahte.¹⁶¹

B. Schutz der Verbraucherdarlehensnehmer durch die Kreditwürdigkeitsprüfung

Neben dem Einlegerschutz ist zuletzt der Schutz von Verbraucherdarlehensnehmern prominent geworden. Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung stellt ein jüngstes Beispiel für die unionsrechtsbedingte aufsichtsrechtliche Überformung des Privatrechts und für einen Paradigmenwechsel hin zur Aufnahme des Individualschutzes in den bankaufsichtsrechtlichen Zielkanon dar.¹⁶² Hier hat

¹⁵⁷ Hierzu bereits *Schwark* JZ 1979, 670, 671.

¹⁵⁸ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG vom 14.05.1984, BT-Drs. 10/1441, S. 20.

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – Rn. 18 (WM 2005, 1217); BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 340/04 – Rn. 12 f. (ZIP 2006, 1764); ausführlich s. unten S. 229 f.

¹⁶⁰ Vgl. auch *Neus*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung Rn. 37.

¹⁶¹ OLG Bremen, Beschluss vom 13. November 1952 – I W 244/52 – (NJW 1953, 585, 586).

¹⁶² So auch *Grundmann* ZHR 179 (2015), 563, 598 f.; *ders.*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 944 f.

der deutsche Gesetzgeber die ursprünglich rein aufsichtsrechtliche Pflicht als privatrechtliche Pflicht ausgeformt und in §§ 505a–505d BGB eingefügt. Statt von bloßer Überformung kann in diesem Fall daher sogar von einer Herausbildung privatrechtlicher Primärpflichten aus dem Bankaufsichtsrecht gesprochen werden. Im Folgenden ist zunächst die Entwicklungsgeschichte der Pflicht zur Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung und dann die heutige aufsichts- und insbesondere die zivilrechtliche Ausgestaltung zu untersuchen. Schließlich sind die Parallelen der Kreditwürdigkeitsprüfung zu anderen Bereichen des Bankaufsichtsrechts zu erörtern.

Der Begriff des Kredits ist kein einheitlicher Begriff der deutschen Rechtsordnung.¹⁶³ Das Aufsichtsrecht definiert das Kreditgeschäft in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG als die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten. Das BGB hingegen verwendet überwiegend den Begriff des Darlehens nach § 488 BGB. Der aus dem Europarecht stammende Begriff des Kredits ist somit anders als im vormaligen Verbraucherkreditgesetz¹⁶⁴ seit der Schuldrechtsreform kaum noch im BGB zu finden,¹⁶⁵ nur gelegentlich im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehen.¹⁶⁶ Dies liegt freilich daran, dass die Rechtsgeschäfte, die die wirtschaftliche Funktion des Kredits erfüllen, auf verschiedenen vertragsrechtlichen Konstruktionen beruhen.¹⁶⁷ Vorliegend wird der Begriff Kredit im wirtschaftlichen Sinne als „zeitweilige Überlassung von Kaufkraft“¹⁶⁸ verwendet, der damit breiter als der Begriff des Darlehens ist.

I. Entwicklung der Pflicht zur Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung

Die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung in ihrer heutigen, gesetzlich vorgeschriebenen Form stellt einen Ausnahmetatbestand zum vertrags- und kreditrechtlichen Prinzip der Selbstverantwortung dar. Unter dem allgemeinen Verbraucherschutzparadigma bezweckte der Kommissionsvorschlag für eine Verbraucherkreditrichtlinie von 2002 die Einführung des sog. Prinzips der verantwortungsvollen Kreditvergabe, das so nicht umgesetzt wurde. Die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG sah stattdessen eine Kreditwürdigkeitsprüfung

¹⁶³ Eingehend Renner, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 96 ff.

¹⁶⁴ Eingeführt durch Art. 1 Gesetz über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozessordnung und anderer Gesetze vom 17. Dezember 1990, BGBl. I S. 2840.

¹⁶⁵ Köndgen WM 2001, 1637, 1640 f.

¹⁶⁶ Z. B. § 312 Abs. 5 Satz 1, § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6, Abs. 3 Satz 2, §§ 505a bis 505e, § 675k Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB.

¹⁶⁷ Renner, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 98.

¹⁶⁸ Renner, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 1; Josten, Kreditvertragsrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 2; Meincke/Hingst WM 2011, 633, 633.

vor, die in Deutschland ihre Umsetzung in § 18 Abs. 2 KWG fand. Im Anschluss an die Finanzkrise folgte dann die Wohnimmobilienkreditrichtlinie mit verschärften Anforderungen, die der deutsche Gesetzgeber dann sowohl aufsichtsrechtlich in § 18a KWG als auch zivilrechtlich in §§ 505a–505d BGB umsetzte.

1. Ausgangspunkt: Selbstverantwortung des Darlehensnehmers

Ebenso wie das allgemeine Vertragsrecht ging das Darlehensvertragsrecht des BGB stets grundsätzlich von der Annahme der aus der Privatautonomie resultierenden Selbstverantwortung der Vertragsparteien aus, einschließlich der Selbstverantwortung des Darlehensnehmers.¹⁶⁹ Insofern unterschied sich ein Darlehensvertrag auch nicht von anderen Vertragstypen, nach denen sich ein mündiger Bürger eigenverantwortlich binden konnte. Zu diesem Grundsatz bestanden im Darlehensrecht nur wenige Ausnahmen. So wurde 1894 angesichts der typischen Machtasymmetrie zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer das Abzahlungsgesetz erlassen, das beim Kaufvertrag unter Ratenzahlung und Eigentumsvorbehalt im Falle des Zahlungsausfalls das beidseitige Rücktrittsrecht mit der beidseitigen Rückgewährung der empfangenen Leistung verband.¹⁷⁰ Dieses „erste Verbraucherschutzgesetz“ löste eine Rechtspraxis ab, der zufolge die Käufer nach Zahlungsausfall und Rückgabe der Sache beim Eigentumsvorbehalt weiterzahlen mussten.¹⁷¹ Zudem existierte der freilich enge Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. Später entwickelte die Rechtsprechung weitere Ausnahmen wie den Einwendungsdurchgriff beim von einem Dritten (z. B. einer Bank) finanzierten Abzahlungskauf¹⁷² sowie die Nichtigkeit wucherähnlicher Darlehen nach § 138 Abs. 1 BGB.¹⁷³

Erst die europarechtlichen Vorgaben der ersten Verbrauchercreditrichtlinie 87/102/EWG¹⁷⁴ und deren Umsetzung mit dem Verbrauchercreditgesetz¹⁷⁵ von 1990 kategorisierten die Darlehensnehmer erstmals und systematisch in Verbraucher und Unternehmer. Das Verbrauchercreditgesetz führte u. a. ein Schriftformerfordernis¹⁷⁶ und ein Widerrufsrecht¹⁷⁷ für Verbrauchercreditverträge ein und erklärte Einwendungsverzichte von Verbrauchercreditnehmern für unwirk-

¹⁶⁹ Zur historischen Entwicklung ausführlich *Schnauder* WM 2014, 783, 784 ff.

¹⁷⁰ § 1 Satz 1 Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, RGBl. S. 450.

¹⁷¹ *Schnauder* WM 2014, 783, 786; *Köndgen* WM 2001, 1637, 1638 f.

¹⁷² BGH, Urteil vom 05. April 1962 – VII ZR 183/60 – (BGHZ 37, 94).

¹⁷³ BGH, Urteil vom 09. November 1978 – III ZR 21/77 – (NJW 1979, 805).

¹⁷⁴ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbrauchercredit, ABl. Nr. L42 vom 12.2.1987, S. 48.

¹⁷⁵ Gesetz über Verbrauchercredite, zur Änderung der Zivilprozessordnung und anderer Gesetze vom 17. Dezember 1990, BGBl. I S. 2840.

¹⁷⁶ § 4 Verbrauchercreditgesetz.

¹⁷⁷ § 7 Abs. 1 Verbrauchercreditgesetz.

sam.¹⁷⁸ Diese dem Verbraucherschutz dienenden Anforderungen schränkten das Prinzip der Selbstverantwortung des Kreditnehmers nur minimal ein.

2. Kommissionsvorschlag von 2002 für eine Verbraucherkreditrichtlinie mit der Pflicht zur verantwortungsvollen Kreditvergabe

Eine echte Veränderung sah der Kommissionsvorschlag für eine neue Verbraucherkreditrichtlinie von 2002¹⁷⁹ vor. Dieser enthielt ein Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe¹⁸⁰, das einen regelrechten Ausnahmetatbestand zum Prinzip des selbstverantwortlichen Vertragsschlusses durch den Kreditnehmer einführen sollte. Hiernach sollte beim Abschluss eines Kredit- oder Sicherungsvertrags oder bei der Erhöhung des Kreditbetrags angenommen werden, dass der Kreditgeber „zuvor unter Ausnutzung aller ihm zu Gebote stehenden Mittel zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Verbraucher und gegebenenfalls der Garant vernünftigerweise in der Lage sein werden, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen“.¹⁸¹ Laut Begründung sollte hiermit eine allgemeine Sorgfaltspflicht eingeführt werden, „die insbesondere die Pflicht umfasst, die zentralen Datenbanken abzufragen und die Angaben des Verbrauchers oder Garanten zu prüfen, von diesem Sicherheiten zu verlangen, die Angaben von Kreditvermittlern nachzuprüfen und den richtigen Kredit anzubieten“.¹⁸² Die dem Kreditvertrag vorgelagerte Pflicht des Kreditgebers, die Rückzahlungsfähigkeit des Verbraucherkreditnehmers zu prüfen, sollte nicht vom Vertrag losgelöst, sondern Teil der vertraglichen Haftung sein.¹⁸³ Obwohl dieser Vorschlag die „Obliegenheit des Verbrauchers zum umsichtigen Handeln“ und seine vertraglichen Pflichten nicht berühren sollte,¹⁸⁴ schränkte er durch die Erhöhung des Pflichtenmaßstabs des Kreditgebers das Prinzip des selbstverantwortlichen Vertragsschlusses durch den Kreditnehmer ein. Der Vorschlag enthielt zudem eine Beratungspflicht des Kreditgebers, gegebenenfalls gemeinsam mit dem Kreditnehmer „denjenigen Kredittyp und Gesamtkreditbetrag aus[zusuchen], der sich in Anbetracht der finanziellen Situation des Verbrauchers, der Vorteile und Nachteile des vorgeschlagenen Produkts und des Zwecks, dem der Kredit dient, für den Verbraucher am besten eignet“.¹⁸⁵ Hinsichtlich der Sanktionen hatten die Mitgliedstaaten zwar Umsetzungsspielraum, diese muss-

¹⁷⁸ § 10 Abs. 1 Verbraucherkreditgesetz.

¹⁷⁹ Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (Kommissionsvorschlag 2002), KOM(2002) 443 endg, ABl. Nr. C331E vom 31.12.2002, S. 200.

¹⁸⁰ Überschrift des Art. 9 Kommissionsvorschlag 2002.

¹⁸¹ Art. 9 Kommissionsvorschlag 2002.

¹⁸² Begründung zu Art. 9 Kommissionsvorschlag 2002, S. 211.

¹⁸³ Begründung zu Art. 9 Kommissionsvorschlag 2002, S. 211.

¹⁸⁴ Begründung zu Art. 9 Kommissionsvorschlag 2002, S. 211.

¹⁸⁵ Art. 6 Abs. 3 Kommissionsvorschlag 2002.

ten jedoch „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.¹⁸⁶ Für Verstöße gegen das Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe konnten die Sanktionen „insbesondere darin bestehen, dass der Kreditgeber seinen Anspruch auf Zahlung von Zinsen und Kosten verliert oder dass das Recht des Verbrauchers auf Ratenzahlung des Gesamtkreditbetrags bestehen bleibt“.¹⁸⁷

3. Kritische Reaktion des Schrifttums

Der Vorschlag gründete darauf, dass manche Mitgliedstaaten bereits Sorgfaltpflichten von Kreditgebern bei der Kreditvergabe vorsahen.¹⁸⁸ In der deutschen Rechtswissenschaft hingegen stieß der Vorschlag angesichts des im BGB hochgehaltenen Prinzips der Eigenverantwortung auf heftige Kritik.¹⁸⁹ Die Pflicht des Darlehensgebers zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers und zum Angebot des „richtigen Kredits“ wurde als (partielle) „Entmündigung“¹⁹⁰ des Verbrauchers und als „rein von paternalistischen Motiven getragene Norm“¹⁹¹ kritisiert. Manche unterstellten dem Vorschlag gar das Leitbild „eines bemitleidenswerten Blödiens mit Sonderschulniveau aus der früheren deutschen Wettbewerbsrechtsprechung, eines Verbrauchers, der Aqua minerale mit Aquavit verwechselt und der deshalb der Fürsorge bedarf“.¹⁹² Hauptkritikpunkt war, dass der Vorschlag sowohl die Privatautonomie des Kreditgebers als auch diejenige des Kreditnehmers unverhältnismäßig einschränke.¹⁹³ Es gehe nicht mehr darum, die Informationsasymmetrie zugunsten des Darlehensnehmers auszugleichen und ihn besser zu informieren, sondern der Darlehensgeber solle für den Darlehensnehmer „mitentscheiden“, was auch dem im europäischen Vertragsrecht geltenden Prinzip der Privatautonomie widerspreche.¹⁹⁴ Andere führten an, dass die vorgeschlagenen Pflichten den Verbraucher nicht besserstellen, sondern die Kredite durchschnittlich verteuern würden.¹⁹⁵ Allerdings gab es auch Stimmen, die den Vorschlag einer verantwortlichen Kreditvergabe im Interesse der Darlehensnehmer im Grundsatz begrüßten.¹⁹⁶ Inhaltlich entnahmen die meisten Literaturstimmen dem Vorschlag für den Fall der

¹⁸⁶ Art. 31 Satz 1 und 2 Kommissionsvorschlag 2002.

¹⁸⁷ Art. 31 Satz 3 Kommissionsvorschlag 2002.

¹⁸⁸ Insbesondere in den Niederlanden und Belgien, Begründung zu Art. 9 Kommissionsvorschlag 2002, S. 211.

¹⁸⁹ *Rohe* BKR 2003, 267; *Danco* WM 2003, 853, 856 ff.; *Riesenhuber* ZBB 2003, 325; *Franck* ZBB 2003, 334; *Nobbe* ZBB 2008, 78.

¹⁹⁰ *Rohe* BKR 2003, 267, 267; *Danco* WM 2003, 853, 858; *Nobbe* ZBB 2008, 78, 80.

¹⁹¹ *Franck* ZBB 2003, 334, 342.

¹⁹² *Nobbe* ZBB 2008, 78, 80.

¹⁹³ *Rohe* BKR 2003, 267, 267; mit der Prüfung einer möglichen Verletzung von Grundrechten (i.Erg. verneinend) *Zahn*, Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe, 2011, S. 94–104.

¹⁹⁴ *Riesenhuber* ZBB 2003, 325, 332.

¹⁹⁵ *Franck* ZBB 2003, 334, 342.

¹⁹⁶ *Rott* BKR 2003, 851, 853 ff.; mit Verbesserungsvorschlägen *Reifner* VuR 2004, 11.

Pflichtverletzung kein zur Nichtigkeit führendes Kreditvergabeverbot, sondern nur ein Aufklärungsverschulden mit der Folge einer Haftung nach culpa in contrahendo.¹⁹⁷ Angesichts der von verschiedenen Seiten geäußerten Kritikpunkte lehnte der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments in einem ersten Bericht von 2003 den Vorschlag in Gänze ab¹⁹⁸ und stellte in einem zweiten Bericht 152 Änderungsanträge, u. a. zur verantwortlichen Kreditvergabe.¹⁹⁹ Diese nahm das Europäische Parlament überwiegend an.²⁰⁰ Daher bezeichneten manche den ursprünglichen Kommissionsvorschlag bereits 2004 als „obsolet“.²⁰¹

4. Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG mit der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung

Nach langen Verhandlungen²⁰² wurde schließlich die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG²⁰³ verabschiedet. Statt des Prinzips der verantwortungsvollen Kreditvergabe²⁰⁴ führte sie die Pflicht des Kreditgebers zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbraucherdarlehensnehmers²⁰⁵ ein.²⁰⁶ Diese stellte einen geringeren Eingriff in die Privatautonomie der Vertragsparteien dar. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG mussten die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass vor Abschluss des Kreditvertrages der Kreditgeber die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers anhand ausreichender Informationen bewertet, die er gegebenenfalls beim Verbraucher einholt und erforderlichenfalls anhand von Auskünften aus der in Frage kommenden Datenbank“. Bereits in manchen Mitgliedstaaten bestehende gesetzliche Pflichten zur Kreditwürdigkeitsprüfung anhand entsprechender Datenbanken durften bestehen bleiben.²⁰⁷ Bei jeder Erhöhung des Gesamtkreditbetrags entstand eine erneute Pflicht zur Kreditwürdig-

¹⁹⁷ Rott BKR 2003, 851, 853, 857; Reifner VuR 2004, 85, 88; a. A. Zahn, Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe, 2011, S. 91 f.

¹⁹⁸ EP-Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Bericht vom 23. September 2003 über den Vorschlag KOM(2002) 443, A5–0310/2003 Rev1.

¹⁹⁹ EP-Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Zweiter Bericht vom 2. April 2004 über den Vorschlag KOM(2002) 443, A5–0224/2004, S. 15 f., 35–38, 74.

²⁰⁰ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. April 2004 zu dem Vorschlag KOM(2002) 443, P5_TA(2004)0297.

²⁰¹ Hoffmann BKR 2004, 308, 309.

²⁰² Zu den verschiedenen Phasen Bülow/Artz WM 2005, 1153; Reifner VuR 2006, 121.

²⁰³ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG), ABl. Nr. L133 vom 22.5.2008, S. 66.

²⁰⁴ Der Begriffe der verantwortungsvollen Kreditvergabe war nur noch in Erwägungsgrund 26 Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG zu finden.

²⁰⁵ Art. 8 Abs. 1 Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG.

²⁰⁶ Grundsätzlich zur Frage, ob das Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe in der EU eingeführt werden sollte, Atamer, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting, 2011, S. 179 ff.

²⁰⁷ Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG.

keitsprüfung.²⁰⁸ Daneben bestand eine Aufklärungspflicht des Kreditgebers hinsichtlich der Hauptmerkmale der angebotenen Produkte, deren Auswirkungen auf den Verbraucher und der Konsequenzen von Zahlungsverzug.²⁰⁹

Somit hatte der Unionsgesetzgeber das vormalig geforderte Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe „entschärft“.²¹⁰ Statt der Pflicht zur Vergabe des richtigen Kredits und umfangreicher Sanktionen bestand nun noch eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung. Die noch im Kommissionsvorschlag enthaltene Beratungspflicht zum für den Verbraucher am besten geeigneten Kredit wurde auf eine reine Aufklärungspflicht reduziert. Daher stieß die novellierte Verbrauchercreditrichtlinie auf deutlich weniger Kritik im Schrifttum als noch der Kommissionsentwurf von 2002. Die Regelung zur Kreditwürdigkeitsprüfung warf jedoch zwei Fragen auf. Einerseits definierte sie die Voraussetzungen der Kreditwürdigkeit nicht und andererseits knüpfte sie keine klaren Rechtsfolgen an die Pflichtverletzung. Sanktionen mussten lediglich „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.²¹¹ Die Regelung zur Verbrauchercreditprüfung wurde daher überwiegend so verstanden, dass sie die Mitgliedstaaten nicht zum Erlass eines Kreditvergabeverbots zwang.²¹² Trotz der vollharmonisierenden Grundtendenz der Verbrauchercreditrichtlinie²¹³ hatten die Mitgliedstaaten somit einen Umsetzungsspielraum sowohl zur Konkretisierung der general-klauselartigen Norm als auch hinsichtlich der Sanktionen.²¹⁴

5. Deutsche Umsetzung in § 509 BGB a. F. und § 18 Abs. 2 KWG a. F.

Der deutsche Gesetzgeber setzte sie mit dem Verbrauchercreditrichtlinienumsetzungsgesetz vom 29. Juli 2009 um.²¹⁵ Die Pflicht des Kreditgebers zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchercreditnehmers wurde teils bürgerlich-rechtlich, teils aufsichtsrechtlich umgesetzt. Allerdings galt die bürgerlich-rechtliche Pflicht nach § 509 BGB a. F. nur für entgeltliche Finanzierungshilfen

²⁰⁸ Art. 8 Abs. 2 Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG.

²⁰⁹ Art. 5 Abs. 6 Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG.

²¹⁰ *Micklitz/Rott*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 44. EL Februar 2018, H. V. Verbraucherschutz, Rn. 431.

²¹¹ Art. 23 Satz 2 Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG.

²¹² *Herresthal* WM 2009, 1174, 1177; *Rott* WM 2008, 1104, 1109 f.

²¹³ Art. 22 Abs. 1 Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG.

²¹⁴ *Herresthal* WM 2009, 1174, 1177; *Rott* WM 2008, 1104, 1109 f.; *Micklitz/Rott*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 44. EL Februar 2018, H. V. Verbraucherschutz, Rn. 460 f.; keine Sanktion nach nationalem Recht für erforderlich haltend *Nobbe* ZBB 2008, 78, 80 (Fn. 15), 81 (Fn. 28).

²¹⁵ Gesetz zur Umsetzung der Verbrauchercreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 (Verbrauchercreditrichtlinienumsetzungsgesetz), BGBl. I S. 2355; unter Verweis auf ein gesetzgeberisches Kuriosum, dass manche Umsetzungsbestandteile erst einen Monat nach dem Umsetzungsstermin vom 11.06.2010 in Kraft traten *Bilow* NJW 2010, 1713.

wie das Finanzierungsleasing und den Teilzahlungskauf von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, nicht hingegen für den Verbraucherdarlehensvertrag.²¹⁶ Sowohl für Verbraucherdarlehen als auch entgeltliche Finanzierungshilfen gegenüber Verbrauchern fügte der Gesetzgeber die Pflicht der Institute zur Kreditwürdigkeitsprüfung in § 18 KWG als zweiten Absatz ein.²¹⁷ Obwohl § 509 Satz 1 BGB eine Pflicht zur „Bewertung“ und § 18 Abs. 2 Satz 1 KWG eine Pflicht zur „Prüfung“ der Kreditwürdigkeit normierte, wurden beide Begriffe als synonym verstanden.²¹⁸ Grundlage der Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 509 Satz 2 BGB a. F. und § 18 Abs. 2 Satz 2 KWG a. F. konnten Auskünfte der Verbraucher sein und „erforderlichenfalls auch Auskünfte von Stellen [...], die geschäftsmäßig personenbezogene Daten, die zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern genutzt werden dürfen, zum Zweck der Übermittlung erheben, speichern oder verändern“.

Die normative Unterscheidung zwischen entgeltlicher Finanzierungshilfe und Verbraucherdarlehen als verschiedene Kreditformen begründete der Regierungsentwurf mit der Verschiedenheit der Kreditgeber. Während bei Finanzierungshilfen die Kreditgeber regelmäßig nicht regulierte Unternehmen sind und keiner staatlichen Aufsicht unterliegen, sind die Kreditgeber von Verbraucherdarlehen Kreditinstitute und unterstehen dem KWG. Daher solle „diese primär im öffentlichen Interesse wahrgenommene Pflicht auch in Gesetze über die öffentliche Aufsicht eingefügt werden“.²¹⁹ Der Regierungsentwurf entnahm also die öffentlich-rechtliche Natur der Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung der Tatsache, dass die Kreditgeber in diesem Fall von Gesetz wegen als Kreditinstitute zugelassen sein müssen und der öffentlichen Aufsicht unterliegen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung für entgeltliche Finanzierungsverträge nur wegen der fehlenden flächendeckenden öffentlichen Aufsicht in diesem Bereich im BGB umgesetzt wurde.²²⁰ Die Kreditwürdigkeitsprüfung beim Verbraucherdarlehensvertrag passte zudem laut Regierungsentwurf gut zur bereits bestehenden Aufsichtspflicht der Kreditwürdigkeitsprüfung ab einer gewissen Größenordnung.²²¹

6. Diskussion über den zivilrechtlichen Individualschutz

Da der Gesetzgeber für den Fall der Pflichtverletzung keine expliziten Sanktionen normierte, kam in der Literatur darüber Streit auf, ob ein Verstoß gegen die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung neben aufsichtsrechtlichen Sanktio-

²¹⁶ Art. 1 Nr. 35 Verbraucherkreditrichtlinieumsetzungsgesetz.

²¹⁷ Art. 7 Nr. 1 Verbraucherkreditrichtlinieumsetzungsgesetz.

²¹⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 21.01.2009, BT-Drs. 16/11643, S. 95.

²¹⁹ BT-Drs. 16/11643, S. 95 f.

²²⁰ BT-Drs. 16/11643, S. 96.

²²¹ BT-Drs. 16/11643, S. 144; näher dazu s. unten S. 231 ff.

nen auch zivilrechtliche Sanktionen auslöst. Insbesondere stellte sich die Frage, ob § 18 Abs. 2 KWG a. F. die Verbraucher individuell schützt und ob Verstöße zivilrechtliche Wirkung zeitigen können. Normativ wurde zum einen eine culpa in contrahendo diskutiert und zum anderen eine Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB. Die wohl überwiegenden Stimmen verneinten jeglichen bürgerlich-rechtlichen Individualschutz unter Berufung auf die ausdrückliche aufsichtsrechtliche Einordnung durch den Gesetzgeber und die dort allein herrschende öffentliche Zielrichtung.²²² Interessanterweise behandelten jedoch weite Teile der KWG-Kommentarliteratur nur den Schutzgesetzcharakter von § 18 Abs. 1 KWG a. F.,²²³ ohne sich zu § 18 Abs. 2 KWG a. F. zu äußern.²²⁴ Teilweise wurde vor den Folgen einer zivilrechtlichen Berücksichtigung sogar ausdrücklich gewarnt.²²⁵ Die Ablehnung des Individualschutzes fußte auf einem Verständnis, das die Pflichten zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Großkrediten und bei Verbraucherkrediten nach § 18 Abs. 1 und Abs. 2 BGB parallel konzipierte und daher im Hinblick auf ihre Schutzgesetzzeigenschaft gleich behandelte.²²⁶ Hierfür sprach, dass der Gesetzgeber durch die Fassung beider Pflichten im selben Paragraphen bewusst eine inhaltliche Nähe zwischen ihnen herstellte.²²⁷

Ein Teil des Schrifttums bejahte hingegen den Individualschutz. Die meisten plädierten für eine (vor)vertragliche Nebenpflicht zugunsten des Verbraucherdarlehensnehmers im Wege der europarechtskonformen Auslegung, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers nach § 280 Abs. 1 BGB begründen konnte.²²⁸ Andere sprachen § 18 Abs. 2 KWG a. F. die Schutzgesetzzeigenschaft nach § 823 Abs. 2 BGB zu. Sie verwiesen auf den individual-schützenden Charakter zugunsten der Verbraucher.²²⁹ Zudem wurde argumen-

²²² *Schürnbrand* ZBB 2008, 383, 388; *Derleder* NJW 2009, 3195, 3199; *Rösler/Werner* BKR 2009, 3, 3; *Herresthal* WM 2009, 1174, 1178; *Nobbe* WM 2011, 625, 929 f.; *Buck-Heeb* BKR 2014, 221, 223 f.

²²³ *Bock*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 18 Rn. 7; *Döser*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 53 f.; *Gießler*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 18 KWG Rn. 200–204.

²²⁴ *Bock*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 18 Rn. 115–121; *Döser*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 42–49; *Gießler*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 18 KWG Rn. 173–199.

²²⁵ *Schnauder* WM 2014, 783, 791.

²²⁶ *Schürnbrand* ZBB 2008, 383, 388; *Rösler/Werner* BKR 2009, 3, 3; *Herresthal* WM 2009, 1174, 1178.

²²⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 21.01.2009, BT-Drs. 16/11643, S. 144.

²²⁸ *Rott* WM 2008, 1104, 1110; *Hofmann* NJW 2010, 1782, 1784 f.; *Rott/Terryn/Twigg-Flesner* VuR 2011, 163, 168; *Heße/Niederhofer* MDR 2010, 968, 971; *Hoffmann/Bartlitz* WM 2014, 2297, 2303.

²²⁹ *Zahn*, Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe, 2011, S. 242 f.

tiert, dass sonst die Kreditnehmer von entgeltlichen Finanzierungshilfen mit dem zivilrechtlichen Schutz nach § 509 BGB besser gestellt wären als Verbraucherdarlehensnehmer.²³⁰ *M. Roth* schlug vermittelnd vor, dass nur die Pflicht zur Einrichtung eines funktionierenden Kreditwürdigkeitsprüfungssystems für die Darlehensnehmer Individualschutz entfalten und zivilrechtliche Ansprüche gewähren solle, um ihrem grundsätzlichen Interesse an der Darlehensvergabe gerecht zu werden und die grundsätzliche öffentliche Schutzrichtung des Bankaufsichtsrechts zu wahren.²³¹

Der BGH äußerte sich in zwei Urteilen aus dem Jahr 2014 zur Frage und lehnte per obiter dictum die Schutzgesetzeigenschaft des § 18 Abs. 2 KWG a. F. ab, da die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung ausschließlich im Interesse der darlehensgebenden Bank erfolge.²³² Die Kundeninteressen seien „weder Beweggrund noch objektiver Maßstab der Bonitätsprüfung“.²³³ Die Prüfung diene dem öffentlichen Interesse der Kreditwirtschaft; soweit die Prüfung im Einzelfall dem Kunde zugute komme, sei dies lediglich ein „reflexartiger Nebeneffekt“.²³⁴ Dies wurde als generell individualschutzablehnende Haltung der Rechtsprechung verstanden.²³⁵

7. EuGH-Urteile *Le Crédit Lyonnais* und *CA Consumer Finance*

Im März 2014 bezog der EuGH im Urteil *Le Crédit Lyonnais*²³⁶ erstmals zur Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 1 Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG Stellung. Die Vorlagefrage betraf das französische Verbrauchergesetz, demzufolge die fehlerhafte Kreditwürdigkeitsprüfung mit der Verwirkung der vertraglichen Zinsansprüche sanktionierte. Allerdings standen dem Darlehensgeber von Gesetz wegen höhere Zinsansprüche als die vertraglich vereinbarten zu, sodass ihm aus der Regelung Vorteile erwachsen.²³⁷ Der EuGH erklärte diese Regelung für richtlinienwidrig.²³⁸ Er leitete aus den Erwägungsgründen der Richtlinie ab, dass die Verbrauchercreditprüfung dem Ziel

²³⁰ *Ady/Paetz* WM 2009, 1061, 1067.

²³¹ *M. Roth*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, 15. Kapitel, Vor § 492 BGB, § 18 Abs. 2 KWG Rn. 14 ff.

²³² BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 405/12 – Rn. 52 (BGHZ 201, 168); BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 170/13 – Rn. 62 (WM 2014, 1325).

²³³ BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 405/12 – Rn. 51 (BGHZ 201, 168); BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 170/13 – Rn. 61 (WM 2014, 1325).

²³⁴ BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 405/12 – Rn. 50 (BGHZ 201, 168); BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 170/13 – Rn. 60 (WM 2014, 1325).

²³⁵ *Buck-Heeb* BKR 2015, 177, 180 f.

²³⁶ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565.

²³⁷ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 18–21.

²³⁸ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 55.

diene, „allen Verbrauchern in der Union ein hohes und vergleichbares Maß an Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten“.²³⁹ Zwar ergebe sich aus Erwägungsgrund 46 der Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG ein mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielraum hinsichtlich der Sanktionen, doch müssten diese nach Art. 23 Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.²⁴⁰ Da dem Darlehensgeber nach der französischen Rechtslage im zugrundeliegenden Fall durch die Sanktion ein Vorteil erwuchs, war die Sanktion nicht abschreckend und widersprach zudem dem verbraucher-schützenden Ziel der Richtlinie.²⁴¹ Der französische Gesetzgeber änderte die relevanten Bestimmungen in der Folge.²⁴² Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft interpretierten das Urteil *Le Crédit Lyonnais* überwiegend als Entscheidung des EuGH für den individualschützenden Charakter der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung. Zwar wurde teilweise vertreten, dass der EuGH zur Frage des individualschützenden Charakters der Verbrauchercreditprüfung keine Stellung bezogen habe, und statt der zivilrechtlichen eine aufsichtsrechtliche Sanktion gefordert.²⁴³ Die Mehrheit verstand jedoch das Urteil so, dass der EuGH die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung als individualschützend eingestuft hatte.²⁴⁴ Insbesondere der Verweis auf die verbraucher-schützende Zielrichtung der Richtlinie im Hinblick auf die geforderten Sanktionen sprach für die allgemeine Bejahung eines individuellen Verbraucherschutzes durch den EuGH.

Es folgte das Urteil *CA Consumer Finance*²⁴⁵ des EuGH im Dezember 2014, das auch die Kreditwürdigkeitsprüfung betraf und Aufmerksamkeit fand.²⁴⁶ In diesem Urteil entschied der EuGH, dass die Beweislast hinsichtlich der ordnungsgemäßen Verbrauchercreditprüfung nicht dem Darlehensnehmer auferlegt werden darf und dass der Darlehensgeber sich nicht durch eine formularmäßige Bestätigung des Verbrauchers über die korrekte Pflichterfüllung

²³⁹ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 42.

²⁴⁰ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 43.

²⁴¹ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 52.

²⁴² Ordonnance n°2016–301 vom 14. März 2016 hob u. a. Art. L. 311–48(2),(3) Code de la consommation auf und schuf u. a. Art. L. 341–2 bis L. 341–11 Code de la consommation.

²⁴³ *Herresthal* EuZW 2014, 497, 499 f.; gegen die zivilrechtliche Einstufung auch *Buck-Heeb* BKR 2015, 177, 181.

²⁴⁴ *Freitag* LMK 2014, 358906; *Barta/Braune* BKR 2014, 324, 329 f.; *Bartlitz* NJW 2014, 1944, 1945; *Rott* EWS 2014, 201, 202 f.

²⁴⁵ EuGH, Urteil vom 18.12.2014, C-449/13, Rs. *CA Consumer Finance*, Celex-Nr. 62013CJ0449.

²⁴⁶ Besprechungen finden sich von *Rott* EuZW 2015, 192; *Maier* VuR 2015, 141; *Herresthal* EWiR 2015, 97; *Buck-Heeb* BKR 2015, 177, 181 f.; *Schwenk*, jurisPR-BKR 6/2016 Anm. 1.

exkulpieren kann.²⁴⁷ Hieraus wurde eine Obliegenheit des Darlehensgebers zur Dokumentation der pflichtgemäßen vorvertraglichen Information und Kreditwürdigkeitsprüfung des Verbrauchers gefolgert.²⁴⁸ Auch dieses Urteil bestätigte, dass der EuGH der Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung individualschützende Richtung beimaß.²⁴⁹

8. Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU

Mit dem Erlass der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU²⁵⁰ nahm die Verbraucherkreditprüfung eine neue Wende. Neben einer umfangreichen Normierung von Wohlverhaltensregeln der Kreditgeber bei Verbraucherimmobilienkrediten²⁵¹ und vorvertraglichen Informationspflichten²⁵² schuf die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU detaillierte Anforderungen für die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilienkrediten. Hiernach mussten die Mitgliedstaaten ihre Vorgaben bei Immobilienkrediten im Gegensatz zu allgemeinen Verbraucherdarlehen hin zu einer „eingehenden“ Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung verschärfen, bei der „die Faktoren, die für die Prüfung der Aussichten relevant sind, dass der Verbraucher seinen Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nachkommt, in angemessener Form berücksichtigt [werden]“.²⁵³ Es wurde eine Pflicht eingeführt, die der Bewertung zugrundeliegenden Verfahren und Angaben zu dokumentieren und aufzubewahren.²⁵⁴ Die inhaltliche Bewertung der Bonität darf sich nicht hauptsächlich darauf stützen, „dass der Wert der Wohnimmobilie den Kreditbetrag übersteigt, oder auf die Annahme, dass der Wert der Wohnimmobilie zunimmt, es sei denn, der Kreditvertrag dient zum Bau oder zur Renovierung der Wohnimmobilie“.²⁵⁵ Des Weiteren mussten die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass der Kreditgeber dem Verbraucher den Kredit nur bereitstellt, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass es wahrscheinlich ist, dass die Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag in der gemäß diesem Vertrag vorgeschriebenen Weise erfüllt werden“.²⁵⁶ Mithin mussten die Mitgliedstaaten ein Kreditvergabever-

²⁴⁷ EuGH, Urteil vom 18.12.2014, C-449/13, Rs. *CA Consumer Finance*, Celex-Nr. 62013CJ0449, Rn. 32, 50 Leitsatz 1.

²⁴⁸ *Rott* EuZW 2015, 192, 193; *Stamenković/Michel* VuR 2016, 132, 134.

²⁴⁹ *Stamenković/Michel* VuR 2016, 132, 134.

²⁵⁰ Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. L60 vom 28.2.2014, S. 34.

²⁵¹ Art. 7–9 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

²⁵² Art. 10–16 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

²⁵³ Art. 18 Abs. 1 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

²⁵⁴ Art. 18 Abs. 2 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

²⁵⁵ Art. 18 Abs. 3 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

²⁵⁶ Art. 18 Abs. 5 lit. a Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

bot für den Fall der Pflichtverletzung vorsehen. So wurde das ursprünglich von der Kommission vorgeschlagene Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe²⁵⁷ unionsrechtlich immerhin für Verbraucherimmobilienkredite eingeführt.

II. Ausgestaltung der Pflicht zur Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht

Die aktuelle gesetzgeberische Ausgestaltung der Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung spiegelt die Umsetzung der zuletzt geschilderten Vorgaben der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU wider. Bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben orientierte sich der deutsche Gesetzgeber an den EBA-Leitlinien zur Kreditwürdigkeitsprüfung²⁵⁸. Später fügte er noch die Verordnungsermächtigung gemäß § 18a Abs. 10a KWG und § 505e BGB hinzu, nach der das Bundesministerium für Finanzen (BMF) und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) gemeinsame Leitlinien zur Konkretisierung der Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen erlassen können.²⁵⁹ Von dieser Ermächtigung haben die Ministerien am 24. April 2018 durch Erlass der Immobilier-Kreditwürdigkeitsprüfungleitlinien-Verordnung (ImmoKWPLV) Gebrauch gemacht.²⁶⁰

Das Besondere an der aktuellen Gesetzeslage ist, dass mit ihr der lange Streit über die zivilrechtlichen Wirkungen der Pflicht zur Kreditwürdigkeit größtenteils beendet ist. Denn mit dem Wohnimmobilienkreditrichtlinienumsetzungsgesetz²⁶¹ vom 11. März 2016 formte der deutsche Gesetzgeber die Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen nicht nur als aufsichtsrechtliche Pflicht nach § 18a KWG, sondern auch als zivilrechtliche Pflicht nach §§ 505a – 505d BGB mit einem detaillierten Sanktionsregime. Während der deutsche Gesetzgeber und überwiegende Teile der deutschen Rechtswissenschaft die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung ursprünglich rein aufsichtsrechtlich konzipierten, ist die heutige Gesetzeslage ein Beispiel dafür, wie aus

²⁵⁷ S. oben S. 206 f.

²⁵⁸ EBA-Leitlinien vom 19.08.2015 zur Kreditwürdigkeitsprüfung, EBA/GL/2015/11, verfügbar unter: https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1162894/4db88ed9-ceb3-448c-97cb-6a6aedcde169/EBA-GL-2015-11_DE_GL%20on%20creditworthiness.pdf.

²⁵⁹ Art. 1 Nr. 5 lit. c und Art. 6 Nr. 4 Gesetz zur Ergänzung des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts im Bereich der Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und zur Änderung der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 6. Juni 2017, BGBl. I S. 1495.

²⁶⁰ Verordnung zur Festlegung von Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen (Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungleitlinien-Verordnung) vom 28. April 2018, BGBl. I S. 529; hierzu ausführlich *Binder* ZIP 2018, S. 1201, insb. 1207 ff.

²⁶¹ Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016, BGBl. I S. 396.

einer bankaufsichtsrechtlichen Pflicht eine individualschützende zivilrechtliche Pflicht erwachsen ist. Zugleich hat der deutsche Gesetzgeber manche Pflichten der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU überschießend auch für allgemeine Verbraucherdarlehensverträge umgesetzt und so das Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe²⁶² vollumfassend eingeführt.

1. Gesetzgeberischer Paradigmenwechsel hin zum aufsichts- und zivilrechtlichen Gleichlauf

Die Ausdehnung der zuvor rein aufsichtsrechtlichen Pflicht zur Verbraucher-kreditwürdigkeitsprüfung auf das Zivilrecht begründete der Gesetzgeber mit einem „gewandelten Verständnis“ der Pflicht zur Kreditwürdigkeit, die „nicht mehr als eine primär im öffentlichem Interesse liegende Pflicht, sondern gleichwertig dazu auch als Schutzpflicht gegenüber dem Verbraucher verstanden [wird]“.²⁶³ Hierbei berief er sich auf das EuGH-Urteil *Le Crédit Lyonnais*²⁶⁴ und darauf, dass der EuGH in diesem Urteil die vorvertragliche Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung als verbraucherschützend erklärte.²⁶⁵ Den Verbraucherschutz könne aber eine zivilrechtliche Regelung mit Sanktionsmechanismen in Form von Schadenersatzansprüchen besser fördern als eine rein aufsichtsrechtliche Regelung ohne drittschützende Wirkung.²⁶⁶ Neben diesem Individualschutzaspekt wollte der Gesetzgeber die Kreditgeber von entgeltlichen Finanzierungshilfen, die vormalig nach § 509 BGB a. F. zivilrechtlich hafteten, und die Kreditgeber von Verbraucherdarlehen, die nur aufsichtsrechtlich nach § 18 Abs. 2 KWG a. F. verpflichtet waren, gleich behandeln.²⁶⁷ Ein weiteres Anliegen des Gleichlaufs war es, eine vormalige Regelungslücke zu schließen. So konnten Unternehmen nach alter Rechtslage Verbraucherdarlehen vergeben, ohne nach § 18 Abs. 2 KWG zur Kreditwürdigkeitsprüfung verpflichtet zu sein, sofern sie dies nur gelegentlich taten und daher mangels Gewerbsmäßigkeit nicht dem KWG unterfielen. Während die Rechtspraxis das Problem mit einer analogen Anwendung des § 509 BGB a. F. löste,²⁶⁸ wollte der Gesetzgeber die Gesetzeslücke schließen, indem er die zivilrechtliche Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung auch um solche Unternehmen erweiterte, die keiner Aufsicht

²⁶² S. oben S. 206 f.

²⁶³ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 96.

²⁶⁴ S. oben S. 212 f.

²⁶⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 96.

²⁶⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 97.

²⁶⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 96.

²⁶⁸ *Schürnbrand*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2016, § 509 Rn. 3 (im Regierungsentwurf zitiert).

unterstehen.²⁶⁹ Insofern war die Einführung der Kreditwürdigkeitsprüfung im Zivilrecht doppelt motiviert. Einerseits sollte der unionsrechtlich gebotene Verbraucherschutz umgesetzt und andererseits eine allumfassende Geltung der Kreditwürdigkeitsprüfung hergestellt werden.

2. Paralleler Pflichtenmaßstab im Aufsichts- und Zivilrecht nach § 18a KWG, §§ 505a, 505b BGB, ImmoKWPLV

Die Ausgestaltung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen ist aufsichts- und zivilrechtlich parallel geregelt. Der einzige Unterschied zwischen beiden Regimen liegt darin, dass § 18a KWG nur für Kreditinstitute i. S. d. KWG gilt, während § 505a BGB sämtliche Unternehmer verpflichtet, die Verbraucherdarlehen vergeben. In beiden Fällen besteht eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung und ein klares Kreditvergabeverbot für den Fall der Pflichtverletzung, wie sich aus der Formulierung „darf nur abschließen, wenn“ ergibt.²⁷⁰ Obgleich das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nur zur Einführung eines Kreditvergabeverbots bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen verpflichtet, wollte der deutsche Gesetzgeber durch die Erstreckung des Kreditvergabeverbots auf Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge der vom EuGH vorgegebenen Verbraucherschutzrichtung der Kreditwürdigkeitsprüfung gerecht werden.²⁷¹ Eine Parallelität zwischen Aufsichts- und Zivilrecht besteht auch beim Pflichtenstandard, wonach aus der Kreditwürdigkeitsprüfung folgen muss, „dass bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag keine erheblichen Zweifel an der Kreditwürdigkeit bestehen und dass es bei einem Immobiliär-Verbraucherdarlehensvertrag wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird“.²⁷² Hiernach tragen die Regelungen den unterschiedlich strengen Vorgaben der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG für allgemeine Verbraucherdarlehensverträge und der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU für Immobiliär-Verbraucherdarlehensverträge Rechnung.²⁷³ Während die Pflicht nach § 18 Abs. 2 KWG a. F. keine Kriterien zur Einstufung der Kreditwürdigkeit nannte, entstand so ein Pflichtenkanon. Zwar werden die Begriffe „keine erheblichen Zweifel“ und „wahrscheinlich“ als zu unbestimmt kritisiert.²⁷⁴ Jedoch lässt sich hieraus zu-

²⁶⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 97.

²⁷⁰ § 18a Abs. 1 Sätze 1 und 2 KWG, § 505a Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB.

²⁷¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 97 f.

²⁷² § 18a Abs. 1 Satz 2 KWG, § 505a Abs. 1 Satz 2 BGB.

²⁷³ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 98.

²⁷⁴ *Buck-Heeb* NJW 2016, 2065, 2066.

mindest eine Stufung des für die Prognose der Kreditwürdigkeit bei Allgemein- und Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge jeweils erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades ablesen.²⁷⁵

a) Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag

Für den Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag gilt insofern die alte Rechtslage fort, da „Grundlage für die Kreditwürdigkeitsprüfung Auskünfte des Darlehensnehmers und erforderlichenfalls Auskünfte von Stellen sein [können], die geschäftsmäßig personenbezogene Daten, die zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern genutzt werden dürfen, zum Zweck der Übermittlung erheben, speichern, verändern oder nutzen“.²⁷⁶ Allerdings wurde der Pflichtenstandard dahingehend verschärft, dass „keine erheblichen Zweifel“ hinsichtlich der Vertragserfüllung des Darlehensnehmers bestehen dürfen.²⁷⁷ Da noch keine Rechtsprechung zum unbestimmten Rechtsbegriff der erheblichen Zweifel vorliegt, ist der Pflichtenstandard nicht geklärt. Im Ergebnis dürfte den Kreditgebern nach wie vor ein gewisses Ermessen bei der Prognose einzuräumen sein, da im Gegensatz zum Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag die nationale und unionale Regelungsdichte viel geringer ist. So ist die ImmoKWPLV auf Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge nicht anwendbar. Auch sind die Vorgaben an die Kreditwürdigkeitsprüfung in der Verbrauchercreditrichtlinie 2008/48/EG deutlich geringer als diejenigen der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU, gegen deren überschießende Umsetzung durch Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge sich der Gesetzgeber bewusst entschieden hat.²⁷⁸ Teilweise wird eine Konkretisierung vorgeschlagen, nach der die Abwesenheit „erheblicher Zweifel“ durch eine auf objektiven Tatsachen beruhende Gesamtbetrachtung der gegenwärtigen und zukünftig zu erwartenden Vermögensverhältnisse des Verbrauchers festzustellen sei.²⁷⁹ Wegen des ebenso investiven Charakters der Kreditvergabe sind dieser Ansicht zufolge auch beim Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag die zukunftsbezogenen Kriterien des § 505b Abs. 2 und 3 BGB heranzuziehen.²⁸⁰

b) Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag

Der Prüfmaßstab der „wahrscheinlichen“ Vertragserfüllung des Darlehensnehmers beim Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag wurde durch die vom BMF

²⁷⁵ *Buck-Heeb* WM 2017, 1329, 1331.

²⁷⁶ § 18a Abs. 3 KWG, § 505b Abs. 1 BGB.

²⁷⁷ § 18a Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 KWG, § 505a Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB.

²⁷⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 98.

²⁷⁹ *Feldhusen* BKR 2016, 441, 446 ff.

²⁸⁰ *Feldhusen* BKR 2016, 441, 448 f.

und BMJV erlassene ImmoKWPLV konkretisiert.²⁸¹ Die aufgrund von § 18a Ab. 10a KWG und § 505e BGB erlassene Rechtsverordnung betrifft sowohl die aufsichts- als auch die zivilrechtliche Seite der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung, beschränkt sich aber auf den Immobilaren-Verbraucherdarlehensvertrag. Sie definiert die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung als „Gesamtschau der relevanten Faktoren“, bei der der Darlehensgeber zu einer „vernünftigerweise vertretbaren Prognose“ gelangen muss.²⁸² Die Prüfung muss „eingehend“ und „auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen“ erfolgen.²⁸³ In fast wörtlicher Umsetzung²⁸⁴ der Wohnimmobilienkreditrichtlinie²⁸⁵ darf sich die Kreditwürdigkeitsprüfung „nicht hauptsächlich darauf stützen, dass der Wert der Wohnimmobilie den Darlehensbetrag übersteigt, oder auf die Annahme, dass der Wert der Wohnimmobilie zunimmt, es sei denn, der Darlehensvertrag dient zum Bau oder zur Renovierung der Wohnimmobilie“.²⁸⁶ Im Gegensatz zu diesen negativen Kriterien konkretisiert die ImmoKWPLV die Anforderungen an die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Vertragserfüllung. Sie geht von der selbstverständlich anmutenden Annahme aus, dass der Darlehensgeber bei der Wahrscheinlichkeitsprognose „einen nach der Lebenserfahrung anzunehmenden Verlauf der Dinge [unterstellt], wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für einen abweichenden Verlauf vorliegen“.²⁸⁷ Dabei richtet sich der Prognosezeitraum nach dem Zeitraum der vertraglichen Erfüllungen, wobei umso stärker auf Erfahrungswerte und Schätzungen zurückgegriffen werden kann, je länger der Zeitraum ist.²⁸⁸ Auch die wirtschaftlichen Auswirkungen künftiger Ereignisse dürfen „aufgrund von Erfahrungswerten geschätzt werden, soweit aussagekräftige Informationen nicht mit verhältnismäßigem Aufwand zu ermitteln sind“.²⁸⁹ Mithin bleibt die Prognose eine ungewisse Schätzung über zukünftige Ereignisse, bei der die Darlehensgeber jedoch in gewissem Umfang auf statistische Erfahrungswerte zurückgreifen dürfen. Für die bei der Kreditwürdigkeit zu berücksichtigenden Faktoren gebietet die ImmoKWPLV eine vorsichtige und konservative Planung. Dies schließt künftig erforderlicher Zahlungen oder Zahlungserhöhungen in Folge negativer Amortisation oder aufgeschobener Tilgungs- oder Zinszahlungen sowie sonstige regelmäßige Ausgaben, Schulden und sonstige Verbindlichkeiten ein.²⁹⁰ Zudem

²⁸¹ Eingehend *Buck-Heeb/Siedler* BKR 2018, 269.

²⁸² § 2 Abs. 1 Satz 2 ImmoKWPLV.

²⁸³ § 505b Abs. 2 Satz 1 BGB, § 2 Abs. 2 ImmoKWPLV.

²⁸⁴ Nur der Begriff „Kredit“ wurde präzisierend gegen „Darlehen“ getauscht.

²⁸⁵ Art. 18 Abs. 3 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

²⁸⁶ § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB.

²⁸⁷ § 3 Abs. 1 ImmoKWPLV.

²⁸⁸ § 3 Abs. 2 ImmoKWPLV.

²⁸⁹ § 3 Abs. 3 ImmoKWPLV.

²⁹⁰ § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 ImmoKWPLV.

sind Einkommen, Ersparnisse und andere Vermögenswerte sowie künftig zu erwartende Miet- oder Pachteinnahmen zu berücksichtigen, allerdings letztere nur, soweit sie „dem Grunde und der Höhe nach wahrscheinlich und nachhaltig zu erzielen sind, wobei mögliche aber ungewisse Mietsteigerungen nicht zu berücksichtigen sind“.²⁹¹ Zudem sind zukünftige wahrscheinliche negative Ereignisse wie die Verringerung des Einkommens durch den Eintritt in den Ruhestand oder Änderungen des Sollzinssatzes ausreichend zu berücksichtigen,²⁹² während zukünftige wahrscheinliche positive Ereignisse wie die Verlängerung oder Entfristung von Beschäftigungsverhältnissen oder der erneute Berufseinstieg nach der Elternzeit berücksichtigt werden können.²⁹³

3. Aufsichtsrechtliches Sanktionsregime

In § 18a KWG sind keine spezifischen Eingriffsbefugnisse für Verstöße von Instituten gegen die aufsichtsrechtliche Pflicht zur Verbraucherkreditwürdigkeit vorgesehen. Auch ist hieran keine Ordnungswidrigkeit geknüpft, anders als bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen § 18 Satz 1 KWG nach § 56 Abs. 2 Nr. 5 KWG. Zudem verweisen die speziellen Eingriffstatbestände des KWG nicht auf § 18a KWG. Der Regierungsentwurf zur Einführung des § 18a KWG äußerte sich auch nicht zur Frage aufsichtsrechtlicher Sanktionen.²⁹⁴ Das gilt auch für den Regierungsentwurf des Finanzaufsichtsrechtergänzungsgesetzes für die spätere Ergänzung um die Verordnungsermächtigung des § 18a Abs. 10a KWG.²⁹⁵

Allerdings gilt das allgemeine Eingriffsrecht nach § 6 Abs. 3 KWG, wonach die BaFin im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben Anordnungen zur Verhinderung oder Unterbindung von Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen treffen kann. Zwar konnten früher nach § 6 KWG keine Maßnahmen zum Verbraucherschutz erlassen werden,²⁹⁶ doch gehört nun nach § 4 Abs. 1a FinDAG der kollektive Verbraucherschutz zum Aufgabenbereich der BaFin. Nun ließe sich vorliegend argumentieren, dass die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung nach § 18a KWG aufgrund des Gleichlaufs mit § 505a BGB vor allem dem Individualschutz dient und die BaFin somit zur Verhinderung diesbezüglicher Verstöße keine Anordnungen treffen dürfe. Da die BaFin ihre Auf-

²⁹¹ § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 ImmoKWPLV.

²⁹² § 4 Abs. 3 ImmoKWPLV.

²⁹³ § 4 Abs. 4 ImmoKWPLV.

²⁹⁴ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 135 f.

²⁹⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts im Bereich der Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und zur Änderung der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (Finanzaufsichtsrechtergänzungsgesetz) vom 23.01.2017, BT-Drs. 18/10935, S. 27 f.

²⁹⁶ *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 16a.

gaben gemäß § 4 Abs. 4 FinDAG nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt, wäre eine Anordnung nach § 6 Abs. 3 KWG zur Verhinderung von Verstößen gegen § 18a KWG zum individuellen Verbraucherschutz kompetenzwidrig. Erfolgt die Maßnahme jedoch für den kollektiven Verbraucherschutz, ist dies jedenfalls von der Zuständigkeit der BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG gedeckt. Zudem können Verstöße gegen § 18a KWG dazu führen, dass die Aufsichtsbehörde die fachliche Eignung der Geschäftsleiter hinterfragt und Maßnahmen gegen diese nach § 36 KWG in Betracht zieht.²⁹⁷

4. Zivilrechtliches Sanktionsregime nach § 505d BGB

Anders als im aufsichtsrechtlichen Sanktionsregime und im Gegensatz zur früheren Unklarheit sind die zivilrechtlichen Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 505a BGB nunmehr spezifisch und klar in § 505d BGB geregelt.

a) Keine Nichtigkeit nach § 134 BGB

Sowohl Art. 18 Abs. 5 lit. a Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU als auch die für sämtliche Verbraucherdarlehensverträge geltende Regelung des § 505a Abs. 1 Satz 2 BGB stellen klar, dass nunmehr ein Verbot der Kreditvergabe besteht, wenn die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung negativ ausfällt. Ein Verstoß gegen dieses Kreditvergabeverbot führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Verbraucherdarlehensvertrags nach § 134 BGB, sondern nur zu den Schadensersatzansprüchen nach § 505d BGB. Dies ergibt sich bereits aus dem systematischen Zusammenhang, denn die vertraglichen Schadensersatzansprüche würden keinen Sinn ergeben, wenn zugleich der Vertrag nichtig wäre. Hierauf wies auch der Gesetzgeber in der Begründung explizit hin²⁹⁸ und hielt eine Klarstellung im Gesetz, dass der Vertrag im Fall des Verstoßes wirksam bleibt, für unnötig.²⁹⁹ Auch das Schrifttum verneint einstimmig eine Nichtigkeitssanktion.³⁰⁰

b) Schadensersatz nach § 505d BGB

Während sich die Vorgaben der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU für mitgliedstaatliche Sanktionen darauf beschränken, dass sie „wirksam, ver-

²⁹⁷ Zur Rechtslage nach § 18 Abs. 2 KWG a. F. *Döser*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 51.

²⁹⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 98.

²⁹⁹ BT-Drs. 18/5922, S. 100.

³⁰⁰ *Buck-Heeb* NJW 2016, 2065, 2067; *Stamenković/Michel* VuR 2016, 132, 137; *Omlor* ZIP 2017, 112, 115; *Harnos* JZ 2017, 552, 555; *König* WM 2017, 269, 270; *Möller* VuR 2017, 283, 288; *Heße/Niederhofer* MDR 2017, 489, 492; *Josten*, Kreditvertragsrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 507; *Artz*, in: Bülow/Artz, Verbrauchercreditrecht, 10. Aufl. 2019, § 505a BGB Rn. 8.

hältnismäßig und abschreckend“ sein müssen,³⁰¹ was aufgrund der mangelnden Konkretetheit der nationalen Rechtsfolgenbestimmung für Verstöße gegen die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung kritisiert wurde,³⁰² entschied sich der deutsche Gesetzgeber für ein einschneidendes Sanktionsregime nach § 505d BGB. Hiernach steht dem Verbraucher eine Zinssenkung, ein Sonderkündigungsrecht und unter Umständen gar der Ausschluss von Ansprüchen des Darlehensgebers bei Pflichtverletzungen des Darlehensnehmers zu.

aa) Zinsermäßigung

Zunächst führt ein Verstoß gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung dazu, dass sich der geschuldete Darlehenszins nach § 505d Abs. 1 Satz 1 BGB auf ein gesetzlich vorgegebenes Maß verringert. Ist ein gebundener Sollzins vereinbart, reduziert er sich auf den am Kapitalmarkt marktüblichen Zinssatz für Anlagen in Hypothekendarlehen und öffentliche Pfandbriefe, die der Laufzeit des Darlehens entsprechen.³⁰³ Im Falle eines veränderlichen Sollzinses sinkt er auf den marktüblichen Zinssatz für zwischen Banken in Euro gewährte Anleihen mit dreimonatiger Laufzeit (EURIBOR).³⁰⁴ Der Gesetzgeber wollte hierdurch eine deutliche Sanktion einführen, hielt aber einen völligen Ausschluss des Zinsanspruchs, wie der BGH ihn beim sittenwidrigen Darlehen annimmt,³⁰⁵ nicht für angemessen, da der Darlehensnehmer sonst im Vergleich zu anderen Darlehensnehmern übervorteilt würde und da der Vorwurf der fehlerhaften Kreditwürdigkeitsprüfung weniger schwer wiege als der der Sittenwidrigkeit.³⁰⁶ Daher sollen die verringerten Zinszahlungen, die in der Höhe sicherer Kapitalmarktanlagen angesetzt sind, den Darlehensgebern im Regelfall die Refinanzierungskosten ersetzen und zugleich einen ausreichenden Anreiz für die Verbraucher zur Rechtsdurchsetzung darstellen.³⁰⁷ Zu viel gezahlte Zinsen sollen vorbehaltlich der Verjährung auch nachträglich gemäß §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden können.³⁰⁸

bb) Außerordentliches Kündigungsrecht

Ein weiteres scharfes Schwert ist das Recht des Darlehensnehmers, das Darlehen nach § 505d Abs. 1 Satz 3 BGB jederzeit fristlos zu kündigen, ohne einen Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung auszulösen. Mit diesem Sonder-

³⁰¹ Art. 38 Abs. 1 Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU.

³⁰² *Schürnbrand* ZBB 2014, 168, 176 f.

³⁰³ § 505d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB.

³⁰⁴ § 505d Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB.

³⁰⁵ BGH, Urteil vom 30. Juni 1983 – III ZR 114/82 – Rn. 29 (WM 1983, 951).

³⁰⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 101.

³⁰⁷ BT-Drs. 18/5922, S. 101.

³⁰⁸ *Stamenković/Michel* VuR 2016, 132, 139; *Buck-Heeb* NJW 2016, 2065, 2068.

kündigungsrecht wollte der Gesetzgeber dem Darlehensnehmer die Möglichkeit geben, von einem in der Zwischenzeit gesunkenen marktüblichen Zinssatz durch den Abschluss eines neuen Darlehensvertrags zu profitieren.³⁰⁹ Dieser Gedanke wurde im Schrifttum als irrig kritisiert, da der Darlehensnehmer in aller Regel bei einem Anschlusskredit erneut die Kreditwürdigkeitsprüfung nicht bestehen und daher den Anschlusskredit nicht erhalten dürfte.³¹⁰ Es ist auch davon auszugehen, dass die praktischen Anwendungsfälle des außerordentlichen Kündigungsrechts überschaubar sind, da ein zahlungssäumiger kreditunwürdiger Darlehensnehmer in der Regel nicht das Finanzvolumen zur Rückzahlung des Darlehens hat, es sei denn, er profitiert von unerwartetem Vermögenszuwachs z. B. durch Erbschaft oder Lottogewinn. Dennoch wird zugunsten der Darlehensnehmer angeführt, dass dem Darlehensgeber nach § 499 Abs. 3 BGB kein Kündigungsrecht bei fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung zustehe, es sei denn, der Mangel beruhe auf vorsätzlicher Fehlinformation des Verbrauchers.³¹¹

cc) Ausschluss von Ansprüchen des Darlehensgebers

Darüber hinaus ist der Darlehensnehmer nach § 505d Abs. 2 BGB vor Ansprüchen des Darlehensgebers geschützt, wenn seine Pflichtverletzung auf einem Umstand beruht, angesichts dessen der Darlehensvertrag bei ordnungsgemäßer Kreditwürdigkeitsprüfung nicht hätte geschlossen werden dürfen. Der Darlehensnehmer ist also dann keinen Ansprüchen ausgesetzt, wenn sein Zahlungsverzug auf denjenigen Umständen beruht, die zur Ablehnung seiner Kreditwürdigkeit hätten führen müssen. Der Schutz umfasst laut Gesetzgeber sowohl den Wegfall des Anspruchs des Kreditgebers auf Zinszahlung, aber auch auf einzelne Darlehensraten sowie die gesamten Restverbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag, wenn diese zwischenzeitlich fällig wurden.³¹² Die Regierungsbegründung stützt diesen weitreichenden Schutz des Darlehensnehmers auf den Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung, da der Darlehensgeber sich nicht auf Rechte berufen könne, die er per Pflichtenverstoß erworben habe.³¹³ Die hier erforderliche Kausalität zwischen der fehlerhaften Kreditwürdigkeitsprüfung und der vertraglichen Pflichtverletzung des Darlehensnehmers soll die deutliche Besserstellung des Darlehensnehmers im Vergleich zur Zinsreduktion oder zum Sonderkündigungsrecht nach § 505d Abs. 1 BGB rechtfertigen.³¹⁴

³⁰⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 102.

³¹⁰ König WM 2017, 269, 273; Josten, Kreditvertragsrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 511.

³¹¹ Buck-Heeb NJW 2016, 2065, 2068.

³¹² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 103.

³¹³ BT-Drs. 18/5922, S. 103.

³¹⁴ BT-Drs. 18/5922, S. 103.

dd) Sanktionsausschluss bei Verschulden des Darlehensnehmers

All diese Begünstigungen des Darlehensnehmers sind aber nach § 505d Abs. 3 BGB nicht anwendbar, soweit er den Mangel der Kreditwürdigkeitsprüfung durch grob fahrlässige oder vorsätzliche Vorenthaltung oder unrichtige Erteilung der erforderlichen Informationen verursacht hat. Denn in diesen Fällen hat der Verbraucher laut Gesetzgeber seine Mitwirkungspflichten derart schuldhaft verletzt, dass er des Schutzes nach § 505d Abs. 1 und 2 BGB nicht würdig ist.³¹⁵ Im Gegensatz zu § 499 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach der Darlehensgeber den Vertrag kündigen kann, wenn der Darlehensnehmer für die Kreditwürdigkeit relevante Informationen wissentlich vorenthalten oder gefälscht hat, soll die grob fahrlässige Fehlinformation nur zur Verwirkung der Schutzansprüche führen, jedoch nicht den Bestand des Vertrags gefährden.³¹⁶

c) Keine weitergehenden Schadenersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB

Einen über die Sanktionsmechanismen des § 505d BGB hinausgehenden Schadenersatzanspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber nach § 280 Abs. 1 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) lehnt das Schrifttum weit überwiegend ab.³¹⁷ Dies folge aus dem abschließenden Charakter des speziellen Sanktionsregimes nach § 505d BGB, der keinen Platz für darüber hinausgehende Schadenersatzansprüche lasse. So würde die besondere Absichtung zwischen der allgemeinen Nichterfüllung nach § 505d Abs. 1 BGB und der auf kreditwürdigkeitsverneinenden Umständen beruhenden Nichterfüllung nach § 505d Abs. 2 BGB durch eine Anwendung des allgemeinen Schadenersatzregimes hinfällig.³¹⁸ Außerdem würde die Einräumung eines Anspruches nach § 280 Abs. 1 BGB mit Naturalrestitution einschließlich bereits gezahlter Zinsen dem Verbraucher ein „ewiges Vertragsrückabwicklungsrecht“ und zudem die Möglichkeit eines zinslosen Darlehens einräumen, das dem Gesetzgeberwillen zuwiderlaufen würde.³¹⁹ Allerdings soll ein Verstoß gegen die §§ 505a ff. BGB bei gleichzeitigem Abschluss eines Kreditberatungsvertrags zu einer Kreditberaterhaftung nach § 280 Abs. 1 BGB führen.³²⁰ Nur vereinzelt wird ein zinsloses Rückabwicklungsrecht nach § 280 Abs. 1 BGB des Verbraucherdarlehensnehmers befürwortet, insbesondere als Ergänzung des praktisch

³¹⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 103 f.

³¹⁶ BT-Drs. 18/5922, S. 104.

³¹⁷ *Buck-Heeb* NJW 2016, 2065, 2069 f.; *Harnos* JZ 2017, 552, 554 ff.; *Omlor* ZIP 2017, 112, 117; *König* WM 2017, 269, 273; *Artz*, in: *Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht*, 10. Aufl. 2019, § 505d BGB Rn. 15; *Josten*, *Kreditvertragsrecht*, 2. Aufl. 2017, Rn. 516; *jurisPK-BGB/Schwintowski*, § 505d BGB, 8. Aufl. 2017, Rn. 1.

³¹⁸ *Harnos* JZ 2017, 552, 555.

³¹⁹ *Buck-Heeb* NJW 2016, 2065, 2070; ähnlich *Omlor* ZIP 2017, 112, 117.

³²⁰ *Harnos* JZ 2017, 552, 556 ff.

ins Leere laufenden Sonderkündigungsrechts nach § 505d Abs. 1 Satz 3 BGB, da sonst nur eine Insolvenz in Betracht käme.³²¹ Eine solche Lösung dürfte jedoch dem Gesetzgeberwillen widersprechen, der eine zinslose Rückabwicklung nur nach den besonderen Voraussetzungen des § 505d Abs. 2 BGB erlaubt. Mit der gleichen Argumentation wie zu § 280 Abs. 1 BGB ist nach neuer Rechtslage ebenso ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB abzulehnen.³²²

III. Parallelen zwischen der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung und anderen Bereichen des Bankaufsichtsrechts

Die Entwicklung der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung von einer rein aufsichtsrechtlichen Pflicht nach dem KWG hin zu einer auch vertragsrechtlichen Pflicht nach den §§ 505a–505d BGB wird teilweise als systemwidriger Sonderfall dargestellt.³²³ Dennoch bestehen Parallelen zwischen der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung und anderen Bereichen des Bankaufsichtsrechts, die allgemein eine stärkere zivilrechtliche Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Pflichten rechtfertigen. Gemeinsam mit dem Einlagengeschäft ist die Kreditvergabe der Kern des klassischen Bankgeschäfts.³²⁴ Die Kreditwürdigkeitsprüfung dient neben dem Schutz der Verbrauchercreditnehmer zugleich der Verhinderung systemischer Überschuldung.³²⁵ Insofern decken sich die Ziele des Individual- und Funktionsschutzes.³²⁶ Das vertragliche Risiko, dass Verbrauchercreditnehmer ihre Pflichten aus dem Darlehensvertrag nicht erfüllen, unterscheidet sich strukturell nicht von den Risiken bei Darlehensverträgen mit Unternehmern. Neben der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung nach § 18a KWG kennt das Bankaufsichtsrecht mit den §§ 13 ff. KWG weitere kreditvertragsbezogene Pflichten, die in gleichem Maße das Vertragsverhältnis betreffen. Angesichts der Überschneidung von Regulierungs- und Vertragsinhalten wirkt die klare Trennung der aufsichts- und privatrechtlichen Pflichtenkreise daher künstlich. Die Beschränkung des privatrechtlichen Regimes auf Verbrauchercreditnehmer liegt daran, dass die Zielrichtung des Bankaufsichtsrechts überwiegend noch als rein öffentlich verstanden wird.³²⁷ Allerdings dient das unionsrechtlich überformte Bankaufsichtsrecht zunehmend auch Individualschutzziele.³²⁸ Zielt eine aufsichtsrechtliche Pflicht unmittelbar auf einen in-

³²¹ *Stamenković/Michel* VuR 2016, 132, 141; wohl auch *Feldhusen* BKR 2016, 441, 450.

³²² *Harnos* JZ 2017, 552, 555 f.

³²³ Etwa *Binder* ZIP 2018, 1201, 1209 ff.

³²⁴ S. oben S. 30 ff.

³²⁵ *Atamer*; in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, 2011, S. 179, 185 ff.

³²⁶ Zur Konvergenz beider Ziele früh *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 51 f., 334–337; ausführlich s. oben S. 100 ff.

³²⁷ S. oben S. 25 ff., 30 ff.

³²⁸ Ausführlich s. oben S. 48 ff. und s. unten S. 255 ff.

dividualisierbaren Kundenkreis ab und bezweckt dessen Schutz, dann kann sie sich zugleich in eine privatrechtliche Pflicht transformieren.³²⁹ Aufgrund der strukturellen Ähnlichkeiten zu anderen Aufsichtspflichten mit Kundenbezug ist die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung daher nicht als systemwidriger Sonderfall, sondern als systemprägender Pionier zu verstehen.

C. Schutz der Bankkunden durch die privatrechtliche Durchsetzung vereinzelter Normen des Bankaufsichtsrechts

Neben dem Einleger- und Verbraucherdarlehensnehmerschutz besteht teilweise für Bankkunden ein allgemeiner Individualschutz durch privatrechtliche Instrumente. Normative Anknüpfungspunkte sind Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB und Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB. Der BGH und das Schrifttum stufen vereinzelt Normen des KWG als individualschützend i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ein (I.). Hingegen entfalten die KWG-Normen nach derzeit herrschendem Verständnis grundsätzlich keine Wirkung als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB (II.).

I. KWG-Normen als individualschützende Gesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB

Das Herzstück der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit von bankaufsichtsrechtlichen Normen ist die Anerkennung von KWG-Normen als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Verwiesen sei auf die bereits erfolgte Darstellung des § 17 KWG als einziger spezialgesetzlichen Haftungsnorm des KWG, die nach § 17 Abs. 2 KWG Gläubigern der Bank nur subsidiär direkten Individualschutz gegenüber den Geschäftsleitern und Mitgliedern des Aufsichtsorgans gewährt.³³⁰ Im Übrigen kommt eine Außenhaftung für Verstöße gegen KWG-Normen nur i. V.m § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Der als deliktsrechtlicher „Transmissionsriemen“³³¹ für Wertungen anderer Rechtsgebiete³³² bezeichnete § 823 Abs. 2 BGB setzt ein hinreichend bestimmtes,³³³ materielles Gesetz i. S. d. Art. 2 EGBGB voraus, das „den Schutz eines anderen“ bezweckt. Es ist anerkannt, dass der Individualschutz nicht das einzige Ziel sein muss, solange er auch bezweckt wird.³³⁴ Während die Gesetzesqualität des KWG un-

³²⁹ Ausführlich s. unten S. 270 ff.

³³⁰ S. oben S. 181 ff.

³³¹ *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823, Rn. 474.

³³² Die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Inhalte durch § 823 Abs. 2 BGB erkennt der BGH ausdrücklich an, BGH, Urteil vom 26. Februar 1993 – V ZR 74/92 – Rn. 22 (BGHZ 122, 1).

³³³ BGH, Urteil vom 09. Dezember 1964 – Ib ZR 181/62 – Rn. 46 (NJW 1965, 2007); auch schon RG, Urteil vom 20. März 1930 – VI 373/29 – (RGZ 128, 298, 300).

³³⁴ RG, Urteil vom 12. April 1902 – V 23/02 – (RGZ 51, 177, 178); RG, Urteil vom

streitig ist, wird der Individualschutzzweck für jede Norm einzeln bestimmt. Da die Diskussion somit für die jeweiligen KWG-Normen getrennt geführt wird, ist sie an konkreten Beispielen orientiert und fragmentarisch. Die Schutzrichtung des gesamten Bankaufsichtsrechts spielt eine untergeordnete Rolle.

Der BGH hat vereinzelte Normen des KWG als individualschützende Gesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zum Schutze von Bankkunden anerkannt. Dieser Auslegung folgt überwiegend auch die Literatur. Nur vereinzelte Stimmen wollen keiner einzigen KWG-Norm Schutzgesetzcharakter gewähren.³³⁵ Die Mehrheit im Schrifttum spricht in weitgehender Übereinstimmung mit der Rechtsprechung einzelnen KWG-Normen Schutzgesetzqualität zu.³³⁶ Nur vereinzelte Stimmen interpretieren das gesamte KWG als Schutzgesetz für die Bankgläubiger³³⁷ oder sogar für sämtliche Bankkunden, also für Gläubiger und Schuldner der Bank.³³⁸ In der Literatur fehlt bislang jedoch eine eingehende Systematisierung und ausführliche Begründung des Schutzgesetzcharakters der KWG-Normen.

1. Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG

Gesicherte Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur ist, dass die Erlaubnispflicht nach §§ 32 Abs. 1 Satz 1 KWG die Kunden eines Unternehmens schützt, das unerlaubt Bankgeschäfte betreibt.

a) Schutzgesetz zugunsten der Bankkunden

Der BGH erklärte den Schutzgesetzcharakter der Bankerlaubnispflicht zum ersten Mal per obiter dictum in einem Urteil von 1973. Zunächst berief er sich auf Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das Erlaubniserfordernis des VAG als Schutzgesetz anerkannte.³³⁹ Dann erklärte der BGH auch die Schutzgesetz-eigenschaft des bankaufsichtsrechtlichen Erlaubnisvorbehalts als „nicht zweifelhaft“ und leitete hieraus die Schutzgesetzqualität des Genehmigungserforder-

23. Mai 1906 – I 603/05 – (RGZ 63, 324, 327); RG, Urteil vom 20. März 1930 – VI 373/29 – (RGZ 128, 298, 300); BGH, Urteil vom 27. Januar 1954 – VI ZR 309/52 – Rn. 8 (BGHZ 12, 146–152); BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988 – VI ZR 235/87 – Rn. 10 (BGHZ 106, 204); BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 – XI ZR 51/10 – Rn. 21 (BGHZ 192, 90); *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823, Rn. 498.

³³⁵ Eine Schutzgesetzqualität des KWG grundsätzlich ablehnend *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 177; auch bereits *Canaris*, in: FS Larenz 1983, 27, 44.

³³⁶ *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823 Rn. 504 ff., 526; *Wilhelmi*, in: Erman, § 823 BGB, 15. Aufl. 2017, Rn. 163; *Spindler*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 3. Aufl. 2012, Band 2, § 823 Rn. 181; *Hager*, in: Staudinger, § 823 BGB, Neubearbeitung 2009, Rn. G 49; *Sprau*, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 823 BGB, Rn. 68.

³³⁷ *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), 12. Aufl. 2017, 823 BGB, Rn. 237.

³³⁸ *Spickhoff*, in: Soergel, § 823 BGB, 13. Aufl. 2005, Rn. 241.

³³⁹ RG, Urteil vom 17. März 1919 – VI 297/18 – (RGZ 95, 156, 157).

nisses ausländischer juristischer Personen nach § 12 GewO a. F. ab.³⁴⁰ Seither haben der BGH und die Obergerichte diese Rechtsprechung vielfach bestätigt und §§ 32, 54 KWG als Schutzgesetze zugunsten der Bankkunden ausgelegt.³⁴¹ Der Individualschutz erfasst insbesondere Schadensersatzansprüche einzelner Kapitalanleger gegen die Gesellschaft³⁴² und gegen deren Geschäftsführer persönlich.³⁴³ Der allgemeine Schutzadressatenkreis der „Bankkunden“³⁴⁴ wird mitunter so verstanden, dass er auch Darlehensnehmer der Bank umfasst.³⁴⁵ Ausdrücklich geschützt werden Einleger oder andere Darlehensgeber der Bank.³⁴⁶ Die Individualschutzrichtung von § 32 Abs. 1 KWG begründete der BGH zuletzt auch mit dem Anlegerschutz, den die zugrundeliegende europäische Richtlinie mit dem Erlaubniserfordernis bezweckt.³⁴⁷ Als Schutzgesetz schützt das Erlaubniserfordernis Einleger allerdings laut BGH nur vor „Verlusten gerade durch die Einlage beim erlaubnispflichtigen Kreditinstitut“,³⁴⁸ nicht jedoch davor, „dass von dem Einlagenkonto aus verlustbringende Anlagegeschäfte getätigt oder anderweitig geschlossene Verträge erfüllt werden, die nicht in den Verantwortungsbereich des Kreditinstituts fallen“.³⁴⁹ Demzufolge können Ein- und Anleger nur solche Schäden geltend machen, deren Verhinderung die aufsichtsrechtliche Schutznorm ausdrücklich dient. Bei der Erlaubnispflicht von Einlagengeschäften ist dies die Gewährleistung ausreichender Liquidität nach § 11 KWG.³⁵⁰ Im Schrifttum wurde bemängelt, dass der BGH

³⁴⁰ BGH, Urteil vom 08. Mai 1973 – VI ZR 164/71 – Rn. 15 (WM 1973, 992).

³⁴¹ BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – III ZR 105/05 – Rn. 17 (BGHZ 166, 29); BGH, Urteil vom 27. Juni 2017 – VI ZR 424/16 – Rn. 9 ff. (WM 2017, 1501); OLG München, Urteil vom 30. Oktober 1985 – 7 U 1890/85 – Rn. 50 (WM 1986, 586); KG Berlin, Urteil vom 20. Juli 2001 – 9 U 1912/00 – Rn. 44 (NZG 2002, 383); OLG Celle, Urteil vom 14. August 2002 – 9 U 67/02 – Rn. 58 (WM 2003, 325).

³⁴² BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – III ZR 105/05 – Rn. 17 (BGHZ 166, 29); BGH, Urteil vom 15. Mai 2012 – VI ZR 166/11 – Rn. 11 (WM 2012, 1333); BGH, Urteil vom 19. März 2013 – VI ZR 56/12 – Rn. 11 (BGHZ 197, 1).

³⁴³ BGH, Urteil vom 13. April 1994 – II ZR 16/93 – Rn. 29 ff. (BGHZ 125, 366); BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – Rn. 16 (WM 2005, 1217); BGH, Versäumnisurteil vom 24. Juni 2014 – VI ZR 347/12 – Rn. 41 (IPRax 2015, 423).

³⁴⁴ BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 339/04 – Rn. 13 (ZIP 2006, 1761); *Schwenicke*, in: *Schwenicke/Auerbach* (Hrsg.), *KWG-Kommentar*, 3. Aufl. 2016, § 32 Rn. 93; *Albert*, in: *Reischauer/Kleinhaus*, *KWG-Kommentar*, Band 3, Stand: Dezember 2019, § 32 Rn. 9.

³⁴⁵ *Renner*, in: *Canaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg.), *Großkommentar HGB*, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 261.

³⁴⁶ BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 339/04 – Rn. 13 f. (ZIP 2006, 1761).

³⁴⁷ BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – Rn. 17 (WM 2005, 1217).

³⁴⁸ BGH, Urteil vom 07. Juli 2015 – VI ZR 372/14 – Rn. 30 (NJW-RR 2015, 1144), unter Verweis auf BGH, Urteil vom 09. März 1995 – III ZR 55/94 – Rn. 16 (BGHZ 129, 90) und BGH, Beschluss vom 09. Februar 2011 – 5 StR 563/10 – Rn. 5 ff. (NSStZ 2011, 410), wobei letztere beiden Urteile nur den Einlagenbegriff betreffen.

³⁴⁹ BGH, Urteil vom 07. Juli 2015 – VI ZR 372/14 – Rn. 30 (NJW-RR 2015, 1144), unter Verweis auf BGH, Urteil vom 15. Mai 2012 – VI ZR 166/11 – Rn. 33 (NZG 2013, 28–32).

³⁵⁰ BGH, Urteil vom 07. Juli 2015 – VI ZR 372/14 – Rn. 30 (NJW-RR 2015, 1144); BGH,

noch ausführlicher auf die persönliche Reichweite der Haftung insbesondere für Geschäftsleiter hätte eingehen können und sollen.³⁵¹

b) *Schutzgesetz trotz § 4 Abs. 4 FinDAG*

Dass die Erlaubnispflicht nach § 32 KWG ein Schutzgesetz ist, bestätigte der BGH explizit und ausführlich auch für den Zeitraum, nachdem der Gesetzgeber das Aufsichtsziel der BaFin auf das öffentliche Interesse beschränkte (zunächst § 6 Abs. 3 KWG³⁵², später § 6 Abs. 4 KWG³⁵³, heute § 4 Abs. 4 FinDAG³⁵⁴).³⁵⁵ Da die Beschränkung laut der Gesetzesbegründung allein den Schutz des Fiskus bezweckte,³⁵⁶ fehlten Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den in ständiger Rechtsprechung angenommenen Schutzgesetzcharakter der Erlaubnispflicht des KWG aufheben wollte.³⁵⁷ Dieser Rechtsprechung des 3. Senats schloss sich der 6. BGH-Senat an.³⁵⁸ Dem folgten auch weitere Gerichte.³⁵⁹ Diese Interpretation stößt teilweise in der Literatur auf Widerstand, da das Handeln im öffentlichen Interesse keinen Platz für individualschützende Wirkung der Norm lasse.³⁶⁰ Die Mehrheit im Schrifttum teilt jedoch die Auffassung des BGH und betrachtet die Erlaubnispflicht nach wie vor als Schutzgesetz.³⁶¹ Dies

Urteil vom 19. März 2013 – VI ZR 56/12 – Rn. 31 (BGHZ 197, 1); BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 340/04 – Rn. 25 (ZIP 2006, 1764).

³⁵¹ *Tröger* WuB 2015, 1568.

³⁵² Eingeführt durch Art. 1 Nr. 3 Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1693.

³⁵³ Art. 1 Nr. 9 lit. d Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997, BGBl. I S. 2518.

³⁵⁴ Eingeführt durch Art. 1 Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22. April 2002, BGBl. I S. 1310.

³⁵⁵ BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – Rn. 16 (WM 2005, 1217); so auch bereits OLG Celle, Urteil vom 14. August 2002 – 9 U 67/02 – Rn. 58 (WM 2003, 325).

³⁵⁶ Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des KWG, BT-Drs. 10/1441, S. 20.

³⁵⁷ BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 238/03 – Rn. 18 (WM 2005, 1217).

³⁵⁸ BGH, Urteil vom 11. Juli 2006 – VI ZR 340/04 – Rn. 12 f. (ZIP 2006, 1764).

³⁵⁹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. September 2006 – 1 U 34/06 – Rn. 94 (WM 2007, 350); Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 20. Mai 2009 – 6 A 1040/08 – Rn. 58 (WM 2009, 1889).

³⁶⁰ Grundsätzlich skeptisch gegenüber Individualschutz des KWG *Fischer/Müller*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 32 KWG Rn. 31 f. und *Fischer*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, Einführung Rn. 177; klar ablehnend noch *Fischer*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg.), Kommentar zum KWG, 2. Aufl. 2004, § 32 KWG Rn. 17 f.

³⁶¹ *Neus*, in: *Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber* (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, Einführung KWG, Rn. 37; *Wagner*, in: *MüKo BGB*, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823, Rn. 505 f., 526; *Wilhelmi*, in: *Erman*, 15. Aufl. 2017, § 823 BGB, Rn. 163; *Spindler*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *BGB*, 3. Aufl. 2012, Band 2, § 823 Rn. 181; *Hager*, in: *Staudinger*, § 823 BGB, Neubearbeitung 2009, Rn. G 49; *Sprau*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 823 BGB, Rn. 68; *Spickhoff*, in: *Soergel*, 13. Aufl. 2005, § 823 BGB, Rn. 241; *Schaub*, in:

ist überzeugend, da die Beschränkung der Aufsichtstätigkeit auf das öffentliche Interesse ausschließlich der Verhinderung von Amtshaftungsansprüchen dient, die individuelle Schutzrichtung gewisser Pflichten nach dem KWG nicht ausschließt und daher letztlich die Frage des Schutzgesetzcharakters nicht betrifft.³⁶²

c) Konsultation der Aufsichtsbehörde als subjektiver Haftungsausschlussgrund

Die Bedeutung von Auskünften der Aufsichtsbehörde für die deliktische Haftung stand jüngst im Zentrum eines Urteils, in dem der BGH die Voraussetzungen eines Verbotsirrtums über die Erlaubnispflicht von Bankgeschäften nach dem KWG präziserte.³⁶³ Der Irrtum ist demnach jedenfalls dann unvermeidbar und hebt die Rechtswidrigkeit auf, wenn der möglicherweise Bankgeschäfte Tätigende zusätzlich zu anwaltlicher Beratung die BaFin fragt, ob sein geplantes Geschäftsmodell dem Erlaubnisvorbehalt des KWG unterliegt.³⁶⁴ Dies wurde zum Teil so verstanden, dass nun bei komplexen bankaufsichtsrechtlichen Fragen zur Vermeidung deliktsrechtlicher Haftung das Einholen einer förmliche Auskunft der Aufsichtsbehörde erforderlich ist.³⁶⁵ In jedem Fall dürfte das Urteil im FinTech-Bereich für Beruhigung sorgen, da die Anwendbarkeit der Erlaubnispflicht bei Unternehmen mit neuen digitalisierten Finanzprodukten häufig Fragen aufwirft.³⁶⁶ Nach dem BGH-Urteil schafft der Dialog mit der Aufsichtsbehörde nun jedenfalls hinsichtlich der deliktrechtlichen Haftungsrisiken eine gewisse Rechtssicherheit.

2. Verbot der Offenbarung und Verwertung von Informationen über Millionenkredite nach §§ 14, 55a, 55b KWG

Als Schutzgesetz bewertete der BGH im viel besprochenen *Kirch/Breuer-Urteil*³⁶⁷ auch das aufsichtsrechtliche Verbot für bei einem Kreditinstitut angestellte Personen, vertrauliche Informationen über Millionenkredite Dritten gegenüber zu offenbaren oder zu verwerten (damals § 14 Abs. 2 Satz 1 KWG a. F., heute § 14 Abs. 2 Satz 10 KWG i. V. m. §§ 55a, 55b KWG). Zwar erfüllte der

Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 12. Aufl. 2017, § 823 Rn. 237; *Janßen* VuR 2018, 54, 55 ff.; *Tettinger* DStR 2006, 903, 908 f.

³⁶² S. oben S. 202 f.

³⁶³ BGH, Urteil vom 27. Juni 2017 – VI ZR 424/16 – (WM 2017, 1501).

³⁶⁴ BGH, Urteil vom 27. Juni 2017 – VI ZR 424/16 – Rn. 17 (WM 2017, 1501).

³⁶⁵ *Hippeli* WM 2018, 253, 255, 257.

³⁶⁶ *Scholz-Fröhling* BKR 2017, 133; *Nathmann* BKR 2019, 540, 544; die Strafbarkeit des Handelns mit Bitcoins ohne Erlaubnis gem. §§ 32, 54 KWG verneinend KG Berlin, Urteil vom 25. September 2018 – (4) 161 Ss 28/18 (35/18) – (WM 2018, 2083); hierzu *Danwerth/Hildner* BKR 2019, 57.

³⁶⁷ BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 384/03 – (BGHZ 166, 84).

Beklagte Breuer im konkreten Fall nicht die Tatbestände der unbefugten Offenbarung oder Verwertung von Angaben über Millionenkrediten,³⁶⁸ doch erkannte der BGH die nach §§ 55a, 55b KWG strafbewehrten aufsichtsrechtlichen Pflichten implizit als Schutzgesetze an, indem er den Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 55a, 55b KWG ausführlich prüfte.³⁶⁹ Die Literatur stimmt dem überwiegend zu und erkennt sie als Schutzgesetz zugunsten des Darlehensnehmers an.³⁷⁰ Die mit der sechsten KWG-Novelle eingeführten §§ 55a, 55b KWG³⁷¹ sollten dem Regierungsentwurf einen besonders vertrauensvollen Umgang mit den besonders sensiblen Daten zum Schutz der Kunden gewährleisten, weshalb der Verstoß nicht nur als Ordnungswidrigkeit, sondern als Straftat normiert wurde.³⁷² Daher entspricht die Einordnung als Schutzgesetz dem Gesetzgeberwillen.

3. Kreditwürdigkeitsprüfung bei Großkrediten nach § 18 KWG

Eine weitere aufsichtsrechtliche Pflicht, deren Schutzgesetzeigenschaft diskutiert wird, ist die Pflicht von Kreditinstituten, sich ab einer gewissen Darlehenssumme die wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers, insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse, offenlegen zu lassen. Nach dem heutigen § 18 Abs. 1 Satz 1, 2 KWG besteht diese Pflicht bei Krediten, die insgesamt 750.000 Euro oder zehn Prozent des anrechenbaren Eigenkapitals i. S. d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 71 CRR überschreiten, es sei denn, das Verlangen wäre angesichts der gestellten Sicherheiten offensichtlich unbegründet. Während der BGH die Schutzgesetzeigenschaft ursprünglich bejahte, verneint er sie mittlerweile.

a) Individualschutzbejahende BGH-Urteile

Der heutige § 18 KWG geht auf § 13 RKWG von 1939 zurück. Dieser wiederum sollte gleiche Wettbewerbsbedingungen bei der Kreditvergabe durch eine doppelte Abschreckungswirkung schaffen. Die Norm zielte darauf ab, einerseits vor zu leichtfertiger Kreditvergabe und überhöhtem Kreditrisiko zu schüt-

³⁶⁸ BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 384/03 – Rn. 79, 81 (BGHZ 166, 84).

³⁶⁹ BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 384/03 – Rn. 76 ff. (BGHZ 166, 84). Noch offen gelassen in der Vorinstanz bei OLG München, Urteil vom 10. Dezember 2003 – 21 U 2392/03 – Rn. 104 (WM 2004, 74).

³⁷⁰ *Sprau*, in: Palandt, § 823 BGB, 79. Aufl. 2020, Rn. 68; *Spindler*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 181; *Hager*, in: Staudinger, § 823 BGB, Neubearbeitung 2009, Rn. G 49; *Tiedemann* ZIP 2004, 294, 296 f.; wohl auch *Spickhoff*, in: Soergel, 13. Aufl. 2005, § 823 BGB, Rn. 241.

³⁷¹ Art. 1 Nr. 82 Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997, BGBI. I S. 2518.

³⁷² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 06.03.1997, BT-Drs. 13/7142, S. 97.

zen und andererseits das Fordern überhöhter Sicherungen und die damit verbundene Kreditverweigerung zu verhindern.³⁷³ Bereits zu § 13 RKWG von 1939 entschied der BGH, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung zwar nicht die Geschäftspartner des Kreditnehmers, sondern allenfalls die der Bank ein Darlehen gewährenden Einleger schützen soll.³⁷⁴ In dem Fall klagte ein Handelspartner eines insolventen Armaturenwerks erfolglos gegen die Bank sowie deren Geschäftsleiter, von denen das Werk ohne angemessene Kreditwürdigkeitsprüfung einen Großkredit erhalten hatte.³⁷⁵ In einem anderen Fall entschied der BGH, dass die deliktsrechtliche Schutzwirkung des § 13 RKWG von 1939 auch keine sonstigen Dritten, wie z. B. Geschäftspartner der Einleger oder (spätere) Bankmitinhaber umfasst.³⁷⁶ Diese Rechtsprechung bestätigte der 6. Zivilrechtssenat des BGH in einem obiter dictum zur inhaltlich ähnlichen Vorschrift des § 18 KWG von 1961. Die Kreditwürdigkeitsprüfung diene dem Schutz der Einleger und sonstiger Dritter, die durch die Insolvenz der Bank gefährdet werden könnten, während fraglich sei, ob die Vorschrift dem unmittelbaren Schutz der Bank diene.³⁷⁷ Auf die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung konnte sich laut BGH die Bank nicht berufen und hieraus auch keine Schadensersatzansprüche gegen den Wirtschaftsprüfer des Kreditnehmers ableiten.³⁷⁸

b) Rechtsprechungsänderung und individualschutzverneinende Folgeurteile

Unter Verweis auf das soeben besprochene BGH-Urteil des 6. Senats von 1972 rückte der 3. Zivilrechtssenat des BGH in einem Beschluss von 1983 eigentümlicherweise von der vorherigen Rechtsprechung ab und verneinte die Schutzgesetznatur des § 18 KWG für Bankkunden pauschal.³⁷⁹ Dies ist umso erstaunlicher, als der 6. Senat im zitierten Urteil von 1972 den Schutzgesetzcharakter für Bankkunden gerade grundsätzlich bejaht hatte und nur der Bank den Indivi-

³⁷³ Reichardt, Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939, 1942, § 13 Anm. 5.

³⁷⁴ BGH, Urteil vom 03. Februar 1970 – VI ZR 245/67 – Rn. 38 (WM 1970, 633).

³⁷⁵ BGH, Urteil vom 03. Februar 1970 – VI ZR 245/67 – Rn. 1 ff. (WM 1970, 633).

³⁷⁶ BGH, Urteil vom 13. Juli 1971 – VI ZR 246/69 – Rn. 39 (WM 1971, 1330).

³⁷⁷ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1972 – VI ZR 120/71 – Rn. 13 (WM 1973, 141): „Es erscheint schon fraglich, ob diese Vorschrift unmittelbar dem Schutze der Bank dient, der die Verpflichtung auferlegt wird, und nicht nur dem Schutze der Einleger und sonstiger Dritter, die durch ihren Zusammenbruch gefährdet werden könnten (vgl. zu der entsprechenden Vorschrift den § 13 KWG vom 25. September 1939 das Senatsurteil vom 3. Februar 1970 – VI ZR 245/67 = WM 1970, 633, 636). Jedenfalls aber richtet sich das Gebot des § 18 KWG nicht gegen den Beklagten.“

³⁷⁸ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1972 – VI ZR 120/71 – Rn. 1, 12 f. (WM 1973, 141).

³⁷⁹ BGH, Beschluss vom 24. November 1983 – III ZR 160/83 – (WM 1984, 131): „Da der Vorschrift des § 18 KWG der Charakter eines Schutzgesetzes zugunsten der Bankkunden nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs (vom 5. Dezember 1972 = WM 1973, 141) nicht zukommt, ist die Frage nach dem Schutzgesetzcharakter dieser Vorschrift nicht mehr klärungsbedürftig.“

dualschutz verweigerte.³⁸⁰ Es ist unklar, ob der 3. Senat das zitierte Urteil nur vom Ergebnis her las und den Halbsatz über den Schutz von Einlegern und Dritten, die eine Insolvenz der Bank gefährden würde, übersah oder ob er die Rechtsprechung bewusst änderte und die Klärung im Großen Senat vermeiden wollte. Jedenfalls perpetuierten mehrere Obergerichte später die neue BGH-Rechtsprechung und legten § 18 KWG fortan nicht mehr als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB aus,³⁸¹ mit Ausnahme eines in diesem Punkt abweichenden Urteils des OLG München von 1985.³⁸² Die anders gelagerte Rechtsfrage, ob § 18 KWG dem Schutz des Kreditnehmers dient, dessen Kreditwürdigkeit zu prüfen ist, verneinte der BGH in einem Beschluss von 1988 und verweigerte ihm einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo.³⁸³ Dem folgten Obergerichte später.³⁸⁴ Nach aktueller Rechtsprechung ist § 18 KWG also in keinem Fall als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zu sehen.

c) Geteilte Literatur

Die im Lauf der Zeit nicht lineare Auslegung des BGH spiegelt sich auch im Schrifttum wider. Die zivilrechtliche Literatur ist gespalten, was die individualschützende Wirkung von § 18 KWG angeht. Manche Stimmen befürworten die Schutzrichtung unter Verweis auf die individualschutzbejahenden Urteile für Einleger und sonstige Dritte, die durch den Zusammenbruch der Bank gefährdet werden können.³⁸⁵ *Canaris* differenzierte zwischen den geschützten Personengruppen. So schütze § 18 KWG zwar die Einleger, aber nicht den auf Kreditwürdigkeit zu überprüfenden Darlehensnehmer oder dessen Gläubiger, wie die allein auf den Schutz der Bank und der Einleger zielende gesetzliche Ausnahme der Prüfpflicht bei hinreichender Sicherheit nach § 18 Satz 2 KWG a. F.³⁸⁶ belege.³⁸⁷ Die Mehrheit der Literaturstimmen hingegen verneint den Schutzgesetzcharakter sowohl für Einleger als auch Darlehensnehmer und

³⁸⁰ BGH, Urteil vom 05. Dezember 1972 – VI ZR 120/71 – Rn. 13 (WM 1973, 141).

³⁸¹ OLG Hamm, Beschluss vom 17. Dezember 1987 – 5 W 152/87 – (WM 1988, 191); OLG Köln, Beschluss vom 23. Juni 1999 – 13 W 32/99 – Rn. 4 (ZIP 1999, 1794); OLG Dresden, Urteil vom 06. Juni 2001 – 8 U 2694/00 – Rn. 51 (WM 2003, 1802); OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 17 U 111/07 – Rn. 74 (AG 2008, 453).

³⁸² OLG München, Urteil vom 30. Oktober 1985 – 7 U 1890/85 – Rn. 50 (WM 1986, 586).

³⁸³ BGH, Beschluss vom 27. Oktober 1988 – III ZR 14/88 – Rn. 4 (BGH-DAT Zivil).

³⁸⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 21. März 2001 – 9 U 204/00 – Rn. 26 (WM 2003, 343); OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 3 U 246/09 – Rn. 22; OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 3 U 11/10 – Rn. 12 (BKR 2011, 330).

³⁸⁵ *Spickhoff*, in: Soergel, 13. Aufl. 2005, § 823 BGB, Rn. 241; *Wilhelmi*, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 823 BGB, Rn. 163; auch *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823 Rn. 506.

³⁸⁶ Die von *Canaris* beschriebene Fassung des § 18 Satz 2 KWG (Neufassung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 11. Juli 1985, BGBl. I S. 1473) ist identisch mit dem heutigen § 18 Satz 2 KWG.

³⁸⁷ *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Band 1, Rn. 129; ähnlich bereits *Hopt* ZHR

sonstige Dritte unter Berufung auf die spätere ober- und höchstgerichtliche Rechtsprechung.³⁸⁸

Auch die aufsichtsrechtliche Literatur ist geteilt. Viele Stimmen verneinen den Schutzgesetzcharakter unter Berufung auf die öffentliche Zielrichtung³⁸⁹ oder auf die entsprechenden Gerichtsurteile.³⁹⁰ Demgegenüber erkennt ein Teil die Schutzgesetzqualität an und verweist auf ein zivil- und ein strafrechtliches BGH-Urteil zu § 18 KWG.³⁹¹ Im zivilrechtlichen Urteil gewährte der BGH einer Genossenschaftsbank einen Schadensersatzanspruch gegen deren ehemalige Vorstandsmitglieder, die wiederholt bei der Kreditvergabe gegen § 18 KWG verstoßen hatten.³⁹² Im strafrechtlichen Urteil stützte der BGH die Verwirklichung des Untreuetatbestands auf die Missachtung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 18 KWG.³⁹³ Da die zitierten Urteile lediglich Pflichtverletzungen der Geschäftsleiter gegenüber der Bank betreffen, sind die schutzgesetzbejahenden Literaturstimmen nicht so zu verstehen, dass sie die Schutzgesetznatur auch zugunsten der Bankkunden, insbesondere des Kreditnehmers annehmen.

4. Anzeigepflicht von Großkrediten nach § 13 KWG

Eine dem § 18 KWG verwandte Frage betrifft die aufsichtsrechtliche Pflicht, der Bankaufsicht Kredite einer gewissen Größenordnung anzuzeigen.³⁹⁴ Bereits 1962 beschied das LG Stuttgart dem § 13 KWG von 1961, der eine Meldepflicht für Großkredite gegenüber der Bankaufsicht einführte, die Schutzgesetznatur.

143 (1979), 139, 149; beipflichtend und dennoch im Ergebnis gegen eine Kreditgeberhaftung *Engert*, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, 2005, S. 26 f.

³⁸⁸ *Sprau*, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 823 BGB, Rn. 68; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 12. Aufl. 2017, § 823 Rn. 237; *Spindler*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 181; *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823 Rn. 532; *von Heymann* NJW 1999, 1577, 1582; *ders.* BB 2000, 1149, 1151 f.; *Förster*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 52. Aufl. Stand 01.11.2019, § 823 Rn. 286b; *Hager*, in: Staudinger, § 823 BGB, Neubearbeitung 2009, Rn. G 49; *von Heymann* NJW 1999, 1577, 1582; *ders.* BB 2000, 1149, 1151 f.; *Engert*, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, 2005, S. 186 f.

³⁸⁹ *Bock*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 18 KWG Rn. 7.

³⁹⁰ *Döser*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 53; *Gießler*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 18 KWG Rn. 11; *Kieth* BKR 2005, 177, 182; *Lehleiter/Hoppe* BKR 2007, 178, 179; *Schürnbrand* ZBB 2008, 383, 388; *Herresthal* WM 2009, 1174, 1175.

³⁹¹ *Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 18 Rn. 1, 38a; *Blümmler*, in: Struwe (Hrsg.), Risikoorientierte § 18 KWG-Prozesse, 2006, Rn. 1191.

³⁹² BGH, Urteil vom 03. Dezember 2001 – II ZR 308/99 – Rn. 9 (ZIP 2002, 213).

³⁹³ BGH, Urteil vom 15. November 2001 – I StR 185/01 – Rn. 46 ff. (BGHSt 47, 148–157).

³⁹⁴ Zu den Treupflichten im Innenverhältnis beim Konsortialkredit *Renner* ZBB 2018, 278.

Unter Verweis darauf, dass das KWG den Schutz der Geldgeber der Bank als bestimmtem Personenkreis anstrebe, sprach das LG Stuttgart einem späteren Gläubiger der Bank einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Geschäftsleiter der Bank zu, der die Meldepflicht verletzt hatte.³⁹⁵ Die zivilrechtliche Literatur teilt diese Einschätzung der Rechtsprechung überwiegend und sieht in § 13 KWG ein Schutzgesetz zugunsten der Bankkunden, ohne dies jedoch näher zu begründen.³⁹⁶ *Wagner* hingegen lehnt die Rechtsprechung des LG Stuttgart explizit ab.³⁹⁷ Die aufsichtsrechtliche Literatur schweigt hierzu.³⁹⁸

5. Verbotene Bankgeschäfte nach § 3 KWG

Eine weitere Norm des KWG, deren Schutzgesetznatur diskutiert wird, ist das Verbot gewisser Bankgeschäfte nach § 3 KWG. Während § 3 Abs. 1 KWG Verbote für das Einlagengeschäft enthält, die bereits seit langem gelten,³⁹⁹ wurden die Verbote des § 3 Abs. 2 bis 4 KWG erst durch das Trennbankengesetz eingeführt.⁴⁰⁰ Für § 3 KWG werden zivilrechtliche Folgen insbesondere mit Blick auf § 134 BGB diskutiert.⁴⁰¹ Es ist keine Rechtsprechung zur Frage ersichtlich, ob die Verbote des § 3 KWG ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen. Obwohl der Verstoß gegen § 3 KWG nach § 54 Abs. 1 Nr. 1 KWG ebenso strafbewehrt ist wie der Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nach §§ 32 Abs. 1 Satz 1, 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG, thematisiert die zivilrechtliche Kommentarliteratur lediglich letztere als Schutzgesetz und klammert so §§ 3, 54 Abs. 1 Nr. 1 KWG aus.⁴⁰² Hinsichtlich des Schutzgesetzcharakters von § 3 Abs. 1 KWG schweigen auch die KWG-Kommentare.⁴⁰³ In dieser Hinsicht be-

³⁹⁵ LG Stuttgart, Urteil vom 26.11.1962 – 15 O 208/62 (MDR 1963, 758).

³⁹⁶ *Wilhelmi*, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 823 BGB, Rn. 163; *Hager*, in: Staudinger, § 823 BGB, Neubearbeitung 2009, Rn. G 49; *Spickhoff*, in: Soergel, 13. Aufl. 2005, § 823 BGB, Rn. 241.

³⁹⁷ *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823 Rn. 532.

³⁹⁸ *Spregard/Waßmann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 13 KWG; *Auerbach/Grol*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 13; *Brogl*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 13; *Engelhard*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 13 KWG.

³⁹⁹ § 3 Abs. 1 Nr. 1 KWG führt die Abschaffung von Werkspassen nach § 27 RKWG von 1934/1939 weiter. § 3 Abs. 1 Nr. 2 KWG setzt das Verbot von Zwecksparrunternehmen des Gesetzes über die Auflösung von Zwecksparrunternehmen vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I S. 1457) fort. § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG übernimmt das Verbot der missbräuchlichen Kreditgewährung durch Ausnutzen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs des Gesetzes gegen Mißbrauch des bargeldlosen Zahlungsverkehrs vom 3. Juli 1934 (RGBl. I S. 593).

⁴⁰⁰ Art. 2 Nr. 3 Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 7. August 2013, BGBl. I S. 3090.

⁴⁰¹ S. unten S. 242 f.

⁴⁰² *Spindler*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 181; *Hager*, in: Staudinger, § 823 BGB, Neubearbeitung 2009, Rn. G 49.

⁴⁰³ *Brogl*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019,

jaht aber *Renner* neben dem teilweisen Verbotsgesetzcharakter der Tatbestände von § 3 Abs. 1 KWG⁴⁰⁴ auch den Schutzgesetzcharakter der Norm aufgrund der individualschützenden Zielrichtung.⁴⁰⁵ Für § 3 Abs. 2 KWG verneinen die beiden zur Frage Stellung beziehenden KWG-Kommentare den Schutzgesetzcharakter unter Verweis auf die öffentliche Zielrichtung.⁴⁰⁶ Demgegenüber gewährt *Renner* auch hier Einlegern Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB unter Verweis auf die individualschützende Intention des Gesetzgebers.⁴⁰⁷ Demzufolge sollen laut der Regierungsbegründung des Trennbankengesetzes „Einlagen von Bürgern [...] nicht länger dazu genutzt werden können, spekulative Hochrisikostراتيجien auf eigene Rechnung ohne die unter Marktbedingungen angemessene Risikoprämie auf Fremdkapital zu finanzieren“.⁴⁰⁸ Die individualschützende Zielrichtung wird auch später deutlich, wenn der Gesetzgeber hinsichtlich der Einfügung von § 3 Abs. 2 KWG ausführt, dass „[j]egliche Gefährdung der angenommenen fremden Gelder und anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums [...] durch das in § 3 Absatz 2 angeordnete Verbot des Betreibens der dort genannten Geschäfte ausgeschlossen [wird]“.⁴⁰⁹ Daher spricht viel für eine zivilrechtliche Berücksichtigung des aufsichtsrechtlich gewollten Individualschutzes als Schutzgesetz.

6. Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbrauchern nach § 18a KWG

Die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen wurde zunächst zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie als § 18 Abs. 2 KWG und später zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie in § 18a KWG eingefügt.⁴¹⁰ Da der deutsche Gesetzgeber mit § 505a Abs. 1 Satz 2 BGB bewusst und ausdrücklich eine zivilrechtliche Pflicht zur Kreditwürdigkeits-

§ 3 Rn. 29–32; *Heemann*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 3 KWG Rn. 112; *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 3 KWG Rn. 28–30; *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 18a–20.

⁴⁰⁴ S. unten S. 242 f.

⁴⁰⁵ *Renner*; Bankkonzernrecht, 2019, S. 306; *ders.*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 58 f.

⁴⁰⁶ *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 64; *Brogel*, in: Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, Band 1, Stand: Dezember 2019, § 3 Rn. 81.

⁴⁰⁷ *Renner*; Bankkonzernrecht, 2019, S. 306.

⁴⁰⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 04. März 2013, BT-Drs. 17/12601, S. 2.

⁴⁰⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 04. März 2013, BT-Drs. 17/12601, S. 40.

⁴¹⁰ Ausführlich s. oben S. 203 ff.

prüfung einführt,⁴¹¹ deren Nichteinhaltung nach § 505d BGB zivilrechtliche Sanktionen nach sich zieht,⁴¹² stellt sich die Frage der Schutzgesetzzeigenschaft anders als noch unter § 18 Abs. 2 KWG a. F.⁴¹³ Laut manchen hat sich mit der Einführung der §§ 505a ff. BGB die Debatte über die zivilrechtlichen Wirkungen der Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht des KWG erledigt.⁴¹⁴ Diese Debatte beschränkt sich auf das unmittelbare Darlehensverhältnis, in dem die Kreditwürdigkeitsprüfung stattfindet.⁴¹⁵ Die Frage des Schutzgesetzcharakters stellt sich aber auch außerhalb des Darlehensverhältnisses, insbesondere in Bezug auf Einleger oder sonstige Bankkunden.⁴¹⁶ Ob § 18a KWG Individualschutz im Drittverhältnis entfaltet, bedarf daher der Klärung. Im Fall der Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht ist die grundsätzliche Öffnung hin zum Individualschutz offenkundig,⁴¹⁷ was auch die Schutzgesetzfrage im Außenverhältnis beeinflussen kann. Die Begründung zu § 18a Abs. 1 Satz 2 KWG verwies auf die Begründung des § 505a Abs. 1 Satz 2 BGB, die die Individualschutzfunktion unterstrich, allerdings nur hinsichtlich des Verbraucherdarlehensnehmers.⁴¹⁸ Der Regierungsentwurf leitete die Individualschutzfunktion – ähnlich wie einige Literaturstimmen⁴¹⁹ – aus dem individualschutzbejahenden EuGH-Urteil im Fall *Le Crédit Lyonnais*⁴²⁰ ab und besprach die Zweckänderung der Kreditwürdigkeitsprüfung ausdrücklich nur im Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer.⁴²¹ Zwar könnte der allgemein individualschützende Telos zu einer erweiterten Schutzrichtung des § 18a KWG auch gegenüber solchen Verbrauchern, die als Dritte von der Kreditwürdigkeitsprüfung betroffen sind, wie z. B. Einleger, die zugleich Verbraucher sind. Es liegt jedoch näher, dass der Gesetzgeber die Frage des Drittschutzes bewusst ausklammerte und hier ebenso

⁴¹¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 97.

⁴¹² Ausführlich s. oben S. 221 ff.

⁴¹³ Zur Diskussion betreffend die Schutzgesetzzeigenschaft von § 18 Abs. 2 KWG a. F. s. oben S. 210 ff.

⁴¹⁴ *Feldhusen* BKR 2016, 441, 443.

⁴¹⁵ *von Klitzing/Seiffert* WM 2016, 775, 779; *Buck-Heeb* NJW 2016, 2065; *Feldhusen* BKR 2016, 441; *Stamenković/Michel* VuR 2016, 132; *Heße/Niederhofer* MDR 2017, 489; *Möller* VuR 2017, 283; *König* WM 2017, 269; *Kraatz/Klevenhagen* BKR 2017, 45; *Harnos* JZ 2017, 552; *Fischer* ZAP 2017, 225, 237.

⁴¹⁶ Die von *Schäfer* VuR 2014, 207, 215 angenommene Klärung der Frage durch den deutschen Gesetzgeber ist nur teilweise eingetreten.

⁴¹⁷ *Bitterwolf*, in: *Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar*, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 18a Rn. 1; *Feldhusen* BKR 2016, 441, 442 f.

⁴¹⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 97, 135.

⁴¹⁹ *Rott* EWS 2014, 201, 202 f.; *Barta/Braune* BKR 2014, 324, 329 f.; *Bartlitz* NJW 2014, 1941, 1945.

⁴²⁰ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 43, 52; ausführlich s. oben S. 212 f.

⁴²¹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 96 f.

wie bei der Vorgängerbestimmung § 18 Abs. 2 KWG a. F. keine Schutzwirkung annehmen wollte.⁴²² Daher ist § 18a KWG kein Schutzgesetz zugunsten Dritter.

7. Kriterien für Schutzgesetze im KWG

Es lässt sich keine klare Linie erkennen, warum die Rechtsprechung und Literatur die individualschützende Zielrichtung bei einigen Vorschriften des KWG bejahen und bei anderen verneinen. So lässt sich insbesondere die unterschiedliche Behandlung der Erlaubnispflicht nach § 32 KWG und der Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht nach § 18 KWG im Grundsatz nicht recht nachvollziehen. Das Verständnis wird erschwert durch den willkürlich erscheinenden Rechtsprechungswechsel zur Schutzgesetzzeigenschaft des § 18 KWG, die der BGH zunächst bejahte und dann ohne Begründung verneinte. Noch tieferliegend fehlt eine Systematisierung der Schutzgesetzzeigenschaft von Pflichten nach dem KWG. Weder die Rechtsprechung noch die begleitende Literatur haben greifbare und systemisch überzeugende Kriterien entwickelt, anhand derer bankaufsichtsrechtliche Normen in individualschützende und nicht individualschützende Normen eingeteilt werden. Wenn das Bankaufsichtsrecht grundlegend auch dem Einlegerschutz dient und einzelne KWG-Normen dieses Ziel verfolgen, so sollte sich dies auch in deliktischen Schadensersatzansprüchen widerspiegeln. Angesichts der unionsrechtlichen Überformung der KWG-Normen ist die Schutzrichtung der einzelnen Pflichten nach dem KWG unter Berücksichtigung des Individualschutzziels neu zu bestimmen.⁴²³

II. KWG-Normen als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB

Eine weitere „Transformationsnorm“⁴²⁴ des BGB, durch die bankaufsichtsrechtliche Pflichten zivilrechtliche Wirkung entfalten können, ist § 134 BGB. Hiernach sind solche Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB setzt eine Norm voraus, die nach ihrem Sinn und Zweck das Rechtsgeschäft als solches untersagt und zudem die zivilrechtliche Nichtigkeit bezweckt (sog. doppelte teleologische Analyse).⁴²⁵ Es hängt vom Einzelfall ab, ob sich ein Verbotsgesetz gegen alle am Rechtsgeschäft Beteiligten richten muss oder ob es genügt, wenn die Bestimmung nur einem Adressat ein Verbot ausspricht.⁴²⁶ Nach der Rechtsprechung gilt die Grundregel, dass ein Verstoß gegen beidseitig geltende Verbotsgesetze in der Regel die Nichtig-

⁴²² Josten, Kreditvertragsrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 465.

⁴²³ S. unten S. 243 ff.

⁴²⁴ Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 1.

⁴²⁵ Armbrüster, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 41 f.

⁴²⁶ Ausführlich hierzu Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 71 ff.

keit herbeiführt, während einseitig geltende Verbotsgesetze in der Regel nicht die Nichtigkeit bezwecken.⁴²⁷ Ausnahmsweise führt der Verstoß gegen ein einseitiges Verbotsgesetz zur Nichtigkeit, „wenn es mit dem Zweck des Gesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen“.⁴²⁸

1. Grundsätzliche Ablehnung

Für die Normen des KWG lehnt die herrschende Meinung den Verbotsgesetzcharakter im Grundsatz ab, da das KWG nur dem Funktionsschutz diene und die bankaufsichtsrechtlichen Ge- und Verbote für die jeweiligen Vertragspartner nur reflexhaft Wirkung entfalten.⁴²⁹ Insofern gleicht die Begründung der allgemeinen Ablehnung des Schutzgesetzcharakters von Normen des KWG. Teilweise wird auch im Kontext des § 134 BGB für den fehlenden Individualschutz des Bankaufsichtsrechts und dessen rein öffentliche Zielrichtung auf § 4 Abs. 4 FinDAG verwiesen.⁴³⁰ Anders als bei § 823 Abs. 2 BGB gibt es aber noch weniger Fälle, in denen die Rechtsprechung oder Literaturstimmen bankaufsichtsrechtlichen Pflichten den Verbotscharakter zugesprochen haben. Grund hierfür ist, dass die bankaufsichtsrechtlichen Normen grundsätzlich nur einseitige Verbote aufstellen.⁴³¹ So führt nach allgemeiner Auffassung ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 KWG nicht zur Nichtigkeit des ohne Bankerlaubnis geschlossenen Darlehensvertrags, da sich das Verbot nicht gegen den Kunden richtet.⁴³² Die „vorgelagerte“ Genehmigungspflichtigkeit betrifft primär das Subjekt, das die Bankgeschäfte betreibt.⁴³³ Das Verbot, ohne Erlaubnis Bankgeschäfte zu betreiben, richtet sich gerade nicht gegen den Inhalt der Bankgeschäfte, z. B. Darlehensverträge, sondern nur gegen deren Vornahme.⁴³⁴ Aus diesem Grund ist

⁴²⁷ RG, Beschluss vom 17. März 1905 – V 213/03 – (RGZ 60, 273, 276); RG, Urteil vom 18. Juni 1920 – II 65/20 – (RGZ 100, 39, 40 f.); BGH, Urteil vom 25. Juni 1962 – VII ZR 120/61 – Rn. 17–24 (BGHZ 37, 258); BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999 – X ZR 34/98 – Rn. 16–19 (BGHZ 143, 283).

⁴²⁸ BGH, Urteil vom 01. Juni 1966 – VIII ZR 65/64 – Rn. 7 (BGHZ 46, 24); BGH, Urteil vom 10. Juli 1991 – VIII ZR 296/90 – Rn. 21 (BGHZ 115, 123).

⁴²⁹ Freitag, in: Staudinger, § 488 BGB, Neubearbeitung 2015, Rn. 121; Berger, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96.

⁴³⁰ Berger, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96.

⁴³¹ BGH, Urteil vom 19. April 2011 – XI ZR 256/10 – Rn. 20 (WM 2011, 1168).

⁴³² BGH, Urteil vom 14. Juli 1966 – III ZR 140/64 (WM 1966, 1101, 1102); BGH, Urteil vom 19. April 2011 – XI ZR 256/10 – Rn. 20 (WM 2011, 1168); Renner, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 261; Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 20; Hefermehl, in: Soergel, Band 2, 13. Aufl. 1999, § 134 BGB Rn. 80; Freitag, in: Staudinger, § 488 BGB, Neubearbeitung 2015, Rn. 121; Berger, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96; Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 12. Aufl. 2017, § 134 Rn. 48.

⁴³³ Sack/Seibl, in: Staudinger, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 177.

⁴³⁴ BGH, Urteil vom 14. Juli 1966 – III ZR 140/64 (WM 1966, 1101, 1102).

auch die Abtretung einer Darlehensforderung an ein Unternehmen wirksam und nicht nach § 134 BGB nichtig, selbst wenn es keine Erlaubnis als Kreditinstitut hat.⁴³⁵ Wirksam bleibt auch der Vertrag über Kundenvermittlung zwischen einer Bank und einem Kreditvermittler ohne Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG.⁴³⁶ In Abweichung zu dieser allgemeinen Linie soll ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 KWG laut OLG Stuttgart und Teilen des Schrifttums bei Sparkaufverträgen zugunsten von Bankkunden zur Nichtigkeit führen, da das Verbot explizit die Kunden schütze und im Falle der Wirksamkeit des Vertrages die Kunden weiterhin ungesicherte Einlagen entrichten oder eine Abstandssumme bezahlen müssten, was dem Verbot zuwiderliefe.⁴³⁷ Angesichts der im Einzelfall verschiedenen Schutzrichtungen wird diese Rechtsprechung teilweise als nicht im Widerspruch mit der allgemeinen Ablehnung des Verbotsgesetzcharakters von § 32 KWG gesehen.⁴³⁸ *Canaris* entwickelte den Gedanken, dass einseitige Verbotsgesetze zur halbseitigen Vertragsnichtigkeit führen können, wenn die Verbotsnorm gerade den Schutz der anderen Vertragspartei bezwecke.⁴³⁹ Hinsichtlich des Einlagengeschäfts halten daher einige nur die Fälligkeitsabrede der verbotswidrig getätigten Einlagengeschäfte nach § 134 BGB zum Schutz der Einleger für teils nichtig.⁴⁴⁰ Andere hingegen wollen den Verstoß gegen die Erlaubnispflicht mit der Nichtigkeit des gesamten Vertrags sanktionieren.⁴⁴¹

Ähnlich wie bei § 32 Abs. 1 KWG führen auch Verstöße gegen andere KWG-Normen nicht zur zivilrechtlichen Sanktion der Unwirksamkeit von Bankgeschäften. Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht von Großkrediten nach § 13 KWG a. F. (mittlerweile geregelt in Art. 394 CRR) berührt die Wirksamkeit des Darlehensvertrags nicht.⁴⁴² Für die Einstimmigkeitspflicht bei der Beschlussfassung durch die Geschäftsleiter ergibt sich das bereits aus dem Gesetzeswortlaut nach § 13 Abs. 2 Satz 1, Satz 6 KWG („unbeschadet der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte“). Auch die Anzeigepflicht für Millionenkre-

⁴³⁵ BGH, Urteil vom 19. April 2011 – XI ZR 256/10 – Rn. 20 f. (WM 2011, 1168); *Ellenberger*, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 20.

⁴³⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. September 2006 – 1 U 34/06 – Rn. 94 f. (WM 2007, 350); *Armbrüster*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 69.

⁴³⁷ OLG Stuttgart, Urteil vom 01. April 1980 – 6 U 184/79 – (NJW 1980, 1798, 1800); *Armbrüster*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 69; *Hefermehl*, in: Soergel, Band 2, 13. Aufl. 1999, § 134 BGB Rn. 80.

⁴³⁸ *Armbrüster*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 69.

⁴³⁹ *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 28 ff., 45 f.

⁴⁴⁰ *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1174; wohl auch *ders.*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 42 f.; *Mai* ZBB 2010, 222, 224 ff.; *Sack/Seibl*, in: Staudinger, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 258.

⁴⁴¹ *Tettinger* DSStR 2006, 903, 903 f.; *Binder*, in: Binder/Glos/Riepe (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 3 Rn. 109.

⁴⁴² BGH, Urteil vom 22. Mai 1978 – III ZR 128/76 – Rn. 29 (WM 1978, 785); *Renner*, in: *Canaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 263 mwN; *Sack/Seibl*, in: Staudinger, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 258; *Ellenberger*, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 20.

dite nach § 14 KWG wird nicht als Verbotsgesetz eingeordnet.⁴⁴³ Die Norm diene nicht der Verhinderung von Millionenkrediten, sondern dazu, eine effektive Aufsicht über die Risikostruktur der Kreditinstitute zu ermöglichen.⁴⁴⁴ Organkredite, die gegen § 15 KWG verstoßen, sind auch nicht nach § 134 BGB nichtig, da die Norm als gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht verstanden wird.⁴⁴⁵ Die Rückzahlungspflicht nach § 15 Abs. 5 KWG soll die Fälligkeit der vertraglichen Pflicht verlagern, nicht etwa einen Sondertatbestand des Bereicherungsrechts darstellen.⁴⁴⁶ Auch ein Verstoß gegen die Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei Großkrediten nach § 18 KWG führt nicht zur Nichtigkeit des Darlehensvertrags.⁴⁴⁷ Dies gilt nach allgemeiner Meinung auch für § 18a KWG,⁴⁴⁸ was sich einerseits aus den Rechtsfolgen nach § 505d BGB und andererseits aus dem ausdrücklichen Ausschluss der Verbotsgesetzeigenschaft in der Gesetzesbegründung ergibt.⁴⁴⁹

Auch die Vergütungsvorschriften nach § 25a Abs. 5 KWG sollen kein Verbotsgesetz sein, da sie Verbote nur gegenüber dem Kreditinstitut und nicht gegenüber den Geschäftsleitern und Mitarbeitern enthalten.⁴⁵⁰ Ebenso wenig führt der Verstoß gegen das Inhaberkontrollverfahren nach § 2c KWG zur Nichtigkeit des Kaufvertrags oder der Übereignung der bedeutenden Beteiligung.⁴⁵¹ Auch Darlehen, die gegen Kreditgewährungsverbote der BaFin nach § 46 Abs. 1 KWG verstoßen, sind nicht nach § 134 BGB nichtig, da sich das Verbot der BaFin nicht gegen den Vertragsinhalt, sondern gegen den Abschluss durch eine Bank in finanzieller Schwierigkeit richtet.⁴⁵² Verstöße gegen Nor-

⁴⁴³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. Juni 1983 – 6 U 120/81 – (WM 1983, 874, 882); *Berger*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96; *Renner*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 263.

⁴⁴⁴ *Renner*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 263.

⁴⁴⁵ *Sack/Seibl*, in: Staudinger, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 258; a. A. wohl VG Berlin, Beschluss vom 25. Februar 1983 – 14 A 34.83 – (ZIP 1983, 682, 683).

⁴⁴⁶ *Freitag*, in: Staudinger, § 488 BGB, Neubearbeitung 2015, Rn. 122; *Renner*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 263; *Berger*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96.

⁴⁴⁷ LG Essen, Urteil vom 27. Juni 1996 – 6 O 458/94 – (WM 1997, 814, 816); *Renner*, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 263; *Berger*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96; *Ellenberger*, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 20; *Döser*, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 53.

⁴⁴⁸ *Bitterwolf*, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Band 2, Stand: Dezember 2019, § 18a Rn. 1; zu § 505a BGB *Artz*, in: Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 10. Aufl. 2019, § 505a BGB, Rn. 8; *Harnos JZ* 2017, 552, 555.

⁴⁴⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vom 07.09.2015, BT-Drs. 18/5922, S. 135.

⁴⁵⁰ *Löw/Glück NZA* 2015, 137, 142.

⁴⁵¹ *Tusch WM* 2013, 632, 635 dort in Fn. 21a; *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 2c KWG Rn. 26.

⁴⁵² BGH, Urteil vom 05. Oktober 1989 – III ZR 34/88 – Rn. 17 (WM 1990, 54).

men des KWG berühren also in der Regel nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit der dem Verstoß zugrundeliegenden Verträge.

2. Ausnahme: § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG

Von dieser Regel gilt eine wichtige Ausnahme für bestimmte verbotene Geschäfte nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG. Denn hierin sieht die überwiegende Mehrheit ein Verbotsgesetz.⁴⁵³ Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG ist der Betrieb des Kredit- oder Einlagengeschäfts verboten, wenn es durch Vereinbarung oder geschäftliche Gepflogenheit ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, über den Kreditbetrag oder die Einlagen durch Barabhebung zu verfügen. Als Grund für die Einstufung als Verbotsgesetz wird angeführt, dass sich das Verbot an beide Vertragspartner richtet und sich der Schutzzweck der Norm nicht anders als durch die Nichtigkeit des Gelddarlehensvertrags verwirklichen lässt.⁴⁵⁴ Demgegenüber haben Verstöße gegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 KWG (Werksparkassen und Zwecksparunternehmen) und gegen die durch das Trennbankengesetz eingefügten § 3 Abs. 2 bis 4 KWG nicht die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte zur Folge, da die Normen nur einseitig Verbote aussprechen, die sich nicht gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richten und auch nicht eine Benachteiligung der Bankkunden bezwecken.⁴⁵⁵ Angesichts der Fülle der im KWG enthaltenen Ge- und Verbotsnormen für Bankgeschäfte ist bezeichnend, dass der breite Konsens nur in der Norm des § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG ein Verbotsgesetz sieht. Auch diese allgemeine Ablehnung bankaufsichtsrechtlicher Verbotsgesetze ist im Lichte des unionsrechtlichen Individualschutzziels zu überdenken.⁴⁵⁶

⁴⁵³ OLG Stuttgart, Urteil vom 01. April 1980 – 6 U 184/79 – (NJW 1980, 1798, 1800); Renner, in: Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2015, Band 10/2, 4. Teil, Rn. 262; Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 20; Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 134 Rn. 20; Freitag, in: Staudinger, § 488 BGB, Neubearbeitung 2015, Rn. 122; offen gelassen in BGH, Urteil vom 21. März 2005 – II ZR 140/03 – Rn. 23 (WM 2005, 833); ebenso BGH, Urteil vom 09. März 1995 – III ZR 55/94 – Rn. 16 (BGHZ 129, 90); dies begrüßend Schwark EWiR 1995, 803.

⁴⁵⁴ Berger, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 488 Rn. 96; Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 3 KWG Rn. 30.

⁴⁵⁵ Schwennicke, in: Schwennicke/Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 19, 64; Heemann, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG- und CRR-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 3 KWG Rn. 112; Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl. 2016, Band 1, § 3 KWG Rn. 29.

⁴⁵⁶ S. unten S. 274 ff.

5. Kapitel

Weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts

Nachdem sich das vierte Kapitel der bisher anerkannten Durchsetzung des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzziels im deutschen Recht widmete, soll dieses letzte Kapitel neue Wege für einen erweiterten Individualschutz durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts erkunden. Der überwiegende Teil der deutschen Rechtswissenschaft spricht dem Bankaufsichtsrecht grundsätzlich keinen unmittelbaren Individualschutz zu, sondern – wenn überhaupt – nur als Reflex des Marktschutzes.¹ Dies wird u. a. damit begründet, dass die Pflichten des Aufsichtsrechts nur institutsbezogen seien und die Transaktionsebene nur indirekt über das Risikomanagement betroffen sei.² Entgegen dieser Auffassung drängt sich jedoch eine andere Lesart auf, die das im ersten Kapitel entwickelte umfassende Individualschutzziel des europäischen Bankaufsichtsrechts berücksichtigt. Daher soll der folgende letzte Teil das Individualschutzziel für eine weitergehende unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts fruchtbar machen und hierbei eine Verbindung zu den Modellen privatrechtlicher Durchsetzung im Wettbewerbsrecht und in der Kapitalmarktregulierung herstellen. Vorliegend interessiert nur die Berücksichtigung des Individualschutzziels bei der Auslegung geltenden Rechts *de lege lata*, nicht hingegen neue Regelungsmöglichkeiten *de lege ferenda*. In einem ersten Schritt sind die Vorfragen bestehender EuGH-Rechtsprechung zum Thema, die Methode der Zielbestimmung von unionsrechtlichem Individualschutz sowie das Verhältnis zwischen Individualschutz und privatrechtlicher Durchsetzung zu klären (A.). In einem zweiten Schritt werden die gewonnenen Erkenntnisse auf das Bankaufsichtsrecht angewandt und die Reichweite des Individualschutzes bestimmt (B.). In einem dritten Schritt ist die zivilrechtliche Transformation anhand normativer Anknüpfungspunkte zu untersuchen und durch Beispielfälle zu illustrieren (C.).

¹ S. oben S. 32 f.

² *Binder ZEuP* 2017, 569, 585 f.

A. Vorfragen der privatrechtlichen Durchsetzung

Zunächst ist auf zwei EuGH-Urteile einzugehen, die zur Verneinung des Individualschutzes zitiert werden, aber bei genauerer Betrachtung einer privatrechtlichen Durchsetzung nicht entgegenstehen (I.). Im Anschluss werden die Kriterien analysiert, anhand derer der Individualschutz im Unionsrecht zu bestimmen ist (II.). Darauf folgt eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen dem Individualschutzziel und der privatrechtlichen Durchsetzung (III.).

I. Keine entgegenstehenden einschlägigen EuGH-Urteile

Grundvoraussetzung für eine weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzes ist, dass kein einschlägiges EuGH-Urteil gegen eine solche Erweiterung spricht. Teilweise werden die bereits besprochenen EuGH-Urteile *Peter Paul*³ und *Bankinter*⁴ angeführt, um Individualschutz im Bankaufsichtsrecht und seine privatrechtliche Durchsetzung zu verneinen.⁵ Dem ist hier entgegenzutreten.

1. *Peter Paul*

Das EuGH-Urteil *Peter Paul* betraf lediglich die Frage des BGH, ob sich aus dem Unionsrecht ein individueller Anspruch auf Staatshaftung für Fehler der Bankaufsicht ergebe, sodass eine nationale Regelung unionsrechtswidrig wäre, die Staatshaftungsansprüche Dritter bei Aufsichtsfehler ausschließt (damals § 6 Abs. 4 KWG; heute § 4 Abs. 4 FinDAG).⁶ Der EuGH stellte zunächst einerseits die Harmonisierungsfunktion der Bankenrichtlinien 77/780/EWG, 89/299/EWG, 89/646/EWG und andererseits das in ihnen enthaltene Ziel des Einlegerschutzes fest.⁷ Sodann versagte er den Bankkunden einen Schadensersatzanspruch gegenüber der staatlichen Bankaufsicht für Aufsichtsfehler.⁸ Laut EuGH enthielten die Richtlinien keine ausdrücklichen Bestimmungen für einen solchen Anspruch.⁹ Zudem beschränkten sie sich auf die Harmonisierung

³ S. oben S. 199 ff.

⁴ S. oben S. 124 ff.

⁵ Das EuGH-Urteil *Peter Paul* zitierend *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 116; *Möslein* EBOR 2015, 547, 552; zum Streit über die Auslegung des EuGH-Urteils *Bankinter* ausführlich s. oben S. 125 ff., 128 ff.

⁶ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 23, 33 ff. (Zweite Vorlagefrage).

⁷ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 34–38.

⁸ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 40.

⁹ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 41.

des Aufsichtsrechts zur Ermöglichung des Binnenmarktes für Bankdienstleistungen, wofür die Harmonisierung von Staatshaftungsregeln nicht notwendig sei.¹⁰ Darüber hinaus schlossen auch andere Mitgliedstaaten die Staatshaftung für Aufsichtsfehler aus.¹¹ Überdies habe der europäische Gesetzgeber mit der Richtlinie 94/19 zur Einlagensicherung einen Mindestschutz für Einleger gewährt.¹² Aus diesen Gründen ergebe sich kein europarechtlicher Anspruch auf Staatshaftung für Bankaufsichtsfehler.¹³

Für die vorliegenden Zwecke ist bedeutsam, dass das Urteil *Peter Paul* gerade nicht die privatrechtliche Ebene zwischen der Bank und dem Kunden betraf, sondern nur die Staatshaftungsfrage. Insofern kann die individualschutzablehnende Haltung des EuGH im Bereich der Staatshaftung, die er zudem zuletzt im Urteil *Kantarev*¹⁴ aufgeweicht hat,¹⁵ nicht auf die privatrechtliche Haftung der Bank oder ihrer Organe für Verstöße gegen das Bankaufsichtsrecht ausgedehnt werden.¹⁶ Im Gegenteil spricht das Urteil *Peter Paul* eventuell gar für eine weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels. Denn der EuGH erkannte das Einlegerschutzziel der europäischen Bankenrichtlinien ausdrücklich an.¹⁷ In *Kantarev* entnahm er der Einlagensicherungsrichtlinie sogar ausdrücklich individuelle Rechte der Einleger, auf die sie einen Staatshaftungsanspruch stützen können.¹⁸

2. Bankinter

Im Gegensatz zu *Peter Paul* betraf *Bankinter* das Wertpapierrecht und die MiFID I. In zwei der vorgelegten Fragen wollte das spanische Gericht wis-

¹⁰ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 42–43.

¹¹ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 44.

¹² EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 45.

¹³ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 46.

¹⁴ S. oben 4. Kapitel Fn. 146.

¹⁵ S. oben S. 201 f.

¹⁶ Zur häufigen Fehlinterpretation des § 4 Abs. 4 FinDAG s. oben S. 202 f.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CJ0222, Rn. 38: „In einigen der Begründungserwägungen der Richtlinien, auf die unter den Buchstaben a und b der zweiten Frage verwiesen wird, heißt es allgemein, dass die vorgesehene Harmonisierung u. a. dem Schutz der Einleger dient“; Rn. 40: „Entgegen dem Vorbringen von Paul u. a. ergibt sich jedoch weder aus derartigen Verpflichtungen noch aus dem Umstand, dass die genannten Richtlinien auch den Schutz der Einleger bezwecken, zwingend, dass sie Rechte zugunsten der Einleger für den Fall schaffen sollen, dass ihre Einlagen aufgrund einer unzureichenden Aufsicht der zuständigen nationalen Behörden nicht verfügbar sind“; anders noch die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl vom 25.11.2003, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CC0222, Rn. 77 ff.

¹⁸ S. oben S. 201 f.

sen, ob der Verstoß eines Anlageberaters gegen die Verhaltensvorschriften nach Art. 19 Abs. 4 und 5 MiFID I die Nichtigkeit des vereinbarten Zinsswaps bzw. des Anlagevertrags zur Folge hat.¹⁹ Art. 19 Abs. 4 und 5 MiFID I verpflichtet Wertpapierfirmen dazu, Informationen über die Kenntnisse, Erfahrungen, finanziellen Verhältnisse und Anlageziele der beratenen Anleger einzuholen. Die Antwort des EuGH war kurz und betraf vertragliche Rechtsfolgen allgemein.²⁰ Der EuGH verwies lediglich auf die Sanktionsnorm des Art. 51 MiFID I, der für Verstöße nur Verwaltungssanktionen verhängt, wobei die Richtlinie „weder bestimmt, dass die Mitgliedstaaten vertragliche Folgen für den Abschluss von Verträgen vorsehen müssen, in denen die Verpflichtungen missachtet werden, die sich aus den Bestimmungen des nationalen Rechts zur Umsetzung von Art. 19 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2004/39 ergeben, noch, welche Folgen in Betracht kommen“.²¹ Mangels einer unionsrechtlichen Regelung komme es daher den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu, „die vertraglichen Folgen eines Verstoßes gegen diese Verpflichtungen festzulegen, wobei die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden müssen“.²² Wie bereits beschrieben,²³ existieren zwei Lesarten dieses Urteils. Laut manchen Literaturstimmen und dem BGH bestätigte der EuGH hiermit die nationale Regelungsautonomie, individualschützende Schadensersatzansprüche bei Verstößen gegen nationale Umsetzungsnormen der MiFID abzulehnen.²⁴ Andere hingegen verstehen den EuGH so, dass er die privatrechtliche Dimension der Pflichten implizit anerkannte, indem er die nationalen Regeln den unionsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz unterstellte.²⁵

Für die vorliegenden Zwecke ist zunächst festzustellen, dass der EuGH sich in dem Urteil nicht ausdrücklich mit der grundlegenden Frage des Individualschutzes beschäftigte. Diese hatte das spanische Gericht auch nicht gestellt. Vielmehr zielte die Vorlagefrage auf die spezifischen vertragsrechtlichen Folgen der Nichtigkeit des Vertrags über das Anlageprodukt und der Nichtigkeit

¹⁹ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 22 (Fragen 2 und 3).

²⁰ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 56–58.

²¹ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 57.

²² EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 57.

²³ S. oben ausführlich S. 125 f., 128 ff.

²⁴ *Lieder* LMK 2013, 349404; *Bernau* EWiR 2013, 629, 630; *Möllers/Poppele* ZGR 2013, 437, 468 f., 480; BGH, Urteil vom 17. September 2013 – XI ZR 332/12 – Rn. 25–28 (WM 2013, 1983).

²⁵ *Herresthal* ZIP 2013, 1420, 1420 f.; *Grundmann* ERCL 2013, 267, 278; *ders.*, in: *Carnaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg.), *Großkommentar HGB*, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 126; *Della Negra*, *MiFID II and Private Law – Enforcing EU Conduct of Business Rules*, 2019, S. 179–181; in diese Richtung auch *Möslein* EBOR 2015, 547, 554.

des allgemeinen Anlagevertrags ab.²⁶ Dementsprechend behandelte der EuGH die Vorlagefrage als eine Kompetenzfrage hinsichtlich der Entscheidung über vertragsrechtliche Folgen. Dabei wiederholte er den unionsrechtlichen Grundsatz, dass die Rechtsfolgen von Verstößen mangels Regelung durch die Richtlinie in den Bereich der Autonomie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen fallen. Insofern spricht *Bankinter* nicht gegen eine privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzes im Bankaufsichtsrecht, sondern stellt nur klar, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich für die Regelung von Einzelfragen der privatrechtlichen Durchsetzung zuständig sind. Die mitgliedstaatliche Autonomie findet jedoch ihre Grenzen in den unionsrechtlichen Prinzipien der Effektivität und Äquivalenz. Daher sind sie nicht frei, den unionsrechtlichen Gehalt selbst zu bestimmen, sondern müssen den unionsrechtlich vorgegebenen Regelungsgehalt äquivalent und effektiv in nationale Regelungen umsetzen. Das bedeutet insbesondere, dass die Mitgliedstaaten nicht frei sind, die Zwecke der Richtlinie selbst zu bestimmen und über die Existenz unionsrechtlich gebotenen Individualschutzes („Ob“) zu entscheiden. Vielmehr sind sie an die Ziele der europäischen Richtlinie gebunden und nur in diesem Rahmen grundsätzlich frei, die Modalitäten des Individualschutzes („Wie“) in ihrer Rechtsordnung festzulegen, aber hierbei an den Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz gebunden.²⁷ Das EuGH-Urteil *Bankinter* betrifft also nicht direkt die Frage des unionsrechtlich gebotenen Individualschutzes, sondern vielmehr die Reichweite mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie. Es bezieht zur Existenz des unionsrechtlichen Individualschutzgebots keine Stellung.²⁸ Mithin steht *Bankinter* einer weitergehenden Durchsetzung des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzes im mitgliedstaatlichen Privatrecht nicht entgegen. Vielmehr eröffnete der EuGH den Anwendungsbereich des Unionsrechts für nationale zivilrechtliche Regelungen, die den Äquivalenz- und Effektivitätsgeboten genügen müssen.

II. Bestimmung individualschützender Normen im Unionsrecht

Darüber hinaus ist zu klären, wie individualschützende Normen im Unionsrecht zu bestimmen sind. Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, in welcher Form der Individualschutz im Unionsrecht zum Ausdruck kommen muss, um national Geltung zu entfalten. Im Wesentlichen sind drei Sichtweisen zu unterscheiden. Eine Sicht verlangt die ausdrückliche Nennung von Individualschutz im Unionsrechtsakt. Nach anderer Sicht genügt der konkludente Individual-

²⁶ EuGH, Urteil vom 30.05.2013, C-604/11, Rs. *Bankinter*, Celex-Nr. 62011CJ0604, Rn. 22 (Fragen 2 und 3).

²⁷ Vgl. zur MiFID I *Grundmann* ERCL 2013, 267, 278 f.; zu MiFID I und II *Della Negra*, MiFID II and Private Law – Enforcing EU Conduct of Business Rules, 2019, S. 180–186.

²⁸ In ähnlicher Richtung eine zugleich allgemeinere und präzisere Vorlagefrage an den EuGH für kommende Verfahren fordernd *Grundmann* ERCL 2013, 267, 279.

schutz, wenn die individuelle Schutzrichtung des Unionsrechtsakts sich aus den Umständen ergibt. Eine dritte Sicht ergibt sich aus der Lehre der individuellen Rechte des EuGH.

1. Ausdrücklicher Individualschutz

Naheliegend ist die Sicht, der zufolge das Unionsrecht nur dann Individualschutz gebietet, wenn es diesen ausdrücklich als Zweck einer Norm bestimmt. Hiernach müssen entweder der Normtext eines Unionsrechtsakts oder dessen Erwägungsgründe den Schutz bestimmter Individuen oder eines Kreises bestimmbarer Individuen vorgeben. Für den Anlegerschutz liegt diese Sicht vielen Beiträgen zu den Diskussionen über die privatrechtliche Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Verhaltenspflichten zugrunde.²⁹ Dies gilt sowohl für Stimmen, die den individualschützenden Charakter des Art. 17 MAR bejahen,³⁰ als auch für entsprechende Stimmen zu den Wohlverhaltenspflichten der MiFID I und II.³¹ Übertragen auf das Bankaufsichtsrecht bedeutet das, dass hiernach nur solche Pflichten des Bankaufsichtsrechts individualschützend wirken, für die unionsrechtliche Normen ausdrücklich Individualschutz anordnen. Konkret hieße das, dass KWG-Normen nur dann Individualschutz entfalten, wenn die zugrundeliegende Bestimmung der CRD IV entweder im Normtext oder im entsprechenden Erwägungsgrund Individualschutz festlegt. Gleiches gilt für Bestimmungen der unmittelbar anwendbaren CRR. Im Umkehrschluss sind hiernach all diejenigen bankaufsichtsrechtlichen Normen nicht individualschützend, für die nicht ausdrücklich Individualschutz angeordnet wurde oder über deren Ziel die CRD IV/CRR schweigt.³²

2. Konkludenter Individualschutz

Eine andere Sicht bejaht den Individualschutz auch konkludent, wenn er sich aus den normativen Umständen ergibt. Dafür soll es laut *Grundmann* genügen, wenn eine Auslegung ergibt, dass die unionsrechtliche Norm auch den Schutz einzelner Privatrechtssubjekte oder eine klar umrissene Gruppe von Pri-

²⁹ S. oben S. 103 ff., 118 ff.

³⁰ *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, Band 2, § 107 Rn. 168.

³¹ *Veil* WM 2007, 1821, 1825 f.; *Einsele* ZHR 180 (2016), 233, 253 ff., 268 f.; *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), *Wertpapierhandelsgesetz*, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 31 ff. Rn. 104; *Spindler*, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar*, 2. Aufl. 2016, Kap. 33 Rn. 66; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), *Kapitalmarktrechtskommentar*, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 31 ff. Rn. 21; *Koller*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), *WpHG Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Vor § 31 Rn. 7; *Bamberger*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl., 2017, Band 2, § 52 Rn. 90; *Freitag* ZBB 2014, 357, 363 f.; *Klein* WM 2016, 862, 863 ff.

³² Näher dazu s. unten S. 266 f.

vatrechtssubjekten bezweckt.³³ Als Begründung dieser Sicht entnimmt er erstens dem Normtext von Art. 101 AEUV den Verbraucherschutz bereits als primärrechtliches Individualschutzziel des Kartellrechts. Zweitens verweist er auf Literaturstimmen³⁴, die der Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 18 KWG bereits vor Einführung der §§ 505a ff. BGB individualschützenden Charakter zusprechen.³⁵ Statt der ausdrücklichen Zielbenennung soll hiernach die Geeignetheit der Norm, Individualschutz zu entfalten, das entscheidende Kriterium für die Gewährung von Individualschutz sein.³⁶ Die zunehmende normative Verschränkung von Regulierung und privatem Interessensausgleich führt laut *Grundmann* dazu, dass die regulierenden Gehalte im Zweifel als individualschützend zu verstehen seien, „soweit sie so gedacht werden können“.³⁷ Die Grenze des konkludenten Individualschutzes ist also bei solchen Normen erreicht, die keinen Kundenbezug aufweisen und daher allein dem Gemeinwohl dienen.³⁸ Nach dieser Sicht entfalten alle bankaufsichtsrechtlichen Normen Individualschutz, die einen direkten oder indirekten Kundenbezug haben und geeignet sind, die Kunden zu schützen. Hierzu dürften viele Normen des KWG zählen, u. a. Organisationsnormen wie § 25a KWG, die unmittelbar den Ablauf und Aufbau der Verwaltung von Kundengeldern betreffen. Denn sie zielen alle auf eine ordentliche, die Solvenz der Bank sichernde Geschäftsführung ab, haben eine nicht unerhebliche Einwirkung auf die Rechtsposition der Kunden und sind somit geeignet, letztere zu schützen. Neben dem allgemeinen Risikomanagement dürften hierzu auch die Vergütungsregeln zählen.³⁹

3. Individuelle Rechte nach der EuGH-Rechtsprechung

Eine dritte Sicht ergibt sich aus der Figur der individuellen Rechte, die der EuGH-Rechtsprechung zur nationalen Durchsetzung von Unionsrecht entstammt. Für die Schnittstelle zwischen Regulierung und Privatrecht hat insbesondere *Hellgardt* diese Rechtsfigur beschrieben.⁴⁰ Ausgehend von der zentralen Rolle der einzelnen Rechtssubjekte als Rechtsdurchsetzer entwickelte der EuGH seit dem Urteil *van Gend & Loos*⁴¹ die Bedeutung von individuellen Rechten⁴² für die Durchsetzung des Unionsrechts. Als individuelle Rechte betrachtet der EuGH eine eigene Kategorie des Unionsrechts jenseits der dogma-

³³ *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 944.

³⁴ *Hofmann* NJW 2010, 1782, 1785 f.

³⁵ *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 944 f.

³⁶ *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 945.

³⁷ *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 945.

³⁸ *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 945.

³⁹ Näher dazu s. unten S. 268 f.

⁴⁰ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 184 ff.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 05.02.1963, C-26/62, Rs. *van Gend & Loos*, Celex-Nr. 61962CJ0026.

⁴² EuGH, Urteil vom 05.02.1963, C-26/62, Rs. *van Gend & Loos*, Celex-Nr. 61962CJ0026, S. 27.

tischen Einordnung von Öffentlichem und Privatem Recht, die auch inhaltlich nicht den deutschen Kategorien subjektiv-öffentlicher oder subjektiv-privater⁴³ Rechte entspricht.⁴⁴ Der EuGH setzt die Rechtsfigur funktional zur Sicherstellung einer wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts ein und fasst daher den Begriff sehr weit. Wichtig ist, dass der EuGH die individuellen Rechte nicht auf das Primärrecht oder Verordnungen als unmittelbar anwendbares Recht beschränkt, sondern auch auf Richtlinien erstreckt.⁴⁵

Die Voraussetzungen von individuellen Rechten definiert der EuGH nicht klar und einheitlich, was auf die funktionale Betrachtungsweise zurückgeführt wird.⁴⁶ Daher steht für den EuGH das zu schützende Rechtsgut und seine hinreichende Personalisierung im Fokus und nicht das Rechtssubjekt mit seinen individuellen Interessen.⁴⁷ So ergibt eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung, dass er individuelle Rechte stets bei hinreichend personalisierbaren Rechtsgütern oder Politikzielen bejaht, die Individuen betreffen.⁴⁸ Mithin reiche es aus, dass der Interessenkreis des Bürgers auf irgendeine Art und Weise faktisch berührt sei.⁴⁹ *Hellgardt* wendet die Rechtsfigur der individuellen Rechte auf die kapitalmarktrechtlichen Ad-hoc-Publizitätspflichten an und verweist darauf, dass Art. 17 MAR nach Erwägungsgrund 49 MAR dem Anlegerschutz diene.⁵⁰ Die Rechtsfigur der individuellen Rechte lässt sich auf das Bankaufsichtsrecht übertragen. So begründen sämtliche Normen der CRD IV und CRR, für die die Erwägungsgründe individualschützende Zielrichtung vorgeben, ein individuelles Recht. Darüber hinaus kann die Figur noch weiter verstanden und auch für solche Normen bejaht werden, die zwar nicht ausdrücklich dem Individualschutz dienen, aber personalisierbare Rechtsgüter betreffen und daher die Interessen der Bankkunden faktisch berühren. Hiernach wären neben den Vorschriften, die das unmittelbare Bank-Kunden-Verhältnis regeln, auch Organisationsnormen mit Auswirkungen auf die Rechtsposition der Bankkunden wie etwa § 25a KWG erfasst. Dieses weite Verständnis kommt der Bejahung konkludenten Individualschutzes nahe.⁵¹

⁴³ Etwa monographisch zur Frage der Mitgliedschaft als subjektiv-privates Recht *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, 1996.

⁴⁴ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 193 f.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 23.05.1985, C-29/84, Rs. *Kommission/Deutschland*, Celex-Nr. 61984CJ0029, Rn. 23; *Nettesheim* AöR 132 (2007) 333, 361 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 186 f.

⁴⁶ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 184 f.

⁴⁷ *Nettesheim* AöR 132 (2007) 333, 358.

⁴⁸ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 185.

⁴⁹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 186.

⁵⁰ *Hellgardt* AG 2012, 154, 165; *ders.*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 19.

⁵¹ Näher dazu s. unten S. 269 f.

III. Unionsrechtliches Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung von Individualschutz

Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen unionsrechtliche Normen Individualschutz bezwecken, entscheidet nicht notwendigerweise über dessen Durchsetzung. Daher bedarf das Verhältnis zwischen unionsrechtsbedingtem Individualschutz und privatrechtlicher Durchsetzung der Analyse. Hierbei kommen drei Möglichkeiten in Betracht. Erstens lässt sich aus dem unionsrechtlichen Individualschutzziel gemeinsam mit dem Effektivitätsgrundsatz der Schluss ziehen, der Individualschutz müsse unmittelbar zu einer privatrechtlichen Durchsetzbarkeit führen. Zweitens können die beiden Aspekte aber auch getrennt betrachtet und weitere Voraussetzungen für eine privatrechtliche Durchsetzung gefordert werden. Drittens kommt eine noch weitergehende Auslegung des Effektivitätsgrundsatzes in Betracht, nach der das Unionsrecht die privatrechtliche Durchsetzung unabhängig vom Individualschutz gebietet.

1. Direkter Schluss von Individualschutz auf privatrechtliche Durchsetzung

Wer den Individualschutz als bankaufsichtsrechtliches Ziel annimmt, kann hieraus unmittelbar auf dessen privatrechtliche Durchsetzung schließen.⁵² Insbesondere vor dem Hintergrund des Effektivitätsprinzips lässt sich argumentieren, dass der unionsrechtlich intendierte Individualschutz erst wirklich normative Kraft entfaltet, wenn er im horizontalen Verhältnis zwischen der Bank und ihren Kunden gilt und dort zivilrechtlich berücksichtigt wird. Eine solche Sichtweise kann sich auf die oben beschriebenen Modelle der privatrechtlichen Durchsetzung im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht stützen.⁵³ Insbesondere im Kapitalmarktrecht spielt der individuelle Anlegerschutz sowohl im Bereich der gesetzlich normierten Haftung für Prospektfehler⁵⁴ und Verstöße gegen die Ad-hoc-Mitteilungspflichten⁵⁵ als auch im Bereich der viel diskutierten Wohlverhaltensregeln der Anlageberatung nach §§ 63 ff. WpHG⁵⁶ eine erhebliche Rolle. Dort entwickelte der Anlegerschutz seine zivilrechtliche Bedeutung jeweils aufgrund des unionsrechtlichen Individualschutzgehalts. Im Kartellrecht war die Entwicklung der privatrechtlichen Durchsetzung national bereits durch die Schadensersatzansprüche im GWB von 1957 individualschützend geprägt.⁵⁷ Kürzlich folgte dann mit der Kartellschadensersatzrichtlinie der Individualschutzgedanke auf gesetzgeberischer Ebene.⁵⁸ So ist

⁵² So wohl *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 934, 946 f.; *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 304 ff.

⁵³ S. oben S. 78 ff.

⁵⁴ S. oben S. 103 ff.

⁵⁵ S. oben S. 110 ff.

⁵⁶ S. oben S. 118 ff.

⁵⁷ S. oben S. 82 ff.

⁵⁸ S. oben S. 89 ff.

der Individualschutz mittlerweile auch als Ziel der privatrechtlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anerkannt.⁵⁹ Die Übertragung dieser Modelle auf das Bankaufsichtsrecht kann als Begründung dafür dienen, dass sich das Individualschutzziel des europäischen Bankaufsichtsrechts unmittelbar auf das Privatrecht auswirken muss, um dem unionsrechtlichen Rechtsgehalt zur vollen Wirkung zu verhelfen.

2. Weitere Voraussetzungen bei individuellen Rechten

Demgegenüber lässt sich differenzieren und das Individualschutzziel als nicht ausreichend erachten, um die privatrechtliche Durchsetzung zu begründen. Dies betrifft insbesondere die Rechtsfigur der individuellen Rechte, die auf einer Analyse der EuGH-Rechtsprechung zu den Mitteln unionsrechtlicher Rechtsdurchsetzung fußt.⁶⁰ Wird ein individuelles Recht bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob dieses Recht von Unionsrechts wegen privatrechtlich durchzusetzen ist.⁶¹ Die Trennung des Individualschutzziels von einer möglichen privatrechtlichen Durchsetzung ergibt sich bereits aus grundrechtlicher Perspektive. So verlangt das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 EuGRCh nicht per se den Schutz durch Schadensersatz.⁶² *Hellgardt* überträgt diesen Gedanken allgemein auf die privatrechtliche Durchsetzung von unionsrechtlicher Regulierung⁶³ und besonders auf die Haftung für falsche und unterlassene Kapitalmarktinformation nach §§ 97, 98 WpHG.⁶⁴ Die Durchsetzung von Unionsrecht betrachtet der EuGH funktional und hält verwaltungs-, straf- und zivilrechtliche Sanktionen des nationalen Rechts für gleichwertig.⁶⁵ Bei der Wahl der Sanktionen für Verstöße gegen das Unionsrecht muss das nationale Recht jedoch den unionsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz Rechnung tragen und insbesondere dafür sorgen, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind.⁶⁶ Dies gilt auch für zivilrechtliche Sanktionen.⁶⁷ Ob der Mitgliedstaat den Individualschutz öffentlich-recht-

⁵⁹ S. oben S. 93 ff.

⁶⁰ S. oben S. 249 f.

⁶¹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 187, 193, 196.

⁶² *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 207.

⁶³ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 187, 193 ff.

⁶⁴ *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 18 ff.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10.04.1984, C-14/83, Rs. *von Colson und Kamann*, Celex-Nr. 61983CJ0014, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 14.07.1994, C-352/92, Rs. *Milchwerke Köln/Wuppertal*, Celex-Nr. 61992CJ0352, Rn. 23; EuGH, Urteil vom 08.07.1999, C-186/98, Rs. *Nunes und de Matos*, Celex-Nr. 61998CJ0186, Rn. 14; EuGH, Urteil vom 15.01.2004, C-230/01, Rs. *Penycoed*, Celex-Nr. 62001CJ0230, Rn. 37.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 21.09.1989, C-68/88, Rs. *Kommission/Griechenland*, Celex-Nr. 61988CJ0068, Rn. 23 f.

⁶⁷ *Wagner* AcP 206 (2006), 352, 413.

lich oder zivilrechtlich gewährleistet, ist ihm überlassen.⁶⁸ Allerdings soll ein Mitgliedstaat laut *Hellgardt* dann zur zivilrechtlichen Durchsetzung verpflichtet sein, wenn er eine öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Individualschutzes explizit ausschließt.⁶⁹

Der deutsche Gesetzgeber hat nach § 4 Abs. 4 FinDAG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten der BaFin und somit die öffentliche Durchsetzung des Individualschutzes ausgeschlossen.⁷⁰ *Hellgardt* schließt daraus, dass der deutsche Gesetzgeber sich im Bereich der Finanzaufsicht implizit für die privatrechtliche Durchsetzung entschieden habe.⁷¹ Da das Unionsrecht den Individualschutz gebiete, aber § 4 Abs. 4 FinDAG eine öffentliche Durchsetzung dieses individuellen Rechts ausschließe, sei der deutsche Gesetzgeber zur zivilrechtlichen Sanktion verpflichtet, sodass die §§ 97, 98 WpHG auf zwingenden Vorgaben der MAR beruhen.⁷² Überdies schreibe das Effektivitätsgebot die privatrechtliche Durchsetzung in Gebieten detaillierter EU-Regulierung vor, die sich inhaltlich in das Privatrecht übertragen lassen.⁷³ Diese Sicht ist direkt auf das Bankaufsichtsrecht anwendbar, da dessen Regulierungsvorgaben vom Unionsrecht sehr detailliert überformt sind und in privatrechtliche Pflichten übersetzt werden können. Ferner gilt § 4 Abs. 4 FinDAG auch für die Bankaufsicht und verhindert hier ebenso wie in der Wertpapieraufsicht einen subjektiven Anspruch der Bankkunden auf individualschützende Bankaufsicht.⁷⁴ Nach dieser Sicht ist der deutsche Gesetzgeber und Rechtsanwender also auch im Bankaufsichtsrecht verpflichtet, die im Bankaufsichtsrecht enthaltenen individuellen Rechte – soweit vorhanden – privatrechtlich durchzusetzen.

3. Privatrechtliche Durchsetzung jenseits des Individualschutzziels

Die privatrechtliche Durchsetzung kann aber auch als vom Individualschutz unabhängig konzipiert werden.⁷⁵ Sie kann aus anderen Gründen unionsrechtlich geboten sein, etwa wegen des Effektivitätsgrundsatzes.⁷⁶ Als Beispiel hierfür lässt sich das Wettbewerbsrecht zitieren. Denn dessen privatrechtliche Durchsetzung war unionsrechtlich ursprünglich vom Individualschutz losgelöst.⁷⁷ So begründete der EuGH das allgemeine Schadensersatzforderndes für Kar-

⁶⁸ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 187, 196.

⁶⁹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 197.

⁷⁰ *Gurlit* Bankrechtstag 2015, 3, 11.

⁷¹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 197; *ders.*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 20.

⁷² *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 WpHG Rn. 20–22.

⁷³ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 197.

⁷⁴ S. oben S. 32 f., 197 ff., 202 f.

⁷⁵ So ausdrücklich *Hadjiemmanuil* EBOR 2015, 383, 391–394.

⁷⁶ Für Verordnungen wohl bejahend *Hadjiemmanuil* EBOR 2015, 383, 394.

⁷⁷ S. oben S. 80 ff.

tellrechtsverstöße im Urteil *Courage und Crehan* einzig mit dem Effektivitätsgrundsatz.⁷⁸ Der Individualschutzgedanke spielte nur nachgelagert eine Rolle und wurde als eigenes Ziel erst später durch die Kartellschadensersatzrichtlinie voll entwickelt. Mit einem rein funktionalen Verständnis der privatrechtlichen Durchsetzung könnte das unionsrechtliche Effektivitätsgebot so interpretiert werden, dass es für das Bankaufsichtsrecht unabhängig vom Individualschutzziel privatrechtliche Durchsetzung verlangt. Hierfür müsste die rein öffentlich-rechtliche Durchsetzung durch die BaFin bzw. EZB den unionsrechtlichen Gehalten nicht ausreichend Wirksamkeit verschaffen. Es ließe sich argumentieren, dass die volle Wirksamkeit der bankaufsichtsrechtlichen Normen, insbesondere der Organisationspflichten, nur gewährt sei, wenn sie jenseits behördlicher Maßnahmen auch zivilrechtliche Sanktionen zur Folge hätten. Für diese Sicht kann angeführt werden, dass die Bankaufsicht nur beschränkte Ressourcen zur Verfügung hat und sie ihre Aufgaben daher nicht im vollen Maße ausüben kann. Außerdem ist die Bankaufsicht national und europäisch zentral strukturiert, während privatrechtliche Durchsetzung dezentral funktioniert und daher Durchsetzungslücken schließen könnte.

Mangels inhaltlicher Beschränkung würden nach dieser Sicht allerdings sämtliche bankaufsichtsrechtlichen Normen zusätzlich die zivilrechtliche Durchsetzung erfordern, wenn für sie ein Durchsetzungsdefizit der behördlichen Aufsicht festzustellen wäre. Abgesehen von der Schwierigkeit, Aufsichtsdefizite positiv festzustellen, würde diese Sicht wohl einen Dambruch bedeuten. Das Privatrecht dient dem Ausgleich privater Interessen. Daher sollte Regulierungsrecht, das keinen Bezug zum Interessenausgleich zwischen Privaten hat, nicht in privatrechtliche Pflichten übertragen werden.⁷⁹ Zudem droht bei der Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes im privatrechtlichen Kontext stets die Gefahr einseitiger Bevorteilung, weshalb der Regelungszweck der wirksam umzusetzenden Norm sorgfältig zu definieren ist.⁸⁰ Eine allein auf das Effektivitätsgebot gestützte privatrechtliche Durchsetzung jenseits des Individualschutzes würde daher über das unionsrechtlich vorgegebene Ziel hinauschießen und ist daher abzulehnen.

IV. Zwischenergebnis

Die soeben dargestellten Theorien zum Verhältnis von Individualschutz und privatrechtlicher Durchsetzung führen allesamt zu einem unionsrechtlichen Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung, soweit Individualschutz zu be-

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, C-453/99, Rs. *Courage und Crehan*, Celex-Nr. 61999CJ0453, Rn. 26.

⁷⁹ Vgl. auch *Grundmann*, in: FS Canaris 2017, S. 907, 945.

⁸⁰ *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 45.

jahren ist. Die Theorie des direkten Individualschutzes bejaht die privatrechtliche Durchsetzung ohne weitere Voraussetzungen. Auch die Theorie der individuellen Rechte kommt angesichts des § 4 Abs. 4 FinDAG zum Ergebnis, dass der unionsrechtlich gebotene Individualschutz mangels öffentlich-rechtlicher Durchsetzung die privatrechtliche Durchsetzung verlangt. Aus reinen Wirksamkeitserwägungen kommt ebenfalls die hier abgelehnte Theorie der privatrechtlichen Durchsetzung jenseits des Individualschutzes zum Ergebnis, dass das Bankaufsichtsrecht privatrechtlich durchzusetzen ist. Nach dem Meinungsstand herrscht also Einigkeit darüber, vom Individualschutz auf dessen privatrechtliche Durchsetzung zu folgern. Zu klären ist allerdings die vorgelagerte Frage der Reichweite des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzes, nach dem sich der Anwendungsbereich der privatrechtlichen Durchsetzung bemisst.⁸¹

B. Reichweite des Individualschutzziels im europäischen Bankaufsichtsrecht

Da die verschiedenen Theorien zum Verhältnis von Individualschutz und privatrechtlicher Durchsetzung für das Bankaufsichtsrecht ein Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung annehmen, konzentriert sich die folgende Analyse darauf, die Reichweite des unionsrechtlichen Individualschutzes zu bestimmen. Den Ausgangspunkt bildet der im Normtext ausdrücklich angelegte Individualschutz, der sowohl im materiellen wie institutionellen europäischen Bankaufsichtsrecht darzustellen ist (I.). Es folgt die Bestimmung des Schutzbereiches nach den Theorien zum Individualschutz mit ihrer unterschiedlich weiten Auslegung des Individualschutzziels (II.).

I. Ausdrücklicher Individualschutz im europäischen Bankaufsichtsrecht

Im Folgenden werden die Normen und Erwägungsgründe des gegenwärtigen materiellen und institutionellen europäischen Bankaufsichtsrechts dargestellt, die das Individualschutzziel ausdrücklich enthalten. Die Erwägungsgründe sind hierbei eine wichtige Quelle für die Ermittlung von Sinn und Zweck der unionsrechtlichen Normbestimmungen.⁸² Wenngleich sie keine verbindlichen Normbestimmungen enthalten und grundsätzlich alleine nicht ausreichen, um Rechte

⁸¹ Es folgt eine Stellungnahme, s. unten S. 270 f.

⁸² Für die Einordnung der Erwägungsgründe bei der teleologischen Auslegung *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 19 EUV Rn. 16; für die Einstufung bei der historischen Auslegung *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 38.

Einzelner zu begründen,⁸³ lassen sie doch eine breitere Zielrichtung erkennen. Daher liest diese Arbeit die Erwägungsgründe zusammen mit den Normbestimmungen. Die Darstellung beschränkt sich auf das Recht der laufenden Bankaufsicht, das im Unionsrecht materiell-rechtlich v. a. durch die CRD IV/CRD V und CRR/CRR II und institutionell von der EBA und dem SSM geprägt ist. Zum materiellen Aufsichtsrecht zählt zudem das Verbraucherkreditrecht.⁸⁴ Ausgeklammert wird hier der Bereich des Bankensanierungs- und -abwicklungsrechts nach dem institutionellen Regime des SRM und dem materiellen Regime der BRRD.⁸⁵

1. Individualschutz im materiellen Bankaufsichtsrecht

Bei den materiellen Bankaufsichtsnormen des Unionsrechts tritt das Individualschutzziel deutlich hervor. Das gegenwärtige Bankaufsichtsrecht differenziert zwischen den verschiedenen zu schützenden Zielgruppen der Einleger, Anleger, Sparer, Verbraucher allgemein und Verbraucher als Darlehensnehmer. Dies steht im Kontrast zu früheren Rechtsakten, die teilweise noch stärker auf den allgemeinen Begriff „Kundenschutz“ abstellten, wie z. B. die Bankenrichtlinie des CRD I-Pakets.⁸⁶ Allerdings erlebt auch dieser Begriff zuletzt eine gewisse Renaissance.⁸⁷

a) Einleger- und Anlegerschutz

Das am meisten erwähnte Individualschutzziel ist der Einleger- und Anlegerschutz. Dies ergibt sich sowohl aus dem Normtext als auch den Erwägungsgründen der CRD IV/CRD V und CRR/CRR II.

So ist nach dem CRD IV-Normtext eine Ausnahme vom Erlaubnisvorbehalt des Einlagengeschäfts nur dann gestattet, „sofern die entsprechenden Tätigkeiten Regelungen und Kontrollen unterworfen sind, die den Schutz von Einlegern und Anlegern bezwecken“.⁸⁸ Diese Regelung geht bereits auf die Erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie von 1989 zurück.⁸⁹ Der Einlegerschutz ist

⁸³ Schlussanträge der EuGH-Generalanwältin Stix-Hackl vom 25.11.2003, C-222/02, Rs. *Peter Paul*, Celex-Nr. 62002CC0222, Rn. 132.

⁸⁴ Diese Untersuchung folgt einem weiten Begriff des materiellen Rechts der laufenden Bankaufsicht, s. oben S. 4 ff.

⁸⁵ Zur Auswirkung des EuGH-Urteils *Kotnik* (EuGH, Urteil vom 19.07.2016, C-526/14, Rs. *Kotnik*, Celex-Nr. 62014CJ0526) auf die Auslegung der BRRD und deren zivilrechtliche Durchsetzung *Badenhoop* ERCL 2017, 299, insb. 307 ff.

⁸⁶ Erwägungsgrund 27 Satz 1, 57 Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung), ABl. Nr. L177 vom 30.6.2006, S. 1.

⁸⁷ Vgl. die Änderungen der EBA-VO durch die ESA-Reform, s. oben S. 66 ff., 74 ff. und s. unten S. 260 f., 262 ff.; aber auch im materiellen Recht, etwa Art. 43 Abs. 1 CRD IV.

⁸⁸ Art. 9 Abs. 2 CRD IV.

⁸⁹ Art. 3 Satz 2 Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinie-

auch ein relevantes Kriterium beim Entzug der Bankerlaubnis, der u. a. zulässig ist, wenn die Eigenkapital- oder Liquiditätserfordernisse nach CRR und CRD IV nicht mehr erfüllt sind oder das Kreditinstitut „keine Gewähr mehr für die Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern, namentlich keine Sicherheit mehr für die ihm von Einlegern anvertrauten Vermögenswerte, bietet“.⁹⁰ Ferner dürfen Aufsichtsbehörden des Aufnahmemitgliedstaats ausnahmsweise Sicherungsmaßnahmen gegenüber einem grenzüberschreitend tätigen Kreditinstitut mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat treffen, sofern die Aufsichtsbehörden des Herkunftsmitgliedstaats noch keine Maßnahmen ergriffen haben und die Sicherungsmaßnahmen „zum Schutz vor finanzieller Instabilität notwendig sind, die gemeinsame Interessen von Einlegern, Anlegern und Kunden im Aufnahmemitgliedstaat ernsthaft gefährden würde“.⁹¹ Die Sicherungsmaßnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu ihrem Zweck stehen und können zwar die Aussetzung von Zahlungen beinhalten, dürfen aber die Gläubiger im Aufnahmestaat nicht gegenüber den Gläubigern im Herkunftsstaat bevorzugen.⁹² Ein ähnlicher Ansatz findet sich bei der Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden des Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaats, wonach erstere den letzteren liquiditätsbetreffende Informationen zu Zweigstellen von grenzüberschreitend tätig werdenden Kreditinstituten übermitteln müssen, „sofern derartige Informationen und Erkenntnisse für den Schutz von Einlegern oder Anlegern im Aufnahmemitgliedstaat zweckdienlich sind“.⁹³ Hieraus wird deutlich, dass die Bankaufsicht aus Sicht des Unionsrechts zumindest im grenzüberschreitenden Verkehr und zumindest bei der Überwachung hinreichender Liquidität dem Einlegerschutz dient. Insbesondere können die Aufsichtsbehörden des Aufnahmemitgliedstaats im Falle von Liquiditätsengpässen eigene Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Verstöße ergreifen, „um dadurch die Interessen der Einleger, Anleger und sonstigen Personen, für die Dienstleistungen erbracht werden, zu schützen oder die Stabilität des Finanzsystems zu sichern“.⁹⁴ Ferner enthalten auch die Vergütungsregeln Hinweise für den Individualschutz. Nach Art. 95 Abs. 2 Satz 4 CRD IV hat der Vergütungsausschuss des Instituts bei der Vorbereitung von Beschlüssen zum Thema Vergütung „den langfristigen Interessen der Gesellschafter, Anleger und sonstigen Interessenträgern des Instituts sowie dem öffentlichen Interesse“ Rechnung zu tragen. Auch die Erwägungsgründe der CRD IV benennen den Einlegerschutz

zung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, ABl. Nr. L386 vom 30.12.1989, S. 1.

⁹⁰ Art. 18 lit. d CRD IV (der zitierte Teil bleibt auch nach der Änderung durch Art. 1 Nr. 8 CRD V gleich).

⁹¹ Art. 43 Abs. 1 CRD IV.

⁹² Art. 43 Abs. 2 CRD IV.

⁹³ Art. 50 Abs. 2 CRD IV.

⁹⁴ Art. 50 Abs. 4 CRD IV.

als Aufsichtsziel. So dient die konsolidierte Aufsicht von Kreditinstituten nach der CRD IV neben der Sicherung der Stabilität des Finanzsystems auch dazu, die Interessen von Einlegern und Anlegern zu schützen.⁹⁵ Zudem bezwecken die technischen Standards, wie bereits oben zur EBA erwähnt,⁹⁶ neben der kohärenten Harmonisierung den unionsweit angemessenen Schutz von Einlegern und Anlegern.⁹⁷

Der Einleger- und Anlegerschutz wird auch in der CRD V hochgehalten. Im Normtext führt sie eine mindestens jährliche Anzeigepflicht für EU-Zweigstellen von Drittstaatenkreditinstituten ein, die u. a. Informationen zur Einlagensicherung enthalten muss, die die Einleger der Zweigstelle schützen.⁹⁸ In den Erwägungsgründen zeigt die CRD V, dass die Harmonisierungskriterien für kleine Institute und geringe variable Vergütungen den Einleger-, Anleger- und sogar Verbraucherschutz bezwecken.⁹⁹

Auch die CRR benennt den Einleger- und Anlegerschutz verschiedentlich als Aufsichtsziel. Im Normtext gewährt sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, strukturelle Maßnahmen zur Verringerung der Risikopositionen von Kreditinstituten gegenüber verschiedenen Rechtsträgern zu ergreifen, um die Einleger zu schützen und die Finanzstabilität zu wahren.¹⁰⁰ Die Erwägungsgründe gehen aber noch deutlich weiter, indem sie die gesamten Aufsichtsanforderungen der CRR in das Licht des Anleger- und Einlegerschutzes stellen. Hiernach sollen mit der CRR „die Aufsichtsanforderungen für Institute festgelegt werden, die sich strikt auf die Funktionsweise der Bank- und Finanzdienstleistungsmärkte beziehen und die Finanzstabilität der Wirtschaftsteilnehmer an diesen Märkten sichern sowie einen hohen Grad an Anleger- und Einlegerschutz gewährleisten sollen.“¹⁰¹ Des Weiteren dienen die Offenlegungspflichten hinsichtlich des Eigenkapitals dem Anleger- und Einlegerschutz.¹⁰² Die CRR II betont das Ziel der Risikoverringering für Investoren bei Infrastrukturprojekten.¹⁰³

Die Verbindung von Einlegerschutz und Corporate Governance entspricht auch den internationalen Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht nach der Bankenkrise. So zählte der Basler Ausschuss den Einlegerschutz in

⁹⁵ Erwägungsgrund 47 Satz 1 CRD IV.

⁹⁶ S. oben S. 59 f., 69 f.

⁹⁷ Erwägungsgrund 91 Satz 1 CRD IV.

⁹⁸ Art. 47(1a) lit. d CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 11 CRD V).

⁹⁹ Erwägungsgrund 8 Satz 1 CRD V; zum Verbraucherschutz s. unten S. 260 f.

¹⁰⁰ Art. 395 Abs. 6 CRR, vgl. auch Erwägungsgrund 123 Satz 1 CRR.

¹⁰¹ Erwägungsgrund 7 Satz 1 CRR.

¹⁰² Erwägungsgrund 76 CRR: „Um Marktdisziplin und Finanzstabilität zu stärken, müssen detailliertere Offenlegungspflichten hinsichtlich Form und Art der aufsichtsrechtlichen Eigenmittel sowie der aufsichtlichen Anpassungen eingeführt werden, die gewährleisten, dass An- und Einleger in ausreichendem Maße über die Solvenz der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen informiert sind.“

¹⁰³ Erwägungsgründe 60 und 61 CRR II.

seinen Corporate-Governance-Prinzipien von 2010 zu den Kernzielen der Verbesserung bankinterner Führung.¹⁰⁴ Der Fokus auf Einlegerinteressen findet sich auch in den erweiterten Corporate-Governance-Prinzipien des Basler Ausschusses von 2015.¹⁰⁵

b) Sparererschutz

Neben dem Anleger- und Einlegerschutz benennen vereinzelte Erwägungsgründe des europäischen Bankaufsichtsrechts auch den Sparererschutz als Aufsichtsziel. So dient die Koordinierung der Beaufsichtigung von Kreditinstituten nach der CRD IV neben der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen auch dem Schutz der Sparer.¹⁰⁶ In diesem Sinne nennt auch ein Erwägungsgrund der CRR den Sparererschutz neben dem Wettbewerbsschutz als Grund für die gleiche Behandlung von Kreditinstituten und Wertpapierhandelsunternehmen bezüglich finanzieller Anforderungen.¹⁰⁷ Beide Hinweise sind keineswegs neu, sondern waren beinahe wortgleich in der Bankenrichtlinie des CRD I-Pakets enthalten.¹⁰⁸ Der EuGH erkannte den Sparererschutz im Urteil *Romanelli* bereits für die ersten europäischen Bankkoordinierungsrichtlinien 77/780 und 89/646 ausdrücklich als aufsichtsrechtliches Ziel an.¹⁰⁹ Auch im institutionellen Rechtsakt der EBA-VO findet sich ein Hinweis auf den Sparererschutz, wonach im Bereich der Krisenprävention geprüft werden soll, „ob der Behörde zusätzliche einschlägige Befugnisse übertragen werden müssen und wie Banken und Sparkassen dem Schutz der Sparer Priorität einräumen könnten“.¹¹⁰ In der Gesamtschau wird deutlich, dass in früheren europäischen Rechtsakten der Sparererschutz noch eine prominentere Rolle einnahm als in den aktuellen. So erklärte die Eigenkapitalrichtlinie von 1989 neben der Sicherung der kontinuierlichen Tätigkeit der Kreditinstitute den Sparererschutz als Grund für die Harmonisierung der Eigenkapitalanforderungen,¹¹¹ während sie den Begriff des Einlegers nicht erwähnte. Spiegelverkehrt ist im aktuellen europäischen Bankaufsichts-

¹⁰⁴ Basel Committee on Banking Supervision, Principles for enhancing corporate governance, October 2010, Rn. 14.

¹⁰⁵ Basel Committee on Banking Supervision, Guidelines Corporate governance principles for banks, July 2015, Rn. 3.

¹⁰⁶ Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV.

¹⁰⁷ Erwägungsgrund 33 CRR.

¹⁰⁸ Erwägungsgründe 5 und 9 Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung), ABl. Nr. L177 vom 30.6.2006, S. 1.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 11.02.1999, C-366/97, Rs. *Romanelli*, Celex-Nr. 61997CJ0366, Rn. 12.

¹¹⁰ Erwägungsgrund 37 Satz 2 a. E. EBA-VO.

¹¹¹ Erwägungsgrund 1 Satz 1 Richtlinie 89/299/EWG des Rates vom 17. April 1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten, ABl. Nr. L124 vom 5.5.1989, S. 16.

recht der Begriff des Einlegers omnipräsent, wohingegen der Sparer deutlich in den Hintergrund tritt.

c) Individueller Verbraucherschutz

Der bereits hinsichtlich der EBA erwähnte Verbraucherschutz findet sich auch in den Erwägungsgründen der CRD IV und der CRR. In beiden Fällen wird die Funktion der technischen Standards neben der Harmonisierung für den „angemessenen Schutz von Anlegern, Einlegern und Verbrauchern“ in ähnlichem Wortlaut betont.¹¹² Diese Zielrichtung entspricht derjenigen der technischen Standards nach dem entsprechenden Erwägungsgrund der EBA-VO.¹¹³ Die CRD V baut diese Zieltrias aus, da sie die Kriterien zur Einstufung eines Instituts als klein und zur Einstufung einer variablen Vergütung als gering ebenfalls mit dem „angemessenen Schutz für Anleger, Anleger und Verbraucher“ begründet.¹¹⁴ Es fällt auf, dass die CRD IV/CRD V und CRR den Anleger-, Einleger- und Verbraucherschutz nicht auf das öffentliche Interesse beschränken. Das spricht dafür, dass das materielle Bankaufsichtsrecht unionalen Ursprungs den Anleger-, Einleger- und Verbraucherschutz umfassend gewährleisten möchte, d. h. als öffentliches und individuelles Schutzziel. Es entspricht auch der oben vertretenen These, dass die Maßnahmen der EBA jenseits der Staatshaftung in materieller Hinsicht und bei der Ausstrahlung ins Privatrecht individualschützende Funktion haben können.¹¹⁵ Hierfür sprechen auch einige Änderungen der EBA-VO durch die ESA-Reform. So wurde das allgemeine Ziel des Verbraucherschutzes auf den Schutz von Kunden generell ausgeweitet.¹¹⁶ Zugleich ergänzte die ESA-Reform die EBA-Aufgabe des Einleger- und Anlegerschutzes um den Verbraucherschutz, insbesondere im Hinblick auf Mängel im grenzüberschreitenden Kontext.¹¹⁷

¹¹² Erwägungsgrund 91 Satz 1 CRD IV: „Technische Standards für Finanzdienstleistungen sollten eine kohärente Harmonisierung und einen unionsweit angemessenen Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern gewährleisten“; Erwägungsgrund 127 Satz 1 CRR: „Technische Standards für die Finanzdienstleistungsbranche sollten eine Harmonisierung, einheitliche Bedingungen und einen angemessenen Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern in der gesamten Union gewährleisten.“

¹¹³ Erwägungsgrund 22 Satz 1 EBA-VO: „Zur Festlegung harmonisierter technischer Regulierungsstandards für Finanzdienstleistungen und um sicherzustellen, dass mittels eines einheitlichen Regelwerks gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein angemessener Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern in der Union gewährleistet sind, bedarf es der Einführung eines wirksamen Rechtsinstruments.“

¹¹⁴ Erwägungsgrund 8 Satz 1 CRD V.

¹¹⁵ S. oben S. 69 f., 74 ff.

¹¹⁶ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. f EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1(1) lit. b (i) Verordnung (EU) 2019/2175).

¹¹⁷ Art. 8 Abs. 1 lit. h EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 5 lit. a (v) Verordnung (EU) 2019/2175).

Die gemeinsame Nennung der drei Gruppen Anleger, Einleger und Verbraucher ist bemerkenswert, da sie sehr unterschiedliche Kategorien darstellen. So sind zwar Anleger und Einleger vergleichbar, da Anleger die klassischen Kunden von Wertpapierunternehmen und Einleger die klassischen Kunden von Kreditinstituten sind. Zudem finden die CRD IV und die CRR auf beide Institutsarten Anwendung.¹¹⁸ Die Kategorie der Verbraucher hingegen ist eine allgemeine Kategorie des Unionsrechts und wird – anders als bei Einlegern und Anlegern – nicht vom Vertragstyp des Bankgeschäfts bestimmt. Die beiden Kategorien Verbraucher und Einleger/Anleger können sich aber überschneiden, da Einleger und Anleger zugleich Verbraucher sein können. Über diese Schnittmenge hinaus betrifft der Verbraucherschutz sämtliche Verbraucher, die außerhalb des Einlagen- und Wertpapiergeschäfts Kunden des Kreditinstituts sind, d. h. insbesondere die Verbraucherdarlehensnehmer. Indem die europäischen Rechtsakte die Ziele des Einleger-, Anleger-, Verbraucher- und allgemeinen Kundenschutzes kombinieren, unterstreichen sie die Konvergenz vereinzelter Schutzziele hin zu einem umfassenden Individualschutzziel.

d) Darlehensnehmerschutz als besonderer Verbraucherschutz-Fall

Bankaufsichtsrechtliche Beispiele für besonderes materielles Verbraucherschutzrecht bieten die Verbraucherkreditrichtlinie¹¹⁹ und die Wohnimmobilienkreditrichtlinie¹²⁰, die Verbraucher als Kreditnehmer allgemein und beim Erwerb von Wohnimmobilien besonders schützen. Die Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung nach Art. 8 Verbraucherkreditrichtlinie dient laut EuGH dem Schutz des individuellen Verbrauchers als Darlehensnehmer.¹²¹ Durch die Wohnimmobilienrichtlinie wurde der Schutz für Verbraucher als Darlehensnehmer bei Wohnimmobiliendarlehensverträgen stark erweitert.¹²² Diesen Schutz für Verbraucher bei Allgemein-Darlehensverträgen und bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen hat auch der deutsche Gesetzgeber durch die Einführung der §§ 505a–505d BGB und des § 18a KWG anerkannt.¹²³ Der Schutz von Verbrauchern als Darlehensnehmern stellt auch eine internationale Tendenz dar, wie sich aus diversen Dokumenten der Nachkrisenzeit des im Rahmen der

¹¹⁸ Art. 1 lit. a CRD IV, Art. 1 Abs. 1 CRR.

¹¹⁹ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. Nr. L133 vom 22.5.2008, S. 66.

¹²⁰ Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. Nr. L60 vom 28.2.2014, S. 34.

¹²¹ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 43, 52; s. oben S. 212 f.

¹²² Art. 18 ff. Wohnimmobilienkreditrichtlinie.

¹²³ S. oben S. 215 ff.

G20 angesiedelten Financial Stability Boards (FSB) ergibt. Das FSB stellte 2011 einen Bericht vor, der eine globale Verbesserung des Schutzes bei der Verbraucherkreditvergabe forderte.¹²⁴ 2012 folgten die Prinzipien des FSB für eine angemessene Kreditvergabe im Bereich der Immobilienkredite.¹²⁵ Diese internationalen Prinzipien sind nicht verbindlich.¹²⁶ Sie belegen aber, dass das europäische Bankaufsichtsrecht zum Verbraucherdarlehensnehmerschutz einer internationalen Tendenz folgt.

2. Individualschutz im institutionellen Bankaufsichtsrecht

Die beiden wesentlichen europäischen Akteure der laufenden Bankaufsicht sind die EBA durch ihre Regulierungstätigkeit¹²⁷ und die EZB durch ihre Aufsichtstätigkeit im SSM¹²⁸. Trotz des institutionellen Charakters enthalten sowohl die EBA-VO als auch die SSM-VO auch individualschützende Zielbestimmungen.

a) EBA

Wie bereits oben dargestellt, besteht das primäre Ziel der EBA darin, „das öffentliche Interesse zu schützen, indem sie für die Wirtschaft der Union, ihre Bürger und Unternehmen zur kurz- und mittel- und langfristigen Stabilität und Effektivität des Finanzsystems beiträgt“.¹²⁹ Zu den öffentlichen Zielen zählt auch der Verbraucherschutz.¹³⁰ Die EBA-Aufgaben des Verbraucher-, Einleger-, Anleger- und allgemeinen Kundenschlutzes bezwecken aber neben dem öffentlichen Interesse auch den Schutz der individuellen Verbraucher, Einleger, Anleger als Bankkunden. Dies ergibt eine Auslegung der EBA-VO nach den auch bei der Auslegung unionalen Sekundärrechts grundsätzlich anwendbaren,¹³¹ auf *von Savigny*¹³² zurückgehenden Auslegungskanonens Wortlaut, Systematik, Historie und Telos.¹³³

¹²⁴ Financial Stability Board, Consumer Finance Protection with particular focus on credit, 26 October 2011, S. 2.

¹²⁵ Financial Stability Board, Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices, April 2012.

¹²⁶ Ausführlich mit völker- und verfassungsrechtlicher Analyse *Möllers ZaöRV* 2005, 351.

¹²⁷ S. oben S. 66 ff.

¹²⁸ S. oben S. 70 ff.

¹²⁹ Art. 1 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 1 EBA-VO.

¹³⁰ Art. 1 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 2 lit. f EBA-VO.

¹³¹ *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 4 ff.

¹³² *von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Band 1, Erstes Buch, Kap. IV § 33 A.

¹³³ *Baldus*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 30 ff.

aa) Individueller Verbraucherschutz

Der Wortlaut des Begriffs „Verbraucherschutz“ kann in zweierlei Weise ausgelegt werden. Ihm wohnt einerseits ein Element der Individualität (Schutz von Personen) inne, andererseits lassen sich diese Personen als Gruppen konzipieren (kollektiver Schutz). Die systematische Auslegung zeigt, dass die Kompetenzen der EBA im Verbraucherschutz auch privatrechtliche Sachverhalte und Rechtsnormen mit klarem Individualschutz betreffen. So hat die EBA z. B. eine Leitlinie für die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie¹³⁴ erlassen.¹³⁵ In dieser Leitlinie spezifiziert die EBA die Anforderungen an die Kreditwürdigkeitsprüfung, für die der EuGH im Urteil *Le Crédit Lyonnais* feststellte, dass sie die individuellen Verbraucher schützen soll.¹³⁶ Jedenfalls diese Leitlinie betrifft also auch den Verbraucherschutz als Individualschutz. Darüber hinaus liegt nahe, dass der ausdrückliche Hinweis auf das öffentliche Interesse vom Telos her unionsrechtliche Staatshaftungsansprüche individueller Verbraucher gegen die EBA vermeiden sollte, ähnlich wie es § 4 Abs. 4 FinDAG auf nationaler Ebene für die Aufsicht der BaFin regelt.¹³⁷ Die Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien ergibt, dass der ursprüngliche Kommissionsentwurf keinen Verweis auf das öffentliche Interesse als Schutzziel der EBA enthält.¹³⁸ Die Begründung für dessen Einführung ist aus den öffentlich zugänglichen Dokumenten des Gesetzgebungsprozesses nicht erschließbar.¹³⁹ Aber die Entstehung der Staatshaftungsregelung unterstützt die Vermutung, dass die Einführung des öffentlichen Interesses der Verhinderung von Staatshaftung gegenüber Bankkunden diene.¹⁴⁰ Zudem hat die

¹³⁴ Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. Nr. L60 vom 28.2.2014, S. 34.

¹³⁵ EBA-Leitlinien zur Kreditwürdigkeitsprüfung vom 19.08.2015, EBA/GL/2015/11.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 27.03.2014, C-565/12, Rs. *Le Crédit Lyonnais*, Celex-Nr. 62012CJ0565, Rn. 52; s. oben S. 212 f.

¹³⁷ Ähnlich (aber wohl das Individualschutzziel der EBA insgesamt verneinend) *Gurlit*, Bankrechtstag 2015, 3, 12.

¹³⁸ Erwägungsgründe 9, 48, Art. 1 Abs. 3 Vorschlag der Kommission vom 23.9.2009 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Bankaufsichtsbehörde, KOM(2009) 501 endgültig.

¹³⁹ Eine Übersicht aller Verfahrensschritte und vorbereitender Dokumente ist zu finden unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:32010R1093>.

¹⁴⁰ Der ursprüngliche Entwurf enthielt eine Haftung „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“ nach Art. 55 Abs. 1 Vorschlag der Kommission vom 23.9.2009 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Bankaufsichtsbehörde, KOM(2009) 501 endgültig. Der endgültige Normtext enthält eine Haftung nach den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“, Art. 69 Abs. 1 EBA-VO. Somit könnte einer Übertragung möglicher Rechtsgrundsätze einzelner Mitgliedstaaten auf die EBA vorgebeugt worden sein, die eine Haftung der Aufsichtsbehörde gegenüber Dritten zulassen.

ESA-Reform das allgemeine Verbraucherschutzziel um den Kundenschutz ergänzt¹⁴¹ und so die individuelle Schutzkomponente hervorgehoben.¹⁴²

bb) Einleger- und Anlegerschutz

Auch im Bereich des Einleger- und Anlegerschutzes lässt sich ein eigenständiger individualschützender Gehalt destillieren. So klingt der Wortlaut des Erwägungsgrundes 11 Satz 2 EBA-VO nach der klassischen Abgrenzung von Markt- und Individualschutz: „Die Behörde sollte öffentliche Werte wie die Stabilität des Finanzsystems und die Transparenz der Märkte und Finanzprodukte schützen und den Schutz von Einlegern und Anlegern gewährleisten“. Es liegt die Lektüre nahe, dass die EBA einerseits öffentliche Ziele wie die Stabilität des Finanzsystems schützen und andererseits individuellen Einleger- und Anlegerschutz gewährleisten soll.¹⁴³ Dies entspricht auch dem typischen Zielduo von Markt- und Individualschutz.¹⁴⁴ Für die private Schutzrichtung spricht zudem, dass der Einleger- und Anlegerschutz im allgemeinen Aufgabenkatalog der EBA nach Art. 8 Abs. 1 EBA-VO steht und zuletzt durch die ESA-Reform ausgedehnt wurde.¹⁴⁵ Ein weiteres Argument für den individualschützenden Charakter ist die ausdrückliche Zielrichtung der technischen Standards – eines der Hauptinstrumente der EBA –, die sicherstellen sollen, „dass mittels eines einheitlichen Regelwerks gleiche Wettbewerbsbedingungen und ein angemessener Schutz von Einlegern, Anlegern und Verbrauchern in der Union gewährleistet sind“.¹⁴⁶ Überdies hat das ESFS, in das sich die EBA eingliedert,¹⁴⁷ das Hauptziel, „die angemessene Anwendung der für den Finanzsektor geltenden Vorschriften zu gewährleisten, um die Finanzstabilität zu erhalten und für Vertrauen in das Finanzsystem insgesamt und für einen ausreichenden Schutz der Kunden, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, zu sorgen.“¹⁴⁸ Auch hierin spiegelt sich das Duo von Markt- und Individualschutz wider. Die ESA-Reform hat das Individualschutzziel insofern betont, als die EBA-VO nunmehr „einen wirksamen und ausreichenden Schutz der Kunden und Verbraucher“ vorschreibt.¹⁴⁹

¹⁴¹ Art. 1 Abs. 5 Satz 2 lit. f EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1(1) lit. b (i) Verordnung (EU) 2019/2175).

¹⁴² S. oben S. 74 ff.

¹⁴³ Für diese Interpretation spricht, dass die beiden Satzhälften (vor und nach der Konjunktion „und“) durch unterschiedliche Verben getrennt verstanden werden sollen.

¹⁴⁴ S. oben S. 93 ff., 122 ff.

¹⁴⁵ Art. 8 Abs. 1 lit. h EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 5 lit. a (v) Verordnung (EU) 2019/2175).

¹⁴⁶ Erwägungsgrund 22 Satz 1 EBA-VO.

¹⁴⁷ S. oben S. 66 ff.

¹⁴⁸ Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EBA-VO a. F.; hierzu bereits *Lehmann/Manger-Nestler* EuZW 2010, 87, 89.

¹⁴⁹ Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EBA-VO n. F. (geändert durch Art. 1 Nr. 2 lit. a Verordnung (EU) 2019/2175).

b) EZB im SSM

Im Vergleich zur EBA-VO enthält die SSM-VO wenige Hinweise auf Individualschutz. Dies liegt zum einen daran, dass die SSM-VO den Verbraucherschutz ausdrücklich vom Aufgabenbereich der EZB ausklammert. Andererseits nennt die SSM-VO vereinzelt den Einlegerschutz als Ziel, noch stärker hängt die Zielrichtung der EZB aber vom jeweils angewendeten materiellen Aufsichtsrecht ab.

aa) Kein Verbraucherschutz

Im Gegensatz zur EBA ist der Verbraucherschutz vom Aufgabenbereich der EZB im Rahmen des SSM explizit ausgeschlossen, sodass er bei den nationalen Aufsichtsbehörden verbleibt.¹⁵⁰ Dennoch sollte die EZB auch in diesem Gebiet, „soweit angemessen, uneingeschränkt mit den nationalen Behörden zusammenarbeiten, die dafür zuständig sind, ein hohes Verbraucherschutzniveau und die Bekämpfung der Geldwäsche sicherzustellen“.¹⁵¹ Jenseits dieser Kooperation können bankaufsichtliche Maßnahmen der EZB also von Rechts wegen keinen Verbraucherschutz bezwecken. Laut manchen Literaturstimmen soll die Aufsichtstätigkeit der EZB dem Verbraucherschutz dienen, wenn sie eine verbraucherschützende Empfehlung oder Leitlinie der EBA umsetzt und von deren Zielrichtung „infiziert“ werde.¹⁵² Da der Verbraucherschutz in der SSM-VO aber klar vom Kompetenzbereich der EZB ausgeschlossen ist und die SSM-VO normenhierarchisch über den EBA-Leitlinien steht, ist eine solche „Zielinfizierung“ abzulehnen. Zudem sind die Verbraucherkunden von bedeutenden Kreditinstituten nicht schutzlos, da die Verbraucherschutzaufsicht bei den nationalen Aufsichtsbehörden verbleibt.

bb) Einlegerschutz

Im Zielekanon der EZB findet sich auch der Einlegerschutz. So soll die EZB „die ihr übertragenen Aufgaben mit dem Ziel wahrnehmen, gemäß dem einheitlichen Regelwerk für Finanzdienstleistungen in der Union die Sicherheit und Solidität der Kreditinstitute, die Stabilität des Finanzsystems der Union und der einzelnen teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie die Einheit und Integrität des Binnenmarkts und somit auch den Einlegerschutz zu gewährleisten und die Funktionsweise des Binnenmarkts zu verbessern“.¹⁵³ Da somit der Einlegerschutz grundsätzlich Teil der Aufsichtsziele der EZB ist, dürfte die Frage der individualschützenden Richtung ihrer Aufsichtsmaßnahmen – stärker noch

¹⁵⁰ Erwägungsgrund 28 Satz 2 a. E. SSM-VO.

¹⁵¹ Erwägungsgrund 29 SSM-VO.

¹⁵² *Gurlit* Bankrechtstag 2015, 3, 9.

¹⁵³ Erwägungsgrund 30 Satz 1 SSM-VO.

als bei der primär regelsetzenden EBA – maßgeblich davon abhängen, inwiefern das materielle Aufsichtsrecht, aufgrund dessen die EZB handelt, Individualschutz bezweckt oder nicht. Denn die Zielrichtung des materiellen Rechts findet über Art. 4 Abs. 3 SSM-VO auch für die EZB Anwendung.¹⁵⁴ Ein möglicher Zielkonflikt der EZB zwischen dem Einlegerschutzgebot und dem Ausschluss des Verbraucherschutzes kann auf zweierlei Weise gelöst werden. Einerseits könnte die EZB im Rahmen des Einlegerschutzes nur zum Schutz von solchen Einlegern befugt sein, die keine Verbraucher sind. Andererseits kann der Einlegerschutz umfassend verstanden werden, sodass Einleger, die Verbraucher sind, auch vom Schutz der EZB erfasst sind. Letztere Ansicht überzeugt, da eine Aufspaltung der Einleger in Verbraucher und Nichtverbraucher hinsichtlich der allgemeinen Aufsichtsziele der EZB weder praktikabel noch sinnvoll erscheint.

II. Bestimmung des Schutzbereichs nach den Theorien zum Individualschutz

Nach der Darstellung der ausdrücklichen Verweise im europäischen Bankaufsichtsrecht auf Individualschutzziele werden im Folgenden die bereits abstrakt dargestellten Theorien¹⁵⁵ angewandt, um den Schutzbereich unionsrechtlichen Individualschutzes zu bestimmen. Sie reichen vom Erfordernis ausdrücklichen Individualschutzes in der im Einzelfall betroffenen unionsrechtlichen Norm und/oder ihren Erwägungsgründen über die Billigung konkludenten Individualschutzes bis hin zur breiten Kategorie der individuellen Rechte nach dem EuGH. Im Anschluss an die Bestimmung des Schutzbereichs folgt eine Stellungnahme.

1. Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes

Nach der ersten Theorie, die ein ausdrückliches Individualschutzziel im Unionsrecht verlangt, sind nur die Normen des europäischen Bankaufsichtsrechts individualschützend, deren Normtext oder Erwägungsgründe explizit Hinweise auf eine individuelle Schutzrichtung enthalten.¹⁵⁶ Dies würde zu einer punktuellen Berücksichtigung des Einleger-, Anleger-, Sparer- und Verbraucherschutzes im Zivilrecht führen.

Hiernach wäre der individuelle Einleger- und Anlegerschutz der CRD IV auf folgende Fälle beschränkt. Mit Blick auf die Bankerlaubnis hätten die Aus-

¹⁵⁴ Vgl. *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 116 (allerdings individualschutzverneinend).

¹⁵⁵ S. oben S. 247 ff.

¹⁵⁶ S. oben S. 248.

nahme vom Erlaubnisvorbehalt des Einlagengeschäfts¹⁵⁷ und der Entzug der Bankerlaubnis¹⁵⁸ Individualschutzcharakter. Im grenzüberschreitenden Bankgeschäft würden außergewöhnliche Sicherungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörde des Aufnahmemitgliedstaats,¹⁵⁹ die Übermittlung liquiditätsbezogener Informationen über Zweigstellen zwischen den Aufsichtsbehörden des Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaats¹⁶⁰ und Maßnahmen der Aufsichtsbehörden des Aufnahmestaats bei Liquiditätsengpässen¹⁶¹ Individualschutz entfalten. Im Bereich der institutsinternen Vergütungspolitik wären die Beschlüsse des Vergütungsausschusses individualschützend.¹⁶² Das gleiche gälte auch für die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis.¹⁶³

Der ausdrückliche Einleger- und Anlegerschutz der CRR ist noch weiter gefasst. Speziell bezwecken strukturelle Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Verringerung der Risikopositionen von Kreditinstituten gegenüber verschiedenen Rechtsträgern¹⁶⁴ und die Pflichten zur Offenlegung des Eigenkapitals¹⁶⁵ auch den Individualschutz. Allgemein nennt die CRR aber auch den Individualschutz als Ziel für ihre Aufsichtsanforderungen insgesamt,¹⁶⁶ was den Schluss auf einen weitergehenden Individualschutz der CRR-Normen zulässt. Die CRD V erstreckt den Einleger- und Anlegerschutz auf die Anzeigepflichten der EU-Zweigstellen von Drittstaatenkreditinstituten.¹⁶⁷

Zudem besteht teilweise das Sparererschützziel. So nennt die CRD IV den Sparererschutz als Ziel der allgemeinen Koordinierung der Bankaufsicht.¹⁶⁸ Die CRR begründet die Gleichbehandlung von Kreditinstituten und Wertpapieren hinsichtlich der finanziellen Anforderungen mit dem Sparererschutz.¹⁶⁹

Ferner bezwecken die EBA-VO sowie die CRD IV mit den von der EBA entwickelten technischen Standards individuellen Einleger-, Anleger- und Verbraucherschutz.¹⁷⁰ Insofern hätten die technischen Standards individualschützenden Charakter. Das Einleger- und Anlegerschützziel gilt auch für die allgemeine Tätigkeit der EBA¹⁷¹ und für die Aufsichtstätigkeit der EZB im SSM¹⁷².

¹⁵⁷ Art. 9 Abs. 2 CRD IV.

¹⁵⁸ Art. 18 lit. d CRD IV.

¹⁵⁹ Art. 43 Abs. 1 CRD IV.

¹⁶⁰ Art. 50 Abs. 2 CRD IV.

¹⁶¹ Art. 50 Abs. 4 CRD IV.

¹⁶² Art. 92 Abs. 2 Satz 4 CRD IV.

¹⁶³ Erwägungsgrund 22 Satz 1 EBA-VO; Erwägungsgrund 47 Satz 1 CRD IV.

¹⁶⁴ Art. 395 Abs. 6 CRR, vgl. auch Erwägungsgrund 123 Satz 1 CRR.

¹⁶⁵ Erwägungsgrund 76 CRR.

¹⁶⁶ Erwägungsgrund 7 Satz 1 CRR.

¹⁶⁷ Art. 47(1a) lit. d CRD IV n. F. (eingeführt durch Art. 1 Nr. 11 CRD V).

¹⁶⁸ Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV.

¹⁶⁹ Erwägungsgrund 33 CRR.

¹⁷⁰ Erwägungsgrund 91 Satz 1 CRD IV.

¹⁷¹ Erwägungsgrund 11 Satz 2 EBA-VO.

¹⁷² Erwägungsgrund 30 Satz 1 SSM-VO.

Darüber hinaus gilt das individuelle Verbraucherschutzziel nach der CRD IV und CRR nur bei technischen Standards, die von der EBA entwickelt und von der Kommission erlassen werden.¹⁷³ Die CRD V erweitert den Schutz der Anleger, Anleger und Verbraucher auf die Einstufung kleiner Institute und geringer variabler Vergütungen.¹⁷⁴

Als besonderes Verbraucherschutzziel steht nach der Verbraucherkreditrichtlinie und der Wohnimmobilienkreditrichtlinie der Verbraucherdarlehensnehmerschutz besonders im Vordergrund und nimmt z. B. in der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung konkrete Gestalt an.¹⁷⁵ Folgt man der Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes, ist der Individualschutz auf die soeben genannten Fälle beschränkt. Schwierig gestaltet sich allerdings die Einordnung der Generalklauseln des Individualschutzziels, die den Individualschutz für die Anforderungen des Bankaufsichtsrechts insgesamt festlegen.¹⁷⁶ Entweder eröffnen diese Generalklauseln die Anwendbarkeit des Individualschutzziels auf das gesamte Aufsichtsrecht oder sie sind mangels spezifischer Zuweisung des Schutzes nicht zu berücksichtigen.

2. Theorie des konkludenten Individualschutzes

Die zweite Theorie geht weiter und billigt konkludenten Individualschutz bei solchen Aufsichtsnormen mit Kundenbezug und objektiver Geeignetheit, die Kunden zu schützen.¹⁷⁷ Hiernach wären nicht nur die spezifischen Bankaufsichtspflichten mit explizitem Individualschutz erfasst, sondern zudem auch diejenigen Aufsichtspflichten, die das Verhältnis zwischen der Bank und ihren Kunden betreffen und zum Schutz der Kunden geeignet sind. Diese Sicht versteht die vielfache Nennung des Individualschutzziels als Ausdruck des allgemeinen aufsichtsrechtlichen Individualschutzprinzips. Sie konzentriert sich weniger auf die Intention des europäischen Gesetzgebers bezüglich einzelner Normen, sondern fokussiert stärker auf deren objektive Wirkung. Sie setzt voraus, dass Aufsichtsnormen geeignet sind, den Kundenschutz zu bewirken, und neben den Rechtspositionen der Bank auch die Rechtspositionen der Kunden betreffen. Also löst sie sich von der bisherigen Darstellung des Individualschutzziels im Normtext und in den Erwägungsgründen des europäischen Bankaufsichtsrechts und untersucht das gesamte Bankaufsichtsrecht hinsichtlich seiner Auswirkungen auf das Bank-Kunden-Verhältnis. Diese Betrachtung geht im Zweifel davon aus, dass die regulierenden Gehalte individualschützend

¹⁷³ Erwägungsgrund 91 Satz 1 CRD IV, Erwägungsgrund 127 Satz 1 CRR.

¹⁷⁴ Erwägungsgrund 8 Satz 1 CRD V.

¹⁷⁵ Art. 8 Verbraucherkreditrichtlinie, Art. 18 ff. Wohnimmobilienkreditrichtlinie.

¹⁷⁶ Etwa Erwägungsgrund 7 Satz 1 CRR, Erwägungsgrund 12 Satz 1 CRD IV, Erwägungsgrund 11 Satz 2 EBA-VO, Erwägungsgrund 30 Satz 1 SSM-VO.

¹⁷⁷ S. oben S. 248 f.

sind. Dies gilt nur nicht für Normen ohne Kundenbezug mit alleinigem Gemeinwohlzweck.¹⁷⁸

Die Subsumtion des Bankaufsichtsrechts unter diese Theorie ergibt, dass viele Bereiche individualschützend sind, für die klassischerweise der Kundenschutz verneint wird. Insbesondere die Einleger und Anleger sind in ihren Rechtspositionen gegenüber der Bank sehr häufig betroffen. So hat die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Eigenmittel- und Liquiditätsvorgaben unmittelbare Auswirkung auf die Einleger. Können diese ihre Einlagen bei Fälligkeit aufgrund fehlender Eigenmittel oder Liquidität nicht in vollem Maße zurückverlangen, ist ihre Rechtsposition stark betroffen. Des Weiteren betreffen auch die Anforderungen an das Kreditgeschäft die Einleger und Anleger als Gläubiger des Kreditinstituts, die im Falle der pflichtwidrigen Kreditvergabe Verluste erleiden können. Auch die organisatorischen Pflichten der Kreditinstitute, die die Verwaltung von Kundengeldern betreffen, haben Kundenbezug und sind geeignet, die Kunden zu schützen. Die Erlaubnispflicht von Kreditinstituten wird ja bereits derzeit überwiegend als kundenschützend verstanden.¹⁷⁹ Darüber hinaus stuft diese Sicht aber sämtliche Organisationspflichten mit hinreichenden Auswirkungen auf die Kunden als individualschützend ein. Insbesondere die Organisationspflichten nach § 25a KWG haben hiernach aufgrund ihrer Bedeutung für den Erhalt der Solvenz des Instituts konkludent Individualschutzcharakter, da sie objektiv geeignet sind, die Gläubiger des Instituts zu schützen.¹⁸⁰ Nach dieser Ansicht sind also weite Teile des KWG aufgrund des unionsrechtlichen Individualschutzziels konkludent individualschützend.

3. Theorie der individuellen Rechte

Die dritte Ansicht setzt voraus, dass das Unionsrecht individuelle Rechte verleiht, also faktisch Rechtsgüter mit Individualbezug betrifft.¹⁸¹ Diese Sicht setzt anders als die Theorie des konkludenten Individualschutzes stärker am Wortlaut der unionsrechtlichen Normen an und verlangt, dass diese dem Einzelnen ein individuelles Recht verleihen. Die Kriterien für solche Rechte sind jedoch großzügig und weit, da kein unmittelbarer Individualbezug erforderlich ist, sondern vielmehr personalisierbare Rechtsgüter und Politikziele genügen.¹⁸² Es genügt, dass der Interessenkreis des Bürgers auf irgendeine Art und Weise faktisch berührt wird.¹⁸³ Die Individualschutzziele des europäischen Bankaufsichtsrechts vom Einleger- und Anleger- über Sparer- bis hin zum Verbraucherschutz begründen personalisierte Politikziele. Das europäische Aufsichtsrecht

¹⁷⁸ Grundmann, in: FS Canaris 2017, S. 907, 945.

¹⁷⁹ S. oben S. 227 ff.

¹⁸⁰ S. oben S. 136 ff.

¹⁸¹ S. oben S. 249 f.

¹⁸² Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 185.

¹⁸³ Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 186.

schaft Pflichten, die zudem personalisierbare Rechtsgüter, wie Einlagen und Anlagen, betreffen und die Kunden faktisch berühren. Wenngleich sich die theoretischen Ansätze der individuellen Rechte und der Theorie des konkludenten Individualschutzes leicht unterscheiden, dürfte sich doch ihre jeweilige Anwendung auf das Bankaufsichtsrecht decken. Die zum konkludenten Individualschutz genannten aufsichtsrechtlichen Pflichten¹⁸⁴ lassen sich auf die Generalklauseln der weiten Individualschutzziele zurückführen. Wenngleich der jeweilige Normtext die Bankkunden häufig nicht erwähnt, betreffen die zugrundeliegenden Pflichten auch das Bank-Kunden-Verhältnis, sodass sich hierfür aus dem unionsrechtlichen Individualschutzziel ein individuelles Recht ableiten lässt. Entsprechend ähnlich dürfte die Eingrenzung der individuellen Rechte sein. Einerseits ist ein Bezug zu personalisierbaren Rechtsgütern gefordert, der Normen ohne Kundenbezug ausschließt. Andererseits muss das Unionsrecht ein individuelles Recht gewähren, d. h. die Norm darf nicht lediglich das Allgemeinwohl schützen. Demzufolge ist nach der Theorie der individuellen Rechte Individualschutz im Bankaufsichtsrecht für weite Teile des KWG zu bejahen. Dies umfasst die Eigenkapital- und Liquiditätsvorschriften, die Vorgaben an das Kreditgeschäft sowie die Organisationspflichten, die mittelbar auch die Bankkunden betreffen.¹⁸⁵

III. Stellungnahme für kombinierte Individualschutztheorie

Die beschriebenen Theorien zur Bestimmung des Individualschutzes im Unionsrecht kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach der Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes ist die Reichweite des Individualschutzes deutlich eingeschränkt. Theoretisch unterschiedlich, doch in den praktischen Auswirkungen übereinstimmend entnehmen die Theorie des konkludenten Individualschutzes und die Theorie der individuellen Rechte dem europäischen Bankaufsichtsrecht einen breiteren Individualschutz, der sich auf weite Teile des KWG erstreckt. Die unterschiedliche Reichweite des Individualschutzes schlägt sich auch in dessen privatrechtlicher Durchsetzung nieder. Daher ist hier Stellung zu beziehen.

Für die Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes streitet, dass sie der Theorie nach klare und handhabbare Kriterien für die Eingrenzung des Individualschutzes bietet. Zugleich erschwert sie aber die Rechtsanwendung, da sie nicht überzeugend mit den Individualschutz-Generalklauseln des Bankaufsichtsrechts umzugehen vermag. Entweder erstreckt die Theorie den Individualschutz auf das gesamte Aufsichtsrecht und gewährt unspezifisch Individualschutz oder sie lässt diese Generalklauseln unberücksichtigt und ignoriert

¹⁸⁴ S. oben S. 268 f.

¹⁸⁵ S. oben S. 136 ff.

damit die Zielvorgaben. Beide Vorgehensweisen überzeugen nicht. Darüber hinaus führt die Anwendung der Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes bei genauerer Betrachtung zu recht eigentümlichen Ergebnissen, die zuweilen willkürlich erscheinen. Hiernach sind nur vereinzelte Pflichten des Bankaufsichtsrechts individualschützend, was eine willkürlich erscheinende Abstufung der verschiedenen aufsichtsrechtlichen Pflichten etabliert. Denn das ausdrückliche Individualschutzziel hat der europäische Gesetzgeber nicht nach einer nachvollziehbaren Logik bestimmten Normen zugeschrieben. Vielmehr ergibt die Gesamtschau, dass das Individualschutzziel in sämtlichen Gesetzgebungsakten des europäischen Bankaufsichtsrechts präsent ist.¹⁸⁶

Daher überzeugt ein systematischer Ansatz, der dem Ziel des europäischen Gesetzgebers durch funktionale Operationalisierung des flächendeckenden Individualschutzziels gerecht wird. Diesen bieten sowohl die Theorie des konkludenten Individualschutzes als auch die Theorie der individuellen Rechte, die das Ziel weitgehend, aber funktional eingegrenzt umsetzen. Die Kriterien des Kundenbezugs und der Geeignetheit zum Schutz der Kunden, die die Theorie des konkludenten Individualschutzes anwendet, spiegeln die funktionale Herangehensweise des EuGH wider. Die Theorie der individuellen Rechte fußt gar auf einer Analyse der EuGH-Rechtsprechung. Sie bietet Vorteile hinsichtlich der Einschränkung auf der Rechtsfolgenseite, da sie die Durchsetzung des Individualschutzzwecks im Kontext zwischen aufsichtlicher und privatrechtlicher Durchsetzung systematisch überzeugend einzugrenzen vermag. Ihr zufolge haben die Mitgliedstaaten Wahlfreiheit hinsichtlich der Durchsetzungsmodalitäten. Danach hängt die privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels vom Maß der öffentlichen Durchsetzung des Individualschutzziels ab.¹⁸⁷ Auf der Rechtsfolgenseite überzeugt diese Differenzierung, die sowohl dem Bedürfnis der effektiven Durchsetzung von Unionsrecht als auch der Autonomie der Mitgliedstaaten am besten gerecht wird. Auf der Tatbestandsseite hingegen ist bei der Bestimmung der Reichweite des Individualschutzes die Theorie des konkludenten Individualschutzes überzeugender. Sie bietet mit den Kriterien des Kundenbezugs und der objektiven Geeignetheit zum Kundenschutz für die Rechtspraxis klarere Kriterien der Eingrenzung.¹⁸⁸

Insofern ist eine kombinierte Individualschutztheorie zu bevorzugen, die auf Tatbestandsebene die Theorie des konkludenten Individualschutzes und auf Rechtsfolgenseite die Theorie der individuellen Rechte anwendet. Angesichts der Konvergenz beider Theorien bei der Bestimmung individualschützender Normen des Bankaufsichtsrechts¹⁸⁹ und ihrer zivilrechtlichen Durch-

¹⁸⁶ S. oben S. 255 ff.

¹⁸⁷ S. oben S. 252 f.

¹⁸⁸ S. oben S. 248 f., 268 f.

¹⁸⁹ S. oben S. 268 ff.

setzung¹⁹⁰ führen die Theorie des konkludenten Individualschutzes und die Theorie der individuellen Rechte aber letztlich für die vorliegenden Zwecke zum gleichen Ergebnis.

C. Zivilrechtliche Transformation des aufsichtsrechtlichen Individualschutzziels

Nachdem das Bedürfnis weitergehender privatrechtlicher Durchsetzung des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzes bejaht und die Reichweite des Individualschutzes bestimmt wurde, ist zu klären, in welcher Form die privatrechtliche Durchsetzung erfolgen soll. Die zivilrechtliche Transformation des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzziels ist im Vertrags- und Deliktsrecht möglich. Im Folgenden sind die zivilrechtlichen Transformationsnormen darzustellen, über die die aufsichtsrechtlichen Regelungsgehalte weitergehend privatrechtlich durchgesetzt werden können, und durch Beispielsfälle zu illustrieren. Das allgemeine Zivilrecht kann aufsichtsrechtliche Pflichten im Rahmen der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB, der Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB und durch Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB durchsetzen.

I. Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB

Wie das Kick-back-Urteil des BGH zeigte,¹⁹¹ ermöglicht die Vertragsauslegung unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts nach §§ 133, 157 BGB die Übertragung aufsichtsrechtlicher Prinzipien in das Zivilrecht. In diesem Urteil zum Wertpapierrecht entnahm der BGH dem WpHG ein allgemeines Transparenzgebot, verwandelte es in ein zivilrechtliches Transparenzgebot und wendete letzteres sogar außerhalb des aufsichtsrechtlichen Anwendungsbereichs an. Dieses Urteil des BGH lässt sich auf das Bankaufsichtsrecht übertragen, sodass kundenbezogene Prinzipien des Bankaufsichtsrechts auch auf die vertragsrechtliche Beziehung zwischen der Bank und den Kunden einwirken. Im Kick-back-Urteil beschränkte der BGH den Empfängerhorizont bei der Vertragsauslegung auf „tragende Grundprinzipien“ des Aufsichtsrechts.¹⁹² Hierzu dürften kundenbezogene Prinzipien des Bankaufsichtsrechts zählen, die sich in mehreren Normen äußern, wie z. B. die Verhaltenspflichten im Kreditgeschäft nach den §§ 13 ff. KWG.

¹⁹⁰ S. oben S. 251 ff.

¹⁹¹ S. oben S. 126 ff.

¹⁹² BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 – XI ZR 147/12 – Rn. 37 (BGHZ 201, 310).

Mit einem weiten Verständnis lässt sich die Ausstrahlungswirkung aber auch auf andere bankaufsichtsrechtliche Pflichten übertragen, solange sie hinreichend bestimmt sind und einen Kundenbezug aufweisen. Dies entspricht sowohl dem unionsrechtlichen Individualschutzziel als auch dem Gebot privatrechtlicher Durchsetzung in hier vertretener Anwendung der gemischten Theorie des konkludenten Individualschutzes und der individuellen Rechte¹⁹³. So lassen sich auch die Eigenkapital-, Liquiditäts- und Organisationspflichten, die die Rechtsposition der Einleger und Anleger betreffen, in den Erwartungshorizont der Einleger und Anleger des Kreditinstituts einbeziehen. Zwar betreffen diese Pflichten die Bankkunden nur mittelbar und unterscheiden sich so von der im Kick-back-Urteil aufgestellten Pflicht, bei der Anlageberatung Rückvergütungen offenzulegen. Allerdings ist der mittelbare Kundenbezug der Eigenkapital-, Liquiditäts- und Organisationspflichten gerade dem Geschäftsmodell von Kreditinstituten geschuldet, die in Form von Einlagen gewährte Kundengelder als Darlehen weiterverleihen.¹⁹⁴ Die Einhaltung dieser Pflichten entscheidet maßgeblich über die Fähigkeit des Kreditinstituts, die Einlagen bei deren Fälligkeit zurückzuzahlen. Gleiches gilt für die zinsmäßige Bedienung und Rückzahlung von Anleihen bei deren Fälligkeit. Insofern ist die Einhaltung der §§ 10 ff. KWG und §§ 25a ff. KWG in den Empfängerhorizont der Einleger und Anleger des Instituts einzubeziehen.

Während das Wertpapieraufsichtsrecht dem Paradigma des Anlegerschutzes als Ausgleich von Informationsasymmetrien unterliegt,¹⁹⁵ dient das Bankaufsichtsrecht dem Einleger- und Anlegerschutz zum Ausgleich der „Organisationsasymmetrie“, die zwischen den Kunden und der Bank daraus erwächst, dass die Bank die Kundengelder verwaltet.¹⁹⁶ Insofern ist der Kundenbezug der bankaufsichtsrechtlichen Pflichten, die die Verwaltung und Anlage der Kundengelder betreffen, zwangsläufig mittelbar. Trotz des mittelbaren Kundenbezugs schützen sie aufgrund der treuhänderischen Vertragskonstellation die individualisierbaren Rechtspositionen der Bankkunden in ähnlicher Weise wie die wertpapierrechtlichen Wohlverhaltenspflichten.¹⁹⁷ Also sind weite Teile der aufsichtsrechtlichen Pflichten des KWG gemäß §§ 133, 157 BGB in den objektiven Empfängerhorizont der Bankkunden einzubeziehen und bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind solche Pflichten, die keinerlei Bezug zu den Rechtspositionen der Kunden haben, wie etwa rein interne Organisationspflichten, die keine Auswirkungen auf die Verwaltung und Anlage der Kundengelder haben.

¹⁹³ S. oben S. 270 ff.

¹⁹⁴ S. oben S. 136 ff.

¹⁹⁵ S. oben S. 99 ff.

¹⁹⁶ S. oben S. 37 ff.

¹⁹⁷ S. oben S. 136 ff.

II. Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB

Ein weiteres Instrument des Zivilrechts zur Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Pflichten ist die Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB. Die Nichtigkeit setzt voraus, dass ein gesetzliches Verbot besteht und „sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Derzeit ist im Bankaufsichtsrecht mehrheitlich nur § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG als gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB anerkannt.¹⁹⁸ Für die anderen KWG-Normen wird der Verbotsgesetzcharakter überwiegend verneint.¹⁹⁹ Dies liegt daran, dass § 134 BGB grundsätzlich nur für beidseitige Verbote gilt, sich die Verbote des KWG aber zumeist nur einseitig gegen die Kreditinstitute und nicht gegen die Bankkunden richten.²⁰⁰ Vor diesem Hintergrund wird der Verbotsgesetzcharakter für die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG, für die Verbote bestimmter Kredite nach §§ 13 ff. KWG und auch für die Vergütungsvorgaben nach § 25a Abs. 5 KWG verneint.²⁰¹ Der unionsrechtliche Individualschutzzweck und das Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung sprechen jedoch für deren angemessene Einstufung als Verbotsgesetze mit Nichtigkeitsfolge. So lässt sich der mit der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG intendierte Kundenschutz vor unerlaubtem Einlagen- und Kreditgeschäft durchaus durch die Nichtigkeitsklärung der dem unerlaubten Bankgeschäft zugrunde liegenden Verträge realisieren. Zu diesem Ergebnis kam bereits das OLG Stuttgart 1980 in einem Fall, der den Abschluss von Sparkaufverträgen ohne Erlaubnis nach § 32 KWG betraf.²⁰² Das OLG Stuttgart berief sich hierfür auf den Kundenschutz nach nationalem Recht. Angesichts der allgemeinen Einstufung des § 32 KWG als individualschützend i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB²⁰³ und angesichts des unionsrechtlichen Individualschutzes ist es jedoch geboten, die Nichtigkeit dort funktional einzusetzen, wo sie zum Schutz der Bankkunden geeignet ist.²⁰⁴ Daher ist zwischen verschiedenen Kundengruppen zu differenzieren. Einleger, die einem Unternehmen ohne Bankerlaubnis Gelder anvertraut haben, sind durch die Nichtigkeitsklärung des Bankvertrags zu schützen, da sie als Gläubiger des unerlaubten Unternehmens durch die Rückgewähr ihrer Einlagen vor Verlusten geschützt werden können.²⁰⁵ Die Nichtigkeitsklärung von

¹⁹⁸ S. oben S. 242.

¹⁹⁹ S. oben S. 239 ff.

²⁰⁰ BGH, Urteil vom 19. April 2011 – XI ZR 256/10 – Rn. 20 (WM 2011, 1168).

²⁰¹ S. oben S. 239 ff.

²⁰² OLG Stuttgart, Urteil vom 01. April 1980 – 6 U 184/79 – (NJW 1980, 1798, 1800).

²⁰³ S. oben S. 227 ff.

²⁰⁴ Aus dem BGB entwickelte diesen Gedanken bereits *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 28 ff., 45 f.

²⁰⁵ So auch jenseits des europarechtlichen Kontextes *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1174; *ders.*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 42 f.; *Tettinger* DStR 2006, 903, 903 f.; *Binder*, in: *Binder/Glos/Riepe* (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 3 Rn. 109. Mai ZBB 2010, 222, 224 ff.; *Sack/Seibl*, in: *Staudinger*, § 134 BGB, Neubearbeitung 2017, Rn. 258; s. oben S. 240.

Darlehensverträgen im aktiven Kreditgeschäft würde hingegen die Darlehensnehmer schlechter stellen, da sie zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet wären.²⁰⁶ Daher ist die Nichtigkeitssanktion im aktiven Kreditgeschäft abzulehnen.

Im Fall der Verbote bestimmter Kredite nach den §§ 13 ff. KWG führt der Kundenschutz als Individualschutz sogar zu größeren Veränderungen. Soweit diese Verbote individualschützende Vorgaben des Unionsrechts umsetzen, gebietet die effektive Durchsetzung des Einlegerschutzes ihre Einstufung als Verbotsgesetze. § 13 Abs. 2 Satz 1 KWG stellt die Vergabe von Großkrediten unter den Vorbehalt eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter, spezifiziert aber die Rechtsfolge „unbeschadet der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte“. Letzteres führt zur allgemeinen Ablehnung der Verbotsgesetzeigenschaft von § 13 KWG. Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts erreicht eine Grenze, wenn der gesetzgeberische Wille ausdrücklich entgegensteht, sodass keine richtlinienkonforme Auslegung *contra legem* erfolgen darf.²⁰⁷ Wenngleich dem BGH vorgeworfen wird, diese Grenze etwa in den Urteilen *Heininger*²⁰⁸ und *Weber und Putz*²⁰⁹ überschritten zu haben, ist sie nach wie vor bei der Auslegung zu beachten.²¹⁰ Durch richtlinienkonforme Rechtsfortbildung darf die Grenze jedoch durchaus überschritten werden.²¹¹ Insofern kann das Verbot von Großkrediten nach § 13 Abs. 2 Satz 1 KWG im Sinne des unionsrechtlich gebotenen Einlegerschutzes im Wege der Rechtsfortbildung auch entgegen dem einschränkenden Wortlaut als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB verstanden werden. Bei fehlendem Einverständnis aller Geschäftsleiter ist davon auszugehen, dass begründete Bedenken hinsichtlich des Kreditrisikos bestehen. Den Einlegerschutz der Vorgaben für Großkredite betont auch die CRR.²¹² Aus diesem Grund hat auch das Überschreiten der Großkreditwerte nach Art. 387 ff. CRR die Nichtigkeit der Verträge über Großkredite jenseits dieser Schwellenwerte zur Folge. Zum Schutz der Einleger des kreditgewährenden Kreditinstituts sind ebenfalls die weiteren Kreditvergabeverbote der §§ 14, 15 und 18 KWG als Verbotsgesetze einzustufen.

Auch bei Verstößen gegen die Vergütungsvorschriften nach § 25a Abs. 5 KWG ist die Nichtigkeit der Verträge über die Vergütung von Geschäftsleitern

²⁰⁶ So auch zu § 46 KWG BGH, Urteil vom 05. Oktober 1989 – III ZR 34/88 – Rn. 17 (WM 1990, 54).

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05 – Rn. 20 (BGHZ 179, 27); *Carnaris*, in: FS Bydlinski 2002, S. 47, 91 ff.

²⁰⁸ BGH, Urteil vom 09. April 2002 – XI ZR 91/99 – (BGHZ 150, 248).

²⁰⁹ BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08 – (BGHZ 192, 148).

²¹⁰ *W.-H. Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 46 f.

²¹¹ *Herresthal* EuZW 2007, 396; *Michael/Payandeh* NJW 2015, 2392; *W.-H. Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 48 ff.

²¹² Art. 395 Abs. 6, Abs. 7 lit. b CRR.

als Sanktion möglich. Laut CRD IV muss die Vergütungspolitik solide sein und nach der Risikobereitschaft, den Werten und langfristigen Interessen des Kreditinstituts ausgerichtet werden.²¹³ Da sie somit zugleich das Interesse der Einleger an der Rückzahlungsfähigkeit des Kreditinstituts betreffen, ist auch den Vergütungsvorschriften konkludent individualschützender Charakter zugunsten der Einleger zuzusprechen.²¹⁴ Diese Auslegung wird auch von der CRD V unterstützt, der zufolge die Bestimmung geringer variabler Vergütungen ausdrücklich dem Schutz der Einleger, Anleger und Verbraucher dient.²¹⁵ Zur effektiven Durchsetzung dieses Interesses ist die Nichtigerklärung von regelwidrigen Vergütungsverträgen angezeigt. Abgesehen von den Normen des KWG können auch Verbote der EBA zur Nichtigkeit von Verträgen führen. So hat die EBA die Befugnis, zum Schutz der Verbraucher bestimmte Finanztätigkeiten vorübergehend zu beschränken oder gar zu verbieten, die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union gefährden.²¹⁶ Angesichts des auch individuellen Verbraucherschutzes betreffen solche Verbote nach § 134 BGB die Wirksamkeit der Verträge, die den verbotenen Finanztätigkeiten zugrundeliegen.

III. Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB

Eine weitere zivilrechtliche Transformationsnorm ist § 823 Abs. 2 BGB. Hiernach können Verstöße gegen individualschützende aufsichtsrechtliche Normen zu Schadensersatzansprüchen der geschädigten Bankkunden führen. Jenseits der von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter öffnet § 823 Abs. 2 BGB den deliktsrechtlichen Schutzbereich für reine Vermögensinteressen.²¹⁷ Angesichts dieser Öffnung erfordert § 823 Abs. 2 BGB ein „den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“. Gesetz kann nach Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm sein.²¹⁸ Neben Parlamentsgesetzen können auch untergesetzliche Normen wie Rechtsverordnungen oder Satzungen Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB sein.²¹⁹ Es genügt, dass der Individualschutz eines von mehreren Zielen der Norm ist, also „wenn sie – sei es auch neben dem Schutz der Gesamtheit – gerade dazu dienen soll, den einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Ver-

²¹³ Erwägungsgrund 63 Satz 1 und 2 CRD IV.

²¹⁴ In diesem Sinne auch Art. 95(2) Satz 4 CRD IV.

²¹⁵ Erwägungsgrund 8 Satz 1 CRD V.

²¹⁶ Art. 9 Abs. 5 UAbs. 1, Art. 1 Abs. 2, Erwägungsgrund 50 EBA-VO.

²¹⁷ *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823 Rn. 476.

²¹⁸ RG, Urteil vom 18. Februar 1932 – VIII 537/31 – (RGZ 135, 242, 245): „Gesetz im Sinne dieser Vorschrift ist jede Rechtsnorm (Art. 2 EG z. BGB). Dieser Begriff umfaßt alle von der Rechtsordnung festgestellten Regeln im Gegensatz zu den Normen, die durch Rechtsgeschäft für bestimmte Verhältnisse aufgestellt sind.“

²¹⁹ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 225.

letzung eines Rechtsgutes zu schützen“.²²⁰ Einschränkend ist zu berücksichtigen, dass der BGH bei § 823 Abs. 2 BGB zusätzlich zum Individualschutzzweck der Norm stets fordert, dass die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs „sinnvoll und im Lichte des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint“.²²¹ Hierbei ist der gesamte Regelungszusammenhang zu würdigen und insbesondere, „ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstößenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Beweiserleichterungen zu knüpfen“.²²² Im Schrifttum wird diese Einschränkung zuweilen stark kritisiert.²²³

1. Bestimmung von bankaufsichtsrechtlichen Schutzgesetzen

Derzeit wird der Schutzgesetzcharakter nur für vereinzelte Normen des KWG bejaht.²²⁴ Prominent zählt hierzu das Erfordernis der Bankerlaubnis nach § 32 KWG.²²⁵ Daneben wird der Schutzgesetzcharakter überwiegend für §§ 14, 55a, 55b KWG²²⁶ und teilweise für §§ 3, 13 und 18 KWG angenommen.²²⁷ Darüber hinaus gebietet der unionsrechtliche Individualschutz weitere Schadensersatzansprüche der Bankkunden. Dies betrifft sämtliche Normen des KWG, die Individualschutzziele der CRD IV umsetzen, die individualschützenden Normen der CRR sowie von der EBA entwickelte, individualschützende technische Standards. Es entspricht auch den unionsrechtlichen Vorgaben an Schadensersatzansprüche als regulatorisches Privatrecht.²²⁸ Der Individualschutz des europäischen Bankaufsichtsrechts betrifft in erster Linie die Einleger und Anleger von Kreditinstituten.²²⁹ Aufgrund des unionsrechtlichen Gebots zur privatrechtlichen Durchsetzung²³⁰ sind diejenigen Aufsichtspflichten als Schutzgesetze zugunsten der Einleger auszulegen, die einen Bezug zu den Einlagen als personalisierbarem Rechtsgut aufweisen und zum Individualschutz geeignet

²²⁰ BGH, Urteil vom 27. Januar 1954 – VI ZR 309/52 – Rn. 8 (BGHZ 12, 146); zurückgehend auf RG, Urteil vom 20. März 1930 – VI 373/29 – (RGZ 128, 298, 300).

²²¹ BGH, Urteil vom 08. Juni 1976 – VI ZR 50/75 – Rn. 18 (BGHZ 66, 388); ähnlich BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988 – VI ZR 235/87 – Rn. 10 (BGHZ 106, 204): „Zudem muß die Eröffnung eines individuellen, auf dem Zivilrechtsweg zu verfolgenden Schadensersatzanspruchs erkennbar vom Gesetz erstrebt sein oder zumindest im Rahmen des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems liegen“.

²²² BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 – XI ZR 51/10 – Rn. 21 (BGHZ 192, 90).

²²³ Spickhoff, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 125 ff.; Klein WM 2016, 862, 863.

²²⁴ S. oben S. 226 ff.

²²⁵ S. oben S. 227 ff.

²²⁶ S. oben S. 230 f.

²²⁷ S. oben S. 231 ff.

²²⁸ Vgl. Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 200–207.

²²⁹ S. oben S. 256 ff., 264 ff.

²³⁰ S. oben S. 251 ff.

sind.²³¹ Neben der Erlaubnispflicht gemäß § 32 KWG zählen hierzu die Vorgaben zum Kreditgeschäft nach den §§ 13 ff. KWG, da die Entscheidungen über die Kreditvergabe und das daraus resultierende Kreditrisiko sich unmittelbar auf die Einlagenrückzahlungsfähigkeit des Kreditinstituts auswirken. Ebenso dienen die Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften gemäß §§ 10 ff. KWG dem Schutz der Zahlungsfähigkeit und damit dem Schutz der dem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte.²³² Der neben dem Systemschutz bezweckte individuelle Einlegerschutz²³³ führt zur zivilrechtlichen Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Pflichten als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.

Dies gilt auch für die organisatorischen Pflichten nach § 25a KWG, soweit sie sich auf die Verwaltung, die Verwendung im aktiven Kreditgeschäft und die Anlage der als Einlagen eingezahlten Kundengelder beziehen. Entgegen der herrschenden Auffassung²³⁴ entfalten auch die organisatorischen Pflichten Individualschutz, soweit sie einen Kundenbezug aufweisen. *Grundmann* vertritt dies bereits hinsichtlich Wertpapierdienstleistungsunternehmen.²³⁵ Das Individualschutzziel betrifft aber ebenfalls Kunden von Kreditinstituten, sodass § 25a KWG auch hinsichtlich der Kreditinstitute als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Bankkunden einzustufen ist. So bejaht jedenfalls *Renner* den Schutzgesetzcharakter von § 25a KWG im Gruppenkontext unter Verweis auf Erwägungsgrund 47 Satz 1 CRD IV, dem zufolge die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis auch darauf abzielt, „die Interessen von Einlegern und Anlegern zu schützen“.²³⁶

Die Gesamtschau des Individualschutzziels im europäischen Bankaufsichtsrecht ergibt aber, dass der Einleger- und Anlegerschutz auch für die allgemeine Bankaufsicht gilt.²³⁷ Da die Organisationspflichten des § 25a KWG mittelbar durchaus die Vermögenspositionen der Bankkunden betreffen und somit einen Kundenbezug aufweisen, sind sie als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten von Einlegern und Anlegern einzuordnen. Sie können mithin auch direkte Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsleiter persönlich geltend machen. Dies fordert der unionsrechtliche Einleger- und Anlegerschutz zum Abbau der typischen „Organisationsasymmetrie“ im Kreditgeschäft.²³⁸ Insofern sind die Einleger und Anleger des Instituts geschützt. Dass die Einlagen und Anlagen teilweise im Rahmen der Einlagensicherung und Anlegerentschä-

²³¹ S. oben S. 270 ff.

²³² S. oben S. 136 ff.

²³³ Erwägungsgrund 7 Satz 1 CRR.

²³⁴ S. oben S. 179 ff.

²³⁵ Zu §§ 80, 81 WpHG n. F. i. V. m. §§ 25a Abs. 1, 25c Abs. 3, 25e KWG *Grundmann*, in: *Canaris/Habersack/Schäfer* (Hrsg.), *Großkommentar HGB*, 5. Aufl. 2018, Band 11/2, 8. Teil, Rn. 274.

²³⁶ *Renner*; *Bankkonzernrecht*, 2019, S. 304 f.

²³⁷ S. oben S. 255 ff.

²³⁸ S. oben S. 136 ff., 272 f.

digung abgesichert sind, spielt für den haftpflichtrechtlichen Gesamtzusammenhang nach § 823 Abs. 2 BGB eine untergeordnete Rolle. Denn erstens gewähren diese Sicherungssysteme keinen allumfassenden Schutz.²³⁹ Zweitens ist die Würdigung des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems eine deliktsrechtliche,²⁴⁰ sodass die gesetzliche Einlagensicherung als öffentlich-rechtliches Sicherungssystem und die freiwillige Einlagensicherung als vertragliches System nicht zu berücksichtigen sind.

Im Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie und Wohnimmobilienkreditrichtlinie können darüber hinaus auch Verbraucherdarlehensnehmer geschützt werden. Ein Schutzgesetz kann freilich nur zwingendes Recht sein, sodass die MaRisk als lediglich norminterpretierende Verwaltungsvorschriften keinen Schutzgesetzcharakter entfalten.²⁴¹ Trotz der qualitativ stärkeren Bindungswirkung als Optimierungsgebot können auch die Leitlinien der EBA mangels echter Rechtsverbindlichkeit keine Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB sein.²⁴² Hingegen können von der EBA entwickelte technische Standards Schutzgesetze zugunsten der Bankkunden sein, sofern und soweit sie einen Kundenbezug aufweisen.

2. Effektive Durchsetzung im Prozess

Angesichts der strukturellen Informations- und Organisationsasymmetrie zwischen der Bank und den Kunden können letztere eine Pflichtverletzung der Geschäftsleiter nur in absoluten Ausnahmefällen darlegen und beweisen. Daher halten sich einschlägige Prozesse bisher auch in Grenzen.²⁴³ Aus unionsrechtlicher Perspektive gebietet der Individualschutz jedoch eine effektive prozessuale Durchsetzung. Diese lässt sich mit zwei zivilrechtlichen Instrumenten erreichen: der Beweislastumkehr und der Kausalitätsvermutung.

a) Beweislastumkehr

Die Beweislastumkehr fügt sich gut in das breitere haftpflichtrechtliche Gesamtsystem ein. Denn erstens sieht die gesellschaftsrechtliche Innenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber der Bank eine Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vor, die aus der gesellschaftsinternen Informations- und Organisationsasymmetrie zwischen Geschäftsleitung und Gesellschaftern herrührt.²⁴⁴ Zweitens gilt sie auch bei der Außenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber

²³⁹ Zu den Grenzen der freiwilligen und gesetzlichen Einlagensicherung s. oben S. 187 ff.

²⁴⁰ *Wagner*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, Band 6, § 823 Rn. 503.

²⁴¹ So auch die h. M. s. oben S. 153 ff., 170 ff.; a. A. *Gießler*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR, 3. Aufl. 2015, Band 1, § 18 KWG Rn. 196.

²⁴² S. oben S. 160 ff., 173 f.

²⁴³ S. oben S. 174 ff.

²⁴⁴ S. oben S. 163 f.

Bankgläubigern nach § 93 Abs. 5 Satz 2 Hs. 2 AktG.²⁴⁵ Drittens macht auch die mit dem Bankaufsichtsrecht strukturell vergleichbare²⁴⁶ Kapitalmarktregulierung das Instrument der Beweislastumkehr fruchtbar bei der Außenhaftung für Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Pflichten. Bei der Prospekthaftung sieht § 23 Abs. 1 WpPG für die Haftung von Propsekerlassern und Prospektveranlassern nach §§ 21, 22 WpPG eine Beweislastumkehr vor.²⁴⁷ Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht von Insiderinformationen normieren §§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 WpHG ebenfalls eine Beweislastumkehr.²⁴⁸ Viertens ist die Beweislastumkehr auch im bankaufsichtsrechtlichen Haftungsregime kein Fremdkörper, wie die Haftung für Verstöße gegen die Organkreditvorgaben nach § 17 KWG zeigt. Auch hier müssen nach § 17 Abs. 1 Hs. 2 KWG die Geschäftsleiter und die Mitglieder des Aufsichtorgans nachweisen, dass sie ihren aufsichtsrechtlichen Pflichten subjektiv wie objektiv genügen.²⁴⁹

Insofern fügt sich eine allgemeine Beweislastumkehr für die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden bei der deliktischen Außenhaftung von Geschäftsleitern in das vorhandene Haftpflichtsystem ein. Sie ist auch haftpflichtrechtlich tragbar, wenn dieselben Standards zur Exkulpation angewandt werden wie bei der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung.²⁵⁰ Das bedeutet eine umfassende Pflicht der Geschäftsleiter zur Rechtsermittlung gerade dann, wenn die aufsichtsrechtliche Pflichtenlage unklar ist. Hierbei ist jedenfalls bankinterner und gegebenenfalls bankexterner Rechtsrat einzuholen, der die Rechtsfrage unter besonderer Berücksichtigung der einschlägigen unionsrechtlichen Rechtsakte und Rechtsprechung überprüft. Das Ergebnis dieser Prüfung müssen die Geschäftsleiter kritisch hinterfragen und entsprechend handeln. Unter Anwendung dieser Maßstäbe kann dann auch die Exkulpation hinsichtlich der deliktischen Ansprüche von Bankgläubigern gelingen. Die unionsrechtsbedingte Annäherung der Haftungskriterien von Innen- und Außenhaftung bietet zugleich praxistaugliche Maßstäbe, anhand derer Geschäftsleiter ihr Handeln orientieren können.

b) *Kausalitätsvermutung*

Für die Kausalitätsvermutung spricht die dem Kartellrecht strukturell vergleichbare Gemengelage.²⁵¹ Im Kartellrecht hat der Schadensersatzgläubiger regelmäßig Schwierigkeiten, die Kausalitätskette zwischen dem Kartell und der kar-

²⁴⁵ S. oben S. 174 f.

²⁴⁶ S. oben S. 136 ff.

²⁴⁷ S. oben S. 109.

²⁴⁸ S. oben S. 115 f.

²⁴⁹ S. oben S. 181 f.

²⁵⁰ S. oben S. 172 ff.

²⁵¹ S. oben S. 97 ff.

tellbedingten Preiserhöhung als Schaden nachzuweisen. Während der EuGH in *Manfredi* noch die Modalitäten der Kausalitätsbestimmung unter Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes dem nationalen Recht überließ,²⁵² schuf der europäische Gesetzgeber in Art. 17 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie eine echte Kausalitätsvermutung.²⁵³ Die deutsche Umsetzung normierte mit § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB eine Vermutung sowohl hinsichtlich der Kausalität des Kartells für den Schaden als auch hinsichtlich der Existenz eines Schadens an sich.²⁵⁴ Im Bankaufsichtsrecht haben die Bankkunden im Fall der Bankeninsolvenz große Schwierigkeiten, die Kausalität von aufsichtsrechtlichen Verstößen der Geschäftsleitung für den Verlust der eigenen Einlage oder Anlage nachzuweisen. Diese Schwierigkeit fußt auf der Informations- und Organisationsasymmetrie zwischen Bank und Bankkunden, die einen Einblick in die bankinterne Verwaltung der Kundengelder verwehrt. Daher ist das kartellrechtliche Modell der Kausalitätsvermutung auch für die deliktische Durchsetzung von bankaufsichtsrechtlichen Pflichten mit Kundenbezug zu übernehmen. Zugleich ist eine solche Kausalitätsvermutung nicht unbillig, da die Geschäftsleitung anhand der bankinternen Rechnungslegung über ausreichende Informationen verfügt, um die Vermutung gegebenenfalls zu widerlegen.

²⁵² EuGH, Urteil vom 13.07.2006, C-295/04, Rs. *Manfredi*, Celex-Nr. 62004CJ0295, Rn. 58–64; s. oben S. 87 f.

²⁵³ S. oben S. 90.

²⁵⁴ Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 55; s. oben S. 91.

Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung

Diese Arbeit zeigt, dass das Privatrecht Mittel bietet, um die öffentlich-rechtliche Aufsicht zu ergänzen und die Ziele des europäischen Bankaufsichtsrechts effektiv durchzusetzen. Das europäische Bankaufsichtsrecht dient sowohl dem Ziel der Finanzmarktstabilität als auch dem individuellen Einleger- und Anlegerschutz sowie teilweise dem individuellen Verbraucherschutz. Die Ziele des System- und Individualschutzes wirken sich auf die privatrechtliche Ebene aus und führen zu einer stärkeren privatrechtlichen Durchsetzung bankaufsichtsrechtlicher Pflichten. Das Bankgesellschaftsrecht ist stark vom Systemschutzziel überformt. Insbesondere die Pflicht zum angemessenen Risikomanagement prägt die Corporate Governance von Banken. Das zeigt sich haftungstechnisch vor allem in der Innenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber der Bankgesellschaft nach § 25a KWG i. V. m. § 93 Abs. 2 AktG. Das Individualschutzziel schlägt sich im Vertrags- und Deliktsrecht nieder. Im Fall der Pflicht zur Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung ist die privatrechtliche Durchsetzung in den §§ 505a–505d BGB bereits gesetzlich anerkannt. In anderen Fällen wird sie von der Rechtsprechung praktiziert, die z. B. Erlaubnispflicht nach § 32 KWG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB behandelt. Die Hauptthese dieser Arbeit ist, dass das europäische Bankaufsichtsrecht darüber hinaus einen umfassenden Individualschutz durch breite privatrechtliche Durchsetzung gebietet. Im Einzelnen kommt die Arbeit zu den Ergebnissen, die die folgenden 17 Punkte zusammenfassen.

A. Individualschutz im Bankaufsichtsrecht als Produkt des Unionsrechts

1. In Deutschland ist der Individualschutz traditionell ein Fremdkörper im Bankaufsichtsrecht. Grund dafür ist die prinzipiell strenge Trennung von Bankaufsichts- und Bankprivatrecht. Ausnahmen bestehen im Wertpapierrecht für Wohlverhaltenspflichten und im Bankaufsichtsrecht für die Erlaubnispflicht und die Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung. Entsprechend der grundsätzlichen Trennung dient die Bankaufsicht nach derzeit herrschendem Verständnis des deutschen Rechts nur öffentlichen Zielen. Sie bezweckt den Marktschutz, den kollektiven Verbraucherschutz und den Schutz der Steuerzahler vor steuerfinanzierten Bankenrettungen. Der Schutz individueller Bankkunden gehört indes nicht zu ihren Aufgaben. Demgegenüber diskutieren rechtstheoretische

Beiträge zu Financial Regulation Theory, Rechtsökonomik, Legal Theory of Finance, Finanzkrise und Privatrecht, Contract Governance, Regulierung und Privatrecht sowie Bankenunion und Privatrecht abstrakt bereits den Paradigmenwechsel hin zu einer stärkeren Verbindung von öffentlicher und privatrechtlicher Durchsetzung. Vor diesem theoretischen Hintergrund zeigt diese Arbeit den Paradigmenwechsel dogmatisch auf.

2. Die Entwicklung des deutschen und europäischen Bankaufsichtsrechts veranschaulicht einerseits die zunehmende Regulierung des ursprünglich unregulierten Bankwesens, andererseits die starke unionsrechtliche Überformung des nationalen Bankaufsichtsrechts. Beide Entwicklungsstränge stehen zunehmend im Licht des Individualschutzziels, das ein Produkt des Unionsrechts ist. Im Urteil *Parodi* entwickelte der EuGH das Individualschutzziel bereits aus dem Primärrecht. Zudem ist der Individualschutz eine wachsende Konstante des materiellen und institutionellen bankaufsichtsrechtlichen Sekundärrechts. Bereits die erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie nannte den Sparerenschutz als Ziel der aufsichtsrechtlichen Koordinierung, was der EuGH im Urteil *Romanelli* ausdrücklich anerkannte. Diese Tendenz zum Individualschutz verdichtete sich in den späteren Sekundärrechtsakten unter zunehmender Betonung des Einleger-, Anleger- und Verbraucherschutzes. Das aktuelle materielle Bankaufsichtsrecht der CRD IV und CRR benennt den Einleger- und Anlegerschutz als unionsrechtliches Ziel der Bankaufsicht. Das Gleiche gilt für die institutionellen Rechtsakte der EBA-VO und SSM-VO. Den individuellen Verbraucherschutz enthalten zudem die EBA-VO ebenso wie die Verbraucherkreditrichtlinie und die Wohnimmobilienkreditrichtlinie, die hier auch unter den Begriff des Bankaufsichtsrechts gefasst werden.

B. Modelle privatrechtlicher Durchsetzung von EU-Wirtschaftsregulierung

3. Angesichts des unionsrechtlichen Individualschutzziels stellt sich die Frage nach seiner Durchsetzung mit zivilrechtlichen Mitteln. Das Unionsrecht forderte im Wettbewerbsrecht und in der Kapitalmarktregulierung prominent eine zunehmende privatrechtliche Durchsetzung regulatorischer Anforderungen (*private enforcement*). Beide Rechtsgebiete zeigen, dass die Durchsetzung mit Mitteln des Privatrechts zunächst nur den Marktschutz und dann erst zunehmend auch den Individualschutz bezweckte. Sie dienen daher als Modelle für das Bankaufsichtsrecht, dessen privatrechtliche Durchsetzung noch kaum als Ergänzung der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung diskutiert wird.

4. Im Wettbewerbsrecht enthielt zwar bereits das GWB von 1957 Schadensersatzansprüche, doch war ihr Tatbestand eng begrenzt und zudem beschränkte die Rechtsprechung den Schutzgesetzcharakter des Kartellverbots auf Mitbewerber. Demgegenüber entwickelte sich im europäischen Kartellrecht durch

die Rechtsprechung des EuGH ein umfassendes Kartellschadensersatzrecht. Ausgangspunkt war das Urteil *Courage und Crehan*, in dem der EuGH aus dem europäischen Effektivitätsgrundsatz für „jedermann“, der durch ein Kartell geschädigt wird, einen individuellen Schadensersatzanspruch entwickelte. Mangels europäischer Harmonisierung oblag jedoch die Ausgestaltung dieses Anspruchs dem nationalen Recht unter Berücksichtigung des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes. Im Urteil *Manfredi* konkretisierte der EuGH die Modalitäten des Schadensersatzanspruchs, insbesondere das Kausalitätserfordernis zwischen Kartell und Schaden und den Beginn der Verjährungsfrist. Diese Impulse griff der europäische Gesetzgeber auf und erließ die Kartellschadensersatzrichtlinie, deren Vorgaben der deutsche Gesetzgeber in §§ 33a–33h GWB umsetzte. Hiernach besteht eine umfassende Schadensersatzhaftung der Kartellanten gegenüber jedem Kartellgeschädigten. Grundsätzlich haften die Kartellanten gesamtschuldnerisch. Hinsichtlich der Feststellung von Kartellrechtsverstößen sind die Gerichte an die Entscheidungen der nationalen Kartellbehörden gebunden. Die Entscheidungen der Kartellbehörden eines anderen Mitgliedstaates gelten als Anscheinsbeweis. Anspruchsberechtigt sind die vom wettbewerbsrechtlichen Verstoß Betroffenen, also beeinträchtigte Mitbewerber oder sonstige beeinträchtigte Marktteilnehmer. Hierbei reicht eine mittelbare Schädigung. Die Kausalität des Kartells für den Schaden und die Existenz eines Schadens werden vermutet. Auch müssen die Kartellanten grundsätzlich gegenüber den Geschädigten im Prozess Beweismittel offenbaren. Es gilt eine fünfjährige Verjährungsfrist. Die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erfüllt sowohl den öffentlichen Zweck der wirksamen Prävention zum Schutz des Marktes als auch den individuellen Zweck der Kompensation zum Schutz der Kartellgeschädigten. Die öffentliche und privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sollen sich gegenseitig ergänzen. Wenngleich Konfliktfälle vermieden werden sollen, gilt im Falle der Vorteilsabschöpfung ein klarer Vorrang der privaten Schadensersatzansprüche. Trotz der Unterschiede lassen sich also das Wettbewerbsrecht und das Bankaufsichtsrecht als Marktordnungsrecht europäischer Überformung im Spannungsverhältnis zwischen Markt- und Individualschutz vergleichen. Das Wettbewerbsrecht sichert das Funktionieren des Marktes und schützt zugleich Marktteilnehmer vor Wettbewerbsverzerrungen. Das Bankaufsichtsrecht zielt auf die Stabilität des Finanzmarkts ab und soll zugleich die Kunden eines beaufsichtigten Instituts vor dessen Insolvenz bewahren.

5. In der Kapitalmarktregulierung wird der Anlegerschutz und seine Durchsetzung seit langem als Leitmotiv diskutiert, wie die frühen Habilitationsschriften von *Hopt* und *Schwark* zeigen. Die Kapitalmarktregulierung kennt sowohl Fälle der gesetzlich vorgeschriebenen privatrechtlichen Haftung wie die Prospekthaftung und die Ad-hoc-Publizitätspflicht bei Insiderinformationen als auch Streit-

fälle mangels klarer gesetzlicher Vorgaben wie die Wohlverhaltenspflichten des WpHG. Wenngleich bereits das BörsG von 1896 eine gesetzliche Prospekthaftung enthielt, wurde die Prospekthaftung zunächst durch die Rechtsprechung und später gesetzlich unter maßgeblichem Einfluss europäischer Vorgaben weiterentwickelt. Derzeit besteht nach Art. 11 Prospekt-VO ein unionsrechtliches Gebot der privaten Prospekthaftung. Dieses ist angesichts des klaren Wortlauts mehrerer Sprachfassungen als Gebot der privatrechtlichen Haftung zu verstehen. Die §§ 21–25 WpPG setzen dieses um und schreiben eine umfassende Haftung für die Erlasser und Veranlasser von fehlerhaften Prospekten vor, die jüngst auf Verkaufsprospekte von Vermögensanlagen und auf Wertpapier-Informationenblätter erweitert wurde. Auch die Schadensersatzhaftung nach §§ 97, 98 WpHG für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht bei Insiderinformationen nach Art. 17 MAR ist eine Form gesetzlich vorgeschriebener privatrechtlicher Durchsetzung von unionsrechtlicher Kapitalmarktregulierung. Die zivilrechtliche Sanktion beruht angesichts des breit angelegten Anlegerschutzziels auf einem unionsrechtlichen Gebot. Der Tatbestand führt zu einer weitreichenden Haftung des Emittenten für unterlassene oder fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen. Darüber hinaus ist die Pflicht zur Ad-hoc-Mitteilung nach Art. 17 MAR wegen des bezweckten Individualschutzes ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.

6. Der prominenteste Streitfall privatrechtlicher Haftung für Verstöße gegen Kapitalmarktregulierung sind die Wohlverhaltenspflichten der Anlageberatung nach den §§ 63 ff. WpHG. Sie enthalten Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten, u. a. die Pflicht der ehrlichen, redlichen und professionellen Anlageberatung im bestmöglichen Kundeninteresse nach § 63 Abs. 1 WpHG. Die Wohlverhaltenspflichten stehen unter starkem Einfluss des Unionsrechts und dienen sowohl dem öffentlichen Marktschutz als auch dem individuellen Anlegerschutz. Ihre privatrechtliche Bedeutung waren Gegenstand jüngster Urteile des EuGH und des BGH. Der EuGH urteilte 2013 in *Bankinter*, dass die MiFID I die vertragsrechtlichen Sanktionen von Verstößen gegen Wohlverhaltenspflichten nicht bestimme und sie daher von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unter Beachtung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes festzulegen seien. Während der BGH und ein Teil des Schrifttums dies als Absage des EuGH gegenüber einer privatrechtlichen Wirkung der MiFID verstanden, hat der EuGH in *Bankinter* die privatrechtliche Wirkung der MiFID grundsätzlich anerkannt und nur die zivilrechtlichen Haftungsmodalitäten den Mitgliedstaaten überantwortet. Denn durch die Anwendung des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes nahm der EuGH privatrechtliche Sanktionen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts auf. Im Kick-back-Urteil von 2014 bejahte der BGH eine Aufklärungspflicht über versteckte Innenprovisionen bei der Anlageberatung nach ergänzender Vertragsauslegung. Er destillierte aus dem

Wertpapierrecht ein allgemeines Transparenzgebot hinsichtlich der Zuwendungen Dritter und berücksichtigte dieses als vertragliche Pflicht nach §§ 133, 157 BGB, da der Anleger die Einhaltung des tragenden Grundprinzips des Aufsichtsrechts erwarten könne. Bemerkenswert ist, dass der BGH dieses Transparenzgebot auf die Beratung zu einem Immobilienerwerb jenseits des Anwendungsbereichs des WpHG erstreckte und zugleich zivilrechtlich wirken ließ. Das Verhältnis der §§ 63 ff. WpHG zum Zivilrecht betrifft insbesondere Fragen der Rechtsnatur, der vertragsrechtlichen Berücksichtigung sowie der Behandlung als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB auf. Wenngleich der BGH die Ziele des WpHG auf öffentliche Interessen beschränkt, ist überzeugender, dass die §§ 63 ff. WpHG auch eine zivilrechtliche Rechtsnatur haben. Hierfür spricht insbesondere das prominente Individualschutzziel der MiFID II. Der BGH lässt eine Ausstrahlungswirkung in das Vertragsrecht für solche aufsichtsrechtlichen Pflichten zu, die den Kunden individuell schützen und nicht nur organisatorische Pflichten darstellen. Angesichts der Doppelnatur ist eine direkte vertragsrechtliche Berücksichtigung jedoch vorzuziehen. Der BGH lehnt die Schutzgesetznatur der §§ 63 ff. WpHG ab, da sich ein solcher Anspruch nicht in das haftpflichtrechtliche Gesamtsystem einfüge. Hingegen ist der Schutzgesetzcharakter wegen des umfassenden Individualschutzziels der MiFID I und II zu bejahen. Dieser Schutz ist breit zu verstehen und betrifft kundenbezogene Wohlverhaltenspflichten, einschließlich Organisationspflichten mit Kundenbezug.

7. Die Rechtsgebiete der Kapitalmarktregulierung und des Bankaufsichtsrechts sind regelungssystematisch und funktional vergleichbar. Sie erfahren beide eine starke Überformung des Unionsrechts mit immer weniger nationalen Regelungsspielräumen. Zudem dienen beide Rechtsgebiete der Sicherstellung einer stabilen und geordneten Finanzierung der Volkswirtschaft, die auf dem Kapitalmarkt über Wertpapiere und im klassischen Bankgeschäft durch die Kreditvergabe erfolgt. Die unterschiedliche Regulierung beider Finanzierungsformen entspricht der Verschiedenheit der Finanzintermediation. Im Kapitalmarkt erfolgt die Finanzierung direkt durch den Anleger, im Kreditgeschäft hingegen vermittelt durch die Kreditinstitute, die die als Einlagen eingezahlten Gelder als Kredite weiterverleihen. Bei der Anlageentscheidung unterliegen Kapitalmarktanleger Informationsdefiziten und lassen sich häufig beraten. Daher stellt die Regulierung Informationspflichten an die Wertpapieremittenten und Verhaltens-, Transparenz- und Organisationspflichten an die Anlageberater. Im Kreditgeschäft ist die Finanzintermediation hingegen im Kreditinstitut internalisiert. Daher konzentriert sich die Regulierung hier noch stärker auf organisatorische Pflichten, die insbesondere das Eigenkapital, die Liquidität und die allgemeine Organisation des Kreditinstituts betreffen. Wegen der funktionalen Parallelität der Kapitalmarkt- und Bankenregulierung sind Rückschlüsse aufeinander möglich.

C. Bankaufsichtsrechtlicher Systemschutz durch die Pflicht zum Risikomanagement und dessen privatrechtliche Durchsetzung

8. Das Paradebeispiel der privatrechtlichen Einwirkung oder Durchsetzung des Bankaufsichtsrechts ist die Einwirkung der Risikomanagement-Vorgaben auf das Bankgesellschaftsrecht als Teil der Corporate Governance. Das Bankaufsichtsrecht enthält insbesondere mit den organisatorischen Anforderungen des § 25a KWG in diesem Bereich detaillierte Vorgaben, die den gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkreis überlagern. Die vielfach unbestimmten Rechtsbegriffe werden durch die Verwaltungsvorschriften MaRisk für die Rechtsanwendung konkretisiert. Die MaRisk spezifizieren die Vorgaben an das Risikomanagement insbesondere hinsichtlich des internen Kontrollsystems, der internen Revision und der Risikoberichterstattung. Die MaRisk sind jedoch als Verwaltungsinnenrecht in ihrer Bindungswirkung beschränkt. Obwohl die Kreditinstitute sie faktisch befolgen, stuft sie sowohl die Mehrheit im Schrifttum als auch die Rechtsprechung als unverbindliche, nur norminterpretierende Verwaltungsvorschriften ein. Zwar ließe sich angesichts ihres technischen Charakters auch zugunsten einer Einstufung als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung argumentieren. Doch hat der Gesetzgeber durch die Einführung der Verordnungsermächtigung in § 25a Abs. 4 KWG über den Charakter der MaRisk als unverbindliche, norminterpretierende Verwaltungsvorschriften entschieden. Neben den MaRisk bestehen auch Leitlinien der EBA zur internen Governance, die in ihrem Regelungsbereich inhaltlich noch breiter sind als die MaRisk. Auch die EBA-Leitlinien sind nicht voll verbindlich, entfalten durch einen gestuften *comply or explain*-Mechanismus aber nach Art. 16 Abs. 3 EBA-VO eine gewisse Bindungswirkung. So müssen nationale Aufsichtsbehörden im Fall der Nichtbefolgung erklären, warum sie die EBA-Leitlinien nicht beachten. Diese Erklärungspflicht trifft Institute zwar nur, wenn die EBA-Leitlinie dies ausdrücklich vorsieht. Daneben entfalten die EBA-Leitlinien aber faktische Bindungswirkung und verpflichten die Institute dazu, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um die Leitlinien zu befolgen. Insofern enthalten die EBA-Leitlinien für die Institute einerseits ein Optimierungsgebot und andererseits einen sicheren Hafen der Regelkonformität.

9. Die privatrechtlichen Sanktionen von Verstößen gegen § 25a KWG stehen im Lichte des Systemschutzes. Verstöße gegen § 25a KWG haben grundsätzlich nur eine gesellschaftsrechtliche Innenhaftung zur Folge. Im Fall der Bank-AG bestehen Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 2 AktG. Die Vorgaben des § 25a KWG stellen eine Legalitätspflicht dar, die den Rückgriff auf die Business Judgment Rule verschließt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 25a KWG führen aber regelmäßig zu einer Rechtsermittlungspflicht der Geschäftsleiter. Hierzu werden verschiedene Positionen vertreten. Manchen genügt es, wenn die Geschäftsleiter eine von mehre-

ren vertretbaren Auslegungen des § 25a KWG befolgen. Andere differenzieren je nach Grad der gesetzlichen, behördlichen und richterlichen Klärung der Frage, sodass die Rechtsermittlung je nach Klarheit der Rechtslage unterschiedlich gründlich ausfallen muss. Wiederum andere verlangen, dass die Geschäftsleiter die am besten vertretbare Auslegung befolgen. Für die gesellschaftsrechtlich relevante Rechtsermittlungspflicht sind die MaRisk und die EBA-Leitlinien insofern besonders wichtig. Mangels Rechtsverbindlichkeit der MaRisk führt ein Verstoß gegen sie grundsätzlich nur dann zur Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG, wenn die jeweiligen Vorgaben der MaRisk zugleich Pflichten des § 25a KWG ausdrücken. Dies entspricht der Vertretbarkeitstheorie, da die MaRisk nur eine von mehreren möglichen Auslegungen darstellt. Nach der Stufentheorie haben die MaRisk entweder Indizwirkung für die Haftung oder sie sind aufgrund ihres hohen Detailgrads gleichbedeutend mit dem gesellschaftsrechtlichen Haftungsmaßstab. Nach der Optimierungstheorie müssten Geschäftsleiter in jedem Fall den MaRisk folgen, da sie neben der BaFin auch regelmäßig von den Gerichten als beste Auslegung betrachtet werden dürften. Die Einhaltung der MaRisk kann Geschäftsleitern vor der Innenhaftung laut der Stufentheorie und der Optimierungstheorie bewahren, da sie einen sicheren Hafen der Rechtmäßigkeit darstellen. Eine solche Freizeichnungsmöglichkeit ist aber abzulehnen, da die MaRisk aufsichtsrechtlich unverbindlich sind und insofern auch den zivilrechtlichen Pflichtenkanon nicht verbindlich normieren können. Dennoch haben die MaRisk als aufsichtsrechtlicher Branchenstandard für die zivilrechtliche Haftungsebene Indizwirkung und enthalten für die Geschäftsleiter einen erheblichen Maßstab zur Exkulpation. Auch die EBA-Leitlinien sind grundsätzlich unverbindlich, haben jedoch eine noch stärkere Indizwirkung als die MaRisk. Grund ist das in Art. 16 Abs. 3 EBA-VO angelegte Optimierungsgebot, nachdem auch die Institute verpflichtet sind, alle erforderlichen Anstrengungen zur Befolgung zu unternehmen. Dieses Optimierungsgebot wird durch das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip noch verstärkt.

10. Bei Verstößen gegen § 25a KWG können die Geschäftsleiter neben der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung zusätzlich direkten Schadensersatzansprüchen von Gläubigern nach § 93 Abs. 5 AktG ausgesetzt sein, wenn die Gesellschaft eine fällige Forderung nicht befriedigen kann. Daneben sind deliktsrechtliche Ansprüche der Innen- und Außenhaftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB sowie nach § 826 BGB möglich, unterliegen aber strengen Anforderungen. Nicht anerkannt ist hingegen eine deliktsrechtliche Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB in Lesart der Baustoff-Entscheidung des BGH oder nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 25a KWG. Insofern wird deutlich, dass das gesellschafts- und deliktsrechtliche Haftungsregime nach herrschendem Verständnis grundsätzlich nur eine Innenhaftung der Geschäftsleiter zum Systemschutz vorsieht. Die Außenhaftung bleibt auf absolute Ausnahmefälle be-

schränkt. Dies bestätigend kennt das KWG mit § 17 KWG nur einen einzigen direkten zivilrechtlichen Haftungstatbestand, der bei Verstößen gegen die Organkreditvorgaben nach § 15 KWG eine Innen- und Außenhaftung vorsieht. Die Ansprüche sind allerdings § 93 Abs. 2 und 5 AktG nachgeformt und betonen daher die gesellschaftsrechtliche Innenhaftung als Regelfall und die Außenhaftung gegenüber Gläubigern als Ausnahme. Jenseits des Anwendungsbereichs des KWG wird eine „Ausstrahlungswirkung“ des Bankaufsichtsrechts auf das allgemeine Aktienrecht diskutiert, jedoch überwiegend abgelehnt.

*D. Bankaufsichtsrechtlicher Individualschutz
im deutschen Recht unter unionsrechtlichem Einfluss*

11. Der bankaufsichtsrechtliche Individualschutz findet bereits vereinzelt Ausdruck im geltenden deutschen Recht, das unter starkem unionsrechtlichem Einfluss steht. Der Schutz individueller Interessen betrifft insbesondere die Einleger und Verbraucherdarlehensnehmer, teilweise aber auch die Bankkunden allgemein. Die Einleger erfahren besonderen Schutz durch die Einlagensicherungssysteme. Es besteht eine auf das Unionsrecht zurückzuführende gesetzliche Einlagensicherung, die einen Entschädigungsanspruch des individuellen Einlegers von bis zu 100.000 Euro pro Bank gewährt. Daneben existiert in Deutschland die freiwillige Einlagensicherung, die summenmäßig deutlich höher als die gesetzliche Einlagensicherung ist, aber keinen Rechtsanspruch auf Entschädigung gewährt. Die freiwillige Einlagensicherung schützt vor allem natürliche Personen und rechtsfähige Stiftungen. Hingegen sind Einlagen von juristischen Personen teilweise ausgeschlossen. In der Zukunft könnte die gesetzliche Einlagensicherung durch eine gemeinsame Einlagensicherung der Eurozone (EDIS) abgelöst werden. Während bis jetzt nur die rechtlichen Bedingungen für die nationalen gesetzlichen Einlagensicherungssysteme unionsrechtlich harmonisiert sind, könnte in der Zukunft der Einlagensicherungsfonds für die Eurozone vergemeinschaftet werden. Dieser letzte Pfeiler der Europäischen Bankenunion ist aber noch nicht entschieden. Der EDIS-Vorschlag der Kommission wird derzeit im Trilog zwischen Kommission, Europäischem Parlament und Rat diskutiert. Ein weiterer Aspekt des Einlegerschutzes betrifft die Möglichkeit von Einlegern, bei Aufsichtsfehlern Amtshaftungsansprüche gegen die Bankaufsicht geltend zu machen. Ursprünglich wurde dies allgemein verneint, bis der BGH in den Urteilen *Herstatt* und *Wetterstein* einen direkten Amtshaftungsanspruch der Einleger wegen fehlerhafter Bankaufsicht bejahte. Hierfür kritisierten die unteren Instanzen und das Schrifttum den BGH stark, weshalb dieser dann den Kurs korrigierte. Selbst der Gesetzgeber sah sich durch die Urteile veranlasst, Amtshaftungsansprüche zugunsten von Bankgläubigern durch die Beschränkung der Bankaufsicht auf das öffentliche Interesse nach § 6 Abs. 3 KWG a. F. (heute § 4 Abs. 4 FinDAG) auszuschließen. Dieser

gesetzliche Ausschluss rief im Schrifttum Fragen der Verfassungs- und Europarechtskonformität auf. Im *BVH*-Urteil bejahte der BGH die Verfassungskonformität, legte die europarechtliche Frage aber dem EuGH vor. Dieser beurteilte den Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen gegenüber Dritten in *Peter Paul* als europarechtskonform. § 4 Abs. 4 FinDAG spielt nach wie vor eine bestimmende Rolle für das Verständnis der Zielrichtung des Bankaufsichtsrechts und seines Verhältnisses zum Zivilrecht. Diese Norm betrifft aber nur die Zielrichtung der Bankaufsicht der BaFin und schließt eine Staatshaftung für Aufsichtsfehler aus. Die Norm ist also weder für das Bankaufsichtsrecht als solches noch für die europäische Bankaufsicht verallgemeinerungsfähig und betrifft nicht die allgemeine privatrechtliche Durchsetzung bankaufsichtsrechtlicher Pflichten.

12. Neben dem Einlegerschutz findet seit der Einführung der zivilrechtlichen Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung nach den §§ 505a ff. BGB auch der unionsrechtliche Schutz von Verbraucherdarlehensnehmern deutlichen Ausdruck im deutschen Recht. Die Entwicklung geht auf den Kommissionsvorschlag für eine Verbrauchercreditrichtlinie von 2002 zurück, der eine Pflicht zur „verantwortungsvollen Kreditvergabe“ enthielt. Die Verbrauchercreditrichtlinie von 2008 normierte dann nur noch eine Pflicht zur Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung. Diese setzte der deutsche Gesetzgeber für Verbraucherdarlehen und für entgeltliche Finanzierungshilfen aufsichtsrechtlich in § 18 Abs. 2 KWG a. F. um. Daneben schuf er für entgeltliche Finanzierungshilfen eine zivilrechtliche Pflicht nach § 509 BGB a. F. Bezüglich Verbraucherdarlehen entstand eine Diskussion über die zivilrechtliche Geltung von § 18 Abs. 2 KWG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Diese wurde durch die EuGH-Urteile *Le Crédit Lyonnais* und *CA Consumer Finance* befeuert, in denen der EuGH der Verbrauchercreditwürdigkeitsprüfung individualschützenden Charakter zusprach und dem Darlehensgeber die Beweislast für die ordnungsgemäße Kreditwürdigkeitsprüfung auferlegte. Es folgte die Wohnimmobiliencreditrichtlinie mit weitergehenden Wohlverhaltensregeln bei der Verbrauchercreditvergabe hinsichtlich Wohnimmobilien. Vor diesem Hintergrund schuf der deutsche Gesetzgeber in § 18a KWG und §§ 505a bis 505d BGB einen parallelen aufsichts- und zivilrechtlichen Pflichtenmaßstab. Hiernach besteht bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen eine Prüfungspflicht, der zufolge keine erheblichen Zweifel an der Vertragserfüllung bestehen dürfen. Bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen ist der Maßstab strenger, da hier die Vertragserfüllung wahrscheinlich sein muss. Verstöße gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung werden aufsichts- und zivilrechtlich sanktioniert. Das zivilrechtliche Sanktionsregime ist detailliert in § 505d BGB geregelt, der an der Wirksamkeit des Vertrags festhält und eine Zinsermäßigung, ein außerordentliches Kündigungsrecht und bei besonderer Kausalität sogar den Ausschluss von Ansprüchen des Darlehens-

gebers vorsieht. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB sind abzulehnen.

13. Neben den besonderen Fällen des Einleger- und Verbraucherdarlehensnehmerschutzes wird teilweise der Schutz von Bankkunden durch die Anerkennung von KWG-Normen als Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB oder Verbotsgesetze nach § 134 BGB privatrechtlich durchgesetzt. Schutzgesetzcharakter sprechen die Rechtsprechung und Literatur insbesondere der Erlaubnispflicht nach § 32 KWG zu. Die Beschränkung der Bankaufsicht auf das öffentliche Interesse nach § 4 Abs. 4 FinDAG steht dem laut BGH ausdrücklich nicht entgegen, da sie allein dem Schutz des Fiskus diene. Darüber hinaus urteilte der BGH jüngst, dass die Konsultation der Aufsichtsbehörde hinsichtlich des Bestehens der Erlaubnispflicht einen entschuldigenden Verbotsirrtum begründe. Neben § 32 KWG stuft der BGH das Verbot der Offenbarung und Verwertung von Informationen über Millionenkredite nach den §§ 14, 55a, 55b KWG als Schutzgesetz ein. Darüber hinaus nahm der BGH früher auch für die Kreditwürdigkeitsprüfungspflicht bei Großkrediten nach § 18 KWG den Schutzgesetzcharakter zugunsten der Einleger und sonstiger Gläubiger an. Von dieser Rechtsprechung rückte der BGH dann allerdings ab und verneint seitdem für § 18 KWG den individuellen Kundenschutz. Die Literatur ist geteilter Auffassung. Auch § 13 KWG und § 3 KWG wird teilweise Schutzgesetzcharakter zugesprochen. Die Frage der Schutzgesetznatur der Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 18 Abs. 2 KWG a. F. zugunsten der Verbraucherdarlehensnehmer hat sich angesichts des zivilrechtlichen Regimes der §§ 505a ff. BGB erledigt. Jenseits des Verbraucherdarlehensnehmers entfaltet § 18a KWG keine Schutzwirkung. Allgemein ist festzustellen, dass die Bejahung oder Verneinung des Schutzgesetzcharakters von KWG-Normen in Literatur und Rechtsprechung keiner stringenter Logik folgt. Die Einstufung als Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB wird für KWG-Normen grundsätzlich abgelehnt, da sie überwiegend einseitige Verbote enthalten. Hierzu soll nur für § 3 Abs. 1 Nr. 3 KWG eine Ausnahme bestehen, dessen Verbot beide Vertragsparteien betrifft.

E. Weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts

14. Das derzeitige Verständnis der Durchsetzung des Individualschutzes im deutschen Recht weist Lücken auf. Insbesondere die privatrechtliche Durchsetzung wird nur im Ausnahmefall gewährt. Dies steht im Kontrast zum flächendeckenden Individualschutzziel des europäischen Bankaufsichtsrechts. Daher schlägt diese Arbeit eine weitergehende privatrechtliche Durchsetzung des Bankaufsichtsrechts durch unionsrechtskonforme Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts vor. Dem steht weder das EuGH-Urteil *Peter Paul* noch das EuGH-Urteil *Bankinter* entgegen. In *Peter Paul* verneinte der EuGH nur die

Frage der Amtshaftung, nicht die allgemeine Durchsetzung im Zivilrecht. *Bankinter* betraf Wohlverhaltensregeln der MiFID, für die der EuGH keine ausdrücklichen zivilrechtlichen Rechtsfolgen aus dem Unionsrecht ableitete, sondern sie den nationalen Rechtsordnungen in den unionsrechtlichen Grenzen des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes überließ. Die Existenz und Reichweite des Individualschutzziels einerseits und ein mögliches Gebot zur privatrechtlichen Durchsetzung andererseits sind zwei voneinander zu trennende Fragen. Die Bestimmung des Individualschutzes im europäischen Bankaufsichtsrecht kann theoretisch nach drei Ansätzen erfolgen: ausdrücklich, konkludent oder als sog. individuelles Recht. Bei letzterem handelt es sich um eine Rechtsfigur, die der EuGH entwickelt hat. Auch das Verhältnis von Individualschutz und privatrechtlicher Durchsetzung und die damit verbundene Frage des Gebots der privatrechtlichen Durchsetzung lassen sich verschieden beurteilen. Das Individualschutzziel kann unmittelbar die privatrechtliche Durchsetzung gebieten. Nach der Theorie der individuellen Rechte haben die Mitgliedstaaten hingegen die Wahl hinsichtlich der Durchsetzungsmittel und können den Individualschutz durch straf-, verwaltungs- oder zivilrechtliche Maßnahmen erreichen. Das Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung lässt sich aber auch losgelöst vom Individualschutz konzeptualisieren. Angesichts der Verweigerung des deutschen Gesetzgebers in §4 Abs.4 FinDAG, den bankaufsichtsrechtlichen Individualschutz öffentlich-rechtlich durchzusetzen, führt das Individualschutzziel auch nach der Theorie der individuellen Rechte zu einem Gebot der privatrechtlichen Durchsetzung. Einigkeit besteht mithin hinsichtlich des Gebots der privatrechtlichen Durchsetzung des bankaufsichtsrechtlichen Individualschutzes. Unklar ist hingegen die Reichweite des Individualschutzes, da die verschiedenen Theorien den Anwendungsbereich des Individualschutzziels unterschiedlich weit definieren. Sie bedarf daher einer vertieften Untersuchung.

15. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite des Individualschutzes im europäischen Bankaufsichtsrecht ist der Wortlaut der sekundärrechtlichen Normen. Sowohl in den materiellen Normen der CRD IV und CRR als auch in den institutionellen Normen der EBA-VO und SSM-VO finden sich zahlreiche ausdrückliche Hinweise auf Individualschutzziele. Diese betreffen insbesondere den Einleger- und Anlegerschutz, daneben aber auch den Spärschutz und Verbraucherschutz. Die Verbraucherkreditrichtlinie und die Wohnimmobilienkreditrichtlinie spezifizieren darüber hinaus den Verbraucherdarlehensnehmerschutz. Die ausdrücklichen Verweise auf Individualschutzziele folgen jedoch keiner nachvollziehbaren Logik. Die Anwendung der Theorie des ausdrücklichen Individualschutzes führt zu punktuelltem Individualschutz, was eher einem Flickenteppich ähnelt als einem geordneten System. Demgegenüber bieten die Theorie des konkludenten Individualschutzes und die Theorie der individuellen Rechte eine Systematik, die den im unionsrechtlichen

Wortlaut angelegten Individualschutz sinnvoll und kohärent operationalisiert. Nach dem konkludenten Individualschutz ist der individualschützende Anwendungsbereich für bankaufsichtsrechtliche Normen eröffnet, die einen Bezug zu den Kunden aufweisen und geeignet sind, die Kunden zu schützen. Ein individuelles Recht kann aus jeder Norm erwachsen, die sich auf personalisierbare Rechtsgüter und Politikziele bezieht und die Kunden faktisch berührt. In der Anwendung auf das Bankaufsichtsrecht kommen die letzten beiden Theorien zu ähnlichen und überzeugenden Ergebnissen, die dem Individualschutzziel große Wirkung verschaffen. So betreffen weite Teile des KWG, insbesondere die Eigenmittel-, Liquiditäts- und Organisationsanforderungen mittelbar die Vermögenspositionen der Bankkunden wie z. B. Einleger und Anleger. Vor dem unionsrechtlichen Hintergrund dienen sie auch dem Individualschutz. Angesichts der tatbestandlichen Schärfe der Theorie des konkludenten Individualschutzes und der präzisen Rechtsfolgenbestimmung der Theorie der individuellen Rechte ist eine Verbindung beider Theorien in Form einer kombinierten Individualschutztheorie zu befürworten.

16. Die zivilrechtliche Transformation der individualschützenden Normen des Bankaufsichtsrechts erfolgt anhand einer unionsrechtskonform erweiterten Auslegung des Vertrags- und Deliktsrechts. Als zivilrechtliche Durchsetzungsmittel des Aufsichtsrechts fungieren die Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB, die Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB und Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB. In Anlehnung an das Kick-back-Urteil des BGH von 2014 ist eine Einbeziehung kundenbezogener Pflichten des KWG und der CRR in den vertraglichen Pflichtenkreis nach §§ 133, 157 BGB angezeigt. Dies gilt jedenfalls für tragende Grundprinzipien des Bankaufsichtsrechts, wie z. B. die Verhaltenspflichten bei der Vergabe von bestimmten Krediten nach §§ 13 ff. KWG. Darüber hinaus sind aber auch Pflichten mit mittelbarem Kundenbezug einzubeziehen, die sich auf personalisierbare Vermögenspositionen auswirken. Hierzu zählen die Eigenkapital- und Liquiditätsvorschriften und die Organisationspflichten, die die Verwaltung von Kundengeldern betreffen, wie etwa § 25a KWG. Neben der Vertragsauslegung gebietet der unionsrechtliche Individualschutz eine weitergehende Berücksichtigung von KWG-Normen als Verbotsgesetze nach § 134 BGB. Hier überlagert das Schutzziel die übliche Einstufung nach ein- oder beidseitig verpflichtenden Verboten. So lässt sich z. B. § 32 KWG als Verbotsgesetz verstehen, das aufgrund der Schutzrichtung nur die Wirksamkeit der Verträge des passiven, nicht aber des aktiven Kreditgeschäfts berührt. Denn die Nichtigerklärung vermag Einleger, nicht aber Darlehensnehmer zu schützen. Besondere zivilrechtliche Wirkung entfalten die Aufsichtsnormen als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Die kundenbezogenen und zum Schutz der Kunden geeigneten Pflichten des KWG sind als Schutzgesetze einzustufen. Hierzu zählen die Verhaltenspflichten des Kreditgeschäfts nach

§§ 13 ff. KWG, aber auch die organisatorischen Pflichten mit mittelbarem Kundenbezug, wie die Eigenkapital-, Liquiditäts- und manche Organisationsvorgaben. So ist insbesondere § 25a KWG aufgrund des Kundenbezugs und des allgemeinen Individualschutzziels als Schutzgesetz einzuordnen. Einleger und Anleger können sich direkt hierauf berufen und einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB gegen die Geschäftsleiter geltend machen.

17. Das unionsrechtliche Individualschutzziel gebietet nicht nur die Einstufung kundenbezogener Aufsichtspflichten als Schutzgesetze, sondern auch eine effektive Durchsetzung im Prozess. Da eine erhebliche Informations- und Organisationsasymmetrie zwischen der Bank und den Bankkunden besteht, fordert der Effektivitätsgrundsatz zugunsten der Bankkunden als Schadensersatzgläubiger eine Beweislastumkehr und eine Kausalitätsvermutung. Zur Gewährleistung einer effektiven prozessualen Durchsetzung des unionsrechtlichen Individualschutzziels ist eine Beweislastumkehr anzuwenden, der zufolge Geschäftsleiter die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens und fehlendes Verschulden nachweisen müssen. Dies entspricht der Beweislastumkehr bei der gesellschaftsrechtlichen Innen- und Außenhaftung nach § 93 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 Hs. 2 AktG, bei der kapitalmarktrechtlichen Haftung für Prospektfehler nach § 23 Abs. 1 WpPG und für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht nach §§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 WpHG sowie bei der Haftung für Verstöße gegen bankaufsichtsrechtliche Organkreditpflichten nach § 17 Abs. 1 Hs. 2 KWG. Zugleich ist auch eine Kausalitätsvermutung zugunsten der Bankkunden angezeigt. Im Kartellrecht ist die Kausalitätsvermutung nach Art. 17 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie unionsrechtlich vorgeschrieben und national in § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB umgesetzt. Die Vermutung betrifft sowohl die Kausalität zwischen Kartell und Schaden als auch die Existenz eines Schadens an sich. Angesichts der strukturellen Vergleichbarkeit der kartell- und bankaufsichtsrechtlichen Regulierungen ist die Kausalitätsvermutung auch für die deliktsrechtliche Haftung für Verstöße gegen kundenbezogene Pflichten des Bankaufsichtsrechts zu übernehmen.

Die privatrechtliche Durchsetzung erreicht das Individualschutzziel durch die Einbeziehung in den vertraglichen Pflichtenkreis und die schadensersatzrechtliche Kompensationsmöglichkeit besser, als es die rein behördliche Durchsetzung vermag. Da die öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Individualschutzziels in Deutschland durch die Beschränkung der Bankaufsicht auf das öffentliche Interesse nach § 4 Abs. 4 FinDAG ausgeschlossen ist, kann das unionsrechtliche Individualschutzziel im deutschen Recht derzeit von Rechts wegen nur mit Mitteln des Privatrechts durchgesetzt werden. Insofern bedeutet der Paradigmenwechsel von reinem Systemschutz zu sowohl System- als auch Individualschutz im Bankaufsichtsrecht zugleich einen Paradigmenwechsel hin zu einer auch privatrechtlichen Durchsetzung bankaufsichtsrechtlicher Pflichten.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*: Wettbewerbsschutz durch Privatrecht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017 (zitiert: FS Canaris 2017), S. 1057–1084.
- Ady, Johannes/Paetz, Erich*: Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte, WM 2009, S. 1061–1070.
- Albert, Anja/Brogl, Frank A./Bitterwolf, Manfred/Mielk, Holger* (Hrsg.): Reischauer, Friedrich/Kleinhans, Joachim (Begr.), Kreditwesengesetz – Loseblatt-Kommentar für die Praxis nebst CRR, Nebenbestimmungen und Mindestanforderungen, Bände 1 bis 4, Stand: Dezember 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Reischauer/Kleinhans).
- Albrecht, Sabine*: Corporate Governance von Banken, Frankfurt am Main 2016.
- Alexander, Christian*: Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht – privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010.
- Alpa, Guido*: Istituzioni di diritto privato, 2. Aufl., Turin 1997.
- Alpa, Guido/Andenas, Mads*: Grundlagen des Europäischen Privatrechts, Heidelberg 2010.
- D'Ambrosio, Raffaele*: The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 78 (2015).
- The Single Supervisory Mechanism (SSM): Selected Institutional Aspects and Liability Issues, in: Andenas, Mads/Deipenbrock, Gudula (Hrsg.), *Regulating and Supervising European Financial Markets – More Risks than Achievements*, Schweiz 2016, S. 299–336.
- Andenas, Mads*: Liability for Supervisors and Depositors' Rights – The BCCI and the Bank of England in the House of Lords, *Euredia* 2000, S. 388–409.
- Current developments: EC Law – Insurance and Banking, *International and Comparative Law Quarterly* 1998, S. 719–724.
- Andenas, Mads/Chiu, Iris H-Y*: The Foundations and Future of Financial Regulation – Governance for Responsibility, London 2014.
- Andenas, Mads/Della Negra, Federico*: Between Contract Law and Financial Regulation – Towards the Europeanisation of General Contract Law, *EBLR* 2017, S. 499–521.
- Andenas, Mads/Fairgrieve, Duncan*: Misfeasance in Public Office, Governmental Liability, and European Influences, *International and Comparative Law Quarterly* 51(4) (2002), S. 757–779.
- Andenas, Mads/Wooldridge, Frank*: *European Comparative Company Law*, Cambridge 2009.

- Armbrüster, Christian*: Auswirkungen der Neuregelungen im Versicherungsaufsichtsrecht auf das Gesellschaftsrecht, insbesondere Geschäftsleiterhaftung und Managementvergütung, *ZVersWiss* 2011, S. 639–654.
- Haftung der Geschäftsleiter bei Verstößen gegen § 64a VAG, *VersR* 2009, S. 1293–1304.
- Armour, John*: Bank Governance, in: Gordon, Jeffrey N./Ringe, Wolf-Georg (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford 2018, S. 1108–1127.
- Armour, John/Awrey, Dan/Davies, Paul/Enriques, Luca/Gordon, Jeffrey N./Mayer, Colin/Payne, Jennifer*: *Principles of Financial Regulation*, Oxford 2016.
- Armour, John/Hansmann, Henry/Kraakmann, Reinier*: Agency Problems and Legal Strategies, in: Kraakman, Reinier/Armour, John/Davies, Paul/Enriques, Luca/Hansmann, Henry/Hertig, Gerard/Hopt, Klaus/Kanda, Hideki/Pargendler, Mariana/Ringe, Wolf-Georg/Rock, Edward, *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl., Oxford 2017, S. 29–47.
- Assmann, Heinz-Dieter*: Das neue deutsche Insiderrecht, *ZGR* 1994, S. 494–529.
- Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Köln 1985.
- Assmann, Heinz-Dieter/Schlitt, Michael/von Kopp-Colomb, Wolf* (Hrsg.): Kommentar zum Wertpapierprospektgesetz und Vermögensanlagengesetz, 3. Aufl., Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb).
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H.* (Hrsg.): *WpHG Kommentar*, 6. Aufl., Köln 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schneider).
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbart, Peter O.* (Hrsg.): *Wertpapierhandelsrecht*, 7. Aufl., Köln 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schneider/Mülbart).
- Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A.* (Hrsg.): *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 4. Aufl., München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schütze).
- Atamer, Yesim M.*: Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M. (Hrsg.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting*, Alphen 2011, S. 179–202.
- Auerbach, Dirk* (Hrsg.): *Banken- und Wertpapieraufsicht*, München 2015.
- Avgouleas, Emiliós*: *Governance of Global Financial Markets – The Law, The Economics, The Politics*, Cambridge 2012.
- Effective Governance of Global Financial Markets – an Evolutionary Plan for Reform, *Global Policy* 4, Suppl. 1 (2013), S. 74–85.
 - The Global Financial Crisis, Behavioural Finance and Financial Regulation: In Search of a New Orthodoxy, *Journal of Corporate Law Studies* 9(1) (2009), S. 23–59.
 - The Harmonisation of Rules of Conduct in EU Financial Markets: Economic Analysis, Subsidiarity and Investor Protection, *European Law Journal* 6(1) (2000), S. 72–92.
- Avgouleas, Emiliós/Cullen, Jay*: Market Discipline and EU Corporate Governance Reform in the Banking Sector: Merits, Fallacies, and Cognitive Boundaries, *Journal of Law and Society* 41(1) (2014), S. 28–50.
- Bachmann, Gregor*: Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, *WM* 2015, S. 105–112.
- Untreue von Geschäftsleitern aus Sicht des Zivilrechts, in: Fahl, Christian/Müller, Eckhart/Satzger, Helmut/Swoboda, Sabine (Hrsg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2015 (zitiert: *FS Beulke* 2015), S. 1259–1271.

- Das Europäische Insiderhandelsverbot, Berlin 2015.
 - Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. E1-E124.
 - Globale Finanzmarktregulierung als Herausforderung des Rechts – Zu Strukturen und Problemen transnationaler Wirtschaftsrechtsetzung, in: Bachmann, Gregor/Breig, Burkhard (Hrsg.), Finanzmarktregulierung zwischen Innovation und Kontinuität in Deutschland, Europa und Russland, Tübingen 2014, S. 1–28.
 - Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?, ZHR 177 (2013), S. 1–12.
 - Finanzmarktregulierung – Welche Relegungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Referat zum 68. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages Berlin 2010, München 2011, Band II/1, S. P13-P30.
 - Das neue Restrukturierungsrecht der Kreditinstitute, ZBB 2010, S. 459–471.
 - Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006.
 - Privatrecht als Organisationsrecht – Grundlinien einer Theorie privater Rechtsetzung, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002 – Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Stuttgart 2003, S. 9–29.
- Badenhoop, Jörn*: Binnenmarkt der Versicherungen bis 1992? Versicherungen in der EG nach dem Urteil des EuGH, VW 1987, S. 622–635.
- Badenhoop, Nikolai*: Banking Communication Non-binding and Burden-sharing Approved: Kotnik, ERCL 2017, S. 299–309.
- Balzer, Peter/Lang, Volker*: BGH: Zur Aufklärung über versteckte Innenprovisionen beim Anlageberatungsvertrag ab dem 1.8.2014, BKR 2014, S. 377–381.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth).
- Barta, Sebastian/Braune, Ulrike*: Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan, BKR 2014, S. 324–330.
- Bartlitz, David*: Anmerkung zu EuGH – Sanktionen bei mangelnder Bonitätsprüfung durch den Kreditgeber bei Verbraucherkrediten (LCL Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan), NJW 2014, S. 1944–1945.
- Basedow, Jürgen/Terhechte, Jörg Philipp/Tichý, Luboš* (Hrsg.): Private Enforcement of Competition Law, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Basedow/Terhechte/Tichý).
- Bauer, Denise A./Schuster, Gunnar* (Hrsg.): Nachhaltigkeit im Bankensektor – Konzepte, Rechtsfragen, Kulturwandel, Köln 2016.
- Bauer, Hartmut*: Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Berlin 1986.
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Hopt, Klaus J.* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 38. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt).
- Baur, Georg/Boegl, Martin*: Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Der Grundstein ist gelegt, BKR 2011, S. 177–186.
- Bähre, Inge Lore/Schneider, Manfred*: KWG-Kommentar, 2. Aufl., München 1976.
- Beck'scher Online-Kommentar*
- zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 52. Aufl., München, Stand: 01.11.2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB).

- zum Strafgesetzbuch, von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), 39. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK StGB).
- Becker, Wolf-Dieter*: Grundsatzfragen der Bankenregulierung, wisu 1988, S. 106–111.
- Behrens, Peter/Hartmann-Rüppel, Marco/Herrlinger, Justus* (Hrsg.): Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, Baden-Baden 2010.
- Bellantuono, Giuseppe*: Contract Law and Regulation, in: Monateri, Pier Giuseppe (Hrsg.), Comparative Contract Law, Cheltenham 2017, S. 111–144.
- Bénassy-Quéré, Agnès/Brunnermeier, Markus/Enderlein, Henrik/Farhi, Emmanuel/Fratzscher, Marcel/Fuest, Clemens/Gourinchas, Pierre-Olivier/Martin, Philippe/Pisani-Ferry, Jean/Rey, Hélène/Schnabel, Isabel/Véron, Nicolas/Weder di Mauro, Beatrice/Zettelmeyer, Jeromin*: Reconciling risk sharing with market discipline – A constructive approach to euro area reform, CEPR Policy Insight No. 91/2018.
- Bender, Karl*: Die Amtspflichten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen gegenüber einzelnen Gläubigern eines Kreditinstituts, NJW 1978, S. 622–623.
- Benicke, Christoph*: Wertpapiervermögensverwaltung, Tübingen 2006.
- Berg, Werner/Mäsch, Gerald* (Hrsg.): Deutsches und Europäisches Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Berg/Mäsch).
- Berger, Henning*: Frage der Zuständigkeit der EZB zur Aufsicht über eine Landeskreditbank, WuB 2018, S. 63–64.
 - Rechtsanwendung durch die EZB im Single Supervisory Mechanism (SSM) – Teil II, WM 2016, S. 2361–2369.
 - Rechtsanwendung durch die EZB im Single Supervisory Mechanism (SSM) – Teil I, WM 2016, S. 2325–2336.
 - Die neue Einlagensicherung, BKR 2016, S. 144–152.
 - Der einheitliche Aufsichtsmechanismus SSM – Bankenaufsicht im europäischen Verbund, WM 2015, S. 501–506.
- Berger, Henning/Badenhoop, Nikolai*: Brexit and Financial Services – Navigating Towards Future Market Access, EBOR 2018, S. 679–714.
 - Brexit – Folgen für Kreditinstitute, WM 2018, S. 1078–1085.
- Bernau, Timo*: Anlageberatung, Wertpapierdienstleistung, Wohlverhaltensregeln, MiFID, nationales Vertragsrecht, EWIR 2013, S. 629–630.
- Bigus, Jochen/Leyens, Patrick C.*: Einlagensicherung und Anlegerentschädigung – Reformüberlegungen aus ökonomischer und rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2008.
 - Reform der Anlegerentschädigung und Einlagensicherung – Empfehlungen aus rechtsökonomischer Perspektive, ZBB 2008, S. 277–291.
- Binder, Jens-Hinrich*: Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherkrediten – Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklungen, ZIP 2018, S. 1201–1211.
 - Erlaubnispflicht, Zulassungsvoraussetzungen und Zulassungsverfahren, in: Binder, Jens-Hinrich/Glos, Alexander/Riepe, Jan (Hrsg.), Handbuch Bankenaufsichtsrecht, Köln 2018, § 3.
 - Vom offenen zum regulierten Markt: Finanzintermediation, EU-Wirtschaftsverfassung und der Individualschutz der Kapitalanbieter, ZEuP 2017, S. 569–599.
 - The Banking Union and National Authorities 2 years down the Line – Some Observations from Germany, EBOR 2017, S. 401–420.
 - Zivilrechtliche und strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, ZGR 2016, S. 229–251.
 - The Banking Union and the Governance of Credit Institutions: A Legal Perspective, EBOR 2015, S. 467–490.

- Organisationspflichten und das Finanzdienstleistungs-Unternehmensrecht – Bestandsaufnahme, Probleme, Konsequenzen, ZGR 2015, S. 667–708.
 - Vorstandshandeln zwischen öffentlichem und Verbandsinteresse, ZGR 2013, S. 760–801.
 - Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, Tübingen 2012.
 - Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht – Regelungsziele, Anwendungsprobleme und Reformansätze, dargestellt am Beispiel des deutschen und des englischen Rechts, Berlin 2005.
 - Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht gegenüber Bankeinlegern? – Verfassungs- und aufsichtsrechtliche Überlegungen nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.1.2005 (WM 2005, 369), WM 2005, S. 1781–1790.
 - Keine Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht kraft Gemeinschaftsrechts: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.10.2004, C-222/02 – Paul gegen Deutschland, GPR 2005, S. 28–31.
- Binder, Jens-Hinrich/Glos, Alexander/Riepe, Jan* (Hrsg.): Handbuch Bankenaufsichtsrecht, Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Binder/Glos/Riepe).
- Binder, Jens-Hinrich/Gortsos, Christos V.*: The European Banking Union – A Compendium, Baden-Baden 2016.
- Binder, Jens-Hinrich/Psaroudakis, Georgios* (Hrsg.): Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, Tübingen 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Binder/Psaroudakis).
- Binder, Jens-Hinrich/Singh, Dalvinder* (Hrsg.): Bank Resolution: The European Regime, Oxford 2016.
- von Bissing, Wilhelm Moritz*: Die Schrumpfung des Kapitals und seine Surrogate, in: Untersuchung des Bankwesens, Berlin 1933, Band 1, 1. Teil: Vorbereitendes Material, Referat I/2, S. 57–112.
- Black, Julia*: Reconceiving Financial Markets – From the Economic to the Social, Journal of Corporate Law Studies 13(2) (2013), S. 401–442.
- Blasche, Sebastian*: Auswirkungen von Verstößen gegen das KWG sowie von Abweichungen von den MaRisk auf die zivilrechtliche Haftung des Bankvorstands, WM 2011, S. 343–351.
- Bleibaum, Ernst*: Zur Drittbezogenheit von Normen der Bankenaufsicht, ZfgK 1982, S. 476–482.
- Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann* (Hrsg.): Kommentar zu KWG und CRR-VO, 5. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler).
- Born, Karl Erich*: Die deutsche Bankenkrise 1931 – Finanzen und Politik, München 1967.
- Bridge, Michael/Braithwaite, Jo*: Private Law and Financial Crises, Journal of Corporate Law Studies 13 (2013), S. 361–399.
- Brogl, Frank A.* (Hrsg.): Handbuch Banken-Restrukturierung, Berlin 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Brogl).
- Brüggemeier, Gert*: Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin 2006.
- Buck-Heeb, Petra*: Kapitalmarktrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2017.
- Kreditvergabe nach dem Finanzaufsichtsergänzungsgesetz, WM 2017, S. 1329–1337.

- Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung – Das neue Verbraucherkreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, NJW 2016, S. 2065–2070.
 - Neuere Rechtsprechung zur Haftung wegen fehlerhafter oder fehlender Kapitalmarktinformation, NZG 2016, S. 1125–1133.
 - Das Kleinanlegerschutzgesetz, NJW 2015, S. 2535–2541.
 - Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Kreditverträgen – Verschärfungen durch die EuGH-Rechtsprechung und die Wohnimmobilienkredit-Richtlinie, BKR 2015, S. 177–186.
 - Aufklärung über Innenprovisionen, unvermeidbarer Rechtsirrtum und die Überlagerung durch Aufsichtsrecht – Zugleich Besprechung von BGH vom 3.6.2014 = WM 2014, 1382, WM 2014, S. 1601–1605.
 - Kreditberatung, Finanzierungsberatung, BKR 2014, S. 221–236.
 - Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage – Notwendigkeit einer Legal Judgment Rule?, BB 2013, S. 2247–2257.
 - Die „Flucht“ aus dem Anlageberatungsvertrag, ZIP 2013, S. 1401–1411.
 - Der Anlageberatungsvertrag – Die Doppelrolle der Bank zwischen Fremd- und Eigeninteresse, WM 2012, S. 625–635.
- Buck-Heeb, Petra/Poelzig, Dörte*: Die Verhaltenspflichten (§§ 63 ff. WpHG n. F.) nach dem 2. FiMaNoG – Inhalt und Durchsetzung, BKR 2017, S. 485–495.
- Buck-Heeb, Petra/Siedler, Rainer*: Kreditwürdigkeitsprüfung nach der Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmoKWPLV), BKR 2018, S. 269–276.
- Bunte, Hermann-Josef/Stancke, Fabian*: Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016.
- Bülow, Peter*: Neues Verbraucherkreditrecht in Etappen, NJW 2010, S. 1713–1714.
- Bülow, Peter/Artz, Markus*: Verbraucherkreditrecht, 10. Aufl., München 2019.
- Am Vorabend einer neuen Verbraucherkreditrichtlinie, WM 2005, S. 1153–1157.
- Bürkle, Jürgen*: Aufsichtsrechtliches Legal Judgment – Sachlicher Anwendungsbereich und prozedurale Voraussetzungen, VersR 2013, S. 792–802.
- Europarechtliche Vorgaben für die interne Governance im Versicherungssektor, WM 2012, S. 878–886.
- Cafaggi, Fabrizio*: Does Private Regulation Foster European Legal Interpretation?, in: Purnhagen, Kai/Rott, Peter (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber amicorum for Hans Micklitz, Cham 2014, S. 259–283.
- New Foundations of Transnational Private Regulation, Journal of Law and Society 38(1) (2011), S. 20–49.
- Cafaggi, Fabrizio/Muir Watt, Horatia* (Hrsg.): The Regulatory Function of European Private Law, Cheltenham 2009.
- Cahn, Andreas*: Grenzen des Markt- und Anlegerschutzes durch das WpHG, ZHR 162 (1998), S. 1–50.
- Cahn, Andreas/Müchler, Henny*: Produktinterventionen nach MiFID II Eingriffsvoraussetzungen und Auswirkungen auf die Pflichten des Vorstands von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, BKR 2013, S. 45–55.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert).
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.),

- Im Dienste der Gerechtigkeit – Festschrift für Franz Bydlinsky, Wien 2002 (zitiert: FS Bydlinski 2002), S. 47–103.
- Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin 1988, Band 1.
 - Schutzgesetze, Verkehrspflichten, Schutzpflichten, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983 (zitiert: FS Larenz 1983), S. 27–110.
 - Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983.
 - Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983.
 - Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 1981.
- Cappiello, Stefano*: The EBA and the Banking Union, EBOR 2015, S. 421–437.
- Carmassi, Jacopo/Dobkowitz, Sonja/Evrard, Johanne/Parisi, Laura/Silva, André/Wedow, Michael*: Completing the Banking Union with a European Deposit Insurance Scheme – who is afraid of cross-subsidisation?, ECB Occasional Paper No. 208, April 2018.
- Chasapis, Christos*: Die Auslegung von Dauerschuldverhältnissen im Lichte der Finanzkrise, in: Tröger, Tobias/Karampatzos, Antonios (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, Tübingen 2014, S. 165–200.
- Cherednychenko, Olha O.*: Contract Governance in the EU – Conceptualising the Relationship between Investor Protection Regulation and Private Law, European Law Journal 21(4) (2015), S. 500–520.
- Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector, European Review of Private Law 4 (2015), S. 621–647.
 - Financial Consumer Protection in the EU Towards a Self-Sufficient European Contract Law for Consumer Financial Services, ERCL 2014, S. 476–495.
- Chiti, Edoardo*: In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System between Impediments and Momentum, CYELS 17 (2015), S. 311–333.
- Collins, Hugh*: Regulating Contracts, Oxford 1999.
- Comparato, Guido/Micklitz, Hans-W./Svetiev, Yane* (Hrsg.): European Regulatory Private Law – Autonomy, Competition and Regulation in European Private Law, EUI Working Paper Law 2016/06 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Comparato/Micklitz/Svetiev).
- Cortese, Bernardo* (Hrsg.): EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement, Alphen aan den Rhijn 2014.
- Craig, Paul*: UK, EU and Global Administrative Law, Cambridge 2015.
- Craig, Paul/de Búrca, Gráinne*: EU Law – Text, Cases, Materials, 6. Aufl., Oxford 2015.
- Dalhuisen, Jan H.*: Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, 5. Aufl., Oxford 2013, Band 3.
- Danco, Anne*: Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie, WM 2003, S. 853–861.
- Danwerth, Christopher/Hildner, Alicia*: Nach dem Pyrrhussieg vor dem KG Berlin – Neue Lösungsansätze zur Regulierung von Bitcoins, BKR 2019, S. 57–66.
- von Danwitz, Thomas*: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 20.1.2005 – III ZR 48/01, JZ 2005, S. 729–731.
- Dauses, Manfred A./Ludwigs, Markus* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München, Stand: 44. EL Februar 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauses/Ludwigs).
- Deakin, Simon*: The legal theory of finance: Implications for methodology and empirical research, Journal of Comparative Economics 41 (2013), S. 338–342.
- Della Negra, Federico*: MiFID II and Private Law – Enforcing EU Conduct of Business Rules, Oxford 2019.

- The transformation of the retail financial transactions in the EU and the role of contract law, in: Comparato, Guido/Micklitz, Hans-W./Svetiev, Yane (Hrsg.), *European Regulatory Private Law – Autonomy, Competition and Regulation in European Private Law*, EUI Working Paper Law 2016/06, S. 109–125.
 - The Effects of the ESMA's Powers on Domestic Contract Law, in: Andenas, Mads/Deipenbrock, Gudula (Hrsg.), *Regulating and Supervising European Financial Markets – More Risks than Achievements*, Schweiz 2016, S. 139–166.
 - Does „European Regulatory Contract Law“ Enhance Citizens' Rights? An Analysis of Consumer and Services Law from Theory to Practice, *Op. J. Comp.* 1 (2015), n. 1.
 - The private enforcement of the MiFID conduct of business rules. An overview of the Italian and Spanish experiences, *ERCL* 2014, S. 571–595.
- Dengler, Vanessa*: Die MaRisk-Anforderungen und ihre Auswirkungen auf die Vorstandshaftung, *WM* 2014, S. 2032–2040.
- Derleder, Peter*: Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits, *NJW* 2009, S. 3195–3202.
- Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg* (Hrsg.): *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl., Berlin 2017, Band 2 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*).
- Deumer, Robert*: Die Gesetzgebung des Auslandes auf dem Gebiet der Kreditbanken, in: *Untersuchung des Bankwesens*, Berlin 1933, Referat IV/1, S. 1–42.
- Djankov, Simeon/La Porta, Rafael/Lopez-de-Silanes, Florencio/Shleifer, Andrei*: The law and economics of self-dealing, *Journal of Financial Economics* 88 (2008), S. 430–465.
- Dorn, Nicholas*: Legal ‚Elasticity‘ and ‚Sidestepping‘ in European Crisis Management of Financial Markets, *European Law Journal* 21(6) (2015), S. 787–802.
- Dreher, Meinrad*: Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts auf das Aktienrecht – Unter besonderer Berücksichtigung des Risikomanagement, *ZGR* 2010, S. 496–542.
- Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern – Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph (Hrsg.), *Festschrift für Horst Konzen*, Tübingen 2006 (zitiert: *FS Kozen* 2006), S. 85–108.
 - Sicherungseinrichtungen im Kreditsektor zwischen Instituts-, Einlagen- und Herrschaftssicherung, *ZIP* 1992, S. 1597–1612.
- Drexler, Josef*: *Privatrechtsdogmatik und Kartellrecht*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin 2017 (zitiert: *FS Canaris* 2017), S. 1017–1055.
- The Interaction Between Private and Public Enforcement in European Competition Law, in: Micklitz, Hans-W./Wechsel, Andrea (Hrsg.), *The Transformation of Enforcement*, Oxford 2016, S. 135–160.
- Dürselen, Karl/Schulte-Mattler, Hermann*: Die 5. MaRisk-Novelle im Überblick – Teil I, *WM* 2018, S. 1237–1247.
- Die 5. MaRisk-Novelle im Überblick – Teil II, *WM* 2018, S. 1289–1294.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz* (Hrsg.): *HGB*, 2. Aufl., München 2009, Band 2 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, 2. Aufl. 2009).
- *HGB*, 1. Aufl., München 2001, Band 2 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, 1. Aufl. 2001).

- Eckhold, Thomas*: Das Geschäftsleiterermessen des Bankvorstandes in der Krise, ZBB 2012, S. 364–372.
- Eilmansberger, Thomas*: The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action, CMLR 2007, S. 431–478.
- Einsele, Dorothee*: Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Tübingen 2018.
- Verhaltenspflichten im Bank- und Kapitalmarktrecht – öffentliches Recht oder Privatrecht?, ZHR 180 (2016), S. 233–269.
 - Internationales Prospekthaftungsrecht – Kollisionsrechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2012, S. 23–46.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt – Eine vergleichende Studie zum europäischen, deutschen und britischen Bilanz-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Tübingen 1998.
- Emmenegger, Susan*: Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Bern 2004.
- Engert, Andreas*: Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, München 2005.
- Erman, Walter* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Westermann, Harm Peter/Grünwald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman).
- Erne, Roland* (Hrsg.): Claussen, Carsten Peter (Begr.) – Bank- und Börsenrecht, 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Claussen).
- Anm. zu EuGH: Anlageberatung bei Zinsswaps (Payer-Swaps) unterliegt Wohlverhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungen, GWR 2013, S. 337–337.
- Escher, Markus*: Internet-Banking; Organisationspflichten der Bank; Irrtum beim Effektenauftrag, WuB I G 2 Effektingeschäft 1.01.
- Fandrich, Andreas/Karper, Ines* (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fandrich/Karper).
- Fehling, Michael/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): Regulierungsrecht, Tübingen 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fehling/Ruffert).
- Feldhusen, Claire*: „Erhebliche Zweifel“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung, BKR 2016, S. 441–450.
- Ferrarini, Guido*: Understanding the Role of Corporate Governance in Financial Institutions – A Research Agenda, ECGI Working Paper 347/2017.
- Fikentscher, Wolfgang*: Finanzkrise, Wettbewerb und Regulierung, GRUR Int 2009, S. 635–646.
- Fischer, Otto Christian*: Die staatliche Bankaufsicht, Basel 1939.
- Fischer, Reinfrid*: Haftung und Abberufung von Bankvorständen, DStR 2007, S. 1083–1090.
- Fleckner, Andreas/Hopt, Klaus J.* (Hrsg.): Comparative Corporate Governance – A Functional and International Analysis, Cambridge 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fleckner/Hopt).
- Fleischer, Holger*: Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, S. 321–329.
- Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, S. 1070–1076.
 - (Hrsg.): Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl., München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fleischer).
 - Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht – Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung, ZHR 168 (2004), S. 673–707.

- Die persönliche Haftung der Organmitglieder für kapitalmarktbezogene Falschinformationen – Bestandsaufnahme und Perspektiven, BKR 2003, S. 608–616.
 - Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, S. 1–11.
 - Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz, NJW 2002, S. 2977–2983.
- Fleischer, Holger/Kanda, Hideki/Sik Kim, Kon/Mülbert, Peter O.* (Hrsg.): Issues and Challenges in Corporate and Capital Market Law: Germany and East Asia, Tübingen 2018.
- Flume, Werner:* Folgen der Verletzung der Aufsichtspflicht über Kreditinstitute, NJW 1953, S. 586–586.
- Forschner, Julius:* Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht – Eine Untersuchung zum Verhältnis der §§ 31 ff. WpHG und zivilrechtlichem Beratungsvertrag, Tübingen 2013.
- Forsthoff, Ulrich:* Bankenunion und Bundesverfassungsgericht – Von der politischen Erfolgsgeschichte zur verfassungsrechtlichen Verlustsaga?, EuZW 2019, S. 977–982.
- Franck, Jens-Uwe:* Marktordnung durch Haftung – Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, Tübingen 2016.
- Bessere Kreditkonditionen für Verbraucher durch mehr Regulierung?, ZBB 2003, S. 334–342.
- Frank, Alexander:* Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, Baden-Baden 2012.
- Freedland, Mark/Auby, Jean-Bernard* (Hrsg.): The Public Law/Private Law Divide – Une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques, Oxford 2006.
- Freitag, Robert:* EuGH: Internationale Zuständigkeit für Produkthaftungsklagen, LMK 2014, 358906.
- Überfällige Konvergenz von privatem und öffentlichem Recht der Anlageberatung, ZBB 2014, S. 357–365.
- Frenz, Walter:* Europäische Grundfreiheiten (Hdb EuR Bd 1), 2. Aufl., Berlin 2012.
- Frick, Heinrich:* Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen, Berlin 1962.
- Fritzsche, Alexander/Klöpffer, Carsten/Schmidt, Miriam:* Die Praxis der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, NZKart 2016, S. 412–421.
- Fröhlich, Gottfried:* Die freiwillige Einlagensicherung der privaten Banken – Organisation und Zugang aus verbands- und kartellrechtlicher Sicht, Baden-Baden 2008.
- Fuchs, Andreas* (Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fuchs, 2. Aufl., 2016).
- Wertpapierhandelsgesetz, 1. Aufl., München 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fuchs, 1. Aufl., 2009).
- Gehrt, John Alexander:* Die neue Ad-hoc-Publizität nach § 15 Wertpapierhandelsgesetz, Baden-Baden 1997.
- Giovannopoulos, Rigas:* Kreditnehmerschutz in der Krise im griechischen Recht, in: Binder, Jens-Hinrich/Psaroudakis, Georgios (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, Tübingen 2018, S. 125–142.
- Gleeson, Simon:* Gleeson on the International Regulation of Banking, 3. Aufl., Oxford 2018.
- Goedde-Menke, Michael/Sträter, Norbert:* Einlagensicherung, DBW 2010, S. 264–269.
- Gordon, Jeffrey N./Ringe, Wolf-Georg* (Hrsg.): The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Oxford 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gordon/Ringe).

- Gortsos, Christos V.*: The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF) – A Comprehensive Overview of the second main pillar of the European Banking Union, 3. Aufl., Athen 2017.
- Safeguarding the Stability of the Greek Banking System Amidst the Fiscal Crisis in the Euro Area – Arrangements Before and After the Establishment of the European Banking Union, EBOR 2017, S. 479–502.
 - The new EU Directive (2014/49/EU) on deposit guarantee schemes, ECEFIL Working Paper No. 10, 2014.
 - The European Banking Authority within the European System of Financial Supervision, ECEFIL Working Paper No. 1, 2011.
- von Götz, Florian*: 50 Jahre GWB – Die Geburt des GWB und der amerikanische Einfluss auf das Entstehen einer neuen Wettbewerbsordnung in der Bundesrepublik, WRP 2007, S. 741–762.
- Grimm, Dieter*: Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München 2016.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje).
- Groß, Wolfgang*: Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., München 2016.
- Großkommentar Aktiengesetz*: Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.), §§ 76–94, 4. Aufl., Berlin 2008, Band 3 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Großkommentar AktG).
- Großkommentar Handelsgesetzbuch*: Staub, Hermann (Begr.), Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.), Berlin/Boston (zitiert: *Bearbeiter*, in: Großkommentar HGB):
- *Grundmann, Stefan* (Hrsg.), Bankvertragsrecht – Zahlungs- und Kreditgeschäft, 5. Aufl. 2015, Band 10/2.
 - *Grundmann, Stefan* (Hrsg.), Bankvertragsrecht – Investmentbanking I, 5. Aufl. 2017, Band 11/1.
 - *Grundmann, Stefan* (Hrsg.), Bankvertragsrecht – Investmentbanking II, 5. Aufl. 2018, Band 11/2.
- Grundmann, Stefan*: Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, Berlin/Boston 2020 (Sonderausgabe aus Staub'schem Großkommentar zum Handelsgesetzbuch).
- Klaus J. Hopt (1940), in: Grundmann, Stefan/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Private Law Development in Context – German Private Law and Scholarship in the 20th Century, Cambridge 2018, S. 571–609.
 - Privatrecht und Regulierung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017 (zitiert: FS Canaris 2017), S. 907–948.
 - The Banking Union Translated into (Private Law) Duties – Infrastructure and Rulebook, EBOR 2015, S. 357–382.
 - Bankenunion und Privatrecht, ZHR 179 (2015), S. 563–600.
 - Europäische Bankenunion und Privatrecht – eine Skizze, in: Stumpf, Cordula/Kainer, Friedemann/Baldus, Christian (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration, Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2015 (zitiert: FS Müller-Graff), S. 775–783.
 - The Bankinter Case on MIFID Regulation and Contract Law, ERCL 2013, S. 267–280.

- Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2007, S. 105–130.
- Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand, München 1997.
- Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M* (Hrsg.): Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting, Alphen 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Grundmann/Atamer).
- Grundmann, Stefan/Binder, Jens-Hinrich* (Hrsg.): Special Issue: The Banking Union and the Creation of Duties, EBOR 2015, S. 353–593.
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian/Riesenhuber, Karl* (Hrsg.): Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research, Oxford 2015.
- Grundmann, Stefan/Schwintowski, Hans-Peter/Singer, Reinhard/Weber, Martin* (Hrsg.): Anleger- und Funktionsschutz durch Kapitalmarktrecht – Symposium und Seminar zum 65. Geburtstag von Eberhard Schwark, Berlin 2006.
- Günther, Thomas*: Die Aufklärungspflicht der Bank über Zuwendungen gem. § 31d WpHG, MDR 2014, 61–66.
- Gurlit, Elke*: Die Entwicklung des Banken- und Kapitalmarktaufsichtsrechts in den Jahren 2015/16, WM 2016, S. 2053–2062.
 - Verbraucherschutz und Institutsaufsicht, Bankrechtstag 2015, S. 327.
 - Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht, ZHR 177 (2013), S. 862–901.
- de Haan, Jakob/Oosterloo, Sander/Schoenmaker, Dirk*: Financial Markets and Institutions: A European Perspective, 3. Aufl., Cambridge 2015.
- Haar, Brigitte* (Hrsg.): Freedom of Contract and Financial Stability, EBOR 2016, Heft 1 und 2, S. 1–227.
 - Freedom of Contract and Financial Stability – Introductory Remarks, EBOR 2016, S. 1–13.
 - Civil Liability of Credit Rating Agencies: Regulatory All-or-Nothing Approaches Between Immunity and Over-Deterrence, SAFE White Paper 2013, No. 1.
 - From Public Law to Private Law: Market Supervision and Contract Law Standards, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M. (Hrsg.), Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting, Alphen 2011, S. 259–277.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, Tübingen 1996.
- Habersack, Mathias/Mülbert, Peter O./Schlitt, Michael* (Hrsg.): Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Aufl., Köln 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt, 3. Aufl. 2013).
 - Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl., Köln 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt, 4. Aufl. 2019).
- Hadjiemmanuil, Christos*: The Banking Union and Its Implications for Private Law: A Comment, EBOR 2015, S. 383–400.
- Hafke, Heinz Christian*: Anmerkungen zum Ausgang des „Wetterstein“-Rechtsstreits, ZfgK 1982, S. 312–314.
- Hannemann, Ralf/Schneider, Andreas/Weigl, Thomas*: Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) – Kommentar unter Berücksichtigung der Instituts-Vergütungsverordnung (InstitutsVergV), 4. Aufl., Stuttgart 2013.

- Hanten, Mathias/Bracht, Hannes*: Die Europäisierung des Bankaufsichtsrechts im Praxistest – die L-Bank-Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union, ZBB 2017, S. 236–245.
- Harnos, Rafael*: Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung, JZ 2017, S. 552–559.
- Die Reichweite und zivilrechtliche Bedeutung des § 31d WpHG – zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils v. 17.9.2013 – XI ZR 332/12, BKR 2014, S. 1–9.
- Haus, Florian C./Serafimova, Mariya*: Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße – die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014, S. 2883–2890.
- Hay, Jonathan R./Shleifer, Andrei*: Private Enforcement of Public Laws: A Theory of Legal Reform, *American Economic Review* 88(2) (1998), S. 398–403.
- Häde, Ulrich*: Keine Staatshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht – Zum Urteil des EuGH vom 12.10.2004 in der Rs. C-222/02, EuZW 2005, S. 39–41.
- Hellgardt, Alexander*: Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für die Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.
- Europarechtliche Vorgaben für die Kapitalmarktinformationshaftung – de lege lata und nach Inkrafttreten der Marktmissbrauchsverordnung, AG 2012, S. 154–168.
 - Kapitalmarktdeliktsrecht – Haftung von Emittenten, Bietern, Organwaltern und Marktintermediären – Grundlagen, Systematik, Einzelfragen, Tübingen 2008.
- Hellwig, Martin*: Finanzmarktregulierung – Welche Relegungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? – Finanzkrise und Reformbedarf, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages Berlin 2010, München 2010, Band I, S. E1-E57.
- Henke, Joachim*: Die Novelle zum Gesetz über das Kreditwesen, WM 1985, S. 41–48.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz* (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn).
- Herdegen, Matthias*: Bankenaufsicht im Europäischen Verbund – Banking Supervision within the European Union, Berlin 2010.
- Herresthal, Carsten*: Privatrechtsdogmatik im Bankvertragsrecht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017 (zitiert: FS Canaris 2017), S. 869–906.
- Zur Beweislast für die Erfüllung der vorvertraglichen Informations- und Prüfungspflichten des Kreditgebers („CA Consumer Finance“), EWiR 2015, S. 97–99.
 - Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung, EuZW 2014, S. 497–500.
 - Zu den Auswirkungen der MiFID auf das nationale Vertragsrecht, ZIP 2013, S. 1420–1422.
 - Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG, WM 2009, S. 1174–1180.
 - Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, EuZW 2007, S. 396–400.
- Heße, Manfred/Niederhofer, Stefan*: Kreditwürdigkeitsprüfung – Die Pflicht des Darlehensgebers nach der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, MDR 2017, S. 489–494.
- Die Eigenverantwortung des Darlehensnehmers und die Erläuterungspflicht des Darlehensgebers nach § 491a Abs. 3 BGB, MDR 2010, S. 968–973.

- Hill, Jonathan: Eine europäische Einlagensicherung schützt alle besser, ZfgK 2016, S. 22–23.
- Hodgson, Geoffrey M.: Observations on the legal theory of finance, Journal of Comparative Economics 41 (2013) S. 331–337.
- Hoffmann, Andreas C./Schieffer, Anita: Pflichten des Vorstands bei der Ausgestaltung einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, NZG 2017, S. 401–407.
- Hoffmann, Jochen/Bartlitz, David: Erläuterungs- und Bonitätsprüfungspflicht im Verbraucherkreditrecht, WM 2014, S. 2297–2304.
- Hoffmann, Markus: Der Diskussionsstand zur Reform der Verbraucherkreditrichtlinie, BKR 2004, S. 308–315.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 2012, Band 1 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Band 1).
- Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 2012, Band 2 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Band 2).
- Hofmann, Christian: Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit, NJW 2010, S. 1782–1786.
- Holle, Philipp Maximilian: Rechtsbindung und Business Judgment Rule, AG 2011, S. 778–786.
- Holzborn, Timo (Hrsg.): WpPG Kommentar, 2. Aufl., Berlin 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Holzborn).
- Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus/von Werder, Axel (Hrsg.): Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., Stuttgart 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hommelhoff/Hopt/von Werder).
- Handbuch Corporate Governance, 1. Aufl., Stuttgart 2003.
- Honold, Eduard: Die Bankenaufsicht, Mannheim 1956.
- Hopt, Klaus J.: Corporate Governance von Finanzinstituten, ZGR 2017, S. 438–459.
- Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat – Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, S. 1793–1806.
- Die Haftung für Kapitalmarktinformationen – Rechtsvergleichende, rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen, WM 2013, S. 101–112.
- Auf dem Weg zu einer neuen europäischen und internationalen Finanzmarktarchitektur, NZG 2009, S. 1401–1408.
- Grundsatz- und Praxisprobleme nach dem Wertpapierhandelsgesetz – insbesondere Insidergeschäfte und Ad-hoc-Publizität, ZHR 159 (1995), S. 135–163.
- Europäisches und deutsches Insiderrecht, ZGR 1991, S. 17–73.
- Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelastung und Sanierung von Unternehmen – Wirtschafts- und bankrechtliche Überlegungen zum deutschen und französischen Recht, ZHR 143 (1979), S. 139–173.
- Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken – Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, München 1975.
- Hopt, Klaus J./Tzouganatos, Dimitris (Hrsg.): Das Europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen – Beiträge aus Deutschland und Griechenland, Tübingen 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hopt/Tzouganatos).
- Hopt, Klaus J./Voigt, Hans-Christoph (Hrsg.): Prospekt- und Kapitalmarktinformativhaftung – Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA, Tübingen 2005.

- Hopt, Klaus J./Wohlmannstetter, Gottfried* (Hrsg.): Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hopt/Wohlmannstetter).
- Horn, Norbert*: Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, ZBB 1997, S. 139–152.
- Hölters, Wolfgang* (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hölters).
- Höpner, Martin/Schäfer, Armin* (Hrsg.): Die politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt am Main/New York 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Höpner/Schäfer).
- Hüffer, Uwe* (Begr./*Koch, Jens* (Hrsg.): Aktiengesetz, 13. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hüffer/Koch).
- Hütz, Gerhard*: Die Bankenaufsicht in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA, Berlin 1990.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014.
- Wettbewerbsrecht, Band 1 EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., München 2012.
 - GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., München 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker).
- Ipsen, Nils/Röh, Lars*: Der lange Weg zur Rechtssicherheit – Das erste Urteil zum SSM, WM 2017, S. 2228–2234.
- Jackson, Howell E./Kaplow, Louis/Shavell, Steven M./Viscusi, W. Kip/Cope, David*: Analytical Methods for Lawyers, 2. Aufl., New York 2011.
- Jahn, Uwe/Schmitt, Christian/Geier, Bernd* (Hrsg.): Handbuch Bankensanierung und -abwicklung, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jahn/Schmitt/Geier).
- Jellinek, Georg*: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
- Jensen, Michael C./Meckling, William H.*: Theory of the Firm – Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 3 (1976), S. 305–360.
- Josten, Ralf*: Kreditvertragsrecht, 2. Aufl., München 2017.
- Just, Clemens/Voß, Thorsten/Ritz, Corinna/Becker, Ralf* (Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Just/Voß/Becker).
- Kahlenberg, Harald/Heim, Lena*: Das deutsche Kartellrecht in der Reform – Überblick über die 9. GWB-Novelle, BB 2017, S. 1155–1163.
- Kaufhold, Ann-Katrin*: Systemaufsicht – Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht, Tübingen 2016.
- Kaufmann, Christina*: Rechtsschutz im deutschen und europäischen Kartellrecht – Konzeption einer effektiven Schadensersatzklage, Saarbrücken 2007.
- Kaulbach, Detlef*: Wirtschaftsaufsicht – Neuere Rechtsprechung zu KWG und VAG, VersR 1981, S. 701–708.
- Kämmerer, Jörn Axel*: Tektonische Verwerfungen im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) der Bankenunion – Kritische Betrachtungen aus Anlass der L-Bank-Entscheidung des EuG, ZBB 2017, S. 317–325.
- Rechtsschutz in der Bankenunion (SSM-SRM), WM 2016, S. 1–11.
- Kersting, Christian*: Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, S. 564–574.
- Kersting, Christian/Podszun, Rupprecht* (Hrsg.): Die 9. GWB-Novelle, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kersting/Podszun).

- Kersting, Christian/Preuß, Nicola*: Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, S. 394–404.
- Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Baden-Baden 2015.
- Kieff, F. Scott/Paredes, Troy A.* (Hrsg.): Perspectives on Corporate Governance, Cambridge 2013.
- Kiethe, Kurt*: Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR 2005, S. 177–186.
- Kindler, Peter*: Finanzkrise und Finanzmarktregulierung – Ein Zwischenruf zum 68. Deutschen Juristentag, NJW 2010, S. 2465–2469.
- Kirchhoff, Wolfgang*: Der Beitrag des BGH zum private enforcement im Kartellrecht, WuW 2017, S. 487–492.
- Klein, Nico C.*: Dogmatische Stolpersteine bei der Bestimmung von Schutzgesetzen – aufgezeigt anhand des Musterbeispiels der wertpapierhandelsrechtlichen Wohlverhaltensregeln, WM 2016, S. 862–866.
- Klöhn, Lars* (Hrsg.): Marktmissbrauchsverordnung, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Klöhn).
- Ad-hoc-Publizität und Insiderverbot im neuen Marktmissbrauchsrecht, AG 2016, S. 423–434.
 - Die private Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots, Europarechtliche Vorgaben und rechtsökonomische Erkenntnisse, in: Kalss, Susanne/Fleischer, Holger/Vogt, Hans-Ueli (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, Tübingen 2014, S. 229–249.
 - Wertpapierhandelsrecht diesseits und jenseits des Informationsparadigmas – Am Beispiel des „verständigen Anlegers“ im Sinne des deutschen und europäischen Insiderrechts, ZHR 177 (2013), S. 349–387.
 - Private versus Public Enforcement of Laws – a Law & Economics Perspective, in: Schulze (Hrsg.), Compensation of Private Losses – The Evolution of Torts in European Business Law, München 2011, S. 179–198.
 - Der Beitrag der Verhaltensökonomik zum Kapitalmarktrecht, in: Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt a. M. 2011, S. 83–99.
 - Kapitalmarkt, Spekulation und *Behavioral Finance* – Eine interdisziplinäre und vergleichende Analyse zum Fluch und Segen der Spekulation und ihrer Regulierung durch Recht und Markt, Berlin 2006.
- Kohlmeier, Gunther/Dewey, Charles*: Bankensystem und Geldumlauf in der DDR 1945–1955, Berlin 1956.
- Kohtamäki, Natalia*: Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, Tübingen 2012.
- Komninos, Assimakis P.*: EC private antitrust enforcement – Decentralised application of EC competition law by National Courts, Oxford 2008.
- Kopf, Hans Christian/Bäumler, Helmut*: Die neue Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung im Bereich der Bankenaufsicht, NJW 1979, S. 1871–1873.
- Kornilakis, Angelos*: Vertragsauslegung als Instrument zur Krisenbewältigung, in: Tröger, Tobias/Karampatzos, Antonios (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, Tübingen 2014, S. 155–164.
- Kölner Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz*: Hirte, Heribert/Möllers, Thomas M. J. (Hrsg.), 2. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kölner Kommentar zum WpHG).

- Kölner Kommentar zum Kartellrecht*: Busche, Jan/Röhling, Andreas (Hrsg.), Band 1 §§ 1–34a GWB, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*).
- Köndgen, Johannes*: Policy Responses to Credit Crises: Does the Law of Contract Provide an Answer?, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M. (Hrsg.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting*, Alphen 2011, S. 35–59.
- Darlehen, Kredit und finanzierte Geschäfte nach neuem Schuldrecht – Fortschritt oder Rückschritt?, WM 2001, S. 1637–1648.
 - Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1992–1995, NJW 1996, S. 558–570.
- König, Christian*: Neue Anforderungen an die zivilrechtlichen Kreditwürdigkeitsprüfungspflichten, WM 2017, S. 269–279.
- Kötz, Hein*: Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 1986, S. 1–18.
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard*: *Deliktsrecht*, 13. Aufl., München 2016.
- Kremer, Thomas/Bachmann, Gregor/Lutter, Marcus/von Werder, Axel* (Hrsg.): *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 7. Aufl., München 2018.
- Krimphove, Dieter*: Die „neue“ MaRisk (BA) 9/2017, *BKR* 2018, S. 1–5.
- Kruithof, Marc*: A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M. (Hrsg.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting*, Alphen 2011, S. 105–162.
- Kumpán, Christoph*: *Der Interessenskonflikt im deutschen Privatrecht – Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit*, Tübingen 2014.
- Kumpán, Christoph/Hellgardt, Alexander*: Haftung der Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Umsetzung der EU-Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID), *DB* 2006, S. 1714–1720.
- Kunze, Walter/Schippel, Hans/Schoeling, Otto* (Hrsg.): *Die Deutsche Bankwirtschaft, Berlin 1935–1938*, Band 2 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Kunze/Schippel/Schoeling*).
- Kümpel, Siegfried/Veil, Rüdiger*: *Wertpapierhandelsgesetz*, 2. Aufl., Berlin 2006.
- Kümpel, Siegfried/Wittig, Arne* (Hrsg.): *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 4. Aufl., Köln 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Kümpel/Wittig*).
- Laars, Reinhard*: *Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz*, 4. Online-Aufl. 2017.
- Lackhoff, Klaus*: *Single Supervisory Mechanism – A Practitioner’s Guide*, München 2017.
- Lang, Norbert*: Doppelnormen im Recht der Finanzdienstleistungen, *ZBB* 2004, S. 289–295.
- Langen, Eugen* (Begr.)/*Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): *Kartellrecht Kommentar*, Band 1 *Deutsches Kartellrecht*, 13. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte*, Band 1).
- *Kartellrecht Kommentar*, Band 2 *Europäisches Kartellrecht*, 13. Aufl. 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte*, Band 2).
- Langheid, Theo/Wandt, Manfred* (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum VVG*, 2. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Langheid/Wandt*).
- Langenbucher, Katja*: Vorstandsvergütung – zwischen Vertragsrecht und „say on pay“, in: Tröger, Tobias/Karampatzos, Antonios (Hrsg.), *Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten*, Tübingen 2014, S. 137–154.

- Rechtsermittlungspflichten und Rechtsbefolgungspflichten des Vorstands – Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht, in: Bitter, Georg/Ott, Claus/Schimansky, Herbert (Hrsg.), Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz – Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski, München 2014 (zitiert: FS Lwowski 2014), S. 333–350.
 - Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen, ZBB 2013, S. 16–23.
 - Bausteine eines Bankgesellschaftsrechts – Zur Stellung des Aufsichtsrats in Finanzinstituten, ZHR 176 (2012), S. 652–668.
- Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald* (Hrsg.): Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler).
- La Porta, Rafael/Lopez-de-Silanes, Florencio/Shleifer, Andrei*: What Works in Securities Laws?, *Journal of Finance* 61(1) (2006), S. 1–32.
- Lastra, Rosa Maria*: Close cooperation in the SSM, in: Building bridges – central banking law in an interconnected world, ECB Legal Conference 2019, S. 283–295.
- Lehleiter, Gunther/Hoppe, Christian*: Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR 2007, S. 178–185.
- Lehmann, Matthias*: Civil liability of rating agencies – an insipid sprout from Brussels, *Capital Markets Law Journal* 11(1) (2016), S. 60–83.
- Lehmann, Matthias/Manger-Nestler, Cornelia*: Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem, ZBB 2011, S. 2–24.
- Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht, *EuZW* 2010, S. 87–92.
- Leisch, Franz Clemens*: Informationspflichten nach § 31 WpHG – Rechtsnatur und Inhalt – Zur zivilrechtlichen Geltung einer Norm des Wirtschaftsrechts, München 2004.
- Leitner, Friedrich*: Bankbetrieb und Bankgeschäfte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1923.
- Lenaerts, Koen*: EMU and the EU’s constitutional framework, *ELR* 2014, S. 753–769.
- Leyens, Patrick C.*: Informationsintermediäre des Kapitalmarkts – Private Marktzugangs-kontrolle durch Abschlussprüfung, Bonitätsrating und Finanzanalyse, Tübingen 2017.
- Comply or Explain im Europäischen Privatrecht – Erfahrungen im Europäischen Gesellschaftsrecht und Entwicklungschancen des Regelungsansatzes, *ZEuP* 2016, S. 388–426.
- Leyens, Patrick C./Schmidt, Frauke*: Corporate Governance durch Aktien-, Bankaufsichts- und Versicherungsaufsichtsrecht – Ausgewählte Einflüsse, Impulse und Brüche, *AG* 2013, S. 533–547.
- Liappis, Dimitrios*: Vertragsgestaltung, -auslegung und -anpassung – Insbesondere in Krisenzeiten, in: Tröger, Tobias/Karampatzos, Antonios (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, Tübingen 2014, S. 23–41.
- Lieder, Jan*: Anm. zu EuGH: Anlageberatung bei Zinsswaps, *LMK* 2013, 349404.
- Linder, Ludwig*: Privatklage und Schadenersatz im Kartellrecht – eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht, Baden-Baden 1980.
- Llewellyn, David*: The Economic Rationale for Financial Regulation, *FSA Occasional Papers in Financial Regulation*, April 1990.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.): Kartellrecht, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann).

- Logemann, Hans Philip*: Der kartellrechtliche Schadensersatz – die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, Berlin 2009.
- Louven, Christoph/Raapke, Julius*: Aktuelle Entwicklungen in der Corporate Governance von Versicherungsunternehmen, *VersR* 2012, S. 257–270.
- Löw, Hans-Peter/Glück, Anja*: Vergütung bei Banken im Spannungsfeld von Arbeits- und Aufsichtsrecht, *NZA* 2015, S. 137–142.
- Luhmann, Niklas*: Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995.
- Lutter, Marcus*: Bankenkrise und Organhaftung, in: Grundmann, Stefan/Hofmann, Christian/Möslein, Florian (Hrsg.), *Finanzkrise und Wirtschaftsordnung*, Berlin 2009, S. 77–85.
- Luz, Günther/Neus, Werner/Schaber, Mathias/Schneider, Peter/Wagner, Claus-Peter/Weber, Max* (Hrsg.): *KWG- und CRR-Kommentar*, 3. Aufl., Stuttgart 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber).
- Mai, Jens*: Die Teilnichtigkeit unerlaubt betriebener Einlagengeschäfte, *ZBB* 2010, S. 222–231.
- Maier, Arne*: EuGH: Vorvertragliche Pflichten des Kreditgebers (Erläuterungen und Kreditwürdigkeitsprüfung), *VuR* 2015, S. 141–142.
- Makatsch, Tilman/Mir, Arif Sascha*: Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“?, *EuZW* 2015, S. 7–13.
- Mallin, Christine A.*: *Corporate Governance*, 5. Aufl., Oxford 2016.
- Marcacci, Antonio*: European Regulatory Private Law Going Global? The Case of Product Governance, *EBOR* 2017, S. 305–332.
- Marjosola, Heikki*: What Role for Courts in Protecting Investors in Europe – A View from Finland, *ERCL* 2014, S. 545–570.
- Masing, Johannes*: Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts – Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl., München 2017.
- Meeßen, Gero*: Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, Tübingen 2011.
- Meincke, Eberhard/Hingst, Kai-Michael*: Der Kreditbegriff im deutschen Recht – de lege lata und de lege ferenda, *WM* 2011, S. 633–640.
- Mentis, Georgios*: Anpassung von Kreditverträgen in Krisenzeiten, insbesondere im Hinblick auf die Finanzkrise von 2008 – Zugleich ein Beitrag zur Definition und Unwirksamkeit des Überschuldungsvertrags, in: Binder, Jens-Hinrich/Psaroudakis, Georgios (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise*, Tübingen 2018, S. 161–176.
- Merkt, Hanno*: Rechtliche Grundlagen der Business Judgment Rule im internationalen Vergleich zwischen Divergenz und Konvergenz, *ZGR* 2017, S. 129–148.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, *AcP* 168(3), S. 235–262.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike* (Hrsg.): *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Mestmäcker/Schweitzer).
- Meyer, Andreas*: Finanzmarktkrise und Organhaftung, *CCZ* 2011, S. 41–47.
- Meyer, Andreas/Veil, Rüdiger/Rönnau, Thomas* (Hrsg.): *Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht*, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Meyer/Veil/Rönnau).

- Michael, Lothar/Payandeh, Mehrdad*: Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht, NJW 2015, S. 2392–2398.
- Micklitz, Hans-W.*: The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation, Yearbook of European Law 28(1) (2009), S. 3–59.
- Micklitz, Hans-W./Wechsler, Andrea* (Hrsg.): The Transformation of Enforcement – European Economic Law in Global Perspective, Oxford 2015.
- Miller, Geoffrey Parsons*: The Law of Governance, Risk Management, and Compliance, 2. Aufl., New York 2017.
- Mittwoch, Anne-Christin*: Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht – Methode, Implikationen und Durchführung, Berlin 2013.
- Moloney, Niamh*: The Age of ESMA – Governing EU Financial Markets, Oxford 2018.
- EU Securities and Financial Markets Regulation, 3. Aufl., Oxford 2014.
 - European Banking Union: Assessing its Risks and Resilience, CMLR 2014, S. 1609–1670.
 - The Investor Model Underlying the EU’s Investor Protection Regime: Consumers or Investors?, EBOR 2012, S. 169–193.
 - EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis „More Europe“ or More Risks?, CMLR 2010, S. 1317–1383.
 - How to Protect Investors: Lessons from the UK and EU, Cambridge 2010.
- Monti, Giorgio*: EC Competition Law, Cambridge 2007.
- Möller, Cosima*: Aktuelle Entwicklungen beim Schutz von Verbrauchern im Kreditrecht, insbesondere zu Sorgfaltspflichten vor Vertragsschluss, VuR 2017, S. 283–290.
- Möllers, Christoph*: Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 2005, S. 351–389.
- Möllers, Thomas M.J.*: Sources of Law in European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière, EBOR 2010, S. 379–407.
- Möllers, Thomas M.J./Popele, Mauritz Christopher*: Paradigmenwechsel durch MiFID II: divergierende Anlegerleitbilder und neue Instrumentarien wie Qualitätskontrolle und Verbote, ZGR 2013, S. 437–481.
- Mösbauer, Heinz*: Staatsaufsicht über die Wirtschaft, Köln 1990.
- Möschel, Wernhard*: Die Finanzkrise – Wie soll es weitergehen?, ZRP 2009, S. 129–133.
- Schutzziele eines Wettbewerbsrechts, in: Löwisch, Manfred/Schmidt-Leithoff/Schmiedel, Burkhard (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991 (zitiert: FS Rittner 1991), S. 405–421.
- Möslein, Florian*: Vertragsbindung in der Krise? Rückzahlungsklauseln („clawbacks“) im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vertragsrecht, in: Binder, Jens-Hinrich/Psaroudakis, Georgios (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, Tübingen 2018, S. 177–192.
- (Hrsg.): Private Macht, Tübingen 2016.
 - Third Parties in the European Banking Union: Regulatory and Supervisory Effects on Private Law Relationships Between Banks and their Clients or Creditors, EBOR 2015, S. 547–574.
 - The focus of regulatory reforms in Europe after the global financial crisis: from corporate to contract governance, in: Sun, William/Stewart, Jim/Pollard, David (Hrsg.),

- Corporate Governance and the Global Financial Crisis – International Perspectives, Cambridge 2011, S. 284–311.
- Dispositives Recht – Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011.
 - Contract Governance und Corporate Governance im Zusammenspiel – Lehren aus der globalen Finanzkrise, JZ 2010, S. 72–80.
- Möslein, Florian/Riesenhuber, Karl*: Contract Governance – A Draft Research Agenda, ERCL 2009, S. 248–289.
- Mülbert, Peter O.*: Auswirkungen der MiFID – Rechtsakte für Vertriebsvergütungen im Effektingeschäft der Kreditinstitute, ZHR 172 (2008), S. 170–209.
- Anlegerschutz bei Zertifikaten – Beratungspflichten, Offenlegungspflichten bei Interessenkonflikten und die Änderungen durch das Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (FRUG), WM 2007, S. 1149–1163.
 - Bankenaufsicht und Corporate Governance – Neue Organisationsanforderungen im Finanzdienstleistungsbereich, BKR 2006, S. 349–360.
- Mülbert, Peter O./Steup, Steffen*: Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation am Beispiel der fehlerhaften Regelpublizität – das System der Kapitalmarktinformationshaftung nach AnSVG und WpPG mit Ausblick auf die Transparenzrichtlinie, WM 2005, S. 1633–1655.
- Müller-Graff, Peter-Christian*: Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsanordnung, ZHR 179 (2015), S. 691–706.
- Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, S. 3–29.
- Müller-Henneberg, Hans* (Begr.)/*Schwartz, Gustav* (Begr.)/*Hootz, Christian*: Gemeinschaftskommentar GWB und Europäisches Kartellrecht, 5. Aufl., Köln 1. Lieferung 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Müller-Henneberg/Schwartz/Hootz).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*: Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Band 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo AktG).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), München (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB):
- Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (§ 311–432), 8. Aufl. 2019.
 - Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil IV (§ 705–853), Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Aufl. 2017.
- Münchener Kommentar zum GmbHG*: Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.), Band 2, §§ 35–52, 3. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo GmbHG).
- Münchener Kommentar zum StGB*: Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Band 5, §§ 263–358, 3. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKo StGB).
- Nathmann, Marc*: Token in der Unternehmensfinanzierung, BKR 2019, S. 540–549.
- Nebbia, Paolisa*: Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?, ELR 2008, S. 23–43.
- Nettesheim, Martin*: Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007) S. 333–392.
- Nicolaysen, Gert*: Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht? – Eine Korrektur der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, in: Selmer, Peter/von Münch, Ingo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987 (zitiert: GS Martens 1987), S. 663–678.
- Nikolaus, Max/d’Oleire, Stefan*: Aufklärung über „Kick-backs“ in der Anlageberatung: Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 19.12.2006, WM 2007, S. 2129–2135.

- Nobbe, Gerd*: Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht – Ein kritischer Überblick, WM 2011, S. 625–632.
- Verantwortlichkeit der Bank bei der Vergabe von Krediten und der Hereinnahme von Sicherheiten, ZBB 2008, S. 78–82.
- Nüßgens, Karl*: Ausschluss der Staatshaftung kraft Amtshaftung, in: Lenz, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag, Düsseldorf 1991 (zitiert: FS Gelzer 1991), S. 293–302.
- Obst, Georg*: Das Bankgeschäft, 7. Aufl., Stuttgart 1923.
- Ohler, Christoph*: Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, München 2015.
- Omlor, Sebastian*: Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland, ZIP 2017, S. 112–119.
- Anm. zu BGH: Pflicht zur Aufklärung über Innenprovisionen, LMK 2014, 361191.
- Ott, Nicolas*: Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis – Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessen des Vorstands, ZGR 2017, S. 149–173.
- Papier, Hans-Jürgen*: Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung – BGHZ 74, 144 und BGH, NJW 1979, 1879, JuS 1980, S. 265–270.
- Palandt, Otto* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt).
- Peltzer, Martin*: Deutsche Corporate Governance – Ein Leitfaden, 2. Aufl., München 2004.
- Perner, Stefan*: Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, Tübingen 2013.
- Pfeifer, Guido/Ullrich, Walter* (Hrsg.): MaRisk Interpretationshilfen, 2. Aufl., Heidelberg 2009.
- Pietzcker, Jost*: Mitverantwortung des Staates, Verantwortung des Bürgers, JZ 1985, S. 209–216.
- Pistor, Katharina*: A legal theory of finance, Journal of Comparative Economics 41 (2013), S. 315–330.
- Pleyer, Klemens*: Bankkrisen und die Vorgeschichte der Bankenaufsicht, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, Köln 1988 (zitiert: FS Rechtswiss. Fakultät Köln 1988), S. 115–134.
- du Plessis, Jean/Großfeld, Bernhard/Luttermann, Claus/Saenger, Ingo/Sandrock, Otto* (Hrsg.): German Corporate Governance in International and European Context, Berlin 2007.
- Podewils, Felix*: Keine Ableitung zivilrechtlicher Ansprüche aus der Finanzmarktrichtlinie – Keine Aufklärungspflicht der beratenden Bank über Gewinnspanne beim Verkauf von Lehman-Zertifikaten, jurisPR-BKR 1/2014 Anm. 1.
- Poelzig, Dörte*: Die Neuregelung der Offenlegungsvorschriften durch die Marktmissbrauchsverordnung, NZG 2016, S. 761–773.
- Durchsetzung und Sanktionierung des neuen Marktmissbrauchsrechts, NZG 2016, S. 492–502.
- Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen 2012.
- Preußner, Joachim*: Risikomanagement im Schnittpunkt von Bankaufsichtsrecht und Gesellschaftsrecht – Zur Schrittmacherrolle des Aufsichtsrechts am Beispiel der Organisation des Risikomanagements in Kreditinstituten, NZG 2004, S. 57–61.

- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Prütting/Wegen/Weinreich).
- Psaroudakis, Georgios*: Das Recht der Bankenrestrukturierung, in: Hopt, Klaus J./Tzouganatos, Dimitris (Hrsg.), Das Europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen, 2014, S. 41–76.
- Püttner, Günter*: Von der Bankenaufsicht zur Staatsgarantie für Bankeinlagen?, JZ 1982, S. 47–50.
- Reich, Norbert*: Informations-, Aufklärungs- und Warnpflichten beim Anlagengeschäft unter besonderer Berücksichtigung des „execution-only-business“ (EOB), WM 1997, S. 1601–1609.
- Reichardt, Wolfgang*: Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939, Berlin 1942.
- Reichert, Jochem/Weller, Marc-Philippe*: Haftung von Kontrollorganen – Die Reform der aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Haftung, ZRP 2002, S. 49–56.
- Reifner, Udo*: Verantwortung bei Kreditvergabe oder im Kredit? – Zum Konzept des Entwurfes der Konsumentenkreditrichtlinie, VuR 2006, S. 121–127.
- Konsumentenkreditrichtlinie im Europaparlament – Zurück zu den Siebzigern?, VuR 2004, S. 85–90.
 - Empfehlungen zum Vorschlag einer EU-Richtlinie zum Konsumentenkredit, VuR 2004, S. 11–15.
- Reis, Marcos/Vasconcelos, Daniel*: The legal theory of finance and the financial instability hypothesis: Convergences and possible integration, Journal of Post Keynesian Economics 39(2) (2016), S. 206–227.
- Renner, Moritz*: Bankkonzernrecht, Tübingen 2019.
- Treupflichten beim grenzüberschreitenden Konsortialkredit, ZBB 2018, S. 278–288.
- Renner, Moritz/Kowolik, Roman*: Die Abwicklung von Bankengruppen und der Einfluss von Trennbankregeln im transatlantischen Rechtsvergleich, ZVglRWiss 2018, S. 83–116.
- Renner, Moritz/Kuntz, Marie*: Konzernhaftung und deliktsrechtliche Durchgriffshaftung, in: Krajewski, Markus/Oehm, Franziska/Saage-Maaß, Miriam (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, Berlin 2018, S. 51–71.
- Renner, Moritz/Leidinger, Andreas*: Credit contracts and the political economy of debt, in: Lomfeld, Bertram/Somma, Alessandro/Zumbansen, Peer (Hrsg.), Reshaping Markets – Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia, Cambridge 2016, S. 133–157.
- Renz, Hartmut T./Brenner, Alexander M.*: Auswirkungen der neuen EBA-Leitlinien zur internen Governance im Compliance-Bereich der Banken, CB 2017, S. 397–400.
- Rieckers, Oliver*: Haftung des Vorstands für fehlerhafte Ad-hoc-Meldungen de lege lata und de lege ferenda, BB 2002, S. 1213–1221.
- Riesenhuber, Karl* (Hrsg.): Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Riesenhuber).
- Contract Governance: Regulierung und Selbstbestimmung im Vertragsrecht, in: Träger, Tobias/Karampatzos, Antonios (Hrsg.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten, Tübingen 2014, S. 3–22.

- A Need for Contract Governance?, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M. (Hrsg.), *The Failure of Contracting: Financial Crisis, Financial Services and General European Contract Law*, Alphen 2011, S. 61–84.
 - Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, Tübingen 2011, S. 1–22.
 - System and Principles of EC Contract Law, *ERCL* 2005, S. 297–322.
 - Information – Beratung – Fürsorge, *ZBB* 2003, S. 325–334.
- Riesenhuber, Karl/Möslein, Florian*: Contract Governance – Skizze einer Forschungsperspektive, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts*, Berlin 2008, S. 1–41.
- Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad*: *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2008.
- Roe, Mark J.* (Hrsg.): *Corporate Governance: Political and Legal Perspectives*, Cheltenham 2005.
- Rohe, Mathias*: Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin? – Zum Richtlinienentschluss zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, *BKR* 2003, S. 267–273.
- Romeike, Frank* (Hrsg.): *Rechtliche Grundlagen des Risikomanagements*, Berlin 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Romeike).
- Rona-Tas, Akos/Guseva, Alya*: Information and consumer credit in Central and Eastern Europe, *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), S. 420–435.
- Roth, Hans-Peter*: Neue EU-Richtlinie erleichtert künftig Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen das Kartellrecht, *GWR* 2015, S. 73–75.
- Roth, Wulf-Henning*: Kartellrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht, *ZHR* 179 (2015), S. 668–689.
- Rott, Peter*: Verbraucherrecht: Vorvertragliche Informationspflichten – Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherkreditverträgen, *EuZW* 2015, S. 192–193.
- Verbraucherschutz durch Prüfung der Kreditwürdigkeit, *EWS* 2014, S. 201–204.
 - Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, *WM* 2008, S. 1104–1113.
 - Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?, *BKR* 2003, S. 851–859.
- Rott, Peter/Terryn, Evelyne/Twigg-Flesner, Christian*: Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?, *VuR* 2011, S. 163–169.
- Rösler, Patrick/Werner, Stefan*: Erhebliche Neuerungen im zivilen Bankrecht: Umsetzung von Verbraucherkredit- und Zahlungsdiensterichtlinie – Überblick über den Umsetzungsbedarf in der Bankpraxis anhand der vorliegenden Gesetzentwürfe, *BKR* 2009, S. 3–10.
- Ruffert, Matthias*: *Europarecht und Verfassungsrecht – Europäische Bankenunion*, *JuS* 2019, S. 1033–1035.
- (Hrsg.): *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Band 5)*, 1. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ruffert).
- Ruland, Anselm*: *Zur Entwicklung des Bankaufsichtsrechts bis 1945*, Münster 1988.
- von Savigny, Friedrich Carl*: *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, Band 1.

- Scharpf, Fritz Wilhelm*: De-Constitutionalization and Majority Rule – A Democratic Vision for Europe, MPIfG Discussion Paper 2016/14.
- Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch?, Frankfurt am Main 1999.
- Schäfer, Achim/Zeller, Ulrich*: Finanzkrise, Risikomodelle und Organhaftung, BB 2009, S. 1706–1711.
- Schäfer, Frank A.*: Vorsatz bei unterlassener Aufklärung über den Erhalt von Rückvergütungen, WM 2012, S. 1022–1025.
- Sind die §§ 31 ff. WpHG n. F. Schutzgesetze i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB?, WM 2007, S. 1872–1879.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers bei der Verletzung staatlicher Versicherungsaufsichtspflichten – Zur Frage der Drittgerichtetheit von Versicherungsaufsichtspflichten, in: Hübner, Ulrich/Helten, Elmar/Albrecht, Peter (Hrsg.), Recht und Ökonomie der Versicherung – Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag, Karlsruhe 1994 (zitiert: FS Lorenz 1994), S. 473–514.
- Schenke, Wolf-Rüdiger/Ruthig, Josef*: Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Bankenaufsichtspflichten, NJW 1994, S. 2324–2329.
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen* (Hrsg.): Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2017, Band 2 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski).
- Schirmer, Jan-Erik*: Abschied von der „Baustoff-Rechtsprechung“ des VI. Zivilsenats?, NJW 2012, S. 3398–3400.
- Schmidt, Karsten*: Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), S. 169–204.
- Schmidt, Karsten/Luther, Marcus* (Hrsg.): Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt/Luther).
- Schmidt, Peter*: Die Rolle der Banken, des Kredits und des Geldes bei der Schaffung der Grundlagen des Sozialismus in der DDR 1948 bis 1952, Berlin 1979.
- Schmidt, Reiner* (Hrsg.): Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, Berlin 1995 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt).
- Der Einlagensicherungsfonds deutscher Banken als Berufsschranke, ZHR 146 (1982), S. 48–54.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Dagron, Stéphanie*: Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen – Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen, ZaöRV 67 (2007), S. 395–468.
- Schmolke, Klaus Ulrich*: Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht – eine Zwischenbilanz, NZG 2005, S. 912–919.
- Schnauder, Franz*: Der Kreditvertrag im Wandel der Zeit – Vom „bürgerlichen“ Darlehensvertrag zum Verbraucherkreditvertrag, WM 2014, S. 783–791.
- Das aufsichtsrechtliche Transparenzgebot als zivilrechtliche Kategorie der Aufklärungshaftung, jurisPR-BKR 9/2014 Anm. 1.
- Schneider, Uwe H./Schneider, Sven H.*: Der Aufsichtsrat der Kreditinstitute zwischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und aufsichtsrechtlichen Anforderungen, NZG 2016, S. 41–47.
- Schoenmaker, Dirk*: From Risk to Opportunity: A Framework for Sustainable Finance, Rotterdam 2017.
- Governance of International Banking: The Financial Trilemma, Oxford 2013.
- Schoenmaker, Dirk/Véron, Nicolas* (Hrsg.): European Banking Supervision: The First Eighteen Months, Brüssel 2016.

- Scholz, Rupert*: Versicherungsaufsicht und Amtshaftung, NJW 1972, S. 1217–1219.
- Scholz-Fröhling, Sabine*: FinTechs und die bankaufsichtsrechtlichen Lizenzpflichten, BKR 2017, S. 133–139.
- Schroeter, Ulrich G.*: Ratings – Bonitätsbeurteilungen durch Dritte im System des Finanzmarkt-, Gesellschafts- und Vertragsrechts – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 2014.
- Schürnbrand, Jan*: Verbraucherkreditrecht in der Krise, in: Binder, Jens-Hinrich/Psaroudakis, Georgios (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise, Tübingen 2018, S. 113–124.
- Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ZBB 2014, S. 168–178.
 - Die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts, ZBB 2008, S. 383–391.
- Schwark, Eberhard*: Ad-hoc-Meldung, falsche Haftung des Vorstands, „Informatec II“, EWiR 2001, S. 1049–1050.
- Einlagenbegriff, verbotenes Einlagengeschäft, EWiR 1995, S. 803–804.
 - Das neue Kapitalmarktrecht, NJW 1987, S. 2041–2048.
 - Individualansprüche Privater aus wirtschaftsrechtlichen Gesetzen, JZ 1979, S. 670–675.
 - Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht – Entwicklungslinien, Prinzipien und Fortbildung des Anlegerschutzes, zugleich ein Beitrag zur Überlagerung bürgerlich-rechtlicher Regelung und gewerbepolizeilicher Überwachung durch Wirtschaftsrecht, München 1979.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel* (Hrsg.): Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl., München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwark/Zimmer).
- Schwarze, Jürgen*: Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, S. 3–19.
- Schwenk, Alexander*: Die Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie – Neue Regularien für Hausbaudarlehen an Verbraucher, jurisPR-BKR 6/2016 Anm. 1.
- Schwennicke, Andreas/Auerbach, Dirk* (Hrsg.): KWG-Kommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwennicke/Auerbach).
- Schwintowski, Hans-Peter* (Hrsg.): Bankrecht, 5. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwintowski).
- Anleger- und objektgerechte Beratung in der Lebensversicherung, VuR 1997, S. 83–94.
- Seibert, Holger*: Die Haftung der Empfängerbank im Überweisungsverkehr für unterlassene Warnhinweise und Geldwäsche-Verdachtsanzeigen – Risiken und Vorbeugungsmaßnahmen, WM 2008, S. 2006–2012.
- Seibt, Christoph H.*: Europäische Finanzmarktregulierung zu Insiderrecht und Ad hoc-Publizität, ZHR 177 (2013), S. 388–426.
- Seibt, Christoph H./Wollenschläger, Bernward*: Revision des Europäischen Transparenzregimes – Regelungsinhalte der TRL 2013 und Umsetzungsbedarf, ZIP 2014, S. 545–554.
- Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W.*: A Survey of Corporate Governance, Journal of Finance 52 (1997), S. 737–783.
- Smith, Alan/Foley, Stephen*: Bailout costs will be a burden for years, Financial Times, 8. August 2017.
- Smits, René*: Competences and alignment in an emerging future version – After L-Bank: how the Eurosystem and the Single Supervisory Mechanism may develop, ADEMU WP 2017/077.

- Smits, René/Badenhoop, Nikolai*: Towards a Single Standard of Professional Secrecy for Supervisory Authorities: A Reform Proposal, ELR 2019, S. 295–318.
- Soergel, Theodor* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel):
- Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104–240, Wolf, Manfred (wiss. Red.), 13. Aufl., Stuttgart 1999.
 - Band 12 Schuldrecht 10 §§ 823–852, ProdHG, UmweltHG, Spickhoff, Andreas (wiss. Red.), 13. Aufl., Stuttgart 2005.
- Sonder, Nicolas*: Rechtsschutz gegen Maßnahmen der neuen europäischen Finanzaufsichtsgenturen, BKR 2012, S. 8–12.
- Sousi, Blanche*: Affaire Parodi suite – la libre prestation de services bancaires enfin correctement comprise, Euredia 2000, S. 255–257.
- Privation de liberté de prestation de services en France pour le secteur bancaire avant la deuxième directive, Euredia 1999, S. 68–71.
 - L'article 59 du Traité CE et l'octroi de prêts hypothécaires, Recueil Dalloz 1999, S. 10–11.
- Spickhoff, Andreas*: Gesetzesverstoß und Haftung, Köln 1998.
- Spindler, Gerald*: Unternehmensorganisationspflichten – Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Köln 2001.
- Finanzmarktkrise und Wirtschaftsrecht, AG 2010, S. 601–617.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard* (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1–149, 4. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz).
- Stamenković, Vladimir/Michel, Roman-Raphael*: Die geplante Neuregelung zum Inhalt und zur Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht, VuR 2016, S. 132–141.
- Stancke, Fabian/Weidenbarch, Georg/Lahme, Rüdiger* (Hrsg.): Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, Frankfurt am Main 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stancke/Weidenbarch/Lahme).
- Starke, O.-Ernst*: Drittschutzwirkung der Bankenaufsicht und ihre Konsequenzen – Eine Stellungnahme zu dem „Wetterstein“-Urteil des Bundesgerichtshofes, WM 1979, S. 1402–1424.
- von Staudinger/Julius* (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger):
- §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 – TeilBand 2), Hager, Johannes (Bearb.), Neubearbeitung 2009.
 - §§ 488–490; 607–609 (Darlehensrecht), Freitag, Robert/Mülbert, Peter O. (Bearb.), Neubearbeitung 2015.
 - §§ 134–138; ProstG, Fischinger, Philipp S./Kohler, Jürgen/Seibl, Maximilian (Bearb.), Neubearbeitung 2017.
- Strohn, Lutz*: Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, S. 177–184.
- Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?, ZHR 176 (2012), S. 137–143.
- Sun, William/Stewart, Jim/Pollard, David* (Hrsg.): Corporate Governance and the Global Financial Crisis – International Perspectives, Cambridge 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sun/Stewart/Pollard).

- Svetiev, Yane*: European Regulatory Private Law: From Conflicts to Platforms, in: Purnhagen, Kai/Rott, Peter (Hrsg.), *Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber amicorum for Hans Micklitz*, Cham 2014, S. 153–177.
- Svetiev, Yane/Ottow, Annetje*: Financial Supervision in the Interstices Between Private and Public Law, ERCL 2014, S. 496–544.
- Tassikas, Apostolos D.*: Kreditnehmerschutz vor Forderungsabtretung: das neue Gesetz 4354/2015 in Griechenland, in: Binder, Jens-Hinrich/Psaroudakis, Georgios (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise*, Tübingen 2018, S. 193–215.
- Tekinalp, Ünal*: Investor Protection and Investment Firms' Duty of Care and Loyalty to Clients, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yesim M. (Hrsg.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Changes of Contracting*, Alphen 2011, S. 165–178.
- Thaten, Marlen*: Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, Berlin 2016.
- Thiede, Thomas*: Mit Schirm, Charme und KONE – Der Anscheinsbeweis der Kartellbefangenheit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, NZKart 2017, S. 68–71.
- Thole, Christoph*: Managerhaftung für Gesetzesverstöße – Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, ZHR 173 (2009), S. 504–535.
- Thomas, Stefan*: Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, S. 423–444.
- Tison, Michel*: Do Not Attack the Watchdog! Banking Supervisor's Liability After Peter Paul, CMLR 2005, S. 639–675.
- Trabucchi, Alberto*: *Istituzioni di diritto civile*, 36. Aufl., Padua 1995.
- Tröger, Tobias*: Einstufung der Landeskreditbank Baden-Württemberg als „bedeutendes Unternehmen“, EuZW 2017, S. 472–473.
- Das Vertragsrecht in der Krise: Vertragstheorie und -dogmatik im Lichte der Finanzkrise, in: Tröger, Tobias/Karampatzos, Antonios (Hrsg.), *Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten*, Tübingen 2014, S. 49–74.
 - Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche, ZHR 177 (2013), S. 475–517.
- Tröger, Tobias/Karampatzos, Antonios* (Hrsg.): *Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten*, Tübingen 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tröger/Karampatzos).
- Tusch, Sebastian/Schuster, Doris-Maria/Herzberg, Julia*: Die Institutsvergütungsverordnung 3.0, WM 2017, S. 2289–2295.
- Die ausdrückliche „Nichtuntersagung“ durch die BaFin im Inhaberkontrollverfahren nach § 2c KWG und § 104 VAG, WM 2013, S. 632–638.
- Veil, Rüdiger*: Europäische Kapitalmarktunion – Verordnungsgesetzgebung, Instrumente der europäischen Marktaufsicht und die Idee eines „Single Rulebook“, ZGR 2014, S. 544–607.
- Anlageberatung im Zeitalter der MiFID, WM 2007, S. 1821–1827.
 - Die Haftung des Emittenten für fehlerhafte Information des Kapitalmarkts nach dem geplanten KapInHaG, BKR 2005, S. 91–98.
- Veil, Rüdiger/Koch, Philipp*: Auf dem Weg zu einem Europäischen Kapitalmarktrecht: die Vorschläge der Kommission zur Neuregelung des Marktmissbrauchs, WM 2011, S. 2297–2306.
- Verse, Dirk A.*: Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgment Rule?, ZGR 2017, S. 174–195.

- Vogelsang, Harald*: Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken im Lichte des Versicherungsrechts, Karlsruhe 1990.
- Vortmann, Jürgen*: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 10. Aufl., Köln 2013.
- Vofßkuhle, Andreas/Kaufhold, Ann-Katrin*: Grundwissen – Öffentliches Recht: Verwaltungsvorschriften, JuS 2016, S. 314–316.
- Wagner, Gerhard*: Schadensersatz bei Kartelldelikten, German Working Papers in Law and Economics 18/2007.
- Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), S. 352–476.
- Waldeck, Werner Michael*: Die Novellierung des Kreditwesengesetzes, NJW 1985, S. 888–892.
- Weber, Adolf*: Depositenbanken und Spekulationsbanken, 4. Aufl., München 1938.
- Weber, Manfred*: Einlagensicherung und Anlegerentschädigung in Deutschland – Status quo und Ausblick, ZfgK 2008, S. 560–561.
- Weber, Max*: Central Counterparties in the OTC Derivatives Market from the Perspective of the Legal Theory of Finance, Financial Market Stability and the Public Good, EBOR 2016, S. 71–103.
- Weber, Max/Grauer, Thomas/Schmid, Sabine*: Regulierung des Finanzsektors – Entwicklungen im zweiten Quartal 2016, WPg 2016, S. 916–924.
- Weber-Rey, Daniela*: Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts (insbesondere für Banken und Versicherungen) auf das Aktienrecht – oder die Infiltration von Regelungssätzen?, ZGR 2010, S. 543–590.
- Weck, Jochen*: BGH: Zur Aufklärung über versteckte Innenprovisionen beim Anlageberatungsvertrag ab dem 1.8.2014, BKR 2014, S. 374–377.
- Weichert, Tilman/Wenninger, Thomas*: Die Neuregelung der Erkundigungs- und Aufklärungspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. Art. 19 RiL 2004/39/EG (MiFID) und Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, WM 2007, S. 627–636.
- von Werder, Axel*: Persönliche Managementverantwortung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: Grundmann, Stefan/Hofmann, Christian/Möslein, Florian (Hrsg.), Finanzkrise und Wirtschaftsordnung, Berlin 2009, S. 87–103.
- Wessel, Joachim*: Haftung der Banken der DDR für ihre Mitarbeiter und für Dritte in den Zivil- und Wirtschaftsrechtsbeziehungen, Köln 1983.
- Williamson, Oliver E.*: Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, Journal of Law and Economics, 22(2) (1979), S. 233–261.
- Wilman, Folkert*: Private Enforcement of EU Law Before National Courts, Cheltenham 2015.
- Windthorst, Jan Erik/Bussian, Wolf*: Europäische Bankenaufsicht und Legal Privilege – Weigerungsrechte bei Dokumentenanforderungen im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM), WM 2015, S. 2265–2271.
- Wojcik, Karl-Philipp*: Die Feststellung der Nichtverfügbarkeit von Einlagen durch die Bankaufsichtsbehörde im System der Einlagensicherung im Lichte des Urteils des EuGH in der Rs. C-571/16 – Kantarev, WM 2019, S. 1046–1055.
- Bail-in in the Banking Union, CMLR 2016, S. 91–138.
 - Zivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen nach europäischem Recht, NJW 2013, S. 2385–2389.

- Wojcik, Karl-Philipp/Ceyssens, Jan*: Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus- Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, S. 893–897.
- Wörner, Thorsten*: Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion – Wirkungen und Grenzen abstrakt-genereller unverbindlicher Rechtssetzung durch Regulierungsagenturen am Beispiel von Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Finanzaufsichtsagenturen, Tübingen 2017.
- Wrage, Heidi*: UWG-Sanktionen bei GWB-Verstößen?, Heidelberg 1984.
- Wundenberg, Malte*: Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, Tübingen 2012.
- Würdemann, Aike*: Zur Auslegung von der Grundverordnung sowie der Art. 70 und 71 der VO (EU) Nr. 468/2014 v 16.4.2014, BKR 2017, S. 431–435.
- Würtenberger, Thomas*: Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: Stürner, Rolf (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtswissenschaft, 2010, S. 3–21.
- Wymeersch, Eddy*: The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors, EBOR 2007, S. 237–306.
- Wymeersch, Eddy/Hopt, Klaus/Ferrarini, Guido* (Hrsg.): Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis, Oxford 2012.
- Zahn, Marcus*: Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe – gleichzeitig ein Beitrag zur Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und ihrer nationalen Umsetzung, Berlin 2011.
- Zimmermann, Martin*: Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand – Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, S. 433–442.
- Zoller, Michael*: Vom Kick-Back-Joker zur versteckten Vertriebsprovision – Die Haftung für Vergütungen der Banken geht weiter, BB 2014, S. 1805–1805.
- Zumbansen, Peer*: Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power, Law and Contemporary Problems 76(2) (2013), S. 117–138.
- Neither ‚Public‘ nor ‚Private‘, ‚National‘ nor ‚International‘: Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective, Journal of Law and Society 38(1) (2011), S. 50–75.
 - The Law of Society: Governance Through Contract, Indiana Journal of Global Legal Studies 14(2) (2007), S. 191–233.

Sachregister

- Ad-hoc-Publizitätspflicht 3, 99, 103,
110–118, 250, 280, 285, 286, 295
- Agencification 66
- Amtshaftung
- für Aufsichtsfehler 141, 186, **192–203**,
230, 290, 291, 293
- Anlageberatung 11, 19, **118–136**, 251,
273, 286, 287
- Anlegerschutz 2, 4, 14, 15, 19, 20, 33,
34, 55, 58–60, 70, **74–77**, **100–105**,
111, 117, 122, 123, **128–138**, 225, 228,
248–251, 256, 258, 260, 264, 266, 267,
273, 278, **283–286**, 293
- Aufsicht
- qualitative ~ 147
 - prinzipiengeleitete ~ 147, 155, 165
- Auslegung
- Vertrags~ 7, 132, 272, 273, 286, 294
 - richtlinienkonforme ~ 92, 126, 129,
275
 - unionsrechtskonforme ~ 3, 9, 11, 141,
186, **243–281**, 292–295
- Außenhaftung, *siehe* Haftung gegenüber
den Bankgläubigern
- Ausstrahlungswirkung
- des Aufsichtsrechts auf das allgemeine
Aktienrecht 183–185, 290
 - des Bankaufsichtsrechts auf das
Gesellschaftsrecht 143–183
 - der WpHG-Wohlverhaltensregeln auf
das Vertragsrecht 119, 131–133, 287
- bail-in 6, 36
- bail-out 35
- Bankaufsichtsrecht
- europäisches ~, Begriffsdefinition 4–5
 - deutsches ~ 25–48
 - Entwicklung der Inhalte und Ziele
37–77
- Bankenunion und Privatrecht 23–25
- Bankfreiheit 37–39
- Bankrechtskoordinierungsrichtlinie
- Erste ~ 51–54, 64, 74, 256, 284
 - Zweite ~ 54–55, 64
- Bankprivatrecht
- Begriffsdefinition 27
 - Berücksichtigung von Aufsichtsrecht
28–30, 33, 37, 52, 143, **192–242**, **243–**
281, 283
- Basel I 55–57
- Basel II 57–59
- Basel III 59–60
- BGH-Urteil
- Baustoff-Urteil 178–179, 289
 - *BVH* 199–201, 291
 - *Herstatt* 189, 194–198, 290
 - Kick-back-Urteil 124, 126–128, 131,
132, 272, 273, 286, 294
 - *Lehman Brothers* 126, 127, 130,
132
 - *Wetterstein* 48, 194–197, 202, 290
- Bindungswirkung, faktische 161–163,
172, 173, 288
- Boni
- Aufsicht über Vergabe und Einbehal-
tung von ~ 42
- Comitology 65
- comply or explain-Mechanismus 68,
160–162, 288
- Contract Governance 8, 14, 19–21, 29,
284
- Deliktshaftung
- Außenhaftung 177, 178–181, 226–
238, 276–281, 289, 295
 - Innenhaftung 176, 178

- EBA 5, 24, 29, 30, **66–70**, 76, 77, 256, 258–260, **262–264**, **266–268**, 276, 277, 279, 284, 288, 293
- EBA-Leitlinien
- Bindungswirkung 160–163, 165, 166, 169, 173, 174, 288, 289
 - für interne Governance 148, 158–160, 288
 - Vergütungs~ 145
 - ~ zur Kreditwürdigkeitsprüfung 215
- Eigenkapitalanforderungen 55–58, 62, 63, 98, 257, 259, 266, 269, 270, 273, 278, 287, 294, 295
- Einlagensicherung
- freiwillige ~ 189–191, 290
 - gesetzliche ~ 187–188, 197–202, 245, 258, 278, 279, 290
 - EDIS-Vorschlag der Kommission 191–192
- Einlegerschutz 2, 9, 30, 48, 51, 52, 55–57, 59, 60, 70, **73–77**, 137, 138, 180, **186–203**, 226, 238, **256–259**, **264–281**, 291
- Erlaubnispflicht von Banken
- Entwicklung der ~ in Deutschland 37–48
 - zivilrechtliche Haftung bei Verstößen 27, 28, 194–198, **227–230**, 235, 238, 240, 269, 274, 278, 283, 292
- EuGH-Urteil
- *Bankinter* 24, **124–126**, 131–134, **244–247**, 286
 - *CA Consumer Finance* 212–214, 291
 - *Kantarev* 199, 201, 202, 245
 - *Le Crédit Lyonnais* 212, 213, 216, 237, 261, 263, 291
 - *Parodi* 48–52, 54, 55, 284
 - *Peter Paul* 24, 199–202, 244, 245, 256, 291, 292
 - *Romanelli* 52, 53, 55, 259, 284
- Europäische Bankenunion 2, 4, 8, 14, 23–25, 29, 30, 35, 36, 52, **70–74**, 191, 192, 284, 290
- EZB, *siehe* SSM
- Financial Regulation Theory 8, **14–15**, 29, 284
- Finanzkrise und Privatrecht 8, **17–19**, 29, 284
- Funktionsschutz, *siehe* Systemschutz
- Geschäftsleiter
- Begriff 41, 164–165
 - Haftung, *siehe* Haftung der Geschäftsleiter
- Grundfreiheiten 48–52
- Hafen, sicherer 162, 163, 170–172, 288, 289
- Haftung der Geschäftsleiter
- gegenüber der Bankgesellschaft 163–174, 176, 178
 - gegenüber den Bankgläubigern 177, 178–181, 226–238, 276–281, 289, 295
- Individualschutzziel
- Bestimmung des Schutzbereichs 266–272
 - Entwicklung im europäischen Bankaufsichtsrecht 48–77
 - Reichweite 74–77, 255–272
 - Vorfragen privatrechtlicher Durchsetzung 244–255
 - zivilrechtliche Transformation 272–281, 294, 295
- Innenhaftung, *siehe* Haftung gegenüber der Bankgesellschaft
- Insiderinformation, *siehe* Ad-hoc-Publizitätspflicht
- Kapitalmarktregulierung 99–139, 280
- Kartellschadensersatzanspruch 82, 83, 86–97, 280, 281
- Kreditvergabe, verantwortungsvolle 30, 206–209, 215, 216, 291
- Kreditwesengesetz
- von 1961 45–48, 232, 234
 - aktuelles ~ 30–36, 144–183, 192–281
- Kreditwürdigkeitsprüfung
- bei Großkrediten 234, 235, 240, 275, 292
 - Verbraucher~, *siehe* Verbraucher-kreditwürdigkeitsprüfung
 - Sanktionen 220–225, 231–234, 236–238, 241

- Kündigungsrecht, außerordentliches 222–223, 291
- Legal Theory of Finance 8, 14, 16–17, 29, 284
- Legalitätspflicht
- aufsichtsrechtlicher Maßstab 165–166
 - gesellschaftsrechtlicher Maßstab 165–166
 - Verstoß gegen § 25a KWG als ~ 164–174
 - Verstoß gegen EBA-Leitlinien als ~ 169, 173, 174, 279
 - Verstoß gegen MaRisk als ~ 169–173, 279
- Liquiditätsanforderungen 41, 42, 45, 46, 59, 62–64, 98, 228, 257, 267, 269, 270, 273, 278, 287, 294, 295
- MaRisk
- Inhalt 148–152
 - Bindungswirkung 153–158, 169–173, 279
- Marktschutz, *siehe* Systemschutz
- Millionenkredite 46, 230, 231, 241, 292
- Nichtigkeit, *siehe* Verbotsgesetz
- Optimierungsgebot 162, 163, 173, 279, 288, 289
- Optimierungstheorie 168–172, 289
- Privatrechtliche Durchsetzung
- Begriff 7, 8
 - von Bankaufsichtsrecht 141–281, 288–295
 - von Kapitalmarktregulierung 99–139
 - von Wettbewerbsrechts 79–99
- Prospekthaftung
- bürgerlich-rechtliche ~ 104, 105, 107, 108, 286
 - gesetzliche ~ 3, 79, 99, 103–110, 113, 280, 285, 286
- Prudentielles Aufsichtsrecht 26, 27
- Rechtsermittlung, Pflicht zur 166–174, 280, 289
- Rechtsökonomik 8, **15–16**, 22, 29, 284
- Regulierung und Privatrecht 4, 8, 13, **21–23**, 25, 29, **249, 250, 252, 253**, 269, 277, 284
- Reichskreditwesengesetz
- von 1934 **39–45**, 47, 57, 193, 194, 203, 235
 - von 1939 **42–45**, 47, 193, 194, 203, 231, 232, 235
- Risikomanagement
- aufsichtsrechtliche Pflicht zum ~ 144–163, 288
 - privatrechtliche Sanktionen 137–139, **163–183**, 243, 249, 250, 269, **273–275, 278**, 283, 288, 289, 294, 295
- Schadensersatz
- wegen Verstoß gegen EBA-Leitlinien 169, 173–174, 279
 - wegen Verstoß gegen GWB-Normen 82, 83, **91–93**, 284
 - wegen Verstoß gegen KWG-Normen 28, **163–183**, 176, 177, 180, 181, 195, 202, 203, 211, 212, **226–238**, 239, **276–281**, 283, 284, 286, 287, 291, 292, 294, 295
 - wegen Verstoß gegen MaRisk 169–173, 279
 - wegen Verstoß gegen MAR-Normen 100, 110–118, 286
 - wegen Verstoß gegen WpHG-Normen 28, **110–118**, 119, 129, **133–136**, 139, 287
 - wegen Verstoß gegen WpPG-Normen 103–110, 280, 286, 295
- Schutzgesetz
- CRR-Normen als ~ 277
 - GWB-Normen als ~ 82, 83, 284
 - KWG-Normen als ~ 28, 176, 177, 180, 181, 195, 202, 203, 211, 212, **226–238**, 239, **276–281**, 283, 284, 286, 287, 291, 292, 294, 295
 - MAR-Normen als ~ 100, 116–118, 286
 - Technische Standards als ~ 277, 279
 - WpHG-Normen als ~ 28, 116–118, 119, 129, **133–136**, 139, 287
- SSM 5, 15, 29, 30, 33, **70–74**, 76, 157, 158, 256, 262, 265–268, 284, 293

- Staatshaftung für Aufsichtsfehler
 – *siehe* Amtshaftung für Aufsichtsfehler
 Steuerzahler
 – Schutz der ~ 2, 35, 36, 283
 Stufentheorie 168, 170, 289
 Systemschutz 2–4, 7–9, 11, 13, 30, 33,
 43–44, 59, 60, 76, 77, 94, 95, 98, 103,
 117, 122–124, 138, 141, 143–185, 243,
 278, 283, 284, 286, 288, 289, 295
- Verbotsgesetz
 – GWB-Normen als ~ 80, 81, 85, 88
 – KWG-Normen als ~ 236, 238–242,
 274, 275, 292, 294
- Verbraucherdarlehensvertrag
 – Allgemein~ 217, 218, 291
 – Immobilialar~ 215, 217–220, 261, 291
 Verbraucherkreditrichtlinie 5, 18, **204–**
218, 236, 261, 268, 279, 284, 291, 293
 Verbraucherkreditwürdigkeitsprüfung 9,
 27–29, 98, 138, 141, **203–226**, 236–
 238, 261, 263, 283, 291
- Verbraucherschutz
 – individueller ~ 70, 74–77, 141, **203–**
226, **260–264**, 267, 268, 276, 283, 284
 – kollektiver ~ 16, 33–35, 70, 220, 221,
 263, 283
- Vergleichbarkeit
 – der Verbraucherkreditwürdigkeits-
 prüfung und anderen Bankaufsichts-
 rechtswormen 225–226
- von Kapitalmarktregulierung und
 Bankaufsichtsrecht 8, 136–139, 280,
 287, 295
 – von Wettbewerbsrecht und Bank-
 aufsichtsrecht 8, 80, 97–99, 280, 285,
 295
- Vertragsauslegung, *siehe* Auslegung
 Vertragsnichtigkeit, *siehe* Verbotsgesetz
 Vertretbarkeitstheorie 166–170, 289
 Verwaltungsvorschrift
 – norminterpretierende ~ 153–158, 170,
 173, 279, 288
 – normkonkretisierende ~ 46, 153–158,
 288
- Wettbewerbsrecht
 – deutsches ~ 79–83, 96–99, 141, 207,
 243, 252, 284, 285
 – europäisches ~ 1, 2, 7–9, 11, 13, 79,
83–99, 141, 243, 252, 253, 284, 285
- Wohlverhaltenspflichten 3, 4, 26–30, 98,
 99, **118–139**, 159, 214, 248, 251, 273,
 283, 286, 287, 291, 293
- Wohlverhaltensregeln, *siehe* Wohl-
 verhaltenspflichten
- Wohnimmobilienkreditrichtlinie 5, 205,
 214–224, 236, 237, 241, 261, 263, 268,
 279, 284, 291, 293
- Zinsermäßigung 222, 291