

# Bankrecht

Sommersemester 2017

Dr. Peter Balzer

Rechtsanwalt / Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

# I. Grundlagen des Bankrechts

## Begriff des Bankrechts

---

- Vielfältige Ansätze der Begriffsbestimmung
  - institutionelle Definition
    - o Bankrecht als Teil des objektiven Rechts, das die Rechtsverhältnisse der Kreditinstitute regelt
    - o Inbegriff der rechtlichen Ordnung der einzelnen Bankgeschäfte und des Kreditgewerbes als Wirtschaftszweig oder seiner Gruppierungen, insbesondere des privaten Bankgewerbes, der Volksbanken, der Sparkassen und anderer öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute
  - funktionale Definition
    - o Bankrecht ist Recht der Geldschöpfung, der Geldvernichtung, des Geldumlaufs, der Geldaufbewahrung und der Geldanlage
      - Bankrecht stellt demnach als Teil der objektiven Rechtsordnung die Rechtsregeln zur Verfügung, die zur Bewältigung der zugewiesenen Aufgaben sachlich erforderlich sind

## Rechtsquellen (1)

---

- Keine (Gesamt-)Kodifizierung des Bankrechts, sondern verstreute Einzelvorschriften
  - Schuldrecht, u.a.
    - o entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB)
    - o Gelddarlehen (§§ 488 ff. BGB)
    - o Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB)
    - o Sachdarlehen (§§ 607 ff. BGB)
    - o Zahlungsdiensterecht (§§ 675c ff. BGB)
    - o Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB)
    - o Schuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB)
  - Kreditsicherungsrecht als Teil des Sachenrechts
    - o Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Schuldbeitritt, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Forderungen, Grundpfandrechte (Hypothek und Grundschuld)
  - keine Regelungen zum Leasing- und Factoringgeschäft!

## Rechtsquellen (2)

---

- Zahlreiche Sonderregelungen außerhalb des BGB
  - Kontokorrent (§§ 355 ff. HGB)
  - kaufmännische Orderpapiere (§§ 363 ff. HGB)
- Spezialgesetze
  - Pfandbriefgesetz
  - Gesetz über Bausparkassen
  - Scheck- und Wechselgesetz
  - umfassende Regelungen zum Wertpapiergeschäft
    - o DepotG
    - o WpHG
    - o KAGB
  - aufsichtsrechtliche Regelungen
    - o KWG und BBankG
    - o BörsG

## Allgemeiner Bankvertrag

---

- Ausgangssituation: zwischen Bank und Kunde wird in aller Regel nicht nur ein einzelnes Geschäft getätigt, vielmehr ist die Geschäftsverbindung auf längere Dauer und eine unbestimmte Vielzahl von Geschäftsvorfällen angelegt
  - vgl. auch Nr. 1 Abs. 1 AGB-Banken: die AGB gelten für die gesamte Geschäftsverbindung zwischen dem Kunden und der Bank
- Problem: eigenständige Rechtsnatur der Geschäftsverbindung?
  - Theorie vom allgemeinen Bankvertrag
    - o Rechtsgrundlage für Schutz- und Verhaltenspflichten (losgelöst vom einzelnen Schuldvertrag zwischen Bank und Kunde)
  - aber: deutliche Absage des BGH (v. 24.09.2002 – XI ZR 345/01):
    - o Annahme wird allgemeinem Vertragsbegriff nicht gerecht, es fehlt an der eigenständigen bindenden Rechtsfolge eines solchen Vertrages
  - praktische Relevanz der Diskussion?

## AGB-Banken (1)

---

- Grundlagen
  - Verwendung bereits seit 1937, in der Folge zahlreiche Überarbeitungen, zuletzt zum 21.03.2016
    - Änderungen waren z.T. auch die Reaktion auf höchstrichterliche Entscheidungen, mit denen einzelne Klauseln für unwirksam erklärt wurden
  - AGB-Banken (d.h. die AGB der privaten Banken) sind weitgehend identisch mit den AGB der Sparkassen (AGB-Spk) sowie den AGB für die Volksbanken und Genossenschaften
    - Abweichungen z.T. bei Aufbau und Gliederung
  - Ergänzung der AGB-Banken durch zahlreiche Sonderbedingungen
    - Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte (SBW)
    - Sonderbedingungen für Termingeschäfte
    - Bedingungen für den Überweisungsverkehr

## AGB-Banken (2)

---

- Rechtsnatur
  - AGB-Banken sind keine Rechtsnormen, sondern Ausdruck der vertragsrechtlichen Ordnung zwischen Bank und Kunde
  - Ziel: Bewältigung des Massenverkehrs der Banken durch Vorformulierung und Standardisierung
- Einbeziehungsvoraussetzungen
  - Einbeziehung bestimmt sich – wie generell bei AGB – nach § 305 Abs. 2 BGB
    - o ausdrücklicher Hinweis der Bank ist regelmäßige Einbeziehungsvoraussetzung
      - liegt vor, wenn Hinweis von der Bank bei Vertragsschluss unmissverständlich und für den Kunden klar erkennbar geäußert worden ist
        - » bloßer Aushang der AGB genügt in aller Regel nicht
    - o Möglichkeit des Kunden, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen
  - Einbeziehung im Voraus für künftige Rechtsgeschäfte (§ 305 Abs. 3 BGB)



## AGB-Banken (3)

---

- Wesentliche Inhalte im Überblick
  - Geltung der AGB für die gesamte Geschäftsverbindung zwischen Kunde und inländischen Geschäftsstellen der Bank (Nr. 1 Abs. 1 AGB-Banken)
    - o Unterschied Geschäftsverbindung / Geschäftsbeziehung
      - Geschäftsverbindung entsteht, wenn der Kunde mit der Bank eine Rechtsbeziehung eingeht, die auf eine wiederholte Inanspruchnahme von bankmäßigen Leistungen angelegt ist
      - Geschäftsbeziehung: entsteht bei der Inanspruchnahme von Bankgeschäften für jede bankmäßige Dienstleistung (z.B. Kreditgewährung, Aufbewahrung von Wertpapieren, Forderungseinzug)
        - » einzelne Geschäftsbeziehung ist rechtlich und wirtschaftlich selbstständig und begründet ein konkretes vertragliches Schuldverhältnis
        - » für einzelne Geschäftsbeziehungen gelten Sonderbedingungen (Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken)

## AGB-Banken (4)

---

- Wesentliche Inhalte im Überblick
  - Haftungsgrundsätze (Nr. 3 AGB-Banken)
    - o Haftungsklauseln in Nr. 3 Abs. 1 AGB-Banken haben im Wesentlichen nur klarstellende Bedeutung
      - Bank haftet nach §§ 276, 278 BGB für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und Erfüllungsgehilfen
        - » Eigenhaftung des Mitarbeiters kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen wird (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB)
    - o begrenzte Haftung bei weiter geleiteten Aufträgen
      - Beschränkung der Haftung auf sorgfältige Auswahl und Unterweisung des Dritten
      - Abgrenzung zur Substitution i.S. von § 664 Abs. 1 S. 1 BGB
        - » hier besteht zunächst eine eigene Verpflichtung der Bank, erst die Substitution führt zur Haftungsbeschränkung

## AGB-Banken (5)

---

- Wesentliche Inhalte im Überblick
  - Rechnungsabschluss und Genehmigung (Nr. 7 AGB-Banken)
    - o bei Kontokorrentkonten i.S. von § 355 HGB wird quartalsweise ein Rechnungsabschluss erteilt
      - Feststellung des Abschlusssaldos setzt Anerkenntnis durch den Kunden voraus
    - o Kunde muss Rechnungsabschluss nach Zugang auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüfen
      - Einwendungen wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit sind spätestens vor Ablauf von 6 Wochen zu erheben
    - o Genehmigungsfiktion durch Schweigen
      - Saldoanerkennntnis bedarf nicht der sonst vorgeschriebenen Schriftform, da es auf Grund einer Abrechnung erteilt wurde (vgl. § 782 BGB)
    - o Kunde ist auch bei Genehmigung des Abschlusses nicht ohne Rechte
      - Anerkenntnis kann nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden

## AGB-Banken (6)

---

- Wesentliche Inhalte im Überblick
  - Kündigungsrechte des Kunden (Nr. 18 AGB-Banken)
    - o jederzeitiges Kündigungsrecht für die gesamte Geschäftsverbindung bzw. einzelne Geschäftsbeziehungen
      - Voraussetzung: keine Laufzeitvereinbarung oder abweichende Kündigungsregelung
        - » Nr. 18 AGB-Banken beseitigt daher nicht eine zwischen den Parteien getroffene Laufzeitvereinbarung
      - Kündigung z.B. eines Girovertrages kann Auswirkungen auf eingeräumte Überziehungsmöglichkeit (§ 504 BGB) haben
    - o daneben: Kündigungsrecht aus wichtigem Grund
      - Voraussetzung: Unzumutbarkeit, die Geschäftsbeziehung fortzusetzen

## AGB-Banken (7)

---

- Wesentliche Inhalte im Überblick
  - Kündigungsrechte der Bank (Nr. 19 AGB-Banken)
    - o Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist
      - anders als der Kunde kann die Bank die Geschäftsverbindung oder einzelne Geschäftsbeziehungen nur unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen
        - » Zweck: Rücksichtnahme auf berechnigte Belange des Kunden
        - » bei Zahlungsdiensterverträgen (z.B. laufendes Konto oder Kartenvertrag) beträgt die Kündigungsfrist 2 Monate (vgl. auch § 675h Abs. 2 S. 2 BGB)
    - o Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist
      - Nr. 19 Abs. 3 S. 2 AGB-Banken enthält Regelbeispiele für Kündigungsgründe
        - » bei Verletzung von Vertragspflichten ist vorherige Abmahnung erforderlich (Nr. 19 Abs. 3 S. 3 AGB-Banken)

## Bankgeheimnis (1)

---

- Begriff und Funktion
  - hohe Sensibilität der Kundendaten: geäußerte Zweifel an der finanziellen Situation eines Kunden können den Ruin nach sich ziehen (vgl. BGH v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03 – „Deutsche Bank/Kirch/Breuer“)
  - Definition des Bankgeheimnisses (aber keine Rechtsgrundlage!) in Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken
    - o Verpflichtung der Kreditinstitute zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, von denen sie Kenntnis erlangen
  - für Daten natürlicher Personen tritt neben das Bankgeheimnis das BDSG

## Bankgeheimnis (2)

---

- Rechtsgrundlagen
  - keine spezifisch gesetzliche Regelung in Deutschland
    - Voraussetzung des Bankgeheimnisses in verschiedenen Normen (z.B. § 30a AO, § 9 KWG)?
      - wohl nur Begrenzung der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten, aber keine Regelung des Verhältnisses zwischen Bank und Kunde
  - Ableitung aus § 241 Abs. 2 BGB
    - Bankgeheimnis als spezielle Ausprägung der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht, die auf Grund der besonderen Vertrauensbeziehung zwischen Bank und Kunde Interessenwahrungs-, Schutz- und Loyalitätspflichten der Bank begründet
      - Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken kommt daher nur deklaratorische Bedeutung zu

## Bankgeheimnis (3)

---

- Rechtsgrundlagen
  - verfassungsrechtliche Bezüge
    - o Schutz der dem Bankgeheimnis unterliegenden Informationen über den Kunden und seine finanziellen Verhältnisse ist gewahrt durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V. mit Art. 2 Abs. 1 GG)
      - verfassungsrechtlicher Schutz betrifft vor allem das Verhältnis zwischen Bürger und Staat
        - » z.B. Zugriff staatlicher Stellen auf kundenbezogene Informationen
    - o im Verhältnis zwischen Bank und Kunde gilt Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich nur mittelbar
      - Ausnahme bei öffentlichen Banken
  - Meinungsfreiheit als Rechtfertigung für Verstoß gegen Bankgeheimnis?
    - o ablehnend BGH v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03 – „Deutsche Bank/Kirch/Breuer“



## Bankgeheimnis (4)

---

- Inhalt des Bankgeheimnisses
  - doppelte Schutzrichtung
    - o Pflicht der Bank, Stillschweigen über die Vermögensverhältnisse des Kunden zu bewahren (Verschwiegenheitspflicht)
    - o Pflicht der Bank, Auskünfte gegenüber Dritten zu verweigern, soweit sie nicht kraft Gesetzes oder aus einem sonstigen Rechtsgrund zur Auskunft verpflichtet ist (Auskunftsverweigerungspflicht)
  - kundenbezogene Tatsachen und Wertungen als Schutzgegenstand
    - o müssen der Bank im Rahmen der Geschäftsverbindung bekannt geworden sein
      - erforderlich ist daher ein innerer Zusammenhang zwischen der Kenntniserlangung und dem Bestehen der Geschäftsverbindung
      - innerer Zusammenhang, wenn Informationen offenkundig und öffentlich bekannt sind?

## Bankgeheimnis (5)

---

- Inhalt des Bankgeheimnisses
  - geschützter Personenkreis
    - o grundsätzlich Kunde (auch Erben)
      - Weitergabe von Informationen an Bevollmächtigten ist – im Rahmen des Vollmachtsumfangs – zulässig
    - o bei Abwicklung von Geschäftsvorfällen (z.B. im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr) kann die Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber Nicht-Kunden bestehen
    - o Bankmitarbeiter ist Dritter, daher keine unbegrenzte Weitergabe der Informationen in der Bank zulässig
      - unzulässig ist daher z.B. eine bankinterne Evidenzstelle, auf die jeder Mitarbeiter Zugriff hat
  - Verschwiegenheitspflicht besteht auch nach Beendigung der Geschäftsbeziehung fort

## Bankgeheimnis (6)

---

- Durchbrechung des Bankgeheimnisses
  - Einwilligung des Kunden
    - o Weitergabe von Kundendaten an Auskunftsteilen (z.B. SCHUFA)
  - Pflichtenkollision bei Warnpflichten gegenüber anderen Kunden
    - o Güterabwägung erforderlich, ob Schutzpflicht zu Gunsten eines anderen Kunden der Vorzug zu geben ist
  - überwiegendes Eigeninteresse der Bank
    - o Durchsetzung eigener Forderungen gegen den Kunden
    - o Abwehr von Ansprüchen des Kunden
    - o Verurteilung zur Herausgabe von Unterlagen durch ausländisches Gericht
      - jedenfalls dann, wenn bei Missachtung des Urteils Gefahr der Bestrafung bzw. von Nachteilen für ausländische Filiale oder Tochtergesellschaft besteht

## Bankgeheimnis (7)

---

- Durchbrechung des Bankgeheimnisses
  - Auskünfte gegenüber staatlichen Stellen
    - o Zivilprozess
      - Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bezüglich solcher Tatsachen, zu deren Geheimhaltung er verpflichtet ist (vgl. §§ 383 Abs. 1 Nr. 6, 384 Nr. 3 ZPO)
    - o Strafprozess
      - Bankgeheimnis ist nicht im Katalog der Berufsgeheimnisse in § 53 StPO aufgeführt
        - » kein Zeugnisverweigerungsrecht bei Vernehmung als Zeuge durch die Staatsanwaltschaft (§ 161a StPO)
        - » Erscheinens- und Aussagepflicht gilt aber nicht bei Vernehmungen durch die Polizei!
      - Anzeige einer Geldwäsche i.S. von § 261 StGB ist keine Verletzung des Bankgeheimnisses
        - » gilt auch für Anzeige von Verdachtsfällen nach § 11 GwG

## Bankgeheimnis (8)

---

- Sanktionen bei Verletzung des Bankgeheimnisses
  - Kunde hat Anspruch gegen die Bank auf Ersatz des durch die Verletzung entstandenen Schadens (§ 280 Abs. 1 BGB bzw. § 823 BGB)
  - Recht des Kunden zur fristlosen Kündigung der Geschäftsbeziehung aus wichtigem Grund
    - gilt aber nur dann, wenn durch die Verletzung besondere wirtschaftliche oder sonstige Interessen des Kunden betroffen sind, so dass ihm eine Fortsetzung der Geschäftsbeziehung unzumutbar ist
  - Abtretung von Darlehensforderungen ist nicht nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis nichtig (BGH v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08)

## Bankauskunft (1)

---

- Befugnis zur Erteilung einer Bankauskunft
  - Voraussetzungen ergeben sich aus Nr. 2 Abs. 3 AGB-Banken
    - o Auskunft über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute, sofern sich die Anfrage auf ihre geschäftliche Tätigkeit bezieht und der Bank keine anders lautende Weisung des Kunden vorliegt
      - Anfragender muss ein berechtigtes Interesse an der gewünschten Auskunft glaubhaft darlegen und es darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass schutzwürdige Belange des Kunden einer Auskunft entgegenstehen
    - o Auskünfte über Privatkunden und sonstige Kunden
      - Kunde muss generell oder im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt haben
        - » erforderlich ist eine Einwilligung (als vorherige Zustimmung) nach § 183 BGB
        - » stillschweigendes oder mutmaßliches Einverständnis genügt nicht, Einwilligung durch AGB schon

## Bankauskunft (2)

---

- Inhalt der Bankauskunft
  - zulässiger Inhalt wird in Nr. 2 Abs. 2 AGB-Banken umschrieben
    - o allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit
      - erstreckt sich auch auf den Ruf des Kunden sowie eine abschließende Kreditbeurteilung, ob der Angefragte für einen bestimmten Betrag gut ist
      - keine betragsmäßigen Angaben über Kontostand, Sparguthaben und Depotwerte
      - Scheck- und Lastschriftrückgaben sowie Wechselproteste sind zu erwähnen (BGH v. 5.7.1962 – VII ZR 199/60)
    - o Auskunft wird auf Grund der Kenntnisse erteilt, die die auskunftsgebende Geschäftsstelle hat
      - sofern Auskunft unvollständig ist, muss dies offengelegt werden
- Empfänger der Bankauskunft (Nr. 2 Abs. 4 AGB-Banken)
  - nur eigene Kunden sowie andere Kreditinstitute (Bank-zu-Bank-Auskunft)

## Bankauskunft (3)

---

- Haftung für fehlerhafte Auskünfte
  - Anspruchsgrundlage
    - o Erteilung einer falschen Auskunft ist Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, Haftung daher nach § 280 Abs. 1 BGB
      - mit Auskunftserteilung kommt ein haftungsbegründender Auskunftsvertrag zustande
        - » keine bloße Gefälligkeit, auch wenn kein Entgelt geschuldet ist
        - » § 675 Abs. 2 BGB steht einer Haftung nicht entgegen
      - bei Bank-zu-Bank-Auskunft Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Endkunde als Empfänger der Auskunft)
    - o ggf. auch Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB (i.V. mit §§ 263, 266 StGB) oder aus § 826 BGB
      - sittenwidrige Schädigung kann schon bei einer Auskunft „ins Blaue hinein“ gegeben sein



## Bankauskunft (4)

---

- Haftung für fehlerhafte Auskünfte
  - Sorgfaltspflichtverletzung als Grundlage einer Schadensersatzhaftung
    - o Auskunft muss den Kriterien Wahrheit, Klarheit und Vollständigkeit entsprechen
      - Auskunft darf daher nicht irreführend sein
        - » z.B. Erweckung eines falschen Eindrucks über die Informationsgrundlage
      - Beschränkung auf präsentenes Wissen der Filiale ist zulässig, keine Nachforschungspflicht
    - o maßgeblicher Zeitpunkt für die Richtigkeit der Auskunft ist Kenntnisstand im Zeitpunkt der Erteilung
      - keine Pflicht zur Aktualisierung einer ursprünglich zutreffenden Auskunft wegen veränderter Umstände (OLG München v. 16.11.1979 – 23 U 2521/79)
      - aber: Pflicht zur Richtigstellung einer ursprünglich fehlerhaften Auskunft

## Bankauskunft (5)

---

- Haftung für fehlerhafte Auskünfte
  - Ersatzanspruch besteht nur dann, wenn Empfänger im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft eine Vermögensdisposition getroffen hat
    - o Ersatzpflicht nach § 249 BGB beschränkt sich auf das negative Interesse
      - Vermögensschaden kann z.B. bei Insolvenz der Person, über die Auskunft eingeholt wurde, gegeben sein
    - o Kausalität wird auf Grund der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens widerleglich unterstellt
      - Beweislast für Entkräftung der Kausalitätsvermutung trägt die Bank
  - Mitverschulden des Anfragenden nach § 254 BGB?
    - o darf grds. auf die Richtigkeit der ihm erteilten Auskunft vertrauen
      - im Einzelfall kann Rückfrage aber zumutbar sein

## II. Grundlagen der Bank- und Wertpapieraufsicht

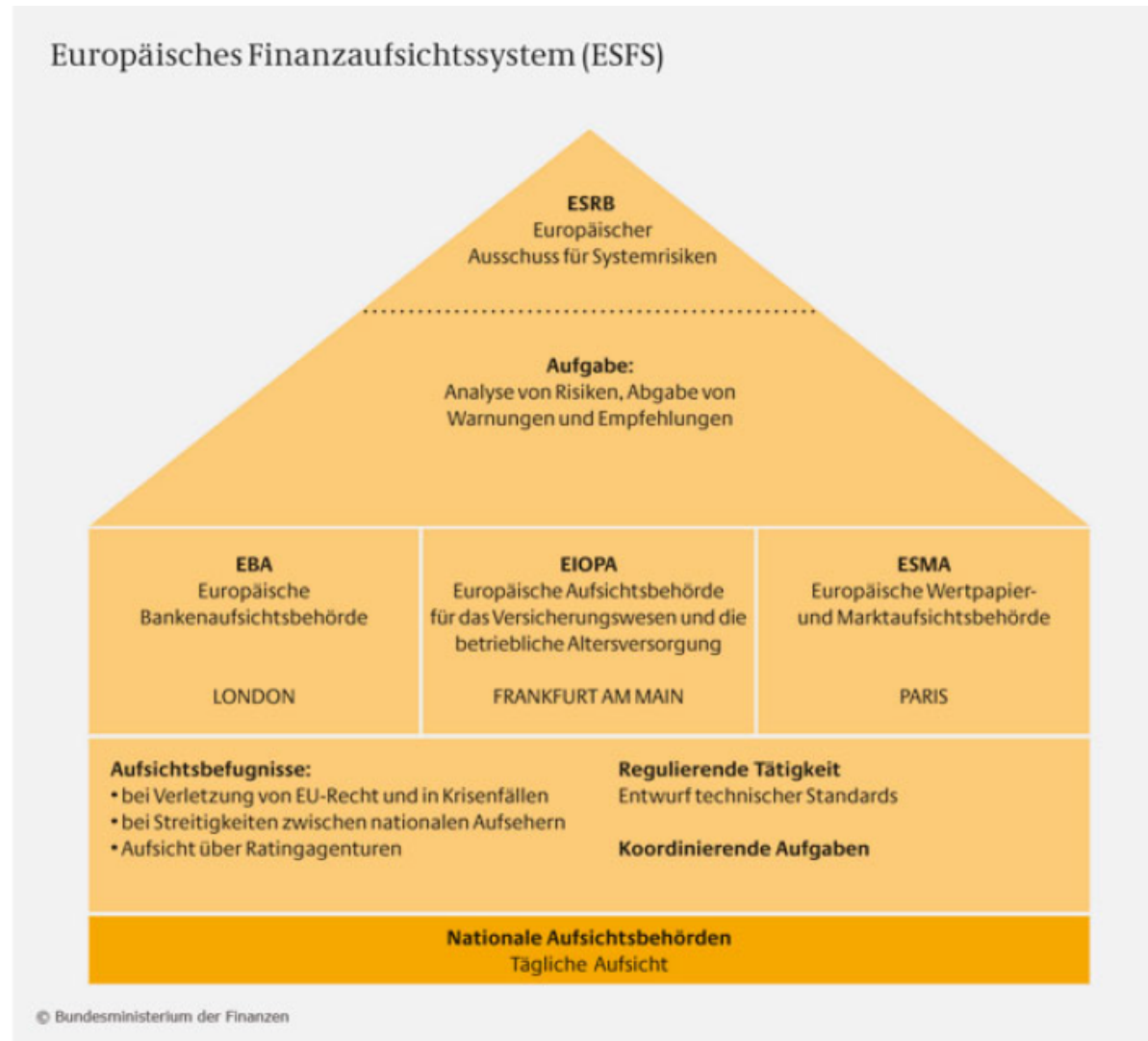
- Begriff der Allfinanzaufsicht
  - Ziel: alle relevanten Marktteilnehmer (Banken, Finanz- und Zahlungsdienstleister, KVG und Versicherungsaufsicht) sollen einer staatlichen Aufsicht unterstellt werden
    - o seit 2002: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
      - Ermächtigung durch FinDAG als zentrale Aufsichtsinstanz für weite Teile des Finanzmarktes
      - hervorgegangen aus drei Bundesoberbehörden
        - » Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BaKred)
        - » Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV)
        - » Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BA-We)

- Aufsichtsbereiche
  - Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen
    - o bislang: Einbindung auch der Deutschen Bundesbank (DBBk) in die laufende Aufsicht
      - seit 4.11.2014 ist auf Grund der SSM-VO (*Single Supervisory Mechanism*) die direkte Aufsicht über die bedeutenden deutschen Banken der EZB als Aufsichtsbehörde übertragen
    - o beaufsichtigte Marktteilnehmer: Institute i.S. von § 1 Abs. 1b KWG, d.h. Kreditinstitute (z.B. Privatbanken, Sparkassen, Genossenschaftsbanken, Bausparkassen) und Finanzdienstleistungsinstitute (z.B. Vermögensverwalter, Anlageberater, Anlagevermittler)
      - insgesamt rund 2.000 Kreditinstitute und 1.500 Finanzdienstleistungsinstitute werden durch die BaFin überwacht
    - o inhaltlich: Erlaubniserteilung, laufende Überwachung und Einwirkung auf die beaufsichtigten Institute, um Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen sicherzustellen

- Aufsichtsbereiche
  - Versicherungsgeschäfte
    - o beaufsichtigte Marktteilnehmer: 600 Versicherungsunternehmen und ca. 30 Pensionsfonds
      - Unternehmen gelten nicht als Kreditinstitute, auch wenn Bankgeschäfte betrieben werden (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 4 KWG)
        - » Vorrang der Versicherungsaufsicht
    - o inhaltlich: Erlaubniserteilung, laufende Überwachung (z.B. Qualifikation der Geschäftsleiter, Eigenkapitalanforderungen)
    - o Ziel der Aufsicht: Einhaltung der u.a. im VAG und anderen Gesetzen enthaltenen Anforderungen

- Aufsichtsbereiche
  - Wertpapier- und Börsengeschäfte
    - o Zusammenarbeit der BaFin mit weiteren Aufsichtsbehörden
      - Börsen: Länderaufsichtsbehörden üben Rechtsaufsicht aus, daneben Solvenzaufsicht über die Maklerschaft
        - » enge Zusammenarbeit mit der BaFin bei Durchsetzung der Verhaltensanforderungen nach dem WpHG
    - o inhaltlich: Verhinderung und Verfolgung von Insidergeschäften, Überwachung der Veröffentlichungspflichten von Emittenten (Ad-hoc-Publizität), Überwachung der Verhaltenspflichten im Kundenverkehr, internationale Zusammenarbeit bei der Beaufsichtigung des Wertpapierhandels

# Struktur des Europäischen Finanzaufsichtssystems (1)





- ESFS (*European System of Financial Supervision*) ist eine Reaktion auf die Finanzkrise von 2008
  - rein nationale Aufsichtsbehörden waren zur Beaufsichtigung der globalen Praktiken der Finanzbranche nicht (mehr) ausreichend
  - langwierige Verhandlungen – insbesondere Deutschland war zunächst nicht bereit, Befugnisse der nationalen Aufsichtsbehörden (BaFin/DBBk) auf die europäische Ebene zu übertragen
  - Einrichtung im Januar 2011, wichtigster Bestandteil sind die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (*European Supervisory Authorities – ESA*)
    - o EBA (*European Banking Authority*)
    - o EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*)
    - o ESMA (*European Securities and Markets Authority*)

- Aufgaben der ESA
  - Koordinierung der täglichen Arbeit der nationalen Aufsichtsbehörden
  - Entwicklung von technischen Standards für die Arbeit der nationalen Aufsichtsbehörden
    - o Erlass durch die EU-Kommission als Durchführungsverordnung mit unmittelbarer Wirkung (keine Umsetzung erforderlich!)
    - o Erarbeitung von Leitlinien und Empfehlungen
  - (nur) in Krisenfällen können die ESA die nationalen Aufsichtsbehörden zwingen, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen
    - o unmittelbare Durchgriffsrechte auf die Finanzinstitute, wenn das Funktionieren der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems bedroht ist

- Europäischer Ausschuss für Systemrisiken (*European Systemic Risk Board – ESRB*)
  - Sitz bei der EZB in Frankfurt
    - o EZB selber ist kein offizieller Bestandteil des ESFS, sie wird im Bereich Bankenregulierung und Bankenaufsicht lediglich beratend tätig
  - Aufgaben
    - o Überwachung der Stabilität des gesamten Finanzsystems, daher ständiger Informationsaustausch mit den drei ESA

- Abgrenzung Aufgabenverteilung zwischen EZB und EBA
  - EZB wird im Rahmen des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus' (*Single Supervisory Mechanism – SSM*) seit November 2014 unmittelbar – anstelle der nationalen Aufsichtsbehörden – bei der Bankenaufsicht tätig
    - o erfasst werden nur die systemrelevanten Banken (Bilanzsumme über € 30 Mrd. oder 20% der Wirtschaftsleistung des Landes)
      - derzeit werden nur rund 150 bis 200 Banken unmittelbar von der EZB überwacht
  - EBA: Entwicklung von einheitlichen Aufsichtsstandards für die 28 Mitgliedstaaten der EU
    - o zuständig für die Überwachung der Banken bleiben (weiterhin) die nationalen Aufsichtsbehörden

- Zielsetzung der Aufsicht
  - Funktionenschutz
    - o vgl. auch § 6 Abs. 2 KWG: Missstandsaufsicht als vorbeugende Gefahrenabwehr
      - Gewährleistung eines funktionierenden Bankensystems
        - » Zahlungsverkehrssystem
        - » Sicherstellung der Kreditversorgung
        - » Gläubigerschutz bzw. Einlagensicherung
  - Individualschutz
    - o Schutz der Gesamtheit der Bankkunden
    - o Schutz einzelner Kunden nur als Rechtsreflex der Aufsichtstätigkeit (vgl. § 4 Abs. 4 FinDAG)
      - Rechtsfolge: keine Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB i.V. mit Art. 34 GG
    - o Drittschutz möglich über § 32 Abs. 1 KWG als Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB

- Rechtsgrundlagen der Aufsicht
  - internationale Vorgaben
    - o Regelungen des Baseler Ausschusses (*Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*)
      - insbesondere: Eigenmittelanforderungen und Regelungen zum qualitativen Risikomanagement
      - BCBS ist der BIZ angegliedert
        - » besteht aus Repräsentanten der Zentralbanken und Aufsichtsbehörden von 27 Mitgliedstaaten
        - » 1974 gegründet (als Gremium der Zentralbanken der G10-Staaten)
        - » Gliederung in 4 Unterausschüsse
      - Rechtsnatur von Empfehlungen?
        - » keine direkte Wirkung, i.d.R. Überführung durch europarechtliche Regelungen

- Rechtsgrundlagen der Aufsicht
  - internationale Vorgaben
    - o EU-Richtlinien
      - Beschleunigung der Rechtssetzung durch das Lamfalussy-Verfahren
        - » Festlegung (nur) von Rahmenregelungen
        - » Konkretisierung durch die EU-Kommission mittels technischer Regulierungs- und Durchführungsstandards
        - » formale Verabschiedung durch Verordnung oder Beschluss
    - o EU-Verordnungen
      - allgemeine Geltung ohne Umsetzung in nationales Recht
        - » z.B. SSM-VO, CRR

- Rechtsgrundlagen der Aufsicht
  - nationale Vorgaben
    - o KWG
      - Rahmenbedingungen für das Betreiben von Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen durch Struktur- und Verhaltensnormen
    - o Rechtsverordnungen
      - InhKontrollV, AnzV, SolvV, LiqV, InstitutsVergV
    - o Verwaltungsvorschriften der Aufsicht (Rundschreiben, Merkblätter, Mitteilungen)
      - Ziel: Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung
        - » Rechtsnatur: norminterpretierende Verwaltungsvorschriften
        - » Bindungswirkung im Außenverhältnis?



- Begriffsbestimmungen
  - **Kreditinstitut:** Unternehmen, das gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte im Inland betreibt
    - o u.a. Einlagengeschäft, Kredit- und Depotgeschäft
  - **Finanzdienstleistungsinstitut:** Unternehmen, das im Inland nur Finanzdienstleistungen, aber keine Bankgeschäfte betreibt
    - o Einordnung als Finanzdienstleistungsinstitut ist subsidiär zur Qualifikation als Kreditinstitut
    - o u.a. Anlageberatung, Anlagevermittlung, Vermögensverwaltung
  - **Wertpapierdienstleistungsunternehmen:** Oberbegriff für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute
  - **wichtig:** Abgrenzung zu „freien“ Finanzdienstleistern, die nur über eine Erlaubnis nach § 34f GewO verfügen und nicht der Aufsicht durch die BaFin, sondern nur einer gewerberechtlichen Überwachung unterliegen

- Adressatenkreis und regulierte Tätigkeiten
  - allgemeine Anforderungen
    - o Betreiben von Bankgeschäften (§ 1 Abs. 1 KWG) und Erbringen von Finanzdienstleistungen (§ 1 Abs. 1a KWG)
      - Geschäfte müssen gewerbsmäßig betrieben werden
        - » auf Dauer angelegt
        - » Gewinnerzielungsabsicht
      - alternativ: Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs
        - » unerheblich, soweit bereits Gewerbsmäßigkeit gegeben ist
    - o erforderlich ist immer ein Inlandsbezug
      - Grundsatz der Heimatlandaufsicht bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten

- Einzelne Bankgeschäfte
  - Einlagengeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG)
    - o Annahme fremder Gelder als Einlagen
      - Hereinnahme von Bar- oder Buchgeld
      - unbedingter Rückzahlungsanspruch
      - freie Verfügungsmacht des Kreditinstituts über die hereingenommenen Gelder
    - o *oder* Annahme anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums,
      - nicht: institutionelle Investoren wie andere Kreditinstitute
    - o sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird
    - o unerheblich: Vergütung von Zinsen

- Einzelne Bankgeschäfte
  - Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG)
    - o Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten
      - Gelddarlehen: zivilrechtlicher Vertrag i.S. von § 488 BGB
        - » auch: Kreditlinien in Form von Kontokorrentkrediten
      - Akzeptkredit
        - » Verpflichtung zur Annahme und Einlösung eines vom Kunden ausgestellten Wechsels
      - nicht:
        - » Wertpapierdarlehen bzw. Wertpapierleihe
        - » Arbeitgeberdarlehen (zur Finanzierung von Wohnungseigentum)
        - » Vorschüsse auf Lieferungen oder Leistungen von Unternehmen
        - » Factoring und Leasing

- Einzelne Bankgeschäfte
  - Finanzkommissionsgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG)
    - o Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten (§ 1 Abs. 11 KWG) im eigenen Namen für fremde Rechnung
      - erfüllt sein müssen Tatbestandsmerkmale des Kommissionsgeschäfts i.S. von §§ 383 ff. HGB
        - » Auftrag des Kunden
        - » Handeln im Interesse und entsprechend der Weisungen des Kunden
  - Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG)
    - o Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere
      - alternative Erbringung genügt!
        - » erfasst werden nur unverschlossene Depots (offene Verwahrung), nicht Schließ- und Schrankfächer

- Einzelne Finanzdienstleistungen
  - abschließender Katalog in § 1 Abs. 1a S. 2 KWG, u.a.
    - o Anlagevermittlung (Nr. 1): Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten
      - Weitergabe von Aufträgen des Kunden als Bote (nicht: Stellvertreter)
    - o Anlageberatung (Nr. 1a): Abgabe von persönlichen Empfehlungen in Bezug auf Finanzinstrumente
      - nicht: Empfehlungen an unbestimmten Personenkreis (z.B. durch Pressemitteilungen oder Kundenmagazine)
    - o Finanzportfolioverwaltung (Nr. 3): Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum
      - Kunde überträgt Dispositionsbefugnis auf Verwalter, der als Stellvertreter handelt

- Definition des Begriffes Finanzinstrumente in § 1 Abs. 11 KWG und (inhaltsgleich) in § 2 Abs. 2b WpHG
  - erfasst werden zunächst alle Arten von (übertragbaren) Wertpapieren wie z.B. Aktien und Schuldtitel, Derivate sowie Anteile an (offenen und geschlossenen) Investmentvermögen
  - erhebliche Ausweitung des Begriffes Finanzinstrumente in den letzten Jahren durch Einbeziehung der Anlagen nach § 1 Abs. 2 VermAnlG
    - o erst seit dem 1.6.2012 sind auch geschlossene Beteiligungen (z.B. Anteile an einer GmbH & Co. KG) Finanzinstrumente
      - vorher: „grauer“ (unregulierter) Kapitalmarkt; seit 22.7.2013 Einbeziehung als AIF in § 1 Abs. 1 KAGB
    - o Umqualifizierung von bestimmten Anlagen zu Finanzinstrumenten durch das Kleinanlegerschutzgesetz mit Wirkung vom 10.7.2015
      - Genussrechte, partiarische Darlehen, Nachrangdarlehen

- Ausnahmen von der Zulassungspflicht
  - wer ausschließlich die Anlageberatung und die Anlagevermittlung bezüglich Anteilen an (offenen und geschlossenen) Investmentvermögen sowie Vermögensanlagen i.S. von § 1 Abs. 2 VermAnlG (u.a. Treuhandbeteiligungen, Genussrechte, Namensschuldverschreibungen) betreibt, ist nach § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 8 KWG **kein Finanzdienstleistungsinstitut** (obwohl die Produkte Finanzinstrumente sind!) und nach § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG **kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen** (sog. Fondsprivileg)
  - vertraglich gebundene Vermittler, die nur die Anlagevermittlung bzw. die Anlageberatung betreiben, gelten nicht als Finanzdienstleistungsinstitute bzw. Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 2 Abs. 10 KWG bzw. § 2a Abs. 2 WpHG)



- Rechtsfolgen bei fehlender Erlaubnis
  - das Betreiben von Bankgeschäften bzw. das Erbringen von Finanzdienstleistungen ohne die nach § 32 Abs. 1 KWG erforderliche Erlaubnis durch die BaFin wird nach § 54 Abs. 1 KWG mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahre oder Geldstrafe geahndet!
    - o bei fahrlässiger Begehung reduziert sich der Strafraum auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe (§ 54 Abs. 2 KWG)
      - daneben auch zivilrechtliche Haftung, da § 32 Abs. 1 KWG Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB ist!