

JENS-PETER MÜLLER

Die Anteilseignerkontrolle bei Banken

Ein Beitrag zum Bankaufsichtsrecht

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 78



Jens Peter Müller Die Anteilseignerkontrolle bei Banken

78



TENEA

Juristische Reihe

TENEA / www.jurawelt.com

Die Großaktionäre der Banken und Investoren, die eine sogenannte »bedeutende Beteiligung« an einer Bank erwerben wollen, unterliegen einer besonderen Zuverlässigkeitskontrolle der Bankenaufsicht. Das zugrunde liegende Verfahren wird als Anteilseignerkontrolle bezeichnet. Dieses Kontrollverfahren, das im Kreditwesengesetz geregelt ist, wird in der vorliegenden Arbeit untersucht. Um den Zusammenhang aufzuzeigen, in dem die Anteilseignerkontrolle steht, werden auch die Grundzüge der allgemeinen Aufsicht über die nach dem Kreditwesengesetz beaufsichtigten Unternehmen dargestellt. Sodann werden die Schwachstellen des gegenwärtigen Regelwerks zur Anteilseignerkontrolle im Bankenbereich aufgezeigt und Änderungsvorschläge gemacht.

Jens-Peter Müller ist Jurist und Bankkaufmann. Er war von April 1992 bis Mai 1995 als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtswissenschaft der Technischen Universität Berlin beschäftigt. Seit Mai 1995 ist er in der Bankaufsicht tätig.

TENEAE

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 78



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

Jens-Peter Müller

Die Anteilseignerkontrolle bei Banken

Ein Beitrag zum Bankaufsichtsrecht

TENEA



Jens-Peter Müller:

Die Anteilseignerkontrolle bei Banken.
Ein Beitrag zum Bankaufsichtsrecht

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 78)

Zugleich Freie Universität Berlin
Dissertation 2002

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2004

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Bookstation GmbH · 78244 Gottmadingen

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-098-5

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde Ende April 2002 als Dissertation beim Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin eingereicht und ist zwischenzeitlich angenommen worden. Die Regierungsentwürfe eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht und eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes konnten noch berücksichtigt werden (vgl. B. III. 2. und E.). Meinem Doktorvater, Herrn Universitätsprofessor Dr. Markus Heintzen, habe ich zu danken für verschiedene Anregungen, die zu einer Abrundung der Arbeit beigetragen haben. Dem Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin, Herrn Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan, danke ich für die Zweitbegutachtung.

Berlin, im März 2003

Jens-Peter Müller

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	X
A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Gang der Untersuchung	5
B. Grundlagen	8
I. EG-rechtlicher Hintergrund	8
1. Anteilseignerkontrolle bei EG-Kreditinstituten	8
a) Harmonisierung wesentlicher Aufsichtsregeln	8
b) EG-rechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle	10
2. Anteilseignerkontrolle bei EG-Wertpapierfirmen	11
II. Zur Begrifflichkeit	13
1. Kreditinstitute	13
2. Finanzdienstleistungsinstitute	14
3. Bank, Bankier und Sparkasse	15
4. Institute	15
5. „Technische Hilfsbegriffe“	16
a) Handelsbuchinstitute/Nichthandelsbuchinstitute	16
b) Weitere Unternehmensformen	16
c) Geschäftsleiter	17
d) Inhaber	18
e) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung	18
f) Anteilseigner	18

III. Grundzüge der Gewerbeaufsicht nach dem KWG (ohne Anteilseignerkontrolle)	19
1. Grundgedanke und systematische Einordnung der Bankenaufsicht	19
2. Aufgabenteilung zwischen dem BAKred, der Deutschen Bundesbank und dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel	21
3. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	23
4. Wesentliche Anforderungen an den Geschäftsbetrieb der Institute	25
a) Eigenmittel und Liquidität	25
aa) Angemessene Eigenmittel	25
bb) Anforderungen an die Liquidität	28
b) Kreditgeschäft	29
c) Organisatorische Pflichten	31
5. Meldewesen und Prüfungsrechte	32
6. Instrumentarium zur Durchsetzung der Anforderungen an den Geschäftsbetrieb der zugelassenen Institute	34
a) Schlichtes Verwaltungshandeln	34
b) Festsetzung eines Korrekturpostens auf das haftende Eigenkapital	35
c) Maßnahmen bei unzureichenden Eigenmitteln oder unzureichender Liquidität	35
d) Maßnahmen bei (konkreter) Gefahr	36
e) Maßnahmen bei Insolvenzgefahr	37
f) Verlangen der Abberufung von Geschäftsleitern	38
g) Generalklausel	38
h) Aufhebung der Erlaubnis	39
7. Einschreiten gegen ungesetzliche Geschäfte	40
8. Verwaltungszwang	40
9. Einlagensicherung und Anlegerentschädigung	41
10. Grenzen der Wirksamkeit der Bankenaufsicht	43

IV.	Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten	44
V.	Der Begriff „bedeutende Beteiligung“ (§ 1 Abs. 9 KWG)	46
	1. Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 9 KWG	46
	2. Sinn und Zweck des § 1 Abs. 9 KWG	47
	3. Merkmale des Begriffs „bedeutende Beteiligung“	49
	a) Erreichen des Schwellenwertes von 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte (§ 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG)	49
	aa) Überblick	49
	bb) Beteiligungsbegriff und Berechnungsregeln	50
	cc) Unmittelbares Halten einer Beteiligung	51
	dd) Fallgruppen des mittelbaren Haltens einer Beteiligung	52
	aaa) Über ein oder mehrere Tochterunternehmen	52
	bbb) Über ein gleichartiges Verhältnis	53
	ccc) Durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen	53
	ddd) Zurechnung von Stimmrechten durch die Verweisung auf § 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes	55
	b) Möglichkeit der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses (§ 1 Abs. 9 Satz 1 zweite Alternative KWG)	57
	aa) Maßgeblicher Einfluss	58
	aaa) Gegenstand der Einflussnahme	58
	bbb) Intensität der Einflussnahme	59
	ccc) Indizien für einen maßgeblichen Einfluss	59
	ddd) Definition	59
	eee) Maßgeblicher Einfluss aufgrund einer Interessenkoordination zwischen mehreren Anteilseignern	61
	bb) Keine tatsächliche und laufende Ausübung des Einflusses erforderlich	63
	cc) Erfordernis einer Beteiligung	63
	4. In der Literatur erhobene Kritik an dem Schwellenwert von 10% (§ 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG)	64
	5. Verhältnis der ersten zur zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG	66
	6. „Inhaber“ einer bedeutenden Beteiligung	66
VI.	Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung	68
	1. Erfordernis der Zuverlässigkeit	68
	a) Vorüberlegungen	69

aa) Gewerberechtliches Kriterium der Zuverlässigkeit	69
bb) Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter eines Instituts	70
cc) Bankfachliche Eignung der Geschäftsleiter eines Instituts	71
b) Präzisierung des auf den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezogenen bankrechtlichen Zuverlässigkeitsbegriffes	72
aa) Keine bankfachliche Eignung	72
bb) Aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit	74
cc) Bedeutung des Auffangtatbestandes	75
c) Beweislastverteilung, Prognoseentscheidung	76
d) Einzelne Tatsachen, die auf eine aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit schließen lassen können	78
aa) Einschlägige Vorstrafen und Strafverfahren	78
bb) Nichterfüllung aufsichtsrechtlicher Verpflichtungen	81
cc) Nicht nachvollziehbare Beschaffung von Geldern	82
dd) Mangelnde wirtschaftliche Plausibilität der Investition	83
ee) Mangelnde finanzielle Solidität des Erwerbers	84
2. Intransparenztatbestand	84
a) Änderungen durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz	84
aa) Beweiserleichterung	85
bb) Einbindung in einen Unternehmensverbund	86
cc) Misslungene Straffung des Wortlautes	87
aaa) Strukturelle Intransparenz	88
bbb) Wirtschaftliche Intransparenz	89
dd) Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht als Eingriffsgrund	90
b) Vorschlag für eine erneute Änderung	91
3. Erfordernis einer wirksamen Aufsicht im Herkunftsstaat für ausländische Institute, die eine Mehrheitsbeteiligung an einem inländischen Institut erwerben wollen	92
C. Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle	94
I. Das selbstständige Kontrollverfahren nach § 2b KWG	94
1. Überblick über das Kontrollverfahren	94
2. Überblick über bestimmte Regelungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, die sich mit der Anteilseignerkontrolle überschneiden können	95
a) Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten bei Veränderungen	

des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften	95
b) Wettbewerbsrechtliche Zusammenschlusskontrolle	97
c) Regelungen für Unternehmensübernahmen	99
d) Verhältnis zur Anteilseignerkontrolle	99
3. Präventive Erwerbskontrolle gemäß § 2b Abs. 1 und 1a KWG	101
a) Anzeigepflichten und Sachverhaltsermittlung	101
b) Untersagung des Erwerbs	103
aa) Voraussetzungen	103
bb) Ermessen	103
cc) Auswirkungen der Untersagung	104
dd) Kein (Erwerbs-) Vollzugsverbot während der Dreimonatsfrist	105
ee) Besonderheiten beim Rechtsschutz	106
4. Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG	106
a) Eingriffsvoraussetzungen	107
aa) Verweisung auf § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG	107
bb) Verletzung der Anzeigepflicht gemäß § 2b Abs. 1 KWG	107
cc) Erwerb entgegen einer vollziehbaren Untersagung	108
b) Maßnahmenkatalog	109
aa) Untersagung der Ausübung der Stimmrechte	109
bb) Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder	111
aaa) Bestellung des Treuhänders	111
bbb) Aufgaben und Stellung des Treuhänders	113
cc) Anordnung einer Verfügungsbeschränkung	116
dd) Erzwingung der Veräußerung von Anteilen	117
aaa) Fristsetzung	118
bbb) Beauftragung eines Treuhänders	118
c) Ermessen	120
d) Besonderheiten beim Rechtsschutz	121
5. Erhöhung des Betrages der bedeutenden Beteiligung	121
6. Anhörungsverfahren und Unterrichtungspflichten beim grenzüberschreitenden Beteiligungserwerb	122
II. Maßnahmen gegenüber Finanzholding-Gesellschaften	124

III.	Anteilseignerkontrolle im Zulassungsverfahren	126
IV.	Aufhebung der Erlaubnis des betroffenen Instituts	128
V.	Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechte	129
	1. Gründe für die Neufassung des § 44b KWG	129
	2. Umfang und Voraussetzungen	130
	a) Erfasster Personenkreis	130
	b) Auskunfts- und Vorlageersuchen	131
	c) Anordnung einer Prüfung	132
D.	Vereinbarkeit der durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz neu eingeführten Aufsichtsmittel mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt	133
I.	Erzwingung der Veräußerung von Anteilen (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG)	133
	1. Anwendbarkeit deutscher Grundrechte neben dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz	134
	a) Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und Überblick über die Ausgestaltung des europäischen Grundrechtsschutzes	134
	b) Sichtweise des deutschen Verfassungsrechts	135
	aa) „Solange-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts	136
	bb) Folgerungen für die Bindung des Gesetzgebers an deutsche Grundrechte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien	138
	cc) Ausnutzung von Umsetzungsspielräumen beim Erlass des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG	139
	2. Art. 14 GG	142
	a) Schutzbereich	142
	b) Bedeutung des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG (Junktimklausel)	143
	c) Zur Frage, ob ein Enteignungsgesetz oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt	145
	aa) Begriffsbestimmungen	145
	bb) Problematik des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG	147
	cc) Problematik der Konkretisierung des die Enteignung kennzeichnenden Merkmals „zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“	149

dd) Analyse der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	149
aaa) Entscheidung zum Viehseuchengesetz aus dem Jahre 1966	149
bbb) Entscheidung zur naturschutzrechtlichen Bindung des Eigentums aus dem Jahre 1989	151
ccc) Entscheidung zur Grundstückssanierung bei Altlasten aus dem Jahre 2000	152
d) Zwischenergebnis	153
e) Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen	153
aa) Prüfungsmaßstab	153
bb) Verhältnismäßigkeit	154
aaa) Regelungszweck und Umfang der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers	154
bbb) Geeignetheit	155
ccc) Erforderlichkeit	155
ddd) Zumutbarkeit	158
eee) Nichtanwendbarkeit der besonderen Anforderungen an Ausgleichsregelungen	158
3. Art. 12 GG	160
a) Eingriff in den Schutzbereich	160
b) Rechtfertigung (Schranken)	160
4. Art. 2 Abs. 1 GG	162
5. Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt	162
a) Vorüberlegungen	162
b) Die einschlägigen Grundfreiheiten	163
aa) Kapitalverkehrsfreiheit	163
bb) Niederlassungsfreiheit	163
c) Aufsicht über Finanzinstitute als Beschränkungsgrund	164
aa) Voraussetzungen der Rechtfertigung	164
bb) Anwendbarkeit auf die Niederlassungsfreiheit	165
cc) Prüfung der Voraussetzungen des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG	166
aaa) Finanzinstitut	166
bbb) Verhinderung eines Rechtsbruchs	167
ccc) Verhältnismäßigkeit	167
ddd) Diskriminierungsverbot	167

dd) Bedeutung der Gemeinschaftsgrundrechte bei der Auslegung und Anwendung des Beschränkungsgrundes	168
ee) Vorüberlegungen zur Prüfung der Gemeinschaftsgrundrechte	168
ff) Eigentumsrecht	169
aaa) Ausgestaltung	169
bbb) Prüfungsumfang im Hinblick auf § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG	171
gg) Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit	173
6. Zwischenergebnis	174
II. Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (§ 2b Abs. 2 Satz 1 KWG)	175
E. Ausblick auf das geplante Vierte Finanzmarktförderungsgesetz	176
I. Ergänzung der bankaufsichtsrechtlichen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle	177
1. Begriff der bedeutenden Beteiligung (§ 1 Abs. 9 KWG)	177
2. Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung	177
a) Erfordernis der Zuverlässigkeit	178
b) Intransparenzstatbestand	181
c) Erfordernis einer wirksamen Aufsicht im Herkunftsstaat für ausländische Institute, die eine Mehrheitsbeteiligung an einem inländischen Institut erwerben wollen	182
3. Überarbeitung des § 2b Abs. 1 KWG	183
4. Ergänzung des § 44b KWG	184
II. Angleichung der versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle	185
III. Einführung einer Anteilseignerkontrolle für Träger einer Börse	187
F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	188
I. Gewerbeaufsicht über Institute im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG	188
1. Zweck der Bankenaufsicht	188
2. Der Bankenaufsicht unterstehende Unternehmen	188
3. Spezielle Gewerbeaufsicht über die zugelassenen Institute	189
4. Grenzen der Wirksamkeit der Bankenaufsicht	190

II.	Anteilseignerkontrolle bei Instituten im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG	191
	1. Aufgabe neben dem klassischen Instrumentarium der Bankenaufsicht	191
	2. Einzelergebnisse	191
	a) Begriff der bedeutenden Beteiligung	191
	aa) Sinn und Zweck der Definition	191
	bb) Merkmale	191
	b) Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung	193
	c) Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle	194
	aa) Selbständiges Kontrollverfahren nach § 2b KWG	194
	aaa) Präventive Erwerbskontrolle	195
	bbb) Erwerberkontrolle	196
	bb) Anteilseignerkontrolle im Zulassungs- und Erlaubnisaufhebungsverfahren	198
	cc) Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechte	198
	d) Vereinbarkeit der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung und der Erzwingung der Veräußerung von Anteilen mit deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt	198
III.	Ausblick auf das geplante Vierte Finanzmarktförderungsgesetz	199
	Literaturverzeichnis	200

Abkürzungsverzeichnis

Wegen der im Text und in den Fußnoten verwendeten Abkürzungen wird, soweit diese nicht ohnehin üblich und allgemeinverständlich sind, auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, 1993, verwiesen.

A. Einleitung

I. Problemstellung

Dass Großaktionäre von Banken einer Zuverlässigkeitskontrolle der Bankenaufsicht unterliegen, ist erst in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gelangt, als die Cobra Beteiligungsgesellschaft mbH, eine Tochtergesellschaft der „weitgehend unbekanntem niederländischen Finanzholding Rebon B. V.“¹, im April 2000 eine „bedeutende Beteiligung“ (§ 1 Abs. 9 KWG) an der Commerzbank AG erwarb. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung berichtete in diesem Zusammenhang, dass das zuständige Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) in mehreren Fällen Interessenten die Beteiligung an einer Bank verwehrt habe.² Noch häufiger komme es vor, dass potentielle Käufer von ihrem Vorhaben Abstand nähmen, sobald sie erfahren, wie umfassend die Auskunftspflicht sei. So hätten etwa russische und arabische Finanziers, die jeweils eine kleinere deutsche Bank übernehmen wollten, einen Rückzieher gemacht, als sie Auskünfte erteilen sollten; die Behörde habe Anhaltspunkte gehabt, dass die Bank für das Waschen von Drogengeldern benutzt werden sollte.³

Im Juli 2000 untersagte das BAKred der Cobra Beteiligungsgesellschaft (Cobra) die Ausübung der Stimmrechte an der Commerzbank.⁴ Die Beteiligungsgesellschaft warf dem Aufsichtsamt öffentlich vor, es wolle in falsch verstandenem Interesse der Banken einen als lästig empfundenen Aktionär ausmanövrieren, auch um einen Verkauf an ausländische Investoren zu verhindern oder zu erschweren.⁵ Das BAKred erklärte demgegenüber, es habe nur „seine gesetzliche Befugnis ausgeübt, dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung, dessen gesetzlicher Vertreter als unzuverlässig angesehen wird, die Ausübung der Stimmrechte zu untersagen und die weiteren gebotenen bankaufsichtlichen Maßnahmen zu ergreifen.“⁶ Die Cobra

¹ Focus 18/2000, S. 278.

² FAZ vom 27. Mai 2000, S. 16.

³ FAZ, a. a. O. unter Bezugnahme auf eine Sprecherin des BAKred.

⁴ Handelsblatt vom 18. Juli 2000, S. 1; Süddeutsche Zeitung vom 18. Juli 2000, S. 21.

⁵ Vgl. Presseerklärung des BAKred vom 21. Juli 2000 (abrufbar im Internet unter <http://www.bakred.de>), die sich auf eine Pressekonferenz der Cobra vom 20. Juli 2000 bezieht.

⁶ Presseerklärung des BAKred a. a. O. Aus Berichten in der Börsenzeitung und der FAZ ergibt sich, dass der Geschäftsführer der Cobra erklärt habe, die Verfügung des BAKred stütze sich allein auf einen steuerrechtlichen Verstoß, den er 1997 selbst angezeigt habe und der straffrei geblieben sei (vgl. Börsenzeitung vom 18. Juli 2000, S. 1; FAZ vom 18. Juli 2000, S. 17). In der Süddeutschen Zeitung hieß es demgegenüber, in Bankenkreisen sei zu hören, dass sich die Cobra mit der Zurverfügungstellung von ausreichenden und aussagekräftigen Unterlagen viel Zeit gelassen und die Ge-

zeigte dem BAKred mit vom 3. Januar 2001 datierendem Schreiben die Rückführung ihres Stimmrechtsanteils an der Commerzbank AG auf unter 10 % an. Daraufhin forderte das Aufsichtsamt die Cobra mit Schreiben vom 22. Januar 2001 auf, Nachweise für die Rückführung ihres Stimmrechtsanteils zu erbringen. Die angeforderten Unterlagen wurden dem BAKred erst nach vorheriger Androhung eines Zwangsgeldes mit Schreiben vom 3. Mai 2001 übersandt. Das Aufsichtsamt hob schließlich am 11. Mai 2001 die gegen die Cobra gerichtete Untersagung der Stimmrechtsausübung vom Juli 2000 mit der Begründung auf, das Aufsichtsamt gehe davon aus, dass die Cobra keine bedeutende Beteiligung an der Commerzbank im Sinne von § 1 Abs. 9 KWG mehr halte.⁷

Im Juni 2000 war außerdem bekannt geworden, dass das BAKred bereits im Dezember 1999 zwei Gesellschaften der „Göttinger Gruppe“ untersagt hatte, „ihre Stimmrechte bei einem der Aufsicht des Amtes unterliegenden Kreditinstitut auszuüben“, und die Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder angeordnet hatte.⁸ Das BAKred bezweifelte die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Anlageangebote der Gesellschaften, beurteilte das wirtschaftliche Konzept als nicht solide und das geschäftliche Gebaren als unseriös.⁹ Demgegenüber vertrat die Göttinger Gruppe die Ansicht, die der Einschätzung des BAKred zugrunde liegenden Erkenntnisse des Bankenprüfverbandes hätten sich nicht als stichhaltig erwiesen; die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Unternehmens und die Seriosität des Anlagekonzepts werde durch Gutachten bestätigt.¹⁰

Die Beispiele verdeutlichen, dass Anlass besteht, die Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle¹¹ in allgemeiner Form zu untersuchen. Dies gilt umso mehr, als dass sich beispielsweise

duld der Aufseher auf eine harte Probe gestellt habe (Süddeutsche Zeitung vom 18. Juli 2000, S. 21).

⁷ Vgl. zu alledem Presseerklärung des BAKred vom 11. Mai 2001, <http://www.bakred.de>.

⁸ Presseerklärung der Göttinger Gruppe vom 5. Juni 2000, <http://www.goettinger-gruppe.de> und Presseerklärung des BAKred vom 8. Juni 2000, <http://www.bakred.de>.

⁹ Presseerklärung des BAKred, a. a. O.

¹⁰ Vgl. Presserklärung der Göttinger Gruppe vom 5. Juni 2000, <http://www.goettinger-gruppe.de> sowie die weiteren Darstellungen auf der Homepage der Göttinger Gruppe.

¹¹ Der Begriff „Anteilseignerkontrolle“ wird in dem Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes verwendet (BT-Drs. 13/9874, S. 2) und entspricht dem Sprachgebrauch der Praxis (zum Begriff „Anteilseigner“ vgl. B II. 5. f)).

selbst die Deutsche Bank AG nicht sicher fühlt vor einem „heimliche(n) Aufkauf großer Aktienpakete durch Dritte wie zuletzt bei der Commerzbank durch die Investorengruppe Cobra.“¹²

Einen weiteren Anlass dafür, die Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle näher zu beleuchten, geben die Änderungen, die durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz¹³ erfolgt sind, sowie die im Regierungsentwurf eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes¹⁴ vorgesehenen Änderungen:¹⁵

Die Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle (insbesondere §§ 1 Abs. 9, 2b, 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 44b des Gesetzes über das Kreditwesen – KWG -) wurden am 1. Januar 1993 durch die 4. KWG-Novelle in das Gesetz eingefügt, um der Verpflichtung zur Umsetzung der Art. 1 (Nr. 10), 5 und 11 der Zweiten EG-Bankrechtskoordinierungsrichtlinie nachzukommen. Durch Art. 16 des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes wurden die betreffenden Vorschriften des KWG mit Wirkung zum 1. April 1998 weitgehend neu gefasst. Beweggrund für die umfassenden Änderungen war nicht etwa eine Änderung des zugrunde liegenden EG-Rechts. Vielmehr gehen die Änderungen zurück auf eine Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages. Aus dessen Begründung lässt sich entnehmen, dass der Zweck der Anteilseignerkontrolle mit den Vorschriften aus dem Jahre 1993 „in etlichen Fällen nicht erreicht werden konnte.“¹⁶ Der Finanzausschuss des deutschen Bundestages hatte bei den Regelungen aus dem Jahre 1993 erhebliche Schwachstellen¹⁷ ausgemacht und sah sich daher dazu veranlasst, Empfehlungen für eine Neufassung auszusprechen.¹⁸ Diese Empfehlungen hat der Gesetzgeber unverändert übernommen.

Hervorzuheben sind dabei folgende vier Änderungen, die durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz erfolgt sind:

¹² Der Tagesspiegel vom 10. Juni 2000, S. 21 unter Bezugnahme auf den Vorstandssprecher der Deutsche Bank AG; siehe auch den Bericht in der Financial Times Deutschland vom 13. Juni 2000, S. 23 mit der Überschrift „Vorstandschef Breuer fürchtet Angriff auf die Deutsche Bank“.

¹³ Gesetz vom 24. März 1998 (BGBl. I S. 529).

¹⁴ BR-Drs. 936/01.

¹⁵ Es liegt nahe anzunehmen, dass die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe die praktischen Erfahrungen aus den eingangs geschilderten Fällen bei den genannten Gesetzgebungsaktivitäten berücksichtigt haben.

¹⁶ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138.

¹⁷ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu §§ 1 Abs. 9, 2b, 33 und 44b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138 ff. und 142.

¹⁸ Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Änderung des KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 93 ff.

- Erweiterung der Definition der bedeutenden Beteiligung (§ 1 Abs. 9 KWG),
- Beweiserleichterungen bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit eines Anteilseigners,
- verbesserte Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung und
- Einführung neuer Aufsichtsmittel (Anordnung einer Verfügungsbeschränkung sowie Zwangsveräußerung von Anteilen).

Die im Rahmen des Regierungsentwurfs eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes geplante Ergänzung des Regelwerks zur Anteilseignerkontrolle soll vor allem der Bekämpfung der internationalen Geldwäsche dienen.¹⁹

Das Augenmerk soll allerdings nicht allein auf die genannten Aktivitäten im Bereich der Gesetzgebung gerichtet werden. Es ist vielmehr das Ziel der Arbeit, auch auf die Grundlagen der Anteilseignerkontrolle einzugehen und das Kontrollverfahren mit den anderen Instrumentarien der Bankenaufsicht zu vergleichen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das Bankaufsichtsrecht noch nicht hinreichend durch eine rechtswissenschaftliche Forschung durchdrungen ist.²⁰ Es gibt insbesondere bislang keine Darstellung, die sich im Einzelnen mit den Instrumentarien der Bankenaufsicht auseinandersetzt und dabei verdeutlicht, wie die gesetzlichen Anforderungen an den Geschäftsbetrieb der beaufsichtigten Institute in der Aufsichtspraxis durchgesetzt werden. Um den Zusammenhang aufzuzeigen, in dem die Anteilseignerkontrolle steht, ist es erforderlich, diese Lücke zu schließen. Die vorliegende Arbeit enthält daher auch eine Darstellung der Grundzüge der Aufsicht über die nach dem KWG beaufsichtigten Unternehmen.²¹

¹⁹ Siehe hierzu im Einzelnen Abschnitt E.

²⁰ Gramlich, WM 2001, 109, 112.

²¹ Vgl. B. III. und zu dem Gang der Untersuchung im Einzelnen sogleich unter II. der Einleitung.

II. Gang der Untersuchung

Im Abschnitt B werden die Grundlagen der Anteilseignerkontrolle nach dem KWG untersucht. Zu berücksichtigen sind hierbei zunächst die Vorgaben der einschlägigen EG-Richtlinien (B. I.). Sodann werden die für die Untersuchung wichtigen Begriffe des KWG erläutert (B. II.). Hieran schließt sich eine Darstellung der Grundzüge der Aufsicht über die nach dem KWG beaufsichtigten Unternehmen an (B. III.). Dabei liegt das Hauptaugenmerk darauf, den Sinn und die systematische Einordnung der Bankenaufsicht herauszuarbeiten (B. III. 1.) und vor diesem Hintergrund aufzuzeigen, wie die gesetzlichen Anforderungen an den Geschäftsbetrieb der beaufsichtigten Institute (B. III. 4.) in der Aufsichtspraxis durchgesetzt werden (B. III. 6. und B. III. 8.). Die Beschreibung der Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle (B. IV.) bildet den Einstieg für eine nähere Untersuchung dieses Kontrollverfahrens. Im vorletzten Teil des Abschnitts B werden die Merkmale und die Funktion des Begriffes „bedeutende Beteiligung“ (§ 1 Abs. 9 KWG) geklärt (B. V.). Dabei wird u. a. zu zeigen sein, dass der Begriff der bedeutenden Beteiligung den Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle bildet und dass § 1 Abs. 9 KWG sehr detaillierte Zurechnungsregelungen für Beteiligungen an den nach dem KWG beaufsichtigten Instituten enthält. In diesem Zusammenhang soll auch auf die Erweiterung der Definition der bedeutenden Beteiligung durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz eingegangen werden. Im letzten Teil des Abschnitts B wird untersucht, welche Anforderungen das Gesetz an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung stellt (B. VI.). Hierbei ist es insbesondere erforderlich, durch eine am Normzweck orientierte Wertung die im Gesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe zu präzisieren und unter Berücksichtigung des gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsbegriffs einen aufsichtsrechtlichen, auf den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezogenen Zuverlässigkeitsbegriff zu entwickeln (B. VI. 1. a) und b)). Darzustellen sind in diesem Zusammenhang auch die Beweiserleichterungen für das BAKred, die durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz eingeführt wurden (B. VI. 1. c)). Ferner sollen einzelne Tatsachen erörtert werden, die auf eine aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit schließen lassen können (B. VI. 1. d)). Außerdem werden zwei gesetzlich geregelte Spezialfälle der aufsichtsrechtlichen Unzuverlässigkeit erläutert, die von Bedeutung sind, wenn ein nach dem KWG beaufsichtigtes Unternehmen in einen Konzern (im aufsichtsrechtlichen Sinne) eingebunden wird (B. VI. 2. und 3.).

Der Abschnitt C befasst sich mit der Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle, deren Kernstück das selbständige Kontrollverfahren nach § 2b KWG ist (C. I.). Zu unterscheiden ist zwi-

schen der „präventiven Erwerbskontrolle“ (C. I. 3.), die stattfindet, wenn ein Interessent die Absicht, eine bedeutende Beteiligung zu erwerben, ordnungsgemäß angezeigt hat, und der „Erwerberkontrolle“ (C. I. 4.), die nach vollzogenem Erwerb einer bedeutenden Beteiligung erfolgen kann. Einzugehen sein wird auf das Verhältnis der beiden Verfahren und auf den dem BAKred zur Verfügung stehenden Maßnahmenkatalog. Dabei sollen nicht nur die mit dem Dritten Finanzmarktförderungsgesetz neu eingeführten Aufsichtsmittel (Anordnung einer Verfügungsbeschränkung sowie Zwangsveräußerung von Anteilen) einer genaueren Betrachtung unterzogen werden, sondern auch die Aufsichtsmittel, die dem BAKred bereits nach alter Rechtslage zur Verfügung standen (Untersagung eines geplanten Erwerbs, Untersagung der Ausübung der Stimmrechte und Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder). Denn auch insoweit gibt es noch eine Reihe von bislang ungeklärten Fragen, die insbesondere die Auswirkungen dieser Verfügungen betreffen. Einzugehen sein wird auch auf mögliche Maßnahmen gegenüber „Finanzholding-Gesellschaften“²² (C. II.) – ein Spezialfall des Einschreitens gegenüber dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung -, auf die Anteilseignerkontrolle im Zulassungsverfahren (C. III.) und die Möglichkeit der Aufhebung der Erlaubnis eines Instituts im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle (C. IV.). Den Abschluss der Untersuchungen im Abschnitt C bildet eine Betrachtung der durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz erheblich erweiterten Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechte des BAKred im Rahmen der Anteilseignerkontrolle (C. V.).

Im Abschnitt D wird die Vereinbarkeit der durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz neu eingeführten Aufsichtsmittel mit deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt untersucht. Bei der Prüfung der dem BAKred durch § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG eingeräumten Möglichkeit, die Veräußerung von Anteilen erzwingen zu können, ist zunächst zu klären, ob deutsche Grundrechte neben dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz anwendbar sind (D. I. 1.). Dies erfordert Überlegungen zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (D. I. 1. a]) sowie eine Darstellung der Sichtweise des deutschen Verfassungsrechts (D. I. 1. b]). Bei der Prüfung der Vereinbarkeit des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG mit Art. 14 GG (D. I. 2.) stellt sich u. a. die Frage, ob die Zwangsveräußerung von Anteilen nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG eine Enteignung darstellt, die den besonderen Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG unterliegt (D. I. 2. c]). Da diese Frage nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen ist (D. I. 2. d]), bleibt zu prüfen, ob § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Inhalts- und

²² Zu den einzelnen Unternehmensformen vgl. B. II. 5.

Schrankenbestimmungen des Eigentums erfüllt (D. I. 2. e]). Auch auf die Vereinbarkeit des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG mit Art. 12 und Art. 2 Abs. 1 GG soll eingegangen werden (D. I. 3. und 4.). Für grenzüberschreitende Sachverhalte wird schließlich die Frage erörtert, ob eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt vereinbar ist (D. I. 5.). Dabei ist die Wechselwirkung zwischen dem einschlägigen Beschränkungsgrund des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG und den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten zu beachten (D. I. 5. c] dd] bis gg]). Außerdem wird zu zeigen sein, dass die Überlegungen zur Vereinbarkeit der Zwangsveräußerung von Anteilen mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt entsprechend gelten für eine Verfügungsbeschränkung gemäß § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG (D. II.).

Einen Ausblick auf das geplante Vierte Finanzmarktförderungsgesetz gibt der Abschnitt E. Dabei ist u. a. darzustellen, dass der Regierungsentwurf nicht nur eine Ergänzung der bankaufsichtsrechtlichen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle (E. I.), sondern auch die Angleichung der parallelen versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen (E. II.) und die Einführung einer Anteilseignerkontrolle für Träger einer Börse (E. III.) vorsieht.

Abschnitt F enthält eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit.

B. Grundlagen

I. EG-rechtlicher Hintergrund

1. Anteilseignerkontrolle bei EG-Kreditinstituten

a) Harmonisierung wesentlicher Aufsichtsregeln

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, wurden Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle im Jahre 1993 vom Gesetzgeber in das Kreditwesengesetz eingefügt,²³ um der Verpflichtung zur Umsetzung der Artikel 1 (Nr. 10), 5 und 11 der Zweiten EG-Bankrechtskoordinierungsrichtlinie nachzukommen. Sämtliche Bestimmungen der Zweiten EG-Bankrechtskoordinierungsrichtlinie sind inzwischen in die Richtlinie 2000/12/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute vom 20. März 2000²⁴ („Bankrechtskodifizierungsrichtlinie“) übernommen worden, die sieben²⁵ auf dem Gebiet des Bankaufsichtsrechts ergangene EG-Richtlinien „aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Klarheit“²⁶ zu einem einzigen Text zusammenfasst. Es ist nicht das Ziel der Kodifizierungsrichtlinie, auf der Gemeinschaftsebene eine abschließende gesetzliche Grundlage für die Aufsicht über Kreditinstitute zu schaffen.²⁷ Die Richtlinie ist vielmehr unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs im Bankensektor ein wesentliches Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes.²⁸ „Der gewählte Lösungsweg besteht in der Verwirklichung der wesentlichen Harmonisierung (der Aufsichtsregeln), die notwendig und ausreichend ist, um zur gegenseitigen Anerkennung der Zulassung und der Bankenaufsichtssysteme zu gelangen, die die Gewährung einer einzigen Zulassung für die gesamte Gemeinschaft und die Anwendung des Grundsatzes der Kontrolle durch den Herkunftsmitgliedstaat erlauben.“²⁹ Sofern Kreditinstitute i. S. d. Art. 1 Nr. 1 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie in einem Mitglied-

²³ Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und anderer Vorschriften über Kreditinstitute vom 21. Dezember 1992 (BGBl. I S. 2211).

²⁴ Abl. EG L 126 vom 26. Mai 2000, S. 1.

²⁵ Die Niederlassungsrichtlinie für Kreditinstitute, die Erste Bankrechtskoordinierungsrichtlinie, die Eigenmittelrichtlinie, die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie, die Solvabilitätsrichtlinie, die Konsolidierungsrichtlinie und die Großkreditrichtlinie; vgl. den 1. Erwägungsgrund der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie, wo die Richtlinien mit Fundstellen aufgeführt werden.

²⁶ Erster Erwägungsgrund Satz 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

²⁷ Hafke, in: Börsen-Zeitung vom 7. Juni 2000, S. 8.

²⁸ Vgl. den 4. Erwägungsgrund der Richtlinie.

²⁹ Erster Satz des 7. Erwägungsgrundes der Richtlinie.

staat der EG in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der Richtlinie behördlich zugelassen sind und kontrolliert werden, dürfen diese Institute die Tätigkeiten, die in der Liste im Anhang I der Richtlinie aufgeführt sind,³⁰ sowohl über eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der EG als auch im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs ausüben (sog. Europäischer Pass).³¹ Dies ist der Zusammenhang, in dem die Angleichung des Bankaufsichtsrechts der einzelnen Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Durchführung einer Anteilseignerkontrolle gesehen werden muss. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang außerdem Folgendes: Die dem zusammengefassten Text der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie zugrunde liegenden sieben Richtlinien haben sich mit Blick auf die genannten Zielsetzungen im Kern darauf beschränkt, die Bedingungen für die Zulassung von Kreditinstituten³², den Entzug der Zulassung³³, die Meldung von Großkrediten und deren Obergrenzen³⁴ sowie die Anforderungen an die Eigenmittelausstattung³⁵ zu harmonisieren.³⁶ Die Richtlinienbestimmungen weisen zwar einen hohen Detaillierungsgrad auf,³⁷ deren Umsetzung führte aber nicht zu einer grundlegenden Änderung des deutschen Bankaufsichtssystems. So war mit der Umsetzung der Bestimmungen in das deutsche Recht keine Änderung des der deutschen Bankenaufsicht zur Verfügung stehenden Eingriffsinstrumentariums verbunden.³⁸

Eine Ausnahme bildet freilich die Anteilseignerkontrolle; erst mit der Umsetzung der zugrunde liegenden EG-rechtlichen Bestimmungen im Jahre 1993 hat dieses Rechtsinstitut Eingang in das deutsche Recht gefunden. Der Gesetzgeber konnte bei der Umsetzung dieser EG-Bestimmungen nicht auf praktische Erfahrungen bei der Anwendung vergleichbarer deutscher Vorschriften zurückgreifen. Dies dürfte eine Erklärung dafür sein, warum sich die deutschen

³⁰ In der „Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt“, werden neben Entgegennahme von Einlagen und anderen rückzahlbaren Geldern sowie Ausleihungen z. B. Dienstleistungen zur Durchführung des Zahlungsverkehrs, Teilnahme an der Wertpapieremission, Portfolioverwaltung und -beratung sowie Wertpapieraufbewahrung und -verwaltung genannt.

³¹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie (entspricht Art. 18 Abs. 1 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie, der durch § 53b Abs. 1 Satz 1 KWG in deutsches Recht umgesetzt worden ist).

³² Art. 4 ff. der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

³³ Art. 14 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

³⁴ Art. 48 ff. der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

³⁵ Art. 34 ff. (Berechnung der Eigenmittel) und Art. 40 ff. (Solvabilitätskoeffizient von 8% für das Verhältnis der risikogewichteten Aktiva und außerbilanziellen Geschäfte zu den Eigenmitteln) der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

³⁶ Zu den Entwicklungen im Europäischen Bankaufsichtsrecht vgl. Hirte/Heinrich, ZBB 2001, S. 388 ff.

³⁷ Vgl. z. B. die Bestimmungen zur Berechnung der Eigenmittel in Art. 34 ff. der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

³⁸ Zu dem der deutschen Bankenaufsicht zur Verfügung stehenden Eingriffsinstrumentarium vgl. B. III. 6.

Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle aus dem Jahre 1993 in der Praxis als unzureichend erwiesen haben und schließlich im Jahre 1998 weitgehend neugefasst wurden.³⁹

b) EG-rechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle

Die in Art. 7 Abs. 1 Erster Unterabsatz und Abs. 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie geregelte Anteilseignerkontrolle dient der Harmonisierung der Zulassungsbedingungen für EG-Kreditinstitute und die in Art. 16 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie geregelte Anteilseignerkontrolle der Harmonisierung der Bedingungen für die laufende Aufsicht über diese Institute. Die genannten Richtlinienbestimmungen sind nur Mindestvorschriften, d. h. die Mitgliedstaaten können strengere Vorschriften erlassen, als in den Artikeln vorgesehen.⁴⁰ Der EG-rechtliche Mindeststandard für eine Anteilseignerkontrolle bei Kreditinstituten ist im Wesentlichen wie folgt ausgestaltet:

Es findet nur eine Kontrolle derjenigen Anteilseigner statt, die eine „qualifizierte Beteiligung“ halten. Diese ist in Artikel 1 Nr. 10 Satz 1 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie definiert als das direkte oder indirekte Halten von wenigstens zehn Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte oder die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses. Nach Art. 7 Abs. 1 zweiter Unterabsatz und Art. 16 Abs. 6 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie werden bei der Anwendung dieser Definition neben den unmittelbar gehaltenen Stimmrechtsanteilen die in Artikel 7 der Richtlinie 88/627/EWG erwähnten Stimmrechte berücksichtigt.⁴¹ Art. 7 Absatz 1 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie sieht vor, dass die zuständigen Bankaufsichtsbehörden die Zulassung für die Aufnahme der Tätigkeit als Kreditinstitut nur erteilen dürfen, wenn ihnen die Identität der Inhaber einer qualifizierten Beteiligung bekannt ist. Nach Absatz 2 der Vorschrift muss die Zulassung verweigert werden, wenn die zuständigen Bankaufsichtsbehörden nicht davon überzeugt sind, dass die betreffenden Beteiligungsinhaber den im Interesse der Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung des Kreditinstituts zu stellenden Ansprüchen genügen. Im Zusammenhang mit der laufenden Aufsicht über Kreditinstitute schreibt Artikel 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie die Verankerung von bestimmten Anzeigepflichten der (potentiellen) Erwerber einer qualifizierten Beteiligung, der

³⁹ Vgl. unter I. der Einleitung.

⁴⁰ Dies wird im 12. Erwägungsgrund der Richtlinie ausdrücklich klargestellt und entspricht im Übrigen dem Konzept der Richtlinie, die Harmonisierung vorzuschreiben, die notwendig und ausreichend ist, um zur gegenseitigen Anerkennung der Zulassungen und Aufsichtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten im gesamten Gemeinschaftsgebiet zu gelangen.

⁴¹ Hierauf wird noch unter B. V. einzugehen sein.

(potentiellen) Veräußerer und der betroffenen Kreditinstitute vor. Das nationale Recht muss den zuständigen Bankaufsichtsbehörden danach außerdem die Befugnis einräumen, „Einspruch“ gegen einen beabsichtigten Beteiligungserwerb erheben zu können. Art. 16 Abs. 5 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie regelt die Anforderungen an die bankaufsichtliche Kontrolle der Inhaber einer qualifizierten Beteiligung. Die Mitgliedstaaten müssen für den Fall, dass sich der durch diese Anteilseigner ausgeübte Einfluss zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftsführung des Kreditinstituts auswirken könnte, vorschreiben, dass die zuständigen Behörden die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um diesen Zustand zu beenden. Nach Art. 16 Abs. 5 Satz 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie können diese Maßnahmen vor allem „einstweilige Verfügungen, Sanktionen für die Institutsleiter oder die Suspendierung des Stimmrechts“ aus den gehaltenen Anteilen umfassen.

2. Anteilseignerkontrolle bei EG-Wertpapierfirmen

Die ursprünglich in Art. 1 Nr. 10, 5 und 11 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie enthaltenen und nunmehr in die Bankrechtskodifizierungsrichtlinie aufgenommenen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle bei EG-Kreditinstituten wurden vom europäischen Richtliniengeber 1993 ohne Veränderung in Art. 1 Nr. 10, 4 und 9 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie übernommen, das heißt die Regelungen wurden auf EG-Wertpapierfirmen übertragen. Diese Unternehmen werden in Art. 1 Nr. 2 Satz 1 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie definiert als juristische Personen, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringen. Eine Wertpapierdienstleistung ist nach Art. 1 Nr. 1 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie jede für Dritte erbrachte Dienstleistung, die in Abschnitt A des Anhangs der Richtlinie aufgeführt ist⁴² und sich auf eines der Finanzinstrumente in Abschnitt B des Anhangs⁴³ bezieht. Die Mitgliedstaaten können Unternehmen, die keine juristischen Personen sind, unter den in Art. 1 Nr. 2 der

⁴² Genannt sind dort z. B.: Annahme und Übermittlung – für Rechnung von Anlegern – von Aufträgen, die eines oder mehrere der in Abschnitt B genannten Instrumente zum Gegenstand haben (1. a)), Ausführung solcher Aufträge für fremde Rechnung (1. b)) und individuelle Verwaltung einzelner Portefeuilles mit einem Ermessensspielraum im Rahmen eines Mandats der Anleger.

⁴³ Genannt sind dort: Wertpapiere (1. a)), Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen (1. b), gemeint sind Anteile an Investmentfonds), Geldmarktinstrumente (2.) und bestimmte Finanztermingeschäfte (3. bis 6.).

Wertpapierdienstleistungsrichtlinie genannten Bedingungen⁴⁴ in den Begriff der Wertpapierfirma einbeziehen.

Der Hauptzweck der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie ist es, auch im Bereich der Wertpapierfirmen – nach dem Vorbild der für EG-Kreditinstitute geltenden Regelungen - die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb des europäischen Wirtschaftsraumes⁴⁵ zu gewährleisten.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund sind auch Art. 4 und 9 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie nur Mindestvorschriften.⁴⁷

⁴⁴ Die Rechtsform der betreffenden Unternehmen muss Dritten gegenüber einen Grad an Schutz bieten, der dem von juristischen Personen gebotenen Schutz gleichwertig ist, und sie müssen einer gleichwertigen, ihrer Rechtsform angemessenen Aufsicht unterliegen.

⁴⁵ Der Europäische Wirtschaftsraum umfasst die Staaten der Europäischen Gemeinschaften sowie die Staaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (§ 1 Abs. 5a Satz 1 KWG).

⁴⁶ Vgl. 1. Erwägungsgrund und Art. 14 ff. der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie. Die Wertpapierfirmen betreiben zwar mit ihrem Wertpapiergeschäft in einem bedeutenden Marktsegment die gleichen Geschäfte wie die (deutschen) Universalbanken, werden aber entsprechend dem angelsächsischen Trennbanksystem nicht von dem EG-Kreditinstitutsbegriff erfasst (vgl. hierzu B. I. 1.).

⁴⁷ Eine ausdrückliche Klarstellung wie im 12. Erwägungsgrund der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie findet sich in den Erwägungsgründen der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie nicht wieder. Allerdings verdeutlicht der 3. Erwägungsgrund der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, dass für deren Art. 4 und 9 nichts anderes gelten kann als für Art. 7 und 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie. Denn in dem Erwägungsgrund wird klargestellt, dass es das Konzept der Richtlinie ist, nur die Harmonisierung vorzuschreiben, die unbedingt erforderlich und ausreichend ist, um zur gegenseitigen Anerkennung der Zulassungen und Aufsichtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten im gesamten Gemeinschaftsgebiet zu gelangen.

II. Zur Begrifflichkeit

1. Kreditinstitute

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG sind Kreditinstitute Unternehmen, die die in Satz 2 der Vorschrift im Einzelnen aufgezählten Bankgeschäfte⁴⁸ gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.⁴⁹ Unter den Kreditinstitutsbegriff des § 1 Abs. 1 KWG fallen, da sie Bankgeschäfte betreiben, auch Bausparkassen (Einlagen- und Kreditgeschäft), Hypothekenbanken (Kreditgeschäft) und Kapitalanlagegesellschaften (Investmentgeschäft). Für diese Unternehmen gelten neben Regelungen des KWG die Spezialregelungen des Bausparkassengesetzes⁵⁰, des Hypothekbankengesetzes⁵¹ bzw. des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften⁵².

⁴⁸ Das Einlagengeschäft, Kreditgeschäft, Diskontgeschäft, Finanzkommissionsgeschäft, Depotgeschäft, Investmentgeschäft, die Eingehung der Verpflichtung, Darlehensforderungen vor Fälligkeit zu erwerben, das Garantiegeschäft, Girogeschäft, Emissionsgeschäft, Geldkartengeschäft und Netzgeldgeschäft.

⁴⁹ Zu den Ausnahmen vgl. § 2 Abs. 1 KWG.

⁵⁰ Gesetz über Bausparkassen (BausparkG) vom 16. November 1972 (BGBl. I S. 2097) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Februar 1991 (BGBl. I S. 454), zuletzt geändert durch das Stückaktengesetz vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 590). Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BausparkG sind Bausparkassen Kreditinstitute, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, Einlagen von Bausparern (Bauspareinlagen) entgegenzunehmen und aus den angesammelten Beträgen den Bausparern für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen Gelddarlehen (Bauspardarlehen) zu gewähren (Bauspargeschäft).

⁵¹ Hypothekbankengesetz (HBG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2898), zuletzt geändert durch das Stückaktengesetz vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 590). Nach § 1 HBG sind Hypothekenbanken privatrechtliche Kreditinstitute, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, (1) inländische Grundstücke zu beleihen und auf Grund der erworbenen Hypotheken Schuldverschreibungen (Hypothekendarlehen) auszugeben, (2) Darlehen an inländische Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts oder gegen Übernahme der vollen Gewährleistung durch eine solche Körperschaft oder Anstalt zu gewähren (Kommunaldarlehen) und auf Grund der erworbenen Forderungen Schuldverschreibungen (Kommunalschuldverschreibungen) auszugeben.

⁵² Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2726), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1857). Nach § 1 Abs. 1 KAGG sind Kapitalanlagegesellschaften Kreditinstitute, deren Geschäftsbereich darauf gerichtet ist, bei ihnen eingelegtes Geld im eigenen Namen für gemeinschaftliche Rechnung der Einleger (Anteilhaber) nach dem Grundsatz der Risikomischung in den nach dem KAGG zugelassenen Vermögensgegenständen gesondert vom eigenen Vermögen in Form von Geldmarkt-, Wertpapier-, Beteiligungs-, Investmentfondsanteil-, Grundstücks-, gemischten Wertpapier- und Grundstücks- oder Altersvorsorge-Sondervermögen anzulegen und über die hieraus sich ergebenden Rechte der Anteilhaber Urkunden (Anteilscheine) auszustellen.

Es ist den deutschen Kreditinstituten grundsätzlich⁵³ nicht untersagt, andere Geschäfte als Bankgeschäfte zu betreiben. Die Aufnahme solcher Geschäfte ist dem BAKred und der Deutschen Bundesbank anzuzeigen, damit diese Stellen eventuelle negative Auswirkungen auf die finanzielle Situation der Kreditinstitute rechtzeitig erkennen können.⁵⁴

2. Finanzdienstleistungsinstitute

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG sind Finanzdienstleistungsinstitute Unternehmen, die die in Satz 2 der Vorschrift im Einzelnen aufgeführten Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute⁵⁵ sind. Die Nummern 1 bis 4 des § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG (Anlagevermittlung, Abschlussvermittlung, Finanzportfolioverwaltung und Eigenhandel) beruhen auf dem Anhang (Abschnitt A) der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und erfassen die Geschäftssparten, die EG-rechtlich Geschäftsgegenstand einer Wertpapierfirma sind und nicht als Bankgeschäfte im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG definiert sind⁵⁶. Durch § 1 Abs. 1a Satz 1 i. V. m. Satz 2 Nrn. 1 bis 4 KWG werden demgemäß im Wesentlichen Unternehmen erfasst, die als Anlagevermittler, (Börsen-) Makler oder Vermögensverwalter tätig sind und nicht schon unter den Kreditinstitutsbegriff des KWG fallen.⁵⁷ Eine praktisch wichtige Einschränkung bei der Erfassung von Unternehmen des Finanzdienstleistungssektors (im weiteren Sinne) ergibt sich allerdings daraus, dass sich die in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nrn. 1 – 4 KWG genannten Dienstleistungen jeweils nur auf Finanzinstrumente i. S. d. § 1 Abs. 11 KWG beziehen. Unter dem Begriff der Finanzinstrumente werden nach dieser Vorschrift vier Gattungen von Finanzprodukten zusammengefasst: Handelbare Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Devisen oder Rechnungseinheiten und Derivate⁵⁸. Unternehmen, die z. B. ausschließlich als Vermittler von Immobilien, Verträgen über Darlehen, Bausparverträgen, stillen Beteiligungen oder Versicherungsverträgen tätig

⁵³ Ausnahmen gelten für Bausparkassen (vgl. § 4 BausparkG), Hypothekenbanken (§ 5 HBG) und Kapitalanlagegesellschaften (vgl. § 2 Abs. 2 Buchstabe c KAGG).

⁵⁴ Reischauer/Kleinhans, KWG, § 24 Anm. 14.

⁵⁵ Aus diesem Zusatz ergibt sich, dass ein Unternehmen, das Bankgeschäfte betreibt und Finanzdienstleistungen erbringt, nur als Kreditinstitut einzustufen ist.

⁵⁶ Von den im Anhang (Abschnitt A) der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie genannten Dienstleistungen sind das Finanzkommissionsgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) und das Emissionsgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 KWG) Bankgeschäfte i. S. d. KWG.

⁵⁷ Vgl. Jung, BB 1998, 649 ff.

⁵⁸ Bei den Derivaten i. S. d. KWG handelt es sich um Finanztermingeschäfte, vgl. § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG.

sind, werden also nicht von dem Begriff des Finanzdienstleistungsinstituts i. S. d. § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG erfasst.⁵⁹

Die in den Nummern 5 bis 7 des § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG genannten Geschäfte (Drittstaaten-einlagenvermittlung, Finanztransfergeschäft und das Sortengeschäft) sind EG-rechtlich nicht Geschäftsgegenstand einer Wertpapierfirma.

3. Bank, Bankier und Sparkasse

Mit Rücksicht darauf, dass sich in der Umgangssprache und im geschäftlichen Verkehr mit den Bezeichnungen „Bank“ und „Bankier“ weitgehend die Vorstellung der bankgeschäftlichen Tätigkeit verbindet, schützt das Kreditwesengesetz diese Begriffe.⁶⁰ Entsprechendes gilt für die Bezeichnung „Sparkasse“, die sich in einer langen historischen Entwicklung für bestimmte Kreditinstitute herausgebildet hat, die kraft öffentlichen Auftrags das Spargeschäft besonders pflegen.⁶¹ Die Bezeichnung „Bank“ und „Bankier“ oder eine Bezeichnung, in der das Wort „Bank“ oder „Bankier“ enthalten ist, dürfen gemäß § 39 KWG grundsätzlich⁶² nur Kreditinstitute führen, die eine Erlaubnis nach § 32 KWG⁶³ besitzen.⁶⁴ Die Bezeichnung „Sparkasse“ ist nach § 40 KWG grundsätzlich den gemäß § 32 KWG lizenzierten öffentlich-rechtlichen Sparkassen und anderen (privat-rechtlichen) Unternehmen vorbehalten, die bei Inkrafttreten des KWG die Bezeichnung befugt geführt haben.⁶⁵

4. Institute

Das KWG verwendet den Begriff „Institute“ als Oberbegriff für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute.⁶⁶ Die Vorschriften des KWG über die Anteilseignerkontrolle beziehen sich nur auf die so definierten Institute.⁶⁷

⁵⁹ Zu weiteren Ausnahmen vgl. § 2 Abs. 6 KWG.

⁶⁰ Regierungsbegründung des Entwurfs eines Gesetzes über das Kreditwesen, BT-Drs. 3/1114, Einzelbegründung zu § 38, abgedruckt bei: Reischauer/Kleinhans, KWG, Kza. 575, S. 43.

⁶¹ Regierungsbegründung des Entwurfs eines Gesetzes über das Kreditwesen, BT-Drs. 3/1114, Einzelbegründung zu § 39, abgedruckt bei: Reischauer/Kleinhans, KWG, Kza. 575, S. 43.

⁶² Zu den Ausnahmen – auch zu dem Bezeichnungsschutz für Sparkassen – vgl. § 41 KWG.

⁶³ Zu dem Erlaubnisvorbehalt gemäß § 32 KWG vgl. B. III. 3.

⁶⁴ Zu den Einzelheiten vgl. Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 39 Rdnr. 4 ff.

⁶⁵ Letzteres betrifft ausschließlich die bestehenden 7 Sparkassen in privater Rechtsform, vgl. Fischer, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 131 Rdnr. 18.

⁶⁶ Vgl. die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1b KWG.

⁶⁷ Vgl. z. B. §§ 2b, 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 44b KWG.

5. „Technische Hilfsbegriffe“

a) Handelsbuchinstitute/Nichthandelsbuchinstitute

Zur Erfassung der Risiken aus der Geschäftstätigkeit der Institute unterscheidet das KWG zwischen Positionen des „Anlagebuchs“ und des „Handelsbuchs“. Welche Positionen dem Handelsbuch zuzurechnen sind, bestimmt sich nach § 1 Abs. 12 KWG.⁶⁸ Das entscheidende Kriterium für die Zuordnung einer Position zum Handelsbuch ist der auf die Erzielung eines Handelserfolges ausgerichtete Geschäftszweck.⁶⁹ Dem Handelsbuch zuzuordnen sind z. B. Wertpapiere, die das Institut zum Zwecke des Wiederverkaufs im Eigenbestand hält oder von dem Institut übernommen werden, um bestehende oder erwartete Unterschiede zwischen den Kauf- und Verkaufspreisen kurzfristig zu nutzen, damit ein Eigenhandelserfolg erzielt wird. Das Anlagebuch wird aus allen Positionen gebildet, die nicht dem Handelsbuch zuzurechnen sind (§ 1 Abs. 12 Satz 4 KWG).

Für Institute, bei denen der Umfang der Handelsbuch-Positionen eine Bagatellschwelle (vgl. § 2 Abs. 11 KWG) überschreitet, werden die Anforderungen an die Eigenmittelausstattung⁷⁰ und die Großkreditgrenzen⁷¹ in „äußerst komplexen Vorschriften“⁷² geregelt. Die übrigen Institute sind von der Anwendung dieser Vorschriften befreit (§ 2 Abs. 11 Satz 1 KWG). Die erstgenannten Unternehmen bezeichnet das Gesetz als „Handelsbuchinstitute“ (§ 13a Abs. 1 Satz 1 KWG), die letztgenannten als „Nichthandelsbuchinstitute“ (§ 13 Abs. 1 Satz 1 KWG).

b) Weitere Unternehmensformen

In den Absätzen 3 bis 3d des § 1 KWG werden weitere Unternehmensformen definiert.⁷³ Auch hierdurch wird der Kreis der der Bankenaufsicht unterliegenden Unternehmen nicht

⁶⁸ Zu den Einzelheiten vgl. Mielk, WM 1997, 2200, 2203.

⁶⁹ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1 Abs. 12 KWG (6. Novelle), BT-Drs. 13/7142, S. 70.

⁷⁰ Vgl. hierzu B. III. a) aa).

⁷¹ Vgl. hierzu B. III. b).

⁷² Mielk, WM 1997, 2200, 2203.

⁷³ Finanzunternehmen, Finanzholding-Gesellschaften, gemischte Unternehmen, Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten, Einlagenkreditinstitute, Wertpapierhandelsunternehmen und Wertpapierhandelsbanken. Zu den Unternehmensformen nach dem KWG unter Berücksichtigung der charakteristischen Geschäftsarten vgl. Weber/Nägele, ZKW 1998, 753 (754), die in diesem Zusammenhang von einer „babylonischen Begriffsverwirrung“ sprechen.

erweitert.⁷⁴ Vielmehr beziehen sich nur einige Spezialvorschriften des KWG auf diese Begriffe.

So werden beispielsweise in § 1 Abs. 3d Satz 1 KWG Einlagenkreditinstitute definiert als Kreditinstitute, die Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegennehmen und das Kreditgeschäft betreiben. Diese Definition stimmt überein mit dem EG-Kreditinstitutsbegriff.⁷⁵ Auf diesen Begriff nimmt u. a. § 53b Abs. 1 Satz 1 KWG Bezug, in dem der Kreis der Unternehmen mit Sitz in einem anderen Staat des europäischen Wirtschaftsraums⁷⁶ festgelegt wird, die über den „Europäischen Pass“⁷⁷ verfügen. Der Begriff „Wertpapierhandelsunternehmen“ (§ 1 Abs. 3d Satz 2 KWG), auf den § 53b Abs. 1 Satz 1 KWG ebenfalls Bezug nimmt, entspricht dem Begriff der EG-Wertpapierfirma.⁷⁸

Die Begriffe „Finanzunternehmen“ (§ 1 Abs. 3 KWG), Finanzholding-Gesellschaften (§ 1 Abs. 3a KWG), „gemischte Unternehmen“ (§ 1 Abs. 3b KWG) und „Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten“ (§ 1 Abs. 3c KWG) sind für die konsolidierte Beaufsichtigung⁷⁹ der Institute von Bedeutung.⁸⁰

c) **Geschäftsleiter**

Geschäftsleiter im Sinne des KWG sind diejenigen natürlichen Personen, die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung eines Instituts in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft berufen sind.⁸¹

⁷⁴ Nur Unternehmen, die im Inland Bankgeschäfte i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG oder Finanzdienstleistungsgeschäfte i. S. d. § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, betreiben wollen, bedürfen einer schriftlichen Erlaubnis des BAKred gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG.

⁷⁵ Vgl. B. I. 1.

⁷⁶ Der Europäische Wirtschaftsraum im Sinne des KWG umfasst die Staaten der Europäischen Gemeinschaften sowie die Staaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (§ 1 Abs. 5a Satz 1 KWG).

⁷⁷ Vgl. B. I. 1.

⁷⁸ Vgl. B. I. 2.

⁷⁹ Vgl. B. III. 4. a) aa) und b) (zusammengefasste Beaufsichtigung der Eigenmittel und der Großkredite von Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen).

⁸⁰ Vgl. Fischer, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 127, Rdnr. 23 ff.

⁸¹ Vgl. die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 2 Satz 1 KWG.

d) Inhaber

Soweit das KWG den Begriff „Inhaber“ verwendet, meint es damit den Einzelkaufmann, der ein Institut betreibt.⁸²

e) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung

„Inhaber einer bedeutenden Beteiligung“ im Sinne des KWG ist jeder Anteilseigner, der den Tatbestand des § 1 Abs. 9 KWG erfüllt. Auf den für die Anteilseignerkontrolle nach dem KWG zentralen Begriff der bedeutenden Beteiligung wird noch ausführlich einzugehen sein.⁸³

f) Anteilseigner

Der Begriff „Anteilseigner“ wird nicht im KWG, sondern nur im Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Änderung des § 1 Abs. 9 KWG im Rahmen eines Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes verwendet.⁸⁴ Aus dem Zusammenhang zu § 1 Abs. 9 KWG ergibt sich, dass dort mit dem Begriff „Anteilseigner“ jeder Inhaber eines Kapital- oder Stimmrechtsanteils an einem Unternehmen gemeint ist. Dieses Begriffsverständnis wird für die vorliegende Untersuchung übernommen.

⁸² Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 2 Satz 3 und § 46b Abs. 1 Satz 1 KWG.

⁸³ Vgl. B. V.

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 13/9874, S. 138.

III. Grundzüge der Gewerbeaufsicht nach dem KWG (ohne Anteilseignerkontrolle)

1. Grundgedanke und systematische Einordnung der Bankenaufsicht

Nach § 6 Abs. 2 KWG hat das BAKred Missständen im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken, welche die Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können.⁸⁵ Bereits aus dem Wortlaut und der Struktur dieser Aufgabenzuweisung wird deutlich, dass die Bankenaufsicht dem Bereich der ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehr zuzuordnen ist. Der Begriff „Missstand“ in § 6 Abs. 2 KWG entspricht funktional dem Begriff der „Gefahr“ in verschiedenen Gefahrenabwehrgesetzen.⁸⁶ Der Aufgabenbereich, in dem das BAKred tätig werden darf, ist das „Kredit- und Finanzdienstleistungswesen“. Diese Begriffe knüpfen an das in § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 1a Satz 2 KWG gesetzlich beschriebene Tätigkeitsfeld der Institute (Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute) und damit an einen bestimmten Bereich der Wirtschaft an.

Der Hauptzweck der staatlichen Bankenaufsicht ist die Gewährleistung eines funktionsfähigen Kreditgewerbes im Interesse der Gesamtwirtschaft.⁸⁷ Denn alle wesentlichen Zweige der Volkswirtschaft sind auf das Kreditgewerbe als Kreditgeber und Geldsammelstelle angewiesen. Da die Kreditinstitute vorwiegend mit fremden Geldern arbeiten, treffen Schwierigkeiten bei ihnen einen viel größeren Gläubigerkreis als bei anderen Wirtschaftsunternehmen. Solche Schwierigkeiten bleiben erfahrungsgemäß nicht auf ein Kreditinstitut beschränkt, vielmehr breitet sich eine durch ein Kreditinstitut verursachte Unruhe leicht auch auf die Einleger anderer Kreditinstitute aus. So kann in wirtschaftlich labilen Zeiten der gefürchtete allgemeine Run auf die Bankschalter entstehen, der die gesamte Kreditwirtschaft in die Gefahr des Zu-

⁸⁵ Vgl. auch die auf diese allgemeine Aufgabenzuweisung abgestimmte Generalklausel der Institutsaufsicht (§ 6 Abs. 3 KWG), wonach das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben gegenüber dem Institut und seinen Geschäftsleitern Anordnungen treffen kann, die geeignet und erforderlich sind, Missstände in dem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen.

⁸⁶ Gramlich, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, § 5, II. Rdnr. 31 (S. 468).

⁸⁷ Fischer, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 125 Rdnr. 12.

sammenbruchs führen kann und dessen Folgen die gesamte Volkswirtschaft treffen.⁸⁸ Solchen Entwicklungen muss der Staat im Interesse der Gesamtwirtschaft schon in ihrer Entstehung entgegenwirken.⁸⁹ Wichtigste Voraussetzung hierfür ist die Erhaltung des Vertrauens in die Zahlungsfähigkeit der Kreditinstitute, aber auch in die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte, z. B. im Zahlungsverkehr.⁹⁰ Der einzelne Kunde kann in der Regel die Seriosität seiner Bank oder Sparkasse nicht überblicken. Die staatliche Aufsicht gibt ihm eine gewisse Gewähr für die Verlässlichkeit seines Kreditinstituts, was als wesentliche Vertrauensbasis wirkt.⁹¹

Die Finanzdienstleistungsinstitute - und damit insbesondere Anlagevermittler, (Börsen-) Makler und Vermögensverwalter - wurden nach Maßgabe der 6. KWG-Novelle erst im Jahre 1998 der Bankenaufsicht unterstellt.⁹² Damit wurde den Anforderungen der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie Rechnung getragen, deren Hauptzweck es ist, auch im Bereich der Wertpapierfirmen – nach dem Vorbild der für EG-Kreditinstitute geltenden Regelungen - die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb des europäischen Wirtschaftsraumes zu gewährleisten.⁹³

Die Ziele der Bankenaufsicht sollen vorrangig durch eine Beaufsichtigung der einzelnen Institute, d. h. eine spezielle Gewerbeaufsicht erreicht werden.⁹⁴ Eine Ausnahme hiervon bildet § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG, der die Bundesregierung dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung anzuordnen, dass Kreditinstitute für den Verkehr mit ihrer Kundschaft vorübergehend geschlossen bleiben und im Kundenverkehr Zahlungen und Überweisungen weder leisten noch entgegennehmen dürfen, wenn wirtschaftliche Schwierigkeiten zu befürchten sind, die schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft, insbesondere den geordneten Ablauf des

⁸⁸ Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen, I. 3., abgedruckt bei Reischauer/Kleinhans, KWG, Kza. 580, S. 2 f.

⁸⁹ Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages, a. a. O.

⁹⁰ Fischer, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 125 Rdnr. 12.

⁹¹ So Fischer, a. a. O. Vgl. auch Zeitler, WM 2001, 1397: „Hauptzweck der Bankenaufsicht ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit, der Anleger wie der kreditsuchenden Privatleute und Unternehmen in die Solidität und das Funktionieren des Finanzsystems zu erhalten, anders ausgedrückt: der Schutz vor einem Bankenkrach, der nach den Erfahrungen der Weimarer Zeit verheerende wirtschaftliche, soziale und politischen Folgen auslösen kann.“

⁹² Vgl. § 64e Abs. 2 KWG. Vor dem Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle galten für diese Unternehmen die Regelungen der Gewerbeordnung (u. a. §§ 14, 34c a. F.).

⁹³ Vgl. B. I. 2.

⁹⁴ Vgl. hierzu unter B. III. 3. bis 6. und 8.

allgemeinen Zahlungsverkehrs, erwarten lassen. Diese Vorschrift ermächtigt zu Maßnahmen gegenüber sämtlichen Kreditinstituten (bzw. Arten oder Gruppen von Kreditinstituten⁹⁵).

Bei der Gewerbeaufsicht nach dem KWG soll der Freiheit der Institute zur geschäftlichen Betätigung der größtmögliche Spielraum gelassen werden und darauf verzichtet werden, auf geschäftspolitische Entschlüsse der Institute und auf die Gestaltung des einzelnen Bankgeschäftes Einfluss zu nehmen. Deshalb stellt das KWG nur allgemeine gesetzliche Ordnungsvorschriften für die innere Struktur der Institute und für eine solide Geschäftsführung auf.⁹⁶

2. Aufgabenteilung zwischen dem BAKred, der Deutschen Bundesbank und dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel

Die Gewerbeaufsicht über Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute wird vom BAKred in Zusammenarbeit mit der Deutschen Bundesbank⁹⁷ und dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) ausgeübt.⁹⁸ Die Aufgabenteilung zwischen dem BAKred und der Deutschen Bundesbank ist wie folgt ausgestaltet: Zuständig für die nach außen wirkende hoheitliche (Bankaufsichts-) Tätigkeit ist das BAKred.⁹⁹ Die Deutsche Bundesbank ist aber insoweit in die laufende Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute eingeschaltet, als dass sie die Berichte und Anzeigen der Institute analysiert und, mit einer Stellungnahme versehen, an das BAKred weiterleitet.¹⁰⁰ Eine ortsnahe Bankenaufsicht wird dadurch gewährleistet, dass die Bundesbank Landeszentralbanken (Hauptverwaltungen) mit Zweiganstalten (der Hauptverwaltung unterstehende Hauptstellen und Zweigstellen) unterhält.¹⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahre 1962 das Kreditwesengesetz in der Fassung vom 10. Juli 1961 mit dem Grundgesetz für vereinbar erklärt¹⁰² und insbesondere

⁹⁵ Vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 2 letzter Teilsatz KWG.

⁹⁶ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über das Kreditwesen, BT-Drs. 3/1114, A. III., abgedruckt bei Reischauer/Kleinhaus, KWG, Kza. 575, S. 3.

⁹⁷ Vgl. § 7 KWG.

⁹⁸ Vgl. § 6 Abs. 1 KWG.

⁹⁹ Dies ergibt sich aus den einzelnen Befugnisnormen des KWG, vgl. zunächst die Generalklausel des § 6 Abs. 3 KWG und im einzelnen unter B. III. 3 bis 6.

¹⁰⁰ Vgl. z. B. § 24 KWG, der vorsieht, dass bestimmte Anzeigen an das BAKred und die Bundesbank zu richten sind (vgl. auch B. III. 5.). Die Zusammenarbeit zwischen dem BAKred und der Bundesbank ist, soweit das KWG keine abschließenden Regelungen enthält, in Verwaltungsvereinbarungen zwischen beiden Stellen geregelt.

¹⁰¹ Vgl. § 8 und § 10 des Bundesbankgesetzes.

¹⁰² BVerfGE 14, 197, 198.

entschieden, dass die Errichtung des BAKred nicht gegen Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG und dass die Mitwirkung der auf der Grundlage des Art. 88 GG errichteten Deutschen Bundesbank an der Bankenaufsicht mit ihren Mittel- und Unterbehörden nicht gegen Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG verstößt.¹⁰³

Die Beaufsichtigung der Finanzdienstleistungsinstitute und der Kreditinstitute, soweit diese Wertpapierdienstleistungen¹⁰⁴ erbringen, fällt auch in den Zuständigkeitsbereich des BAWe.¹⁰⁵ Der Arbeitsteilung zwischen beiden Behörden liegt ein funktionaler Ansatz zugrunde: Das BAKred ist für die Zulassung¹⁰⁶ und die Solvenzaufsicht¹⁰⁷ zuständig, das BAWe führt die Marktaufsicht über die Wertpapierdienstleistungen durch. Die Marktaufsicht durch das BAWe umfasst die Insiderüberwachung,¹⁰⁸ die Überwachung der Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten bei Veränderung des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften¹⁰⁹ und die Überwachung der Verhaltensregeln¹¹⁰ für Wertpapierdienstleistungsunternehmen¹¹¹.

Ziel des (Regierungs-) Entwurfs eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht¹¹² ist es, in Deutschland eine neue staatliche Aufsicht über Banken, Versicherungsunternehmen und Finanzdienstleistungsinstitute zu schaffen, die sektorübergreifend den gesamten Finanzmarkt umfasst. Zu diesem Zweck soll eine Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht errichtet werden, die die Aufsichtskompetenzen der Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen, für das Versicherungswesen und für den Wertpapierhandel organisatorisch zusam-

¹⁰³ Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG dem Bund die ausschließliche Gesetzgebung zur Errichtung von Bundesoberbehörden einräumt. Nicht erforderlich sei, dass ihm für den entsprechenden Sachbereich bereits eine Verwaltungskompetenz zustehe. Art. 88 GG gehe als *lex specialis* dem Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG vor (BVerfGE 14, 197, 210, 213, 215).

¹⁰⁴ Vgl. § 2 Abs. 3 WpHG.

¹⁰⁵ Vgl. § 4 Abs. 1 WpHG.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu B. III. 3.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu B. III. 4. bis 6.

¹⁰⁸ Vgl. Abschnitt 3 des WpHG.

¹⁰⁹ Vgl. Abschnitt 4 des WpHG.

¹¹⁰ Vgl. Abschnitt 5 des WpHG.

¹¹¹ Für die Zwecke der Marktaufsicht nach dem Wertpapierhandelsgesetz werden unter dem Begriff „Wertpapierdienstleistungsunternehmen“ gemäß § 2 Abs. 4 WpHG Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Zweigstellen von Unternehmen mit Sitz im (nichteuropäischen) Ausland (§ 53 Abs. 1 Satz 1 KWG) zusammengefasst, die Wertpapierdienstleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

¹¹² BT-Drs. 14/7033, S. 1.

menführt.¹¹³ Geplant ist ferner, die Zusammenarbeit der Bundesanstalt mit der Deutschen Bundesbank im Bereich der Bankenaufsicht zu konkretisieren.¹¹⁴ Die Stellung der Bundesbank bei der laufenden Aufsicht über die Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute soll insofern gestärkt werden, als dass die Bundesanstalt ihren Aufsichtsmaßnahmen im Regelfall die von der Deutschen Bundesbank getroffenen Feststellungen zugrunde legen soll.¹¹⁵ Da der Bundesanstalt vertiefende eigene Feststellungen, wie sie insbesondere im Vorfeld konkreter Aufsichtsmaßnahmen erforderlich werden können, unbenommen bleiben sollen,¹¹⁶ wird diese Regelung vor allem für Routine-Fälle, wie sie insbesondere im Bereich der Aufsicht über Finanzdienstleistungsinstitute anzutreffen sind, Bedeutung erlangen können. Das Vorhaben, die Deutsche Bundesbank stärker in die laufende Bankenaufsicht einzubinden, muss im Zusammenhang mit dem Verlust der währungspolitischen Kompetenzen der Bundesbank und den parallelen Planungen zur Anpassung ihrer Strukturen an das Europäische System der Zentralbanken gesehen werden (Ausgleichsfunktion).¹¹⁷

3. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG der schriftlichen Erlaubnis des BAKred. Es handelt sich hierbei um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹¹⁸ Dies bedeutet, dass das Verbot des Betriebens von Bank- bzw. Finanzdienstleistungsgeschäften¹¹⁹ von vornherein unter dem Vorbehalt steht, dass die Erlaubnis antragsgemäß erteilt werden muss, wenn sich im Erlaubnisverfahren keine Versagungsgründe ergeben.¹²⁰ § 33 Abs. 1 Satz 1 KWG zählt in diesem Zusammenhang Versagungsgründe auf, bei deren Vorliegen die

¹¹³ Begründung des Entwurfs, Allgemeiner Teil, BT-Drs. 14/7033, S. 31; Art. 1 § 1 des Gesetzentwurfs.

¹¹⁴ Art. 2 Nr. 9 (§ 7 KWG) des Gesetzentwurfs.

¹¹⁵ Art. 2 Nr. 9 (§ 7 Abs. 2 Satz 4 KWG) des Gesetzentwurfs.

¹¹⁶ So die Einzelbegründung zu Art. 2 § 7 KWG-E, BT-Drs. 14/7033, S. 40.

¹¹⁷ Vgl. hierzu den Entwurf der Bundesregierung eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank (BT-Drs. 14/6879).

¹¹⁸ Schwintowski, Bankrecht, S. 583.

¹¹⁹ Das unerlaubte Betreiben von Bank- bzw. Finanzdienstleistungsgeschäften ist gemäß § 54 KWG eine Straftat, die bei vorsätzlicher Begehung mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und bei fahrlässiger Begehung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht ist.

¹²⁰ Vgl. § 33 Abs. 4 KWG, der ausdrücklich bestimmt, dass die Erlaubnis aus anderen als den in den Absätzen 1 und 3 des § 33 KWG genannten Gründen nicht versagt werden darf.

Erlaubnis versagt werden muss. Hierzu gehören z. B. das Fehlen ausreichender Betriebsmittel (insbesondere eines ausreichenden Anfangskapitals, Nr. 1), die Unzuverlässigkeit der Antragsteller, Geschäftsleiter oder Inhaber einer bedeutenden Beteiligung¹²¹ (Nr. 2 und Nr. 3) und die fehlende fachliche Eignung der Geschäftsleiter (Nr. 4). Aus dem Versagungsgrund des

§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG ergibt sich das sogenannte „Vier-Augen-Prinzip“, wonach Kreditinstitute mindestens zwei hauptamtliche Geschäftsleiter haben müssen. Für Finanzdienstleistungsinstitute gilt diese Anforderung nach dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KWG nur, wenn sie befugt sind, sich bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen. § 33 Abs. 3 KWG zählt Gründe auf, bei deren Vorliegen das BAKred die Erlaubnis versagen kann. Auf die in § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 3 KWG geregelten Erlaubnisversagungsgründe wird noch zurückzukommen sein, da sie für die Anteilseignerkontrolle von Bedeutung sind.¹²² Der Versagungsgrund des § 33 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KWG greift ein, wenn der Antrag keine ausreichenden Angaben oder Unterlagen enthält.

Als Träger der Erlaubnis kommen alle voll rechtsfähigen, natürlichen oder juristischen Personen in Betracht.¹²³ Bei Einzelfirmen ist der Inhaber der Träger der Erlaubnis; allerdings darf Einzelkaufleuten nur noch die Erlaubnis zur Erbringung von Finanzdienstleistungen, nicht jedoch zum Betreiben von Bankgeschäften erteilt werden (§ 2a Abs. 1 KWG). Bei Personengesellschaften sind nach herrschender Meinung die einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter Träger der Erlaubnis.¹²⁴ Dies führt dazu, dass derjenige, der als persönlich haftender Gesellschafter in ein Institut in der Rechtsform einer OHG oder KG eintritt, einer Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf. Bei juristischen Personen ist diese Träger der Erlaubnis.

Nach § 32 Abs. 2 Satz 1 KWG kann das BAKred die Erlaubnis unter Auflagen erteilen, „die sich im Rahmen des mit diesem Gesetz verfolgten Zweckes halten müssen.“ Mit dieser Formulierung wird klargestellt, dass die Erlaubnis nicht nur mit Auflagen versehen werden darf,

¹²¹ Vgl. hierzu noch im Einzelnen unter B. VI. 1.

¹²² Vgl. C. III.

¹²³ Reischauer/Kleinhans, KWG, § 32 Anm. 9.

¹²⁴ Bähre/Schneider, KWG, § 32 Anm. 2; Fischer, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 128 Rdnr. 2; Reischauer/Kleinhans, KWG, § 32 Anm. 11.

die Versagungsgründe des § 33 KWG ausräumen, sondern auch mit solchen Auflagen, die Missständen in dem Institut entgegenwirken sollen.¹²⁵

4. Wesentliche Anforderungen an den Geschäftsbetrieb der Institute

a) Eigenmittel und Liquidität

aa) Angemessene Eigenmittel

§ 10 Abs. 1 Satz 1 KWG bestimmt, dass die Institute im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern, insbesondere zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte, angemessene Eigenmittel haben müssen. Im Kern liegt dieser Regelung die betriebswirtschaftliche Überlegung zugrunde, dass zur Vermeidung einer Insolvenz alle Risiken eines Instituts letztlich von seinen Eigenmitteln aufgefangen werden müssen und eine angemessene Eigenmittelausstattung nicht nur die Institute selbst, sondern das Finanzsystem als Ganzes stabilisiert.¹²⁶

Die Eigenmittel¹²⁷ bestehen gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 KWG aus dem haftenden Eigenkapital und den Drittrangmitteln (§ 10 Abs. 2c KWG). Das haftende Eigenkapital ist die Summe aus Kernkapital (§ 10 Abs. 2a KWG) und Ergänzungskapital (§ 10 Abs. 2b KWG) abzüglich der Positionen des § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG¹²⁸. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass Kredite an einen Anteilseigner, dem mehr als 25% des Kapitals oder der Stimmrechte des Instituts zustehen, wenn sie nicht zu marktmäßigen Bedingungen gewährt werden oder soweit sie nicht banküblich gesichert sind, vom Kernkapital abzuziehen sind.¹²⁹ Dies ist freilich im Zusammenhang mit Kreditgewährungen kein ausreichender Schutz gegen unzuverläss-

¹²⁵ § 32 Abs. 2 Satz 1 KWG ist somit eine Rechtsvorschrift, die eine Auflage zulässt i. S. d. § 36 Abs. 1 erste Alternative VwVfG. Zulässig ist z. B. eine Auflage, die darauf gerichtet ist, dass das Institut in den ersten zwei Jahren des Geschäftsbetriebs im Verhältnis zum Geschäftsumfang bestimmte Eigenmittelanforderungen zu erfüllen hat, die die Regelanforderungen des Eigenmittel-Grundsatzes I (vgl. hierzu B. III. 4.a] aa)) übersteigen.

¹²⁶ Vgl. Deutsche Bundesbank, Grundsatz I über die Eigenmittel, S. 6.

¹²⁷ Vgl. im Einzelnen § 10 Abs. 2 bis 7 KWG.

¹²⁸ Abzugspositionen sind z. B. Beteiligungen an Instituten, ausgenommen Kapitalanlagegesellschaften, und Finanzunternehmen in Höhe von mehr als 10% des Kapitals dieser Unternehmen (§ 10 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1).

¹²⁹ Vgl. § 10 Abs. 2a Satz 2 Nr. 4 KWG.

sige Anteilseigner, da deren schädlicher Einfluss – wie die Praxis zeigt - gerade darin bestehen kann, dass die Vorschrift von der Geschäftsleitung umgangen wird.¹³⁰

Das Gesetz definiert zwar den Begriff der Eigenmittel (und des haftenden Eigenkapitals), sagt aber nicht, wann diese als „angemessen“ i. S. d. § 10 Abs. 1 Satz 1 KWG anzusehen sind.¹³¹ Vielmehr verpflichtet das Gesetz das BAKred zur Aufstellung von „Grundsätzen“ (Verwaltungsvorschriften), nach denen es für den Regelfall zu beurteilen hat, ob die Anforderungen des § 10 Abs. 1 Satz 1 KWG erfüllt sind.¹³² Dieser Verpflichtung ist das BAKred nachgekommen durch den Erlass des Grundsatzes I über die Eigenmittel der Institute.¹³³ Durch dessen Regelungen¹³⁴ werden die Geschäftsaktivitäten der Institute in „Risikoaktiva“ und „Marktrisikopositionen“ unterteilt. Als „Risikoaktiva“ sollen die Risiken erfasst werden, die beim Ausfall eines Vertragspartners entstehen können.¹³⁵ Hierzu gehören gemäß § 4 des Grundsatzes I Bilanzaktiva¹³⁶ (z. B. Forderungen an Kunden) und bestimmte außerbilanzielle Geschäfte¹³⁷ (z. B. Bürgschaften und Garantien). Als „Marktrisikopositionen“ sollen Risiken aus den Handelsaktivitäten der Institute erfasst werden.¹³⁸ Dazu zählen z. B. Währungspositionen, Rohwarenpositionen (einschließlich Edelmetallen) und Positionen, die mit zins- oder aktienkursbezogenen Risiken behaftet sind. Die Risiken ergeben sich in diesem Bereich aus möglichen Schwankungen der Marktpreise (bzw. der Kurse oder Zinsen).

Die Risikoaktiva sind von den Instituten nach einem standardisierten Verfahren zu gewichten.¹³⁹ Hiervon ausgehend bestimmt § 2 Abs. 1 des Grundsatzes I, dass das Verhältnis zwi-

¹³⁰ Vgl. B. VI. 1. b) bb).

¹³¹ Für Institute, die Wertpapierhandelsunternehmen (vgl. B. II. 5. b)) sind, bestimmt § 10 Abs. 9 Satz 1 KWG, dass diese Eigenmittel aufweisen müssen, die mindestens einem Viertel der Kosten entsprechen, die in der Gewinn- und Verlustrechnung des letzten Jahresabschlusses unter den allgemeinen Verwaltungsaufwendungen, den Abschreibungen und Wertberichtigungen auf immaterielle Anlagewerte und Sachanlagen ausgewiesen sind. Das BAKred kann diese Anforderungen heraufsetzen, wenn dies durch eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit eines Instituts angezeigt ist (§ 10 Abs. 9 Satz 3 KWG).

¹³² Vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG.

¹³³ Bekanntmachung des BAKred vom 29. Oktober 1997 (BANz. Nr. 210 S. 13555), zuletzt geändert durch die Bekanntmachung vom 20. Juli 2000 (BANz. Nr. 160 S. 170).

¹³⁴ Zu den Einzelheiten vgl. Schulte-Mattler, WM 1998, 1953 ff.

¹³⁵ Diese Risiken werden auch als „Adressenausfallrisiken“ bzw. „Kreditrisiken“ bezeichnet.

¹³⁶ Vgl. § 7 des Grundsatzes I.

¹³⁷ Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 – 4 i. V. m. § 8 und § 9 des Grundsatzes I.

¹³⁸ Vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 5 des Grundsatzes I.

¹³⁹ Vgl. §§ 6 – 13 des Grundsatzes I. Die Geschäftspartner werden in abstrakte Klassen eingeteilt, denen jeweils bestimmte Bonitätsgewichte (100 %, 70 %, 50 %, 20 %, 10 %, 0 %) zugeordnet sind (vgl. § 13 des Grundsatzes I). Mit 0% werden beispielsweise Risikoaktiva gewichtet, deren Erfüllung geschuldet oder ausdrücklich gewährleistet werden vom Bund. Unbesicherte Kredite an Industrieunternehmen/Privatkunden sind mit 100% zu gewichten.

schen dem haftenden Eigenkapital eines Instituts und seinen gewichteten Risikoaktiva 8% täglich zum Geschäftsschluss nicht unterschreiten darf. Dies bedeutet, dass die Summe der Risikoaktiva-Anrechnungsbeträge zu 8% mit haftendem Eigenkapital abgesichert sein muss,¹⁴⁰ oder umgekehrt ausgedrückt: Der Geschäftsumfang eines Instituts in den betreffenden Positionen wird auf maximal das 12,5fache des haftenden Eigenkapitals begrenzt.¹⁴¹

Für die Marktrisikopositionen sind mittels bestimmter mathematischer Verfahren Anrechnungsbeträge zu ermitteln.¹⁴² § 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundsatzes I bestimmt insoweit, dass die Summe der Anrechnungsbeträge für die Marktrisikopositionen den um die Drittrangmittel (§ 10 Abs. 2c Satz 1 KWG) vermehrten Differenzbetrag zwischen dem haftenden Eigenkapital und der in Höhe von 8% zu berücksichtigenden Summe der gewichteten Risikoaktiva täglich bei Geschäftsschluss nicht überschreiten darf.¹⁴³ Die nach den Bestimmungen des Grundsatzes I ermittelten Marktrisiken eines Institutes müssen also mit freien Eigenmitteln abgesichert sein.

Ist ein Institut in einen Finanzkonzern (Institutsgruppe gemäß § 10a Abs. 2 KWG oder Finanzholding-Gruppe gemäß § 10a Abs. 3 KWG) eingegliedert, so muss der Konzern insgesamt angemessene Eigenmittel haben.¹⁴⁴ In die Konsolidierung einzubeziehen sind alle nachgeordneten Unternehmen, die Institute, Finanzunternehmen oder Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten mit Sitz im Inland oder im Ausland sind.¹⁴⁵ Ob die konzernangehörigen Unternehmen insgesamt angemessene Eigenmittel haben, ist anhand einer Zusammenfassung ihrer Eigenmittel einschließlich der Anteile anderer Gesellschafter und der im Rahmen des Grundsatzes I zu berücksichtigenden Positionen zu beurteilen.¹⁴⁶ Verantwortlich für die Erfüllung der Konsolidierungspflicht ist das übergeordnete Unternehmen.¹⁴⁷ Dies ist bei Instituts-

¹⁴⁰ Als Folge der Einteilung in Bonitätsklassen (vgl. § 13 des Grundsatzes I) wird somit von einer durchschnittlichen Ausfallwahrscheinlichkeit von 8%, 5,6 %, 4 %, 1,6 %, 0,8 % beziehungsweise 0 % ausgegangen (vgl. Deutsche Bundesbank, Grundsatz I über die Eigenmittel der Institute, S. 7).

¹⁴¹ Schwintowski, Bankrecht, S. 616.

¹⁴² Vgl. dritter bis siebter Abschnitt des Grundsatzes I. Der fünfte Abschnitt des Grundsatzes I, der Vorgaben für die Berechnung von aktienkurs- und zinsbezogenen Risiken enthält, gilt nur für Handelsbuchinstitute (vgl. § 1 Abs. 3 Grundsatz I). Abweichend von den im Grundsatz I vorgegebenen Berechnungsverfahren können die Institute ihre Marktrisiken nach Maßgabe der §§ 32 ff. des Grundsatzes I ggf. auch durch eigene Risikomessmodelle berechnen (§ 2 Abs. 2 Satz 3 Grundsatz I).

¹⁴³ Die Institute führen die erforderlichen Berechnungen in der Praxis mit Hilfe von EDV-Programmen durch.

¹⁴⁴ § 10a Abs. 1 KWG.

¹⁴⁵ Vgl. im Einzelnen § 10a Abs. 2, 3 und 4 KWG.

¹⁴⁶ § 10a Abs. 6 Satz 1 KWG.

¹⁴⁷ § 10a Abs. 8 KWG.

gruppen das Institut, das keinem anderen Institut mit Sitz im Inland nachgeordnet ist.¹⁴⁸ Bei einer Finanzholding-Gruppe ist nicht die an der Spitze des Konzerns stehende Finanzholding-Gesellschaft das übergeordnete Unternehmen im Sinne des KWG, vielmehr gilt als übergeordnetes Unternehmen dasjenige konzernangehörige Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen mit Sitz im Inland, das selbst keinem konzernangehörigen Institut mit Sitz im Inland nachgeordnet ist.¹⁴⁹ Mit dieser Fiktion wird verhindert, dass die Bankenaufsicht auf Finanzunternehmen ausgeweitet wird.¹⁵⁰ Denn durch sie kann nur ein der Bankenaufsicht unterliegendes Unternehmen unmittelbar verantwortlich sein für die Erfüllung der Konsolidierungspflicht. Übermittelt eine Finanzholding-Gesellschaft dem als übergeordneten Unternehmen geltenden Institut nicht die erforderlichen Unterlagen, so kann der Finanzholding-Gesellschaft zwar die Ausübung der Stimmrechte an dem Institut untersagt werden¹⁵¹, die Angaben können aber nicht erzwungen werden.

bb) Anforderungen an die Liquidität

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 KWG müssen die Institute ihre Mittel so anlegen, dass jederzeit eine ausreichende Zahlungsbereitschaft gewährleistet ist.¹⁵² § 11 Abs. 1 Satz 2 KWG verpflichtet das BAKred – entsprechend zu der Vorgehensweise in § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG - zur Aufstellung von „Grundsätzen“ (Verwaltungsvorschriften), nach denen es für den Regelfall zu beurteilen hat, ob die Liquidität eines Instituts ausreicht. An die Stelle der alten Liquiditätsgrundsätze II und III ist mit Wirkung vom 1. Juli 2000 der neue „Grundsatz II“ des BAKred getreten.¹⁵³ Gegen das Konzept der alten Liquiditätsgrundsätze wurde immer wieder vorgebracht, dass sie auf den Ursprungslaufzeiten der Aktiva und Passiva beruhen und damit die tatsächliche Liquiditätslage eines Instituts nur unvollständig widerspiegeln.¹⁵⁴ Der neue Grundsatz II geht dagegen von Restlaufzeiten aus. Im Übrigen geht das Konzept des neuen Grundsatzes II von der Annahme aus, dass die Liquidität eines Instituts primär vom Umfang der betriebenen Fristentransformation und der Dotierung einer hinreichenden Liquiditätsvorsorge in Form

¹⁴⁸ § 10a Abs. 2 Satz 3 KWG.

¹⁴⁹ § 10a Abs. 3 Satz 3 KWG.

¹⁵⁰ Reischauer/Kleinhans, KWG, § 10a Anm. 8 (S. 17).

¹⁵¹ Vgl. C. II.

¹⁵² Vgl. auch § 12 KWG, der den (als illiquide angesehenen) Beteiligungsbesitz von Einlagenkreditinstituten (§ 1 Abs. 3d Satz 1 KWG) an Unternehmen, die nicht im Finanzdienstleistungssektor tätig sind, begrenzt.

¹⁵³ Bekanntmachung vom 25. November 1998 (BAZ. Nr. 232 vom 9. Dezember 1998, S. 16985).

¹⁵⁴ Vgl. Reischauer/Kleinhans, KWG, § 11 Anm. 3.

hochliquider Aktiva bestimmt wird.¹⁵⁵ Gemäß § 2 Abs. 1 des Grundsatzes II wird die Liquidität auf der Grundlage eines zeitlich gegliederten Erfassungsschemas berechnet, das aus vier Laufzeitbändern¹⁵⁶ besteht. Die als „Zahlungsmittel“ bzw. „Zahlungsverpflichtungen“ zu wertenden Geschäftspositionen werden nach ihren Restlaufzeiten in diese Fristenbänder eingestellt. Die Liquiditätssteuerung eines Instituts muss so gestaltet sein, dass die in den nächsten 30 Tagen zur Verfügung stehende Liquidität die während dieses Zeitraums zu erwartenden Zahlungsabflüsse mindestens deckt; insoweit ist nur das erste Laufzeitband maßgebend.¹⁵⁷ Für die übrigen Laufzeitbänder sind „Beobachtungskennzahlen“ zu ermitteln.¹⁵⁸

b) Kreditgeschäft

Nach Maßgabe der Vorschriften über die Eigenmittelausstattung haben die Institute die Risiken aus ihren als Risikoaktiva oder Marktrisikopositionen zu erfassenden Geschäften insgesamt zu berechnen und dem haftenden Eigenkapital bzw. den Eigenmitteln gegenüberzustellen.¹⁵⁹ Dadurch wird allerdings nur das allgemeine Adressenausfallrisiko erfasst,¹⁶⁰ das bei einem risikomäßig breit gestreuten Kreditportfolio entsteht, bei dem sich Risikoüber- und Risikounterzeichnungen einzelner Positionen im Wesentlichen ausgleichen.¹⁶¹ Erfahrungen haben aber gezeigt, dass insbesondere ein einzelner - besonders hoher - Kredit bzw. die Kumulierung von Großengagements auf wenige Kreditnehmer zu Bankenzusammenbrüchen führen können.¹⁶² Derartige Risiken sollen durch die Vorschriften des KWG über das Kreditgeschäft (§§ 13 ff.) verringert werden.

Durch die Bestimmung des § 18 KWG, wonach ein Kreditinstitut einen Kredit¹⁶³ über 250.000 Euro nur gewähren darf, wenn es sich von dem Kreditnehmer¹⁶⁴ die wirtschaftlichen Verhältnisse offen legen lässt, sollen Verluste aus der Kreditgewährung möglichst vermieden

¹⁵⁵ Vgl. Reischauer/Kleinhans, a.a.O. Zu den Einzelheiten vgl. Grelck/Rode, ZKW 1999, 68 ff.

¹⁵⁶ Täglich fällig bis zu einem Monat, über einen Monat bis zu drei Monaten, über drei Monate bis zu sechs Monaten, über sechs Monate bis zu zwölf Monaten.

¹⁵⁷ Dies ist der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 2 des Grundsatzes II.

¹⁵⁸ Vgl. § 2 Abs. 3 des Grundsatzes II.

¹⁵⁹ Vgl. B. III. 4. a) aa).

¹⁶⁰ Dürselen, ZBB 1997, 24, 26.

¹⁶¹ Vgl. Deutsche Bundesbank, Grundsatz I über die Eigenmittel der Institute, S. 7.

¹⁶² Artopoulos, ZKW 1999, 142; Dürselen, ZBB 1997, 24, 27; Fischer, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 130 Rdnr. 1; Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, Einleitung, S. 70.

¹⁶³ Zum Begriff des Kredits für die §§ 15 – 18 KWG vgl. § 21 KWG.

¹⁶⁴ Zum Zwecke der Erfassung von Risikoeinheiten fingiert § 19 Abs. 2 KWG unter den dort genannten Voraussetzungen, dass mehrere Kreditnehmer als ein Kreditnehmer gelten.

werden. Dem gleichen Ziel dient die Vorschrift des § 15 KWG, nach der ein Institut Kredite an mit ihm verbundene Unternehmen oder Personen nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses sämtlicher Geschäftsleiter und nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsorgans gewähren darf. Hierzu gehören z. B. Kredite an Geschäftsleiter (Nr. 1) und Mitglieder der Aufsichtsorgane (Nr. 3), aber auch an Unternehmen, die an dem Institut mit mehr als 10 vom Hundert des Kapitals des Instituts beteiligt sind (Nr. 10). Bei solchen Krediten besteht die Gefahr, dass sie nicht unter Beachtung der üblichen geschäftlichen Sorgfalt gewährt werden.¹⁶⁵ Soweit die Regelung des § 15 KWG das Problem von Kreditgewährungen an Anteilseigner erfasst, gilt das zur Abzugsregelung des § 10 Abs. 2a Satz 2 Nr. 4 KWG Ausgeführte¹⁶⁶ entsprechend: Die Ordnungsvorschriften des KWG sind kein Schutz gegen unzuverlässige Anteilseigner, da deren schädlicher Einfluss – wie die Praxis zeigt – gerade darin bestehen kann, dass diese Vorschriften umgangen werden.¹⁶⁷

Die Regelungen über Großkredite der §§ 13 – 13b KWG dienen dem Ziel, die Höhe möglicher Verluste aus Kreditgeschäften¹⁶⁸ durch Festlegung von Kredithöchstgrenzen zu begrenzen.¹⁶⁹ Für Nichthandelsbuchinstitute gelten im Kern folgende Regelungen: Ein anzeigepflichtiger Großkredit liegt vor, wenn die Kredite des Instituts an einen Kreditnehmer¹⁷⁰ insgesamt 10% des haftenden Eigenkapitals des Instituts erreichen oder übersteigen.¹⁷¹ Der einzelne Großkredit darf 25%, alle Großkredite zusammen dürfen das Achtfache des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen.¹⁷² Für Handelsbuchinstitute enthält § 13a KWG vergleichbare Regelungen, die zwischen Risikopositionen des Anlagebuchs und des Handelsbuchs unterscheiden.¹⁷³

¹⁶⁵ Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, Einleitung, S. 70.

¹⁶⁶ Vgl. B. III. 4. a) aa).

¹⁶⁷ Vgl. auch B. VI. 1. b) bb).

¹⁶⁸ Zum Begriff des Kredits für die Großkreditregelungen sowie Ausnahmen vgl. § 19 und § 20 KWG. Der anzuwendende Kreditbegriff ist sehr weit; er erfasst nicht nur die Gewährung von Gelddarlehen, sondern alle wesentlichen Geschäftspositionen, die einem Adressenausfallrisiko unterliegen (Einzelheiten bei Dürselen, WM 1997, 24, 30; Mielk, WM 1997, 2237, 2242). Ergänzende Bestimmungen enthält die auf Grund von § 22 KWG erlassene Groß- und Millionenkreditverordnung vom 29. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3418).

¹⁶⁹ Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, Einleitung, S. 70.

¹⁷⁰ Wie bei § 18 KWG fingiert § 19 Abs. 2 KWG zum Zweck der Erfassung von Risikoeinheiten auch hier unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen, dass mehrere Kreditnehmer als ein Kreditnehmer gelten.

¹⁷¹ Vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1.

¹⁷² Vgl. § 13 Abs. 3.

¹⁷³ Zu den Einzelheiten vgl. Mielk, WM 1997, 2237, 2239 ff.

Die Kredithöchstgrenzen gelten auch für die von den Unternehmen einer Institutsgruppe oder Finanzholding-Gruppe insgesamt gewährten Kredite,¹⁷⁴ d. h. die Großkreditvorschriften sind wie die Bestimmungen über die Eigenmittelausstattung¹⁷⁵ auf konsolidierter Basis einzuhalten.

c) Organisatorische Pflichten

Der durch die 6. KWG-Novelle eingeführte § 25a KWG regelt in Absatz 1 allgemeine organisatorische Pflichten für die beaufsichtigten Institute und in Absatz 2 die aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen für eine Auslagerung von Bereichen auf andere Unternehmen (Outsourcing). Nach Abs. 1 der Vorschrift muss ein Institut

- über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken sowie über angemessene Regelungen verfügen, anhand deren sich die finanzielle Lage des Instituts jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt (Nr. 1);
- über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, über ein angemessenes internes Kontrollverfahren sowie über angemessene Sicherheitsvorkehrungen für den Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung verfügen (Nr. 2);
- dafür Sorge tragen, dass die Aufzeichnungen über die ausgeführten Geschäfte eine lückenlose Überwachung durch das BAKred für seinen Zuständigkeitsbereich gewährleisten (Nr. 3).

Materiell sind diese Regelungen nicht neu. Das BAKred hat bereits vor dem Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle unter Berufung auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Geschäftsführung umfangreich Stellung genommen zur internen Organisation und Innenrevision der Kreditinstitute.¹⁷⁶ Neu ist hingegen die ebenfalls durch die 6. KWG-Novelle in das Gesetz eingefügte Anordnungscompetenz gemäß § 6 Abs. 3 KWG, die es dem BAKred ermöglicht, Missstände und Versäumnisse in diesen Bereichen durch Verwaltungsakt abzustellen.¹⁷⁷ Bislang musste sich das BAKred damit begnügen, informellen Druck auf die verantwortlichen Geschäftsleiter auszuüben und in krassen Fällen deren Abberufung verlangen^{178 179}.

¹⁷⁴ Vgl. § 13b KWG.

¹⁷⁵ Vgl. B. III. 4. a) aa).

¹⁷⁶ Regierungsbegründung zum Entwurf einer 6. KWG-Novelle, BT-Drs. 13/7142, S. 87 (Einzelbegründung zu § 25a KWG). Ein Überblick über die diesbezüglichen Verlautbarungen des BAKred findet sich bei Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 25a Rdnr. 148 f.

¹⁷⁷ Regierungsbegründung zum Entwurf einer 6. KWG-Novelle, BT-Drs. 13/7142, S. 74 (Einzelbegründung zu § 6 Abs. 3 KWG). Zu § 6 Abs. 3 KWG vgl. auch unter B. III. 6. g).

¹⁷⁸ Hierzu B. III. 6. f).

¹⁷⁹ Regierungsbegründung zum Entwurf einer 6. KWG-Novelle, BT-Drs. 13/7142, S. 74 (Einzelbegründung zu § 6 Abs. 3 KWG).

Gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 KWG darf die Auslagerung von Bereichen auf ein anderes Unternehmen, die für die Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen wesentlich sind, weder die Ordnungsmäßigkeit dieser Geschäfte oder Dienstleistungen noch die Steuerungs- oder Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung, noch die Prüfungsrechte und Kontrollmöglichkeiten des BAKred beeinträchtigen.¹⁸⁰

Nach § 14 des Geldwäschegesetzes müssen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute Vorkehrungen dagegen treffen, dass sie zur Geldwäsche missbraucht werden. Zu den erforderlichen Vorkehrungen gehören u. a. die Bestimmung eines Geldwäschebeauftragten sowie die Entwicklung interner Grundsätze, Verfahren und Kontrollen zur Verhinderung der Geldwäsche.¹⁸¹

5. Meldewesen und Prüfungsrechte

Das KWG enthält eine Vielzahl von Vorschriften, die Berichtspflichten der Institute begründen. Wichtige Informationsquellen für die laufende Überwachung der Institute sind die monatlichen Meldungen zu den Eigenmittel- und Liquiditätsgrundsätzen,¹⁸² die Großkreditanzeigen¹⁸³ und die nach Ablauf jeden Monats zu erstellenden Zwischenbilanzen (Monatsausweise)¹⁸⁴. Neben den laufenden Anzeigen und Meldungen haben die Institute gemäß § 24 KWG dem BAKred und der Deutschen Bundesbank alle wesentlichen organisatorischen Maßnahmen und Veränderungen ihres Geschäftsbetriebes anzuzeigen. Hierzu zählen z. B. die Bestellung und das Ausscheiden von Geschäftsleitern, ein Verlust in Höhe von 25% des haftenden Eigenkapitals sowie die Aufnahme von Geschäften, die nicht Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte sind. Ferner haben die Institute einen Jahresabschluss in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres aufzustellen und den aufgestellten sowie später den festgestellten Jahresabschluss und den Lagebericht dem BAKred und der Deutschen Bundesbank unverzüglich

¹⁸⁰ Hierzu im Einzelnen Eyles, WM 2000, 1217.

¹⁸¹ Zu den gewerberechtlichen Pflichten der Institute nach dem Geldwäschegesetz vgl. die Verlautbarung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen über Maßnahmen der Kreditinstitute bzw. der Finanzdienstleistungsinstitute zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäsche vom 30. März 1998 bzw. 30. Dezember 1997, jeweils abrufbar im Internet unter <http://www.bakred.de> (dort unter Verlautbarungen/Geldwäsche) sowie Findeisen, Deliktsspezifische Strukturprävention gegen Geldwäsche im Finanzsektor, WM 1998, 2410.

¹⁸² Vgl. §§ 10 Abs. 1 Satz 4, 10a Abs. 8 Satz 3, 11 Satz 5 KWG.

¹⁸³ Vgl. §§ 13 Abs. 1, 13a und 13b Abs. 4 KWG.

¹⁸⁴ Vgl. § 25 KWG.

einzureichen.¹⁸⁵ Darüber hinaus hat der Abschlussprüfer den Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses unverzüglich nach Beendigung der Prüfung bei den genannten Bankaufsichtsbehörden einzureichen.¹⁸⁶ Dem Abschlussprüfer werden in § 29 Abs. 1 bis 3 KWG Prüfungs- und Berichtspflichten auferlegt, die über die durch das Handelsgesetzbuch begründeten Pflichten hinausgehen. Bei der Prüfung des Jahresabschlusses sowie eines Zwischenabschlusses hat der Prüfer auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Instituts zu prüfen.¹⁸⁷ Bei der Prüfung des Jahresabschlusses ist ferner u. a. festzustellen, ob das Institut die Anzeigepflichten sowie die gesetzlichen Anforderungen an die Eigenmittelausstattung, die Liquidität, das Kreditgeschäft und die Organisation des Geschäftsbetriebs eingehalten hat.¹⁸⁸ Die Prüfungsberichtsverordnung¹⁸⁹ regelt im Einzelnen die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Prüfung.

Wenn dem Prüfer bei der Prüfung Tatsachen bekannt werden, welche die Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks rechtfertigen, den Bestand des Instituts gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der Geschäftsleiter gegen Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag erkennen lassen, so hat der Prüfer dies dem BAKred und der Deutschen Bundesbank unverzüglich anzuzeigen.¹⁹⁰ Auf Verlangen des BAKred und der Deutschen Bundesbank hat der Prüfer den Prüfungsbericht zu erläutern und sonstige bei der Prüfung bekannt gewordene Tatsachen mitzuteilen, die gegen eine ordnungsgemäße Durchführung der Geschäfte des Instituts sprechen.¹⁹¹

Die Institute und die Mitglieder ihrer Organe haben dem BAKred und der Deutschen Bundesbank außerdem auf Verlangen Auskünfte über alle Geschäftsangelegenheiten zu erteilen und Unterlagen vorzulegen.¹⁹² Das BAKred kann darüber hinaus, auch ohne besonderen Anlass, Prüfungen bei den Instituten vornehmen.¹⁹³

¹⁸⁵ Vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 KWG. Nach § 26 Abs. 1 Satz 2 KWG muss der Jahresabschluss mit dem Bestätigungsvermerk oder einem Vermerk über die Versagung der Bestätigung versehen sein.

¹⁸⁶ Vgl. § 26 Abs. 1 Satz 3 KWG. Hat im Zusammenhang mit einer Sicherungseinrichtung eine zusätzliche Prüfung stattgefunden, so ist der Prüfer oder der Prüfungsverband gemäß § 26 Abs. 2 KWG verpflichtet, den Bericht über diese Prüfung unverzüglich vorzulegen.

¹⁸⁷ § 29 Abs. 1 Satz 1 KWG.

¹⁸⁸ § 29 Abs. 1 Satz 2 KWG.

¹⁸⁹ Vom 17. Dezember 1998, BGBl. I S. 3690.

¹⁹⁰ § 29 Abs. 3 Satz 1 KWG.

¹⁹¹ § 29 Abs. 3 Satz 2 KWG.

¹⁹² Vgl. § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG.

¹⁹³ Vgl. § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG.

6. Instrumentarium zur Durchsetzung der Anforderungen an den Geschäftsbetrieb der zugelassenen Institute

a) Schlichtes Verwaltungshandeln¹⁹⁴

Wenn das BAKred bei einem Institut einen Verstoß gegen die dargestellten Anforderungen an den Geschäftsbetrieb¹⁹⁵ feststellt, muss es nicht sogleich zu dem Instrumentarium des Aufsichtsbescheids greifen, um sicherzustellen, dass diese Anforderungen erfüllt werden. Das Aufsichtsamt hat auch die Möglichkeit, einen Sachverhalt durch eine (schriftliche oder mündliche) Erklärung gegenüber dem Institut zu beanstanden, ohne diesem ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen aufzugeben.¹⁹⁶ Von diesem Aufsichtsmittel wird das BAKred insbesondere dann Gebrauch machen, wenn die Kreditwürdigkeitsprüfung¹⁹⁷ eines Instituts unzureichend ist oder das Institut seinen organisatorischen Pflichten nicht nachkommt und das Aufsichtsamt den Erlass eines Verwaltungsaktes, der mit Zwangsmitteln (§ 50 KWG) durchgesetzt werden könnte, bzw. den Ausspruch einer Verwarnung gemäß § 36 Abs. 2 KWG gegenüber einem Geschäftsleiter des Instituts¹⁹⁸ nicht für erforderlich hält. Rechtsstaatliche Bedenken gegen eine solche Vorgehensweise bestehen nicht, da die Institute auch gegen das schlichte Verwaltungshandeln den Rechtsschutz der Verwaltungsgerichte in Anspruch nehmen bzw. die Beanstandung ignorieren und den drohenden Erlass eines Verwaltungsaktes abwarten können. Es liegt vielmehr regelmäßig im Interesse der Institute, nicht sogleich mit einem Verwaltungsakt überzogen zu werden.

¹⁹⁴ Für (wirtschafts-) verwaltungsrechtliche Maßnahmen, die weder als Verwaltungsakt, Zusage oder Vertrag qualifiziert werden können, gibt es noch keine einheitliche Bezeichnung. Derartige Maßnahmen, die nicht auf einen Rechtserfolg gerichtet sind, werden hier als „schlichtes Verwaltungshandeln“ bezeichnet. Neben dieser Bezeichnung werden in der Literatur für diese Form des Verwaltungshandelns u. a. die Bezeichnungen „Realakt“, „Tathandlungen“ und „informelles Verwaltungshandeln“ verwendet (vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 I; Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 37; Wolff/Bachoff/Stober, Verwaltungsrecht, Band 2, § 57 I).

¹⁹⁵ Vgl. B. III. 4.

¹⁹⁶ Von dieser Form des schlichten Verwaltungshandelns sind die Fälle zu unterscheiden, in denen das BAKred durch „Verlautbarungen“ und „Rundschreiben“ an alle Institute, bestimmte Institutsgruppen oder deren Verbände mitteilt, wie es bestimmte Normen des KWG auslegt (hierzu Pitschas, WM 2000, 1121, 1123 am Beispiel der Verlautbarungen des BAKred zu § 18 KWG).

¹⁹⁷ Vgl. § 18 KWG und hierzu B. III. 4. b).

¹⁹⁸ Vgl. B. III. 6. f).

b) Festsetzung eines Korrekturpostens auf das haftende Eigenkapital

Gemäß § 10 Abs. 3b Satz 1 KWG kann das BAKred auf das haftende Eigenkapital¹⁹⁹ einen Korrekturposten festsetzen, insbesondere um noch nicht bilanzwirksam gewordene Verluste des Instituts zu berücksichtigen. Die Festsetzung wird mit der Feststellung der nächsten für den Schluss eines Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz gegenstandslos (§ 10 Abs. 3b Satz 2 KWG).

Wie bereits dargelegt wurde, bestimmt § 2 Abs. 1 des (Eigenmittel-) Grundsatzes I, dass das Verhältnis zwischen dem haftenden Eigenkapital eines Instituts und seinen gewichteten Risikoaktiva 8% täglich zum Geschäftsschluss nicht unterschreiten darf. Der Geschäftsumfang eines Instituts in den betreffenden Positionen wird dadurch auf maximal das 12,5fache des haftenden Eigenkapitals begrenzt.²⁰⁰ Der vom BAKred nach § 10 Abs. 3b Satz 1 KWG festgesetzte Betrag („Korrekturposten“) ist vom haftenden Eigenkapital abzuziehen (§ 10 Abs. 2a Satz 2 Nr. 3 KWG) und führt dadurch zu einer Herabsetzung dieser Grenze.²⁰¹ Da die Großkreditgrenzen jeweils im Verhältnis zum haftenden Eigenkapital bzw. der sich aus dem haftenden Eigenkapital und den Drittrangmitteln zusammensetzenden Eigenmittel bestimmt werden²⁰², sinken auch diese Grenzen durch die Festsetzung eines Korrekturpostens ab. Der Sinn der Festsetzung eines Korrekturpostens liegt darin, die Geschäftsleitung des Instituts dazu anzuhalten, unterjährige Verluste sofort bei der weiteren Geschäftstätigkeit zu berücksichtigen. Eine Feststellung, dass die Eigenmittel unzureichend seien,²⁰³ ist mit dieser Maßnahme nicht verbunden; sie kann, muss aber nicht dazu führen, dass die erforderlichen Eigenmittelrelationen nicht mehr eingehalten werden. Die Festsetzung eines Korrekturpostens hat demnach in erster Linie eine „Warnfunktion“.

c) Maßnahmen bei unzureichenden Eigenmitteln oder unzureichender Liquidität

§ 45 KWG dient der Durchsetzung der Anforderungen an die Eigenmittelausstattung²⁰⁴ und die Liquidität²⁰⁵ der Institute. Nach Absatz 1 Satz 1 dieser Vorschrift kann das BAKred, wenn

¹⁹⁹ Zum Begriff B. III. 4. a) aa).

²⁰⁰ Vgl. B. III. 4. a) aa).

²⁰¹ Außerdem wird der Umfang der Marktrisiken begrenzt, da dem Institut weniger freie Eigenmittel zur Verfügung stehen, vgl. B. III. 4. a) aa).

²⁰² Vgl. B. III. 4. b).

²⁰³ Vgl. dazu sogleich unter B. III. 6. c).

²⁰⁴ Vgl. B. III. 4. a) aa).

²⁰⁵ Vgl. B. III. 4. a) bb).

ein Institut diese Anforderungen nicht erfüllt, Entnahmen durch die Inhaber oder Gesellschafter, die Ausschüttung von Gewinnen und die Gewährung von Krediten untersagen oder beschränken. Das BAKred darf diese Anordnungen allerdings erst dann treffen, wenn ein Institut den Mangel nicht innerhalb einer von dem BAKred zu bestimmenden Frist behoben hat.²⁰⁶ Wie sich aus dem Vergleich mit § 46 und § 46a KWG ergibt, geht es bei § 45 KWG lediglich um die Abwehr einer abstrakten Gefahr; eine konkrete Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Instituts gegenüber seinen Gläubigern oder gar eine Insolvenzgefahr wird nicht vorausgesetzt.

d) Maßnahmen bei (konkreter) Gefahr

Besteht Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Instituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte, so kann das BAKred gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 erste Alternative KWG zur Abwendung dieser Gefahr einstweilige Maßnahmen treffen. Anders als bei § 45 KWG setzt § 46 Abs. 1 Satz 1 erste Alternative KWG eine konkrete Gefahr voraus.²⁰⁷ Als einstweilige Maßnahmen kommen gemäß § 46 Abs. 1 Satz 2 KWG „insbesondere“ in Betracht:

- der Erlass von Anweisungen für die Geschäftsführung (Nr. 1),
- das Verbot der Annahme von Einlagen, Geldern oder Wertpapieren von Kunden und der Gewährung von Krediten (Nr. 2),
- die Untersagung oder die Beschränkung der Ausübung der Tätigkeit von Inhabern oder Geschäftsleitern (Nr. 3) und
- die Bestellung von Aufsichtspersonen (Nr. 4).

§ 46 Abs. 1 Satz 1 zweite Alternative KWG sieht vor, dass diese Maßnahmen auch dann vom BAKred ergriffen werden können, wenn „der begründete Verdacht“ besteht, „dass eine wirkungsvolle Aufsicht über das Institut nicht möglich ist“ (§ 33 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 KWG). Das Gesetz verweist insoweit auf Tatbestände, die, wie noch zu zeigen sein wird,²⁰⁸ dem Bereich der An-

²⁰⁶ Vgl. § 45 Abs. 2 Satz 1 KWG.

²⁰⁷ OVG Berlin, Beschluss vom 22. Mai 1995, Az.: OVG 1 S 27/95, S. 4 f.

²⁰⁸ Vgl. B. VI. 2. und 3.

teilseignerkontrolle zuzurechnen sind. § 46 Abs. 1 Satz 1 zweite Alternative KWG hat im Wesentlichen den Sinn, dem BAKred die Befugnis zu geben, einstweilige Maßnahmen zum Schutz eines Instituts zu erlassen, wenn das Institut im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an ihm in einen Konzern eingegliedert wird, dessen wirtschaftliche Situation noch nicht abschließend beurteilt werden kann. So kann in einem derartigen Fall z. B. durch ein einstweiliges Verbot der Gewährung von Krediten an Konzerngesellschaften und die Bestellung einer Aufsichtsperson, die dieses Kreditverbot überwacht, verhindert werden, dass die von einem Kreditinstitut hereingenommenen Anlagegelder unkontrolliert abfließen können, bevor das in § 2b KWG geregelte Anteilseignerkontrollverfahren abgeschlossen ist.²⁰⁹

e) **Maßnahmen bei Insolvenzgefahr**

Liegen die Voraussetzungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 KWG vor,²¹⁰ so kann das BAKred gemäß § 46a Abs. 1 Satz 1 KWG „zur Vermeidung des Insolvenzverfahrens vorübergehend“

- ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot an das Institut erlassen (Nr. 1),
- die Schließung des Instituts für den Verkehr mit der Kundschaft anordnen (Nr. 2) und
- die Entgegennahme von Zahlungen, die nicht zur Tilgung von Schulden gegenüber dem Institut bestimmt sind, verbieten, es sei denn, die zuständige Einlagensicherungseinrichtung oder Anlegerentschädigungseinrichtung stellt die Befriedigung der Berechtigten in vollem Umfang sicher.

Diese Maßnahmen, die vom BAKred bei Insolvenzreife eines Instituts eingeleitet werden können, sollen im Zusammenwirken mit der zuständigen Einlagensicherungseinrichtung oder Anlegerentschädigungseinrichtung ein vorübergehendes „Einfrieren“ der Geschäftstätigkeit des betroffenen Institutes ermöglichen, damit ausreichend Zeit besteht, die geeigneten Maßnahmen zur Rettung oder Abwicklung des Instituts zu treffen.²¹¹ Dabei wird der Maßnahmenkatalog des § 46a Abs. 1 KWG flankiert durch die Regelung des § 46b Abs. 1 Satz 4 KWG, wonach der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Instituts

²⁰⁹ Zum selbständigen Anteilseignerkontrollverfahren nach § 2b KWG vgl. C. I.

²¹⁰ Vgl. B. III. 6. d).

²¹¹ Huber, ZBB 1998, 193, 196.

nur von dem BAKred gestellt werden kann, was im Ergebnis bedeutet, dass die Gläubiger ein Institut nicht „in die Insolvenz hineintreiben“ können.²¹²

f) Verlangen der Abberufung von Geschäftsleitern

Bei Vorliegen der Gründe zur Aufhebung der Erlaubnis eines Instituts gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 KWG²¹³ kann das BAKred, „statt die Erlaubnis aufzuheben“, verlangen, dass das Institut die verantwortlichen Geschäftsleiter abberuft und, sofern das Institut in der Rechtsform einer juristischen Person betrieben wird, diesen Geschäftsleitern die Ausübung ihrer Tätigkeit unmittelbar untersagen (§ 36 Abs. 1 KWG).²¹⁴ Die Vorschrift trägt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung. Sofern der Mangel, der zur Aufhebung der Erlaubnis berechtigt, in der Person eines Geschäftsleiters liegt, kann es genügen, diesen zu entfernen.²¹⁵ Das Abberufungsverlangen nach § 36 KWG – u. U. verbunden mit einem Tätigkeitsverbot – kann also im Vergleich zur Erlaubnisaufhebung ein genauso wirksames, aber milderes Mittel der Gefahrenabwehr sein. Nach § 36 Abs. 2 KWG kann das BAKred ein Abberufungsverlangen und ein Tätigkeitsverbot auch dann aussprechen, wenn ein Geschäftsleiter vorsätzlich oder leichtfertig gegen Aufsichtsnormen oder Anordnungen des BAKred oder des BAWe verstoßen hat und dieses Verhalten trotz Verwarnung fortsetzt.

g) Generalklausel

Nach der – erst durch die 6. KWG-Novelle in das Gesetz eingefügten - Generalklausel des § 6 Abs. 3 KWG kann das BAKred im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben gegenüber dem Institut und seinen Geschäftsleitern Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, Missstände in dem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen. Im Verhältnis der Generalklausel zu den im KWG geregelten Spezialbefugnissen gilt das Prinzip der Subsidiarität.²¹⁶

²¹² Huber, a. a. O.

²¹³ In der Praxis von Bedeutung sind vor allem die fehlende fachliche Eignung der Geschäftsleiter oder deren Unzuverlässigkeit.

²¹⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rdnr. 2 ff.

²¹⁵ Reischauer/Kleinhans, KWG, § 36 Anm. 1.

²¹⁶ Zur Subsidiarität der polizeilichen Generalklauseln siehe nur Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, § 19 I Rdnr. 157.

Das bedeutet, dass Eingriffe auf Grund des § 6 Abs. 3 KWG nur zulässig sind, soweit der zugrunde liegende Sachverhalt nicht bereits durch eine im KWG geregelte Spezialeingriffsbefugnis erfasst wird. Ein Missstand, der die Sicherheit der einem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährdet, liegt z. B. vor, wenn die Kreditwürdigkeitsprüfung oder sogar die Risikoüberwachung eines Instituts insgesamt unzureichend ist.²¹⁷ Eine Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Durchführung von Bankgeschäften ist z. B. dann gegeben, wenn ein Institut an seine Kunden für Zwecke des Zahlungsverkehrs Karten ausgibt, die nicht ausreichend gegen den Missbrauch durch Dritte gesichert sind, oder beim Telefonbanking keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen einbaut.²¹⁸ Inhaltlich können die auf der Grundlage des § 6 Abs. 3 KWG erlassenen Anordnungen auf eine Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtet sein. Der Zweck des KWG²¹⁹ schließt es allerdings aus, dass das BAKred durch eine Anordnung gemäß § 6 Abs. 3 KWG unmittelbar auf die Gestaltung einzelner Geschäfte des Instituts Einfluss nimmt.

h) Aufhebung der Erlaubnis

Wie § 35 Abs. 2 KWG ausdrücklich klarstellt, kann die Aufhebung der gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erteilten Erlaubnis nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und bei Vorliegen eines speziellen Aufhebungsgrundes (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 – 6 KWG) erfolgen. Zu unterscheiden ist demgemäß zunächst zwischen der Möglichkeit der Rücknahme einer rechtswidrigen Erlaubnis gemäß § 48 VwVfG oder des Widerrufs einer rechtmäßigen Erlaubnis gemäß § 49 VwVfG. § 35 Abs. 3 KWG schließt die Anwendung des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG und des auf ihn verweisenden § 49 Abs. 2 Satz 2 VwVfG aus. Demzufolge kann das BAKred die Erlaubnis auch nach Ablauf eines Jahres seit dem Zeitpunkt, in dem es Kenntnis von den die Aufhebung rechtfertigenden Tatsachen erhalten hat, aufheben. Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass das BAKred zunächst versuchen wird, den Mangel auf eine andere, weniger einschneidende Weise als durch Aufhebung der Erlaubnis²²⁰ zu beheben.²²¹

Nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG kann die Erlaubnis aufgehoben werden, wenn Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen des Instituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die

²¹⁷ Zu den besonderen Pflichten der Institute vgl. B. III. 4. c).

²¹⁸ Reischauer/Kleinhans, KWG, § 6 Anm. 16.

²¹⁹ Vgl. B. III. 1.

²²⁰ Etwa durch ein Verlangen der Abberufung eines Geschäftsleiters gemäß § 36 KWG.

²²¹ Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 35 Rdnr. 3.

Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte, besteht und die Gefahr nicht durch andere Maßnahmen nach dem KWG abgewendet werden kann. Die erste Voraussetzung dieses Erlaubnisaufhebungsgrundes knüpft an ein wesentliches Aufsichtsziel²²² an, die zweite Voraussetzung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Aus diesem Grund sind diese Voraussetzungen zugleich auch maßgebliche Gesichtspunkte für die Ermessensbetätigung bei der Entscheidung über die Erlaubnisaufhebung nach § 35 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 sowie Nr. 5 und 6 KWG.

7. Einschreiten gegen ungesetzliche Geschäfte

Werden Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis betrieben oder werden nach § 3 KWG verbotene Geschäfte (Werksparkasse, Zwecksparkasse oder Missbrauch des bargeldlosen Zahlungsverkehrs²²³) durchgeführt, so kann das BAKred die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung dieser Geschäfte anordnen (§ 37 Satz 1 KWG). Das BAKred kann für die Abwicklung der ungesetzlich betriebenen Geschäfte Weisungen erlassen, eine geeignete Person als Abwickler bestellen und sämtliche Maßnahmen bekannt machen (§ 37 Satz 2 und 3 KWG).

8. Verwaltungszwang

Das BAKred kann gemäß § 50 Abs. 1 Satz 1 KWG die Befolgung seiner nach dem KWG erlassenen Verwaltungsakte, die auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet sind, mit den Zwangsmitteln des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VwVG) durchsetzen. Ohne die Regelung des § 50 Abs. 1 Satz 1 KWG würde sich diese Rechtsfolge auch aus §§ 6, 7 Abs. 1 VwVG ergeben. Verdrängt wird hingegen die Regelung des § 17 erster Halbsatz VwVG. Abweichend von dieser Regelung kann das BAKred auch Zwangsmittel gegen Institute anwenden, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind (§ 50 Abs. 1 Satz 2 KWG).²²⁴ § 50 Abs. 2 KWG regelt die Höhe des zulässigen Zwangsgeldes abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG. Die Höhe des Zwangsgeldes beträgt z. B. bei Maßnahmen nach § 37 KWG bis zu 250.000 Euro, bei Maßnahmen nach den §§ 46 und 46a KWG bis

²²² Vgl. dazu B. III. 1.

²²³ Zu den einzelnen Formen der gemäß § 3 KWG verbotenen Geschäfte vgl. Füllbier, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 3 Rdnr. 2 ff.

²²⁴ Diese Regelung ist z. B. von Bedeutung für die Aufsicht über öffentlich-rechtliche Sparkassen.

zu 125.000 Euro. Bei den nicht ausdrücklich in § 50 Abs. 2 KWG erwähnten Maßnahmen beträgt das Zwangsgeld bis zu 50.000 Euro.

Die in § 49 KWG aufgeführten Maßnahmen sind kraft Gesetzes sofort vollziehbar. Dies bedeutet einerseits, dass Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben. Andererseits können diese Maßnahmen - z. B. das Verlangen der Abberufung eines Geschäftsleiters²²⁵ – bereits vor dem Eintritt der Bestandskraft und ohne besondere Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit mit den Zwangsmitteln des § 9 VwVG durchgesetzt werden (§ 6 Abs. 1 VwVG).

9. Einlagensicherung und Anlegerentschädigung

Mit dem Inkrafttreten des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes (ESAEG)²²⁶ zum 1. August 1998 ist in Deutschland erstmals eine gesetzliche Regelung für die Entschädigung von Einlegern und Anlegern geschaffen worden.²²⁷ Das Gesetz sieht für den vom BAKred festzustellenden Entschädigungsfall²²⁸ eine Basisdeckung der Einlagen eines Kunden und der ihm gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften in Höhe von jeweils 90% bis zum Gegenwert von jeweils 20.000 Euro vor.²²⁹ Die gesetzliche Basisdeckung wird dem Kunden in der Gestalt eines Anspruches gegen die Entschädigungseinrichtung gewährt, der das vom Entschädigungsfall betroffene Institut zugeordnet ist.²³⁰ Die Mittel für die Durchführung der gesetzlichen Entschädigung werden durch die Beiträge der an die Entschädigungseinrichtungen angeschlossenen Institute erbracht.²³¹ Für die Erfüllung der Basisdeckung haften die Entschädigungseinrichtungen nur mit dem auf Grund der Beitragsleistungen nach Abzug der Verwaltungskosten zur Verfügung stehenden Vermögen.²³²

Institute, die den Sicherungseinrichtungen der regionalen Sparkassen- und Giroverbände oder der Sicherungseinrichtung des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisen-

²²⁵ Vgl. B. III. 6. f).

²²⁶ Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie vom 16. Juli 1998, BGBl. I S. 1842.

²²⁷ Zu den Einzelheiten, insbesondere dem EG-rechtlichen Hintergrund, vgl. Dreher, ZIP 1998, 1777 ff.; Newiger, Sparkasse 1998, 349 ff.; Sehte, ZBB 1998, 305 ff.; Steuer, WM 1998, 2449 ff.

²²⁸ Vgl. § 5 Abs. 1 ESAEG.

²²⁹ Vgl. § 4 ESAEG.

²³⁰ Vgl. § 3 und § 4 ESAEG im Hinblick auf den Entschädigungsanspruch sowie § 6 und 7 ESAEG zur Errichtung und Beleihung von Entschädigungseinrichtungen.

²³¹ Vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 ESAEG.

²³² Vgl. § 8 Abs. 5 Satz 1 ESAEG.

banken angeschlossen sind, sind keiner Entschädigungseinrichtung zugeordnet, solange diese Sicherungseinrichtungen auf Grund ihrer Satzungen die angeschlossenen Institute selbst schützen.²³³

Im Bereich der privaten Banken erfolgt die Basisdeckung durch die nach Maßgabe des § 7 ESAEG mit der Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse einer gesetzlichen Entschädigungseinrichtung beliehenen Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH.²³⁴ Der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken e. V. sichert darüber hinaus alle Verbindlichkeiten gegenüber Nichtkreditinstituten, die in der Bilanzposition „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“ auszuweisen sind; die Sicherungsgrenze beträgt für jeden einzelnen Einleger 30% des maßgeblichen haftenden Eigenkapitals der Bank. Der Einleger hat im Entschädigungsfall keinen Rechtsanspruch auf diese freiwillige Anschlussdeckung; der Einlagensicherungsfonds hat jedoch bis heute niemals seine Hilfe verweigert.²³⁵

Für Wertpapierhandelsunternehmen wurde nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 ESAEG eine Entschädigungseinrichtung bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau errichtet, die die gesetzlich vorgesehene Basisdeckung gewährleistet.

Die Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH sowie die institutssichernden Einrichtungen des Sparkassen- und Genossenschaftssektors unterliegen der Aufsicht des BAKred.²³⁶ Das BAKred hat Missständen entgegenzuwirken, welche die ordnungsgemäße Durchführung der Entschädigung beeinträchtigen oder das zur Durchführung der Entschädigung angesammelte Vermögen gefährden können.²³⁷ Das Aufsichtsamt kann Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, diese Missstände zu beseitigen oder zu verhindern. Das Gesetz räumt dem Aufsichtsamt in diesem Zusammenhang gegenüber der Entschädigungseinrichtung bzw. den institutssichernden Einrichtungen die Auskunfts- und Prüfungs-

²³³ Vgl. § 12 ESAEG.

²³⁴ § 1 der Verordnung über die Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen einer Entschädigungseinrichtung an die Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH vom 24. August 1998 (BGBl. I S. 2391).

²³⁵ Steuer, WM 1998, 2449.

²³⁶ Vgl. §§ 7 Abs. 3, 10 und 12 Abs. 2 Satz 1 ESAEG.

²³⁷ Vgl. § 7 Abs. 3 Satz 2 ESAEG.

rechte ein, die nach § 44 Abs. 1 KWG gegenüber den der Bankenaufsicht unterliegenden Instituten bestehen.²³⁸

10. Grenzen der Wirksamkeit der Bankenaufsicht

Es wurde gezeigt, dass dem BAKred gegenüber den Instituten und deren Geschäftsleitern zur Durchsetzung der gesetzlichen Anforderungen an den Geschäftsbetrieb ein ausdifferenziertes verwaltungsrechtliches Instrumentarium zur Verfügung steht. Das Aufsichtsamt kann diese Aufsichtsmittel aber nur dann effektiv einsetzen, wenn es von Schwierigkeiten bei den Instituten rechtzeitig erfährt. Der Wirksamkeit jeder Bankenaufsicht sind dadurch Grenzen gezogen, dass sie der loyalen Mitwirkung der beaufsichtigten Unternehmen bedarf.²³⁹ Falsche Angaben oder verspätete Meldungen können Schwierigkeiten bei einem Institut längere Zeit verschleiern, die erforderlichen Maßnahmen verzögern und damit eine wirksame Bankenaufsicht vereiteln. Deshalb hängt die Wirksamkeit der Bankenaufsicht entscheidend von der Zuverlässigkeit der Personen ab, die einen Einfluss auf die Geschäftsführung eines Instituts haben.

²³⁸ Vgl. §§ 7 Abs. 3 Satz 2 bis 4 (bei institutssichernden Einrichtungen i. V. m § 12 Abs. 2 Satz 1) ESAEG. Zur Verpflichtung der Entschädigungseinrichtung, einen Geschäftsbericht aufzustellen und diesen dem BAKred und der Deutschen Bundesbank zuzuleiten vgl. § 10 ESAEG.

²³⁹ Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen, Allgemeiner Teil, unter III., BT-Drs. 3/1114, abgedruckt bei Reischauer/Kleinhaus, KWG, Kza. 575, S. 4.

IV. Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten

Ein wesentliches Ziel der Anteilseignerkontrolle bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten ist es, den betreffenden Wirtschaftssektor vor einer Einspeisung von Geldern zu bewahren, die aus Aktivitäten der organisierten Kriminalität stammen.²⁴⁰ Insoweit soll einerseits verhindert werden, dass Personen oder Vereinigungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität durch den Erwerb von Anteilen im Bankgewerbe Fuß fassen und hierdurch auf die legale Wirtschaft Einfluss nehmen können. Andererseits soll verhindert werden, dass unzuverlässige (Mit-) Inhaber ein Institut zur Geldwäsche missbrauchen, d. h. zur Rückführung illegal erworbener Vermögenswerte in den legalen Finanzkreislauf.²⁴¹

Neben den genannten Zielsetzungen soll durch die Vorschriften des KWG über die Anteilseignerkontrolle auch die Solvenz der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute geschützt werden, indem das einzelne Institut vor unzuverlässigen Anteilseignern bewahrt wird, die durch die Verfolgung und Durchsetzung sachfremder Interessen seine wirtschaftliche Existenz selbst bedrohen können.²⁴² Es soll insbesondere verhindert werden, dass ein unzuverlässiger Anteilseigner die Geschäftsleitung eines Kreditinstituts zur Vergabe von Krediten anhält, die nicht einer soliden und umsichtigen Geschäftsführung entsprechen, sondern nur den wirtschaftlichen Interessen dieses Anteilseigners dienen. Die Befürchtung, dass die von einem Kreditinstitut hereingenommenen Anlagegelder – und auch die Eigenmittel – in dieser Weise abfließen könnten, besteht u. a. dann, wenn ein Kreditinstitut im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an ihm als Tochterunternehmen in einen intransparenten Konzern eingegliedert wird.²⁴³ Schneider spricht insofern anschaulich von der Gefahr, dass ein Kreditinstitut als „finanzierende Milchkuh“ eines Konzerns missbraucht werden könnte.²⁴⁴

Festzuhalten bleibt, dass die Anteilseignerkontrolle eine kriminalpolizeiliche Zielsetzung (Bekämpfung der organisierten Kriminalität) und eine gewerbepolizeiliche Zielsetzung

²⁴⁰ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138.

²⁴¹ Beck/Samm, KWG, § 2b Rdnr. 9; Reischauer/Kleinhaus, KWG, § 2b Anm. 1.

²⁴² Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138; Reischauer/Kleinhaus, KWG, § 2b Anm. 1.

²⁴³ Auf den Sondertatbestand des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG („Intransparenztatbestand“), mit dem diese Gefahr abgewehrt werden soll, wird noch im Einzelnen einzugehen sein (vgl. B. VI. 2.).

²⁴⁴ BB 1989, 84, 85.

(Schutz der Solvenz der Institute) hat. Sie dient damit – wie die Bankenaufsicht insgesamt²⁴⁵ - der Förderung des Vertrauens in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes.

²⁴⁵ Vgl. B. III. 1.

V. Der Begriff „bedeutende Beteiligung“ (§ 1 Abs. 9 KWG)

1. Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 9 KWG

Die unter B. IV. näher beschriebenen Gefahren können nur entstehen, wenn ein Anteilseigner einen gewissen Einfluss auf die Geschäftsführung eines Instituts ausüben kann. Vor diesem Hintergrund hat der europäische Richtliniengeber in Art. 1 Nr. 10 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie bzw. Art. 1 Nr. 10 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie im Hinblick auf die Höhe der von einem einzelnen Anteilseigner gehaltenen Beteiligung einen Schwellenwert festgelegt, bei dessen Erreichen bzw. Überschreiten die Anteilseignerkontrolle einsetzen soll. Regelungstechnisch verwenden die genannten Richtlinien dazu den Begriff „qualifizierte Beteiligung“, der definiert wird als das direkte oder indirekte Halten von wenigstens 10% des Kapitals oder der Stimmrechte²⁴⁶ oder die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung eines Kreditinstituts bzw. einer Wertpapierfirma. Die EG-rechtliche Definition des Begriffs „qualifizierte Beteiligung“ hat der deutsche Gesetzgeber in der Gestalt des § 1 Abs. 9 KWG umgesetzt, wobei dort der Begriff „bedeutende Beteiligung“ verwendet wird. Die ursprüngliche Fassung von 1993 lautete wie folgt:

„(9) Eine bedeutende Beteiligung besteht, wenn unmittelbar oder mittelbar über ein oder mehrere Tochterunternehmen mindestens zehn vom Hundert des Kapitals oder der Stimmrechte eines Unternehmens gehalten werden oder wenn auf die Geschäftsführung des Unternehmens, an dem eine Beteiligung besteht, ein maßgeblicher Einfluß ausgeübt werden kann. Für die Berechnung des Anteils der Stimmrechte gilt Art. 7 Satz 1 der Richtlinie 88/627/EG vom 12. Dezember 1988 über die bei Erwerb und Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft zu veröffentlichenden Informationen (Abl. EG Nr. L 348 S. 62). Die mittelbar gehaltenen Beteiligungen sind dem mittelbar beteiligten Unternehmen in vollem Umfang zuzurechnen.“

Durch die sechste KWG-Novelle wurde lediglich in Satz 1 der Vorschrift das Wort „zehn“ durch die Zahl „10“ ersetzt und der Verweis in Satz 2 auf Art. 7 Satz 1 der Richtlinie 88/627/EG („Transparenz-Richtlinie“) durch den Verweis auf § 22 Abs. 1 und 3 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) ersetzt. Auch die Änderung des Satzes 2 der Vorschrift war nur redaktioneller Art, da § 22 WpHG Art. 7 der Transparenzrichtlinie umsetzt.²⁴⁷ Durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz hat der Gesetzgeber § 1 Abs. 9 KWG wie folgt geändert:

²⁴⁶ Nach Art. 7 Abs. 1 zweiter Unterabsatz bzw. Art. 16 Abs. 6 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie / Art. 1 Nr. 10 Satz 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie werden bei der Anwendung dieser Definition – neben den unmittelbar gehaltenen Stimmrechtsanteilen - die in Artikel 7 der Richtlinie 88/627/EG („Transparenz-Richtlinie“) erwähnten Stimmrechte berücksichtigt.

²⁴⁷ Vgl. Assmann/Schneider, WpHG, § 22 Rdnr. 3.

- (1) In Satz 1 wurden nach dem Wort „Tochterunternehmen“ die Worte „oder ein gleichartiges Verhältnis oder durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“ eingefügt.
- (2) In Satz 3 wurden die Worte „dem mittelbar beteiligten Unternehmen“ durch die Worte „den mittelbar beteiligten Personen und Unternehmen“ ersetzt.

Der Grund für diese Änderungen war, dass der Gesetzgeber zwei Lücken bei der alten Fassung der Vorschrift ausgemacht hatte, die dazu führten, dass die Anteilseignerkontrolle unterlaufen werden konnte.²⁴⁸ Hierauf wird noch im Einzelnen einzugehen sein.²⁴⁹

Im Hinblick darauf, dass die wertpapierhandelsrechtlichen Stimmrechts-Zurechnungstatbestände (§ 22 WpHG) durch Artikel 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen²⁵⁰ vom 20. Dezember 2001²⁵¹ geändert wurden,²⁵² wurde als Folgeänderung in § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG a. F. die Angabe „§ 22 Abs. 1 und 3 des Wertpapierhandelsgesetzes“ durch die Angabe „§ 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes“ ersetzt.²⁵³

2. Sinn und Zweck des § 1 Abs. 9 KWG

Zuerst soll näher auf die Funktion des § 1 Abs. 9 KWG in dem Normenkomplex der Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle eingegangen werden. Denn nur so werden die angesprochenen Änderungen - und im Übrigen auch die relativ komplizierte Ausgestaltung der Vorschrift - insgesamt verständlich.

Aus der Analyse des Wortlauts des § 1 Abs. 9 KWG ergibt sich zunächst die Feststellung, dass es sich bei der Vorschrift um eine Definitionsnorm handelt: Satz 1 der Vorschrift legt fest, wann eine „bedeutende Beteiligung“ besteht, die Sätze 2 und 3 enthalten lediglich die Definition ergänzende Regelungen. Der Begriff der bedeutenden Beteiligung findet sich wie-

²⁴⁸ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 1 Abs. 9 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138.

²⁴⁹ Vgl. unter B. V. 3. a) dd) bbb) und ccc).

²⁵⁰ Zu den neuen Regelungen für Unternehmensübernahmen und dem Verhältnis zur Anteilseignerkontrolle siehe unter C. I. 2. c) und d).

²⁵¹ BGBl. I S. 3822.

²⁵² Zur Zurechnung von Stimmrechten durch die Verweisung des § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG auf § 22 Abs. 1 bis 3 WpHG vgl. B. V. 3. a) dd) ddd).

²⁵³ Artikel 5 des Gesetzes zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen vom 20. Dezember 2001; Begründung des Regierungsentwurfs zu Artikel 5 des genannten Gesetzes, BT-Drs. 14/7034, S. 71.

der in den §§ 2b, 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11, 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6, 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 44b KWG.²⁵⁴ Demgemäß ist der Begriff insbesondere von Bedeutung für

- (1) die Angaben, die im Rahmen eines Antrages auf Erteilung der Erlaubnis zum Betreiben von Bank- bzw. Finanzdienstleistungsgeschäften nach § 32 KWG im Hinblick auf die Anteilseigner gemacht werden müssen,²⁵⁵
- (2) die Frage, ob eine beantragte Erlaubnis wegen der Unzuverlässigkeit bestimmter Anteilseigner versagt werden muss,²⁵⁶
- (3) bestimmte Anzeigepflichten von Anteilseignern bzw. von Rechtsträgern, die die Absicht haben, eine Beteiligung an einem Institut zu erwerben,²⁵⁷
- (4) die Anzeigepflichten der Institute bei einer Änderung der (passiven) Beteiligungsverhältnisse,²⁵⁸
- (5) die Anzeigepflichten von Anteilseignern, die beabsichtigen, eine Beteiligung an einem Institut aufzugeben,²⁵⁹
- (6) die Frage, ob das BAKred Eingriffsbefugnisse gegenüber einem Anteilseigner bzw. gegenüber einem Rechtsträger hat, der die Absicht hat, eine Beteiligung an einem Institut zu erwerben²⁶⁰, und
- (7) bestimmte Prüfungsrechte des BAKred bei Anteilseignern eines Instituts.²⁶¹

²⁵⁴ Der Begriff wird im Übrigen auch in § 12 KWG verwendet. Diese Vorschrift steht nicht im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle, vielmehr regelt sie eine Begrenzung der Beteiligungen der Einlagenkreditinstitute (§ 1 Abs. 3d Satz 1 KWG) an Unternehmen, die nicht im Finanzdienstleistungssektor tätig sind. Der Gesetzgeber hat den § 1 Abs. 9 KWG im Rahmen des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes ausschließlich an die Bedürfnisse der Anteilseignerkontrolle angepasst und dabei wohl übersehen, dass der Begriff auch in § 12 KWG verwendet wird (vgl. Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 1 Abs. 9 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138: „Die Definition der bedeutenden Beteiligung in § 1 Abs. 9 KWG soll zum Zweck der verstärkten Anteilseignerkontrolle in zweierlei Hinsicht erweitert werden. ...“). Im Ergebnis dürfte deswegen für § 12 KWG (immer noch) der Begriff der bedeutenden Beteiligung der alten Fassung des § 1 Abs. 9 KWG gelten (teleologische Reduktion). - Diese Problematik bedarf im Rahmen dieser Arbeit keiner Vertiefung. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Tatsache, dass die Definition in § 1 Abs. 9 KWG a. F. jedenfalls bis zum Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes auch für den Begriff der bedeutenden Beteiligung in § 12 KWG Geltung beanspruchte, erklärt, dass in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG n. F. noch immer vom Kapital bzw. von den Stimmrechten „eines Unternehmens“ (bzw. einem maßgeblichen Einfluss auf dessen Geschäftsführung) und nicht „eines Instituts“ die Rede ist. Für die vorliegende Untersuchung ist der Begriff „Unternehmen“ in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG (soweit das Beteiligungsunternehmen gemeint ist) jedoch im Sinne von „Institut“ - also enger - zu verstehen, da dies dem Sprachgebrauch der §§ 2b, 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11, 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6, 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 44b KWG entspricht.

²⁵⁵ Vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe a) bis e) KWG.

²⁵⁶ Vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG.

²⁵⁷ Vgl. § 2b Abs. 1 Sätze 1 bis 6 KWG.

²⁵⁸ Vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 KWG.

²⁵⁹ Vgl. § 2b Abs. 4 KWG.

²⁶⁰ Vgl. § 2b Abs. 1a und 2 KWG.

²⁶¹ Vgl. § 44b KWG.

Aus dieser Übersicht wird deutlich, dass der Begriff der bedeutenden Beteiligung der Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle ist. Mit der Einstufung als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung ist kein Unwerturteil verbunden. Das Bestehen bzw. der bevorstehende Erwerb²⁶² einer solchen Beteiligung gibt dem BAKred die Möglichkeit, die als (potentieller) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufenden Personen oder Unternehmen zu kontrollieren.

3. Merkmale des Begriffs „bedeutende Beteiligung“

Ausgehend von der soeben gewonnenen Erkenntnis, welche Funktion die Definition in § 1 Abs. 9 KWG hat, sollen nun die einzelnen Merkmale des Begriffs der bedeutenden Beteiligung analysiert werden.

Hinsichtlich der Grobstruktur lässt sich feststellen, dass die Definition in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG in zwei Alternativen unterteilt ist, nämlich

- das Halten von mindestens 10 vom Hundert des Kapitals oder der Stimmrechte eines Instituts (1. Alternative) und
- die Möglichkeit der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung eines Instituts (2. Alternative).

Dabei ist die erste Alternative aufgeteilt in die beiden Unterfälle „unmittelbares“ und „mittelbares“ Halten einer Beteiligung. Der zweite Unterfall der ersten Alternative („das mittelbare Halten einer Beteiligung“) zerfällt wiederum in drei Fallgruppen.

Im Einzelnen ist zwischen folgenden Fallgestaltungen zu unterscheiden:

a) Erreichen des Schwellenwertes von 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte (§ 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG)

aa) Überblick

Nach der ersten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG liegt eine bedeutende Beteiligung vor, wenn entweder unmittelbar²⁶³ oder mittelbar²⁶⁴ 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte

²⁶² Vgl. § 2b Abs. 1 Satz 1 KWG.

²⁶³ Dazu unten B. V. 3. a) cc).

²⁶⁴ Dazu unten B. V. 3. a) dd).

eines Instituts gehalten werden. Im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Stimmrechte verweist § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG auf § 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes. Dort sind Fälle aufgezählt, in denen eine Zurechnung von Stimmrechten erfolgt, die von einem Dritten gehalten werden.²⁶⁵ Es handelt sich also - allerdings nur bezogen auf Stimmrechtsanteile - um Zurechnungstatbestände, die die Zurechnungsregelungen des § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative zweiter Unterfall KWG („mittelbares Halten einer Beteiligung“) ergänzen, und nicht um Berechnungsregeln, wie der – missverständliche - Wortlaut („Für die Berechnung ...“) der Regelung nahe legt. § 1 Abs. 9 Satz 3 KWG bestimmt, dass die mittelbar gehaltenen Beteiligungen den mittelbar beteiligten Personen und Unternehmen in vollem Umfang zuzurechnen sind.²⁶⁶

bb) Beteiligungsbegriff und Berechnungsregeln

Zu berücksichtigende Kapitalanteile sind je nach der Rechtsform des Instituts, an dem die Beteiligung besteht, Aktien, Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bzw. einer eingetragenen Genossenschaft,²⁶⁷ Anteile am Vermögen von Personenhandelsgesellschaften und auch Anteile am Grundkapital öffentlich-rechtlicher Institute²⁶⁸. In der Praxis hat die Anteilseignerkontrolle bislang nur bei Instituten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft Bedeutung erlangt.

Der in einem Vomhundertsatz auszudrückende Kapitalanteil bestimmt sich analog zu § 16 Abs. 2 AktG nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrages der dem Anteilseigner gehörenden und ihm zuzurechnenden Anteile zum Nennkapital des Instituts bzw. bei Aktiengesell-

²⁶⁵ Dazu unten B. V. 3. a) dd) ddd).

²⁶⁶ Dazu unten B. V. 3. a) bb).

²⁶⁷ Bei Instituten in der Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft hat die Anteilseignerkontrolle keine praktische Bedeutung, da jeder Genosse grundsätzlich eine Stimme hat (§ 43 Abs. 3 Satz 1 GenG). Nur bei einer Genossenschaft, deren Mitglieder ausschließlich oder überwiegend eingetragene Genossenschaften sind, kann das Statut dieser Genossenschaft das Stimmrecht der Genossen nach der Höhe ihrer Geschäftsguthaben oder einem anderen Maßstab abstufen (§ 43 Abs. 3 Satz 7 GenG).

²⁶⁸ Dass auch Anteile an öffentlich-rechtlichen Instituten erfasst werden, mag zunächst überraschen, weil daraus folgt, dass auch bei diesen Instituten eine Anteilseignerkontrolle erfolgen kann. Dies ist aber durchaus systemgerecht, da dem KWG das Prinzip einer einheitlichen (Bundes-) Aufsicht über privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Institute zugrunde liegt. Bei den Anteilseignern öffentlich-rechtlicher (oder privatrechtlicher) Institute, die zu den in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a KWG genannten öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Sondervermögen gehören, findet allerdings keine Zuverlässigkeitskontrolle statt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 4 zweiter Halbsatz der Anzeigenverordnung vom 29. Dezember 1997, BGBl. I S. 3372).

schaften mit Stückaktien nach der Zahl der Aktien.²⁶⁹ Bei Personenhandelsgesellschaften ist auf das durch den Gesellschaftsvertrag festgelegte Beteiligungsverhältnis abzustellen (Stand der Kapitalkonten bzw. Festkonten oder ein vom Stand der Kapitalkonten unabhängiges Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter).²⁷⁰ Der Stimmrechtsanteil bestimmt sich analog zu § 16 Abs. 3 AktG nach dem Verhältnis der Zahl der Stimmrechte, die der Anteilseigner ausüben kann und die ihm zugerechnet werden, zur Gesamtzahl aller Stimmrechte. Aus § 1 Abs. 9 Satz 3 KWG ergibt sich, dass dem Anteilseigner die von ihm mittelbar gehaltenen Anteile voll zugerechnet werden. Es erfolgt also keine quotale Anrechnung.²⁷¹ So wird beispielsweise einem Mutterunternehmen (i. S. d. § 1 Abs. 6 KWG) eine von seinem Tochterunternehmen (i. S. d. § 1 Abs. 7 KWG) direkt gehaltene 10%ige Beteiligung an einem Institut in dieser Höhe zugerechnet, ohne dass es darauf ankäme, mit welchem Prozentsatz das Mutterunternehmen an dem Tochterunternehmen beteiligt ist (eine Beteiligung in Höhe von 100 % an dem Tochterunternehmen ist also für eine volle Zurechnung nicht erforderlich).

cc) Unmittelbares Halten einer Beteiligung

Ein Anteilseigner hält eine Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG „unmittelbar“, wenn er sie selbst und für eigene Rechnung erworben hat.

²⁶⁹ In § 16 Abs. 1 AktG, der durch die Berechnungsregelungen in Abs. 2 und Abs. 3 der Vorschrift ergänzt wird, wird der Begriff „Mehrheitsbeteiligung“ als eigenständige Form der Unternehmensverbindung definiert. Die Funktion der Vorschrift innerhalb des betreffenden Rechtsbereiches entspricht somit der Funktion des § 1 Abs. 9 KWG für den Bereich der Anteilseignerkontrolle, so dass die Berechnungsregeln des § 16 Abs. 2 und Abs. 3 AktG zur Ergänzung der in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG getroffenen Regelung herangezogen werden können.

²⁷⁰ Vgl. Schreiben des BAKred vom 27. Mai 1993 - Geschäftsnummer I 3 – 271 – 12/93 -, abgedruckt bei Reischauer/Kleinhans, KWG, § 1 Anm. 98.

²⁷¹ Anderer Ansicht – entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift - Schieber, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, S. 176 f., der eine quotale Anrechnung befürwortet. Schieber gibt folgendes Beispiel: Ein Unternehmen hält eine Beteiligung in Höhe von 10% an einem Unternehmen, das wiederum eine Beteiligung in Höhe von 10% an einem Institut hält. Er meint, damit würde nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 9 Satz 3 KWG das Unternehmen der ersten Stufe Inhaber einer bedeutenden Beteiligung an dem Institut und will daher den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 9 Satz 3 KWG teleologisch auf die Fälle reduzieren, in denen das Unternehmen der ersten Stufe einen maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen der zweiten Stufe ausüben kann. Hierbei geht Schieber von der unzutreffenden Annahme aus, dass dem Unternehmen der ersten Stufe automatisch die von dem Unternehmen der zweiten Stufe an einem Institut gehaltene Beteiligung zugerechnet wird. Diese Annahme ist unzutreffend, da § 1 Abs. 9 KWG spezielle Zurechnungsregeln enthält, d. h. eine Zurechnung der von dem Unternehmen der zweiten Stufe gehaltenen Beteiligung an das Unternehmen der ersten Stufe erfolgt nur dann, wenn das Unternehmen der zweiten Stufe *Tochterunternehmen* des Unternehmens der ersten Stufe ist (dies hat Schieber in seinem Beispielfall übersehen), ein Zusammenwirken im Sinne des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG vorliegt oder einer der Zurechnungstatbestände des § 22 Abs. 1 WpHG eingreift. Vgl. hierzu im Einzelnen unter B. V. 3. a) dd).

dd) Fallgruppen des mittelbaren Haltens einer Beteiligung

In § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative zweiter Unterfall KWG werden drei Fallgruppen des mittelbaren Haltens einer Beteiligung aufgezählt (dazu sogleich unter aaa] bis ccc]), die aufgrund der Verweisung in § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG durch die Zurechnungsregelungen in § 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes ergänzt werden (dazu sogleich unter ddd)).

aaa) Über ein oder mehrere Tochterunternehmen

Nach der ersten Fallgruppe des mittelbaren Haltens einer Beteiligung werden einem Mutterunternehmen²⁷² die von einem oder mehreren Tochterunternehmen an einem Institut gehaltenen Kapital- oder Stimmrechtsanteile zugerechnet.

„Mutterunternehmen“ werden in § 1 Abs. 6 KWG definiert als Unternehmen, die als Mutterunternehmen im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuches gelten oder die einen beherrschenden Einfluss ausüben können, ohne dass es auf die Rechtsform und den Sitz ankommt. Die bilanzrechtliche Regelung des § 290 HGB bezieht sich nur auf Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland. Diese Einschränkung gilt für den Begriff des Mutterunternehmens i. S. d. § 1 Abs. 6 KWG wegen des Zusatzes „ohne dass es auf die Rechtsform und den Sitz ankommt“ nicht.²⁷³ Im Übrigen verlangt § 1 Abs. 6 KWG nur, dass das in Frage kommende Unternehmen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss ausüben kann; es kommt also, anders als bei § 290 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 HGB, nicht darauf an, dass der beherrschende Einfluss kraft eines Beherrschungsvertrages oder einer Satzungsbestimmung ausgeübt werden kann.²⁷⁴

„Tochterunternehmen“ werden in § 1 Abs. 7 Satz 1 KWG definiert als Unternehmen, die als Tochterunternehmen im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuches gelten oder auf die ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, ohne dass es auf die Rechtsform und den Sitz ankommt. Die Definition entspricht der Definition des Begriffs „Mutterunternehmen“ in § 1 Abs. 6 KWG spiegelbildlich.

²⁷² Das Wort „Mutterunternehmen“ muss am Anfang der Fallgruppe „mittelbar über ein oder mehrere Tochterunternehmen“ hinzugelesen werden, da diese Fallgruppe auf § 1 Abs. 6 und 7 KWG aufbaut.

²⁷³ Vgl. Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 1 Rdnr. 102.

²⁷⁴ Missverständlich, aber im Ergebnis wie hier: Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 1 Rdnr. 104.

Die Verweisung auf § 290 HGB in § 1 Abs. 6 KWG ist insofern von Bedeutung, als dass damit für den Begriff des Mutterunternehmens zugleich auf den handelsrechtlichen Unternehmensbegriff verwiesen wird. Dadurch ist es ausgeschlossen, für § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG einen eigenen funktionalen Unternehmensbegriff zu entwickeln.

bbb) Über ein gleichartiges Verhältnis

Die Fallgruppe „über ein gleichartiges Verhältnis“ wurde durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eingefügt. Die bisherige Fassung des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG knüpfte hinsichtlich der Berücksichtigung mittelbarer Beteiligungen ausschließlich an das soeben beschriebene Mutter-Tochter-Verhältnis an. Eine Gesetzeslücke bestand in den Fällen, in denen eine Qualifikation als Mutter-Tochter-Verhältnis daran scheiterte, dass der faktisch an der Konzernspitze stehende Beteiligungsinhaber nicht als Unternehmen im handelsrechtlichen Sinn eingestuft werden konnte.²⁷⁵ Die Bedeutung des Begriffs „gleichartiges Verhältnis“ i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG entspricht der Bedeutung, die dieser Begriff in § 1 Abs. 8 KWG hat.²⁷⁶ Ein gleichartiges Verhältnis i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG ist demnach gegeben, wenn zwischen einem Beteiligungsinhaber, der kein Unternehmen im handelsrechtlichen Sinne ist, und einem Unternehmen ein Verhältnis besteht, das dem Verhältnis eines Mutterunternehmens (i. S. d. § 1 Abs. 6 KWG) zu einem Tochterunternehmen (i. S. d. § 1 Abs. 7 KWG) entspricht. Durch diese Fallgruppe kann beispielsweise einer nicht unternehmerisch tätigen natürlichen Person eine Beteiligung an einem Institut zugerechnet werden, die unmittelbar von einem Unternehmen gehalten wird, an dem der natürlichen Person die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht.

ccc) Durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen

Auch die Fallgruppe „durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“ ist durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eingefügt worden. In der Einzelbegründung der betreffenden Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages²⁷⁷ heißt es hierzu:

²⁷⁵ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 1 Abs. 9 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138.

²⁷⁶ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, a. a. O.

²⁷⁷ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 1 Abs. 9 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 138.

„Bisher konnte die Anteilseignerkontrolle auch dadurch unterlaufen werden, dass statt eines Anteilseigners formal mehrere Anteilseigner auftraten, die ihr Verhalten zu Lasten eines Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstituts abstimmten, ohne dass sich die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses, ein Strohmannverhältnis oder eine vertragliche Absprache nachweisen ließ. Diese Fallkonstellation soll durch die Formulierung ‚durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen‘ aufgefangen werden.“

In der Begründung werden folgende drei Fallgestaltungen des mittelbaren Haltens einer Beteiligung angesprochen:

- (1) ein Unternehmen übt auf ein anderes Unternehmen, das an einem Institut unmittelbar eine bedeutende Beteiligung hält, einen beherrschenden Einfluss aus,²⁷⁸
- (2) eine Person oder ein Unternehmen schiebt einen Dritten vor, der eine bedeutende Beteiligung für Rechnung der Person oder des Unternehmens hält,²⁷⁹
- (3) eine Poolvereinbarung zwischen mehreren Anteilseignern im Hinblick auf die Ausübung von Stimmrechten, die zusammengerechnet eine bedeutende Beteiligung begründen²⁸⁰.

Der Begründung ist des Weiteren zu entnehmen, dass es in der Praxis offenbar Fälle gegeben hat, in denen das BAKred vermutete, dass eine der genannten Fallgruppen gegeben war, dies aber nicht beweisen konnte. Nach der Begründung soll die neu eingefügte Alternative „durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“ diesbezüglich einen Auffangtatbestand darstellen. Es werden alle Fälle erfasst, in denen sich bei einer Gesamtbetrachtung eine faktische Bündelung der Einflussmöglichkeiten mehrerer Anteilseigner feststellen lässt,²⁸¹ deren Beteiligung jeweils unterhalb des Schwellenwertes von 10% liegt, aber zusammengerechnet diesen Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Ein „Zusammenwirken“ liegt allerdings nicht schon dann vor, wenn Anteilseigner ihre Stimmrechte – ggf. auch mehrmals – einheitlich ausüben. Eine solche Auslegung würde nämlich dazu führen, dass die Anzeigepflicht des § 2b Abs. 1 Satz 1 KWG in vielen Fällen ausgelöst werden würde, in denen das BAKred keinen Anlass hätte, eine Anteilseignerkontrolle durchzuführen. Dies wird aber vom Gesetz nicht bezweckt. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine Gruppe von Anteilseignern ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse hat, das über das gemeinsame Gewinninteresse von zu-

²⁷⁸ Vgl. § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative 2. Unterfall 1. Fallgruppe i. V. m. Abs. 6 und 7 KWG.

²⁷⁹ Vgl. § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG i. V. m. § 22 Abs. 1 Nr. 1 WpHG a. F. Durch diese Verweisung auf das Wertpapierhandelsgesetz wurden auch Strohmannverhältnisse erfasst. Siehe auch B. V. 1. und B. V. 3. a) dd) ddd).

²⁸⁰ Vgl. § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG i. V. m. § 22 Abs. 1 Nr. 3 WpHG a. F. Bei dieser Fallgruppe wurden jedem an der Poolvereinbarung beteiligten Anteilseigner die in die Vereinbarung einbezogenen Stimmrechte voll zugerechnet. Vgl. auch B. V. 1. und B. V. 3. a) dd) ddd).

²⁸¹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG unter B. V. 3. b) aa) eee).

fällig zusammengekommenen Anteilseignern hinausgeht. Ein solches gemeinsames wirtschaftliches Interesse ist u. a. anzunehmen, wenn mehrere konzernlenkende Personen - z. B. die Vorstandsmitglieder der Holding - einer Unternehmensgruppe jeweils eine Beteiligung an einem Institut unterhalb der Schwelle von 10% erwerben und das BAKred zuvor im Hinblick auf einen (zunächst) geplanten Erwerb einer bedeutenden Beteiligung durch Unternehmen des Konzerns zu erkennen gegeben hatte, dass die Konzernunternehmen nicht den an Inhaber einer bedeutenden Beteiligung an einem Institut zu stellenden Anforderungen genügen. In dem Beispielfall kann vermutet werden, dass die Anteilseigner ihre Beteiligungen im wirtschaftlichen Interesse der Unternehmensgruppe erworben haben und dass sie mit dem Erwerb einer Beteiligung in Höhe von jeweils unter 10 % bezweckt haben, eine Anteilseignerkontrolle bei jeder Einzelperson zu unterlaufen. Ob tatsächlich ein „Zusammenwirken“ i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG vorliegt, muss allerdings auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles festgestellt werden.

ddd) Zurechnung von Stimmrechten durch die Verweisung auf § 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes

Wie bereits erwähnt, verweist § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Stimmrechte auf § 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes. In der letztgenannten Vorschrift wird die Zurechnung von Stimmrechten in Bezug auf die im vierten Abschnitt des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) vorgesehenen Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten bei Veränderungen des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften geregelt. Die Verweisung auf diese Vorschrift in § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG ist dahin gehend zu verstehen, dass für den Anteilseigner eines Instituts die für den Meldepflichtigen i. S. d. § 21 Abs. 1 bis 3 WpHG geltenden Zurechnungsregelungen entsprechend gelten.²⁸² Danach stehen für die Zwecke der Anteilseignerkontrolle den Stimmrechten des Anteilseigners Stimmrechte aus Anteilen gleich,

- (1) die einem Tochterunternehmen des Anteilseigners gehören,
- (2) die einem Dritten gehören und von ihm für Rechnung des Anteilseigners gehalten werden,

²⁸² Voraussetzung einer Zurechnung von Stimmrechtsanteilen im Rahmen der Anteilseignerkontrolle ist also nicht, dass es sich bei dem Institut um eine börsennotierte Gesellschaft handelt.

- (3) die der Anteilseigner einem Dritten als Sicherheit übertragen hat, es sei denn, der Dritte ist zur Ausübung der Stimmrechte aus diesen Anteilen befugt und bekundet die Absicht, die Stimmrechte unabhängig von Weisungen des Anteilseigners auszuüben,
- (4) an denen zugunsten des Anteilseigners ein Nießbrauch bestellt ist,
- (5) die der Anteilseigner durch eine Willenserklärung erwerben kann und
- (6) die dem Anteilseigner anvertraut sind, sofern er die Stimmrechte aus diesen Anteilen nach eigenem Ermessen ausüben kann, wenn keine besonderen Weisungen des Eigentümers der Anteile vorliegen.

Nach § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 2 WHG finden die Zurechnungstatbestände Nr. 2 bis 6 auch dann Anwendung, wenn sie auf ein Tochterunternehmen des Anteilseigners zutreffen. Die zunächst dem Tochterunternehmen zugerechneten Stimmrechte werden dem Anteilseigner sodann in voller Höhe zugerechnet (§ 1 Abs. 9 Satz 2 KWG i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 3 WpHG).

Gemäß § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG i. V. m. § 22 Abs. 2 WpHG werden dem Anteilseigner auch die nach § 22 Abs. 1 WpHG zu berechnenden Stimmrechte aus Anteilen eines Dritten zugerechnet, mit dem der Anteilseigner oder sein Tochterunternehmen sein Verhalten in Bezug auf das Institut auf Grund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise abstimmt; Vereinbarungen über die Ausübung von Stimmrechten in Einzelfällen sind gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 letzter Teilsatz WpHG ausgenommen.

Die letztgenannte Zurechnungsregel ist – abgesehen von den Fällen, in denen ein Tochterunternehmen des Anteilseigner sein (des Tochterunternehmens) Verhalten mit einem Dritten abstimmt, bereits in dem weiter gefassten Auffangtatbestand des § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative zweiter Unterfall Fallgruppe 3 KWG („durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“)²⁸³ enthalten, da dieser Auffangtatbestand alle Fälle erfasst, in denen sich bei einer Gesamtbetrachtung eine faktische Bündelung der Einflussmöglichkeiten mehrerer Anteilseigner feststellen lässt, deren Beteiligung jeweils unterhalb des Schwellenwertes von 10% liegt, aber zusammengerechnet diesen Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Der Zurechnungstatbestand gemäß § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG ist deckungsgleich mit der Zurechnungsregelung in § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative

²⁸³ Zu dieser Fallgruppe siehe B. V. 3. a) dd) ccc).

zweiter Unterfall Fallgruppe 1 („über ein oder mehrere Tochterunternehmen“), da der wertpapierhandelsrechtliche Begriff des Tochterunternehmens (§ 22 Abs. 3 WpHG) dem bankaufsichtsrechtlichen Begriff (§ 1 Abs. 7 KWG) entspricht.

Zu den verbleibenden Zurechnungstatbeständen (§ 1 Abs. 9 Satz 2 i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6) ist Folgendes anzumerken:

Mit der **Nr. 2** werden Fälle erfasst, in denen die Stimmrechte einem Dritten zustehen, der als Treuhänder oder mittelbarer Stellvertreter des Anteilseigners tätig ist.²⁸⁴ Demgemäß werden beispielsweise die von einem Strohmännchen gehaltenen Stimmrechte dem wirklichen Geschäftsherren (dem Anteilseigner) zugerechnet. **Nr. 3** betrifft die Sicherungsübereignung und Verpfändung von Anteilen, die die Stimmrechte vermitteln. Gemäß **Nr. 4** wird der Nießbraucher wie der Inhaber des Stimmrechts behandelt. **Nr. 5** erfasst Sachverhalte, bei denen für eine Übertragung der Anteile auf den Anteilseigner nur noch seine Willenserklärung erforderlich ist. Fallgestaltungen, bei denen es zum Erwerb der Mitwirkung eines Dritten bedarf, scheiden somit aus.²⁸⁵ Nach **Nr. 6** werden dem Anteilseigner auch Stimmrechte aus Anteilen zugerechnet, die ihm anvertraut sind, sofern er die Stimmrechte nach eigenem Ermessen ausüben kann, wenn keine besonderen Weisungen des Inhabers der Anteile vorliegen. Damit ist - abweichend von der Vorläuferregelung in § 22 Abs. 1 Nr. 7 WpHG a. F. - ein besonderes Verwahrungsverhältnis hinsichtlich der Anteile nicht (mehr) erforderlich, so dass hier auch Rechtsverhältnisse in Betracht kommen, bei denen die Anteile, deren Stimmrechte der Anteilseigner nach eigenem Ermessen ausüben kann, nicht beim Anteilseigner, sondern bei einem Dritten verwahrt werden.²⁸⁶

b) Möglichkeit der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses (§ 1 Abs. 9 Satz 1 zweite Alternative KWG)

Nach der zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG ist eine bedeutende Beteiligung dann gegeben, wenn auf die Geschäftsführung des Instituts, an dem eine Beteiligung besteht, ein maßgeblicher Einfluss ausgeübt werden kann.

²⁸⁴ Vgl. Hüffer, AktG, Anh. § 22 (AktG), § 22 WpHG Rdnr 3 zu § 22 Abs. 1 Nr. 1 WpHG a. F., der § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG in der geltenden Fassung entspricht.

²⁸⁵ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 30 Abs. 1 Nr. 5 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (der § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WpHG entspricht), BT-Drs. 14/7034, S. 54.

²⁸⁶ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 30 Abs. 1 Nr. 6 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (der § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 WpHG entspricht), BT-Drs. 14/7034, S. 54.

aa) Maßgeblicher Einfluss

Der Begriff des maßgeblichen Einflusses wird auch in den dem § 1 Abs. 9 KWG zugrunde liegenden Richtlinienbestimmungen²⁸⁷ verwendet und geht auf der Ebene des EG-Rechts zurück auf Art. 33 der Siebten Richtlinie über den konsolidierten Abschluss (83/349/EWG). Die letztgenannte Richtlinienbestimmung ist in § 311 HGB umgesetzt worden. Vereinfacht ausgedrückt lässt sich sagen, dass die zweite Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eine von § 311 HGB abgeleitete Regelung ist.²⁸⁸ Daher ist § 311 HGB bei der Auslegung dieser Alternative heranzuziehen. Allerdings muss beachtet werden, dass § 311 HGB und § 1 Abs. 9 KWG unterschiedliche Zielsetzungen haben. Die bilanzrechtliche Regelung des § 311 HGB dient dazu, eine verzerrte Darstellung der tatsächlichen Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Konzerns zu verhindern,²⁸⁹ indem sie bestimmt, dass die Beteiligung an einem nicht in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen, auf dessen Geschäfts- und Finanzpolitik ein einbezogenes Unternehmen einen maßgeblichen Einfluss ausübt, unter einem besonderen Posten in der Konzernbilanz auszuweisen ist. § 1 Abs. 9 KWG ist hingegen eine Definitionsnorm aus dem Bereich der bankaufsichtlichen Gefahrenabwehr.

aaa) Gegenstand der Einflussnahme

Aus dem Wortlaut des § 311 Abs. 1 Satz 1 HGB²⁹⁰ kann der Gegenstand einer möglichen Einflussnahme des Anteilseigners entnommen werden: Wenn in der 2. Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG von der Möglichkeit der Ausübung eines Einflusses auf die „Geschäftsführung“ des Instituts die Rede ist, so ist damit gemeint, dass es ausreichend ist, wenn der Einfluss auf die Geschäfts- und Finanzpolitik gerichtet ist. Das BAKred muss also in der Praxis nicht die Möglichkeit einer direkten Einflussnahme auf die Geschäftsleiter eines Instituts im Sinne einer tatsächlichen Einwirkung auf konkrete einzelne Entscheidungen im täglichen Geschäft nachweisen, sondern nur die Möglichkeit einer Einflussnahme auf das Institut als

²⁸⁷ Art. 1 Nr. 10 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie/ Art. 1 Nr. 10 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie.

²⁸⁸ Vgl. Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 1 Rdnr. 108: „Soweit es auf das Merkmal des maßgeblichen Einflusses ankommt, richtet sich dessen Abgrenzung nach § 311 HGB, mit dem die durch die europarechtliche Vorgabe in Bezug genommene Regelung des Art. 33 der Siebten Richtlinie über den konsolidierten Abschluss (83/349/EWG; ...) umgesetzt wurde.“

²⁸⁹ Umkehrschluss aus § 311 Abs. 2 HGB.

²⁹⁰ § 311 Abs. 1 Satz 1 HGB spricht von einem maßgeblichen Einfluss „auf die Geschäfts- und Finanzpolitik eines ... Unternehmens“.

Gesamtheit, bei der auch die Einwirkungsmöglichkeiten auf andere Organe (Aufsichtsrat, Hauptversammlung oder Gesellschafterversammlung) zu berücksichtigen sind.²⁹¹

bbb) Intensität der Einflussnahme

Auch in § 311 HGB wird der Begriff des maßgeblichen Einflusses nicht definiert. Es ist allgemein anerkannt, dass nur schwer umschrieben werden kann, wann dieser Einfluss vorliegt und wann nicht.²⁹² Nach § 311 Abs. 1 Satz 2 HGB wird ein maßgeblicher Einfluss vermutet, wenn ein Unternehmen bei einem anderen Unternehmen mindestens den fünften Teil der Stimmrechte der Gesellschafter innehat. Es liegt auf der Hand, dass diese Vermutung bei der Frage, ob im Einzelfall eine bedeutende Beteiligung gegeben ist, nicht unmittelbar weiterhilft. Denn nach der ersten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG liegt bereits dann – unwiderleglich - eine bedeutende Beteiligung vor, wenn nur 10% der Stimmrechte eines Instituts gehalten werden. Es geht folglich um die Bestimmung eines tatsächlichen Einflusspotentials.²⁹³ Der Blick auf die Regelung des § 311 Abs. 1 Satz 2 HGB verdeutlicht aber für die Anwendung der zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG, dass das tatsächliche Einflusspotential eine Intensität haben muss, die den Einwirkungsmöglichkeiten entspricht, wie sie regelmäßig nicht unterhalb eines Stimmrechtsanteils von 20% zu erwarten sind. Ein maßgeblicher Einfluss ist also nicht schon dann gegeben, wenn die Einflussmöglichkeit ein Ausmaß annimmt, wie sie bei einem Stimmrechtsanteil von 10% gegeben ist. Vielmehr lässt sich der maßgebliche Einfluss in einer Negativabgrenzung dahin gehend interpretieren, dass Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung nicht ohne Mitwirkung bzw. nicht gegen den Willen des Anteilseigners getroffen werden können.²⁹⁴

ccc) Indizien für einen maßgeblichen Einfluss

Es ist für das BAKred in der Praxis schwierig, die Möglichkeit der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses nachzuweisen. Die Gestaltungsmöglichkeiten der Einflussnahme sind so vielfältig, dass nur im Einzelfall unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der tatsächlichen Ver-

²⁹¹ Für § 311 HGB vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 311 HGB Rdnr. 19; Budde/Raff, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 311 HGB Rdnr. 15.

²⁹² Für § 311 HGB vgl. Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., Rdnr. 14; Budde/Raff, a.a.O.

²⁹³ Zu den denkbaren Mitteln der Einflussnahme vgl. sogleich unter dem folgenden Gliederungspunkt B. V. 3. b) aa) ccc).

²⁹⁴ In Anlehnung an Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 311 HGB Rdnr. 17.

hältnisse beurteilt werden kann, ob ein maßgeblicher Einfluss ausgeübt werden kann.²⁹⁵ Als Indizien dafür, dass ein Unternehmen auf ein anderes einen maßgeblichen Einfluss ausübt, werden im Schrifttum zu § 311 HGB²⁹⁶ u. a. genannt:

- Vertretung in Aufsichts-/Leitungsorganen,
- Mitwirkung im geschäftspolitischen Entscheidungsprozess,
- wesentliche Geschäftsbeziehungen,
- Austausch von Führungskräften,
- technologische Abhängigkeit,
- Bereitstellung wichtiger fachlicher Aufschlüsse.

ddd) Definition

In einer Kommentierung zu § 311 HGB wird hierauf aufbauend die Ansicht vertreten, dass eine gesellschaftsrechtliche Vermittlung des Einflusses wie bei der einheitlichen Leitung nicht nötig sei; ein wirtschaftlicher Einfluss (finanzielle oder personelle Verflechtung, maßgebliche Kreditbeziehung, technologische Abhängigkeit u. a.) sei ausreichend.²⁹⁷ In Anlehnung hieran wird in einer Kommentierung zu § 1 Abs. 9 KWG der maßgebliche Einfluss im Sinne dieser Vorschrift definiert als ein nicht notwendig gesellschaftsrechtlich vermittelter, wirtschaftlicher Einfluss von gewisser Bedeutung, der sich aus einer personellen Verflechtung, einer finanziellen Verflechtung, einer technologischen Abhängigkeit usw. ergeben kann.²⁹⁸ Dieser Auffassung kann im Wesentlichen gefolgt werden. Die angesprochene Definition lässt allerdings wieder offen, welche Intensität der Einfluss haben muss. Insoweit kann jedoch auf die Ergebnisse zurückgegriffen werden, zu denen die diesbezüglichen Untersuchungen unter Gliederungspunkt B. V. 3. b) aa) bbb) geführt haben. Danach muss es sich um einen solchen Einfluss handeln, wie ihn in der Regel ein Stimmrechtsanteil in Höhe von 20% gibt, oder negativ ausgedrückt: Der Einfluss muss bewirken können, dass Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung nicht ohne Mitwirkung bzw. nicht gegen den Willen des Anteilseigners ge-

²⁹⁵ In Anlehnung an Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 311 HGB Rdnr. 28.

²⁹⁶ Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 311 HGB Rdnr. 29; Budde/Raff, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 311 HGB Rdnr. 15; Kusterer, in: Heidelberger Kommentar zum HGB, § 311 Rdnr. 2; Wirtschaftsprüferhandbuch, Band I, Teil M, Rdnr. 434.

²⁹⁷ Baumbach/Hopt, HGB, § 311 Rdnr. 1.

²⁹⁸ Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 1 Rdnr. 108.

troffen werden können. Die erwähnte Definition lässt auch den Gegenstand der Einflussnahme offen. Diesbezüglich kann auf die Ergebnisse der Untersuchungen unter Gliederungspunkt B. V. 3. b) aa) aaa) verwiesen werden. Danach ist es ausreichend, wenn ein Einfluss auf die Geschäfts- und Finanzpolitik des Instituts nachgewiesen wird.

Nach alledem ergibt sich folgende Definition:

Ein maßgeblicher Einfluss i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 zweite Alternative KWG ist eine nicht notwendig gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäfts- und Finanzpolitik eines Instituts mit der Intensität, wie sie in der Regel ein Stimmrechtsanteil in Höhe von 20% gibt, wobei der Einfluss auf einer personellen Verflechtung, einer finanziellen Verflechtung, einer technologischen Abhängigkeit usw. beruhen kann.

Ein Beispiel hierfür wäre der Fall, dass einem Unternehmen nur eine geringe Beteiligung an einem Institut nachgewiesen werden kann (z. B. 5 %), aber festgestellt wird, dass mehrere Vorstandsmitglieder des Unternehmens im Aufsichtsrat des Instituts vertreten sind. In einem solchen Fall ist das betreffende Unternehmen nach der Definition Inhaber einer bedeutenden Beteiligung an dem Institut, weil es aufgrund einer personellen Verflechtung einen maßgeblichen Einfluss auf das Institut ausüben kann.

eee) Maßgeblicher Einfluss auf Grund einer Interessenkoordination zwischen mehreren Anteilseignern

Es bleibt noch zu prüfen, ob ein maßgeblicher Einfluss i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG auch durch eine Interessenkoordination zwischen mehreren Anteilseignern begründet werden kann.

Auch insoweit soll zunächst eine Parallele zu § 311 HGB gezogen werden: Die Regelung des § 311 HGB setzt nach ihrem Wortlaut voraus, dass der maßgebliche Einfluss von einem in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen ausgeübt wird. Dabei ist unstreitig, dass dies nicht dahin gehend zu verstehen ist, dass der Einfluss von einem einzigen einbezogenen Unternehmen (oder etwa sogar nur der Konzernspitze) ausgeübt werden muss.²⁹⁹ Auch mehrere Unternehmen des Konzerns können zusammen den maßgeblichen Einfluss herbeifüh-

²⁹⁹ Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 311 HGB Rdnr. 33; Budde/Raff, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 311 HGB Rdnr. 10.

ren.³⁰⁰ Insbesondere in den Fällen, in denen zwei oder mehr beteiligte Tochterunternehmen unter der einheitlichen Leitung des Mutterunternehmens zusammengefasst sind, wird durch eine Koordination der Tochterunternehmen eine Bündelung des vorhandenen Einflusspotentials erreicht werden können. In einem solchen Fall wird der maßgebliche Einfluss indirekt durch das Mutterunternehmen ausgeübt.³⁰¹

Es ist offensichtlich, dass sich diese Grundsätze nicht vollständig auf die in § 1 Abs. 9 KWG getroffene Regelung übertragen lassen. Denn bei dieser Regelung geht es nicht nur um die Erfassung von Beteiligungen, die von Unternehmen eines Konzerns gehalten werden. Es können zum Beispiel auch nicht unternehmerisch tätige natürliche Personen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 KWG sein.³⁰² Andererseits zeigt die Parallele zu § 311 HGB, dass ein maßgeblicher Einfluss grundsätzlich auch durch eine Interessenkoordination zwischen verschiedenen Anteilseignern begründet werden kann. Dass dies auch für die zweite Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG gilt, folgt daraus, dass der Regelung keine Beschränkung auf bestimmte Mittel der Einflussnahme entnommen werden kann. Demgemäß können bei der Feststellung, ob ein Beteiligungsinhaber einen maßgeblichen Einfluss ausüben kann, auch seine rechtlichen und faktischen Beziehungen zu anderen Beteiligungsinhabern berücksichtigt werden. Das Zusammenwirken mehrerer Anteilseigner, die zwar einzeln einen Stimmrechtsanteil von unter 20% halten, deren Beteiligungen aber zusammengerechnet diesen Schwellenwert erreichen, war daher vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes sogar ein wesentlicher Anwendungsfall für das Vorliegen eines maßgeblichen Einflusses i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG. Mit dem Inkrafttreten des genannten Gesetzes ist diese konkrete Fallgestaltung der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses bedeutungslos geworden, weil ein Zusammenwirken mehrerer Anteilseigner, die zusammengerechnet über eine Beteiligung in Höhe von mindestens 10 % verfügen, bereits durch die in die erste Alternative der Regelung eingefügte Fallgruppe „durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“ erfasst wird.³⁰³ Die Feststellung, dass auch eine Interessenkoordination zwischen mehreren Anteilseignern zur Begründung eines maßgeblichen Einflusses führen kann, bleibt indessen für die Fälle von Bedeutung, in denen einer Gruppe von Anteilseignern zwar keine Beteiligung von zusammengerechnet 10 % nachgewiesen werden kann, jedoch

³⁰⁰ Budde/Raff, a. a. O.

³⁰¹ Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 311 HGB Rdnr. 33.

³⁰² Argument aus § 1 Abs. 9 Satz 3 KWG.

³⁰³ Vgl. oben unter B. V. 3. a) dd) ccc).

aufgrund einer personellen oder finanziellen Verflechtung oder einer technologischen Abhängigkeit usw. ein Einfluss, der der Intensität eines Stimmrechtsanteils von 20 % entspricht. Denn in diesen Fällen führt der Nachweis einer Interessenkoordination nach der unter Gliederungspunkt B. V. 3. b) aa) ddd) dargestellten Definition dazu, dass jeder der betreffenden Anteilseigner als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufen ist.

bb) Keine tatsächliche und laufende Ausübung des Einflusses erforderlich

Nach der zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG ist eine bloße Möglichkeit zur Ausübung des maßgeblichen Einflusses oder dessen nur gelegentliche Wahrnehmung ausreichend.³⁰⁴ Eine tatsächliche und laufende Ausübung dieses Einflusses auf die Geschäfts- und Finanzpolitik des Instituts (wie bei § 311 HGB vorausgesetzt) ist nicht erforderlich.³⁰⁵ Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Regelung,³⁰⁶ sondern entspricht auch der Funktion³⁰⁷ des Begriffes der bedeutenden Beteiligung als Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle.

cc) Erfordernis einer Beteiligung

Voraussetzung dafür, dass ein Rechtsträger als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nach der zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eingestuft werden kann, ist im Übrigen, dass der Rechtsträger einen Kapital- oder Stimmrechtsanteil des Instituts hält. Dies mag rechtspolitisch fragwürdig sein, da es bei dieser Alternative um die Bestimmung eines tatsächlichen Einflusspotentials geht,³⁰⁸ wird aber durch den Wortlaut des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eindeutig vorgegeben.³⁰⁹ Die Beteiligung muss allerdings nicht den Schwellenwert von 10% erreichen. Dies ergibt sich als Umkehrschluss daraus, dass bei einer Beteiligung in Höhe von 10% bereits die erste Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eingreift.

³⁰⁴ Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 1 Rdnr. 108.

³⁰⁵ Haug, a. a. O.

³⁰⁶ Vgl. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG: „... ein maßgeblicher Einfluß ausgeübt werden kann.“

³⁰⁷ Vgl. oben unter Gliederungspunkt B. V. 2.

³⁰⁸ Vgl. oben unter B. V. 3. b) aa) bbb).

³⁰⁹ Vgl. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG: „..., an dem eine Beteiligung besteht, ...“.

4. In der Literatur erhobene Kritik an dem Schwellenwert von 10% (§ 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG)

Nach einer Literaturmeinung werfe die mit der Anteilseignerkontrolle verbundene Zuverlässigkeitskontrolle der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung „insbesondere deshalb“ Probleme auf, „da eine 10%ige Beteiligung regelmäßig keine besonderen Einwirkungsmöglichkeiten“ eröffne.³¹⁰ In diesem Zusammenhang wird auf § 311 Abs. 1 Satz 2 HGB verwiesen, wonach ein maßgeblicher Einfluss vermutet wird, wenn ein Unternehmen bei einem anderen Unternehmen mindestens 20% der Stimmrechte innehat.³¹¹ In die gleiche Richtung zielt die Auffassung, wonach der Schwellenwert sehr niedrig angesetzt sei, da ein relevanter Einfluss des einzelnen Aktionärs erst mit dem Überschreiten einer Sperrminorität von 25% gegeben sei.³¹²

Diese Kritik ist unberechtigt. Sie verkennt den Sinn und Zweck des § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG. Wie bereits ausgeführt wurde,³¹³ ist der Begriff der bedeutenden Beteiligung lediglich der Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle. Mit der Einstufung als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung ist kein Unwerturteil verbunden. Das Bestehen bzw. der bevorstehende Erwerb einer solchen Beteiligung gibt dem BAKred lediglich die Möglichkeit, die als (potentieller) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufenden Personen oder Unternehmen zu kontrollieren. Dabei steht das BAKred häufig vor der Notwendigkeit, zunächst die (genaue) Höhe der Beteiligung ermitteln zu müssen.³¹⁴ Gerade unzuverlässige Personen und Unternehmen neigen dazu, zu Tarnzwecken lediglich mittelbare Beteiligungen (d. h. über Tarnunternehmen und Strohleute usw.) einzugehen und die Beteiligung entgegen der Verpflichtung des § 2b Abs. 1 KWG nicht anzuzeigen oder die wahre Höhe der mittelbaren Beteiligung zu verschweigen. Vor diesem Hintergrund ist eine (angenommene) Beteiligung in Höhe von 10% als Schwellenwert, an den die Ermittlungsbefugnisse der Bankaufsichtsbehörde anknüpfen, eher zu niedrig angesetzt.

Bei der gegen den Schwellenwert von 10% vorgetragenen Kritik wird im Übrigen übersehen, dass als Rechtsfolgen, die sich im Zusammenhang mit dem Begriff der bedeutenden Beteiligung ergeben, nur folgende Anzeigepflichten zu nennen sind:

³¹⁰ Neumann, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, S. 197.

³¹¹ Neumann, a. a. O., in Fußnote 52.

³¹² Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 69.

³¹³ B. V. 2.

³¹⁴ Zur Sachverhaltsermittlung im Rahmen der präventiven Erwerbskontrolle vgl. C. I. 3. a).

- (1) Anzeigepflichten von Anteilseignern bzw. von Rechtsträgern, die die Absicht haben, eine Beteiligung an einem Institut zu erwerben,³¹⁵
- (2) die Anzeigepflichten der Institute bei einer Änderung der (passiven) Beteiligungsverhältnisse,³¹⁶
- (3) die Anzeigepflichten von Anteilseignern, die beabsichtigen, eine Beteiligung an einem Institut aufzugeben.³¹⁷

Hierdurch wird dem berechtigten Informationsbedürfnis der Bankaufsichtsbehörde Rechnung getragen, die anknüpfend an diese Informationen entscheiden kann, ob eine weitere Sachverhaltsaufklärung bzw. bankaufsichtliche Maßnahmen erforderlich sind. Die Bestimmung des tatsächlichen Einflusspotentials des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung ist, was bei der Kritik an § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG ebenfalls übersehen wird, nicht Aufgabe dieser Vorschrift. Vielmehr hat das BAKred zu prüfen, ob der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung den noch zu erörternden aufsichtsrechtlichen Anforderungen³¹⁸ entspricht. Falls dies zu verneinen ist, hat das BAKred mit Blick auf die ihm (dem BAKred) im Rahmen der Anteilseignerkontrolle zustehenden Eingriffsbefugnisse³¹⁹ das tatsächliche Einflusspotential des betreffenden Anteilseigners als Vorfrage für die Ausübung des Entschließungs- und ggf. auch Auswahlermessens³²⁰ zu prüfen.³²¹ Dass § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative (ggf. i. V. m. Satz 2) KWG im Ergebnis nur eine Zurechnungsregelung ist, verdeutlichen die in § 2b Abs. 1 Satz 6 KWG festgelegten Anzeigepflichten des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung, die eingreifen, wenn dieser Anteilseigner beabsichtigt, seine Beteiligung auf die Schwellenwerte in Höhe von 20%, 33% oder 50% der nach § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG zuzurechnenden Stimmrechts- bzw. Kapitalanteile zu erhöhen.

Ferner ist auch die Prämisse der eingangs erwähnten Auffassungen, wonach ein besonderer Einfluss eines Anteilseigners erst bei einer Beteiligung in Höhe von 20% bzw. 25% gegeben sei, zu relativieren. Denn die Beschlüsse der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft bedürfen gemäß § 133 AktG grundsätzlich nur der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.³²² Bei der Hauptversammlung der Deutsche Bank AG im Jahre 2000 waren beispielsweise nur

³¹⁵ Vgl. § 2b Abs. 1 Sätze 1 bis 6 KWG.

³¹⁶ Vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 KWG.

³¹⁷ Vgl. § 2b Abs. 4 KWG.

³¹⁸ Zu den Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung siehe unter B. VI.

³¹⁹ Zu den Eingriffsbefugnissen siehe C. I. 3. und 4.

³²⁰ Zur Ermessensausübung vgl. C. I. 3. b) bb), C. I. 4. c).

³²¹ Wegen der Einzelheiten der Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle siehe unter C.

³²² Zu zusätzlichen bzw. weitergehenden gesetzlichen Anforderungen und weitergehenden Anforderungen der Satzung siehe Hüffer, AktG, § 133 Rdnr. 13 ff.

31,92% des Kapitals vertreten³²³, so dass die einfache Stimmenmehrheit bei rund 16% der Stimmen lag.

5. Verhältnis der ersten zur zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG

Ein maßgeblicher Einfluss i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG ist oben definiert worden, als eine nicht notwendig gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäfts- und Finanzpolitik eines Instituts mit der Intensität, wie sie in der Regel ein Stimmrechtsanteil in Höhe von 20% gibt, wobei der Einfluss auf einer personellen Verflechtung, einer finanziellen Verflechtung, einer technologischen Abhängigkeit usw. beruhen kann.³²⁴ Ein Widerspruch könnte auf den ersten Blick darin gesehen werden, dass die erste Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG von einem Schwellenwert von 10% ausgeht, während ein maßgeblicher Einfluss eine Einwirkungsmöglichkeit voraussetzt, wie sie in der Regel ein Stimmrechtsanteil in Höhe von 20% gibt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es bei der zweiten Alternative – im Gegensatz zur ersten Alternative - um die Bestimmung eines tatsächlichen Einflusspotentials geht. Mit dem Hinweis auf einen Stimmrechtsanteil in Höhe von 20% in der Definition des maßgeblichen Einflusses wird dieser lediglich dahin gehend interpretiert, dass Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung nicht ohne Mitwirkung bzw. nicht gegen den Willen des Anteilseigners getroffen werden können.

6. „Inhaber“ einer bedeutenden Beteiligung

„Inhaber“ einer bedeutenden Beteiligung ist jeder, der den Tatbestand des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG erfüllt. Auf die Unternehmenseigenschaft kommt es nur bei der ersten Fallgruppe des zweiten Unterfalles der ersten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG („mittelbar über ein oder mehrere Tochterunternehmen“) an.³²⁵ Demgemäß können Inhaber einer bedeutenden Beteiligung sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts, Personenhandelsgesellschaften, nicht eingetragene Vereine und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sein, wobei es für letztere erforderlich und ausreichend ist, dass die Anteile an einem Institut Gesamthandsvermögen sind. Auch Erbengemeinschaften können als Gesamthandsgemeinschaften Inhaber einer bedeutenden Beteiligung sein. Fami-

³²³ Financial Times Deutschland vom 13. Juni 2000, S. 23.

³²⁴ B. V. 3. b) aa) ddd).

³²⁵ Vgl. dazu oben unter B. V. 3. a) dd) aaa).

lien können hingegen als solche nicht Inhaber einer bedeutenden Beteiligung sein. Jedoch sind einem Familienmitglied nach den dargestellten Grundsätzen unter Umständen die Anteile der anderen Familienmitglieder³²⁶ bzw. deren Einflussmöglichkeiten³²⁷ zuzurechnen, so dass das betreffende Familienmitglied als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufen sein kann, obwohl es selbst nur eine (unmittelbare) Beteiligung unterhalb der Schwelle von 10% hält.

³²⁶ In der Alternative „durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“ des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG, vgl. hierzu oben unter B. V. 3. a) dd) ccc).

³²⁷ Im Rahmen der Feststellung, ob ein „maßgeblicher Einfluss“ gegeben ist, vgl. hierzu B. V. 3 b) aa) eee).

VI. Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung

Die Anforderungen, die das KWG an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung stellt, ergeben sich aus den einschlägigen Eingriffstatbeständen sowie den entsprechenden Erlaubnisver-
sagungs- und Erlaubnisaufhebungsgründen. Nach der Neufassung der Vorschriften über die
Anteilseignerkontrolle durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz handelt es sich dabei,
wie noch im Einzelnen darzulegen sein wird, um einen Grundtatbestand³²⁸ und zwei Spezial-
tatbestände³²⁹. Die durch diese Tatbestände aufgestellten Anforderungen sollen hier „vor der
Klammer“ untersucht werden, d. h. bevor im Einzelnen auf das Anteilseignerkontrollverfah-
ren³³⁰ eingegangen wird.

1. Erfordernis der Zuverlässigkeit

Das KWG verlangt in Übereinstimmung mit den zugrunde liegenden Richtlinienbestimmun-
gen,³³¹ dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung „den im Interesse einer soliden und
umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen“ genügen muss.³³² Diese Formu-
lierung wird in den einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts durch das Kriterium der
Zuverlässigkeit konkretisiert.³³³ Aus den Gesetzesmaterialien zu den betreffenden Regelungen
in der Fassung der vierten KWG-Novelle ergibt sich, dass der Gesetzgeber insoweit den ge-
werbrechtlichen Zuverlässigkeitsbegriff vor Augen hatte.³³⁴ Hierdurch wird aber nicht klar,
welche Anforderungen das Gesetz genau an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung stellt.
Denn das Kriterium der Zuverlässigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch eine am

³²⁸ Vgl. § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG).

³²⁹ § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG)/§ 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG) einerseits und § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG)/§ 33 Abs. 3 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG) andererseits.

³³⁰ Vgl. hierzu C.

³³¹ Art. 7 und Art. 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie/ Art. 4 und Art. 9 Abs. 5 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie.

³³² Vgl. § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG).

³³³ Vgl. § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG): „... nicht zuverlässig ist oder aus anderen Gründen nicht den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen genügt.“

³³⁴ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b und § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a KWG a. F. (4. KWG-Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 27 und 40.

Normzweck orientierte Wertung präzisiert werden muss,³³⁵ und dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht selber Betreiber des durch das Institut ausgeübten Gewerbes ist.

Zur Klärung der Frage, welche Bedeutung das auf den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezogene Erfordernis der Zuverlässigkeit hat, bedarf es zunächst einer näheren Betrachtung des gewerberechtlichen Kriteriums der Zuverlässigkeit und der Anforderungen, die das KWG an die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung der Geschäftsleiter eines Instituts stellt. So dann soll der Versuch unternommen werden, den für den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung geltenden Zuverlässigkeitsbegriff hiervon abzugrenzen und zu präzisieren.

a) Vorüberlegungen

aa) Gewerberechtliches Kriterium der Zuverlässigkeit

Die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ist die wesentliche materielle Voraussetzung jeder Gewerbeausübung. Einen absoluten Zuverlässigkeitsbegriff gibt es im Gewerberecht nicht; die gewerberechtliche Zuverlässigkeit ist ein relativer, auf das konkret betriebene Gewerbe bezogener Begriff.³³⁶ Rechtsprechung und Literatur haben zu dem unbestimmten Rechtsbegriff allgemeine Grundsätze entwickelt. So besteht Einigkeit über folgende Formel: „Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt.“³³⁷ Von der zuständigen Gewerbebehörde wird danach eine Bewertung von – in der Vergangenheit eingetretenen – Tatsachen, verbunden mit einer Prognose über das künftige Verhalten des Gewerbetreibenden, verlangt.³³⁸ Dabei setzt die Feststellung der Unzuverlässigkeit weder ein Verschulden noch einen Charaktermangel voraus.³³⁹

In der Praxis bedeutsame Tatsachen, die auf eine Unzuverlässigkeit schließen lassen können, sind u. a. strafrechtliche Verurteilungen, Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungs-

³³⁵ Allgemein zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rdnr. 27 ff.

³³⁶ Frottscher, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, § 1 Rdnr. 73.

³³⁷ BVerwGE 65, 1 (1/2); Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 48, m.w.N.; Marcks, in: von Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rdnr. 29 m.w.N.

³³⁸ Vgl. Heß, a. a. O., Rdnr. 5; Marcks, a. a. O., Rdnr. 31 f.

³³⁹ BVerwGE 24, 38, 41; Marcks, in: von Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rdnr. 30.

widrigkeit, Nichtabführung der fälligen Sozialversicherungsbeiträge, Steuerrückstände, das Auftreten besonderer Krankheiten, Trunksucht, Drogensucht oder Geistesschwäche und – bei Vertrauensgewerben³⁴⁰ – auch die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.³⁴¹ Ein Mangel an Vorbildung bzw. eine fehlende Sachkenntnis kann die Unzuverlässigkeit jedenfalls dann begründen, wenn dem Gewerbetreibenden die für eine ordnungsgemäße Ausübung des betreffenden Gewerbes elementaren Kenntnisse und Fähigkeiten fehlen.³⁴² Bei der Feststellung der Zuverlässigkeit hat die zuständige Gewerbebehörde keinen Beurteilungsspielraum; die Prognoseentscheidung der Behörde kann also von den Gerichten im vollen Umfang überprüft werden.³⁴³ Für das mit dem Bankgewerbe vergleichbare Gewerbe der Makler³⁴⁴ stellt § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO die Vermutung der Unzuverlässigkeit bei bestimmten rechtskräftigen Verurteilungen³⁴⁵ auf. Mit dem Kriterium der ungeordneten Vermögensverhältnisse benennt § 34c Abs. 2 Nr. 2 GewO in diesem Zusammenhang einen speziellen Fall der mangelnden Zuverlässigkeit, und zwar in der Gestalt eines eigenständigen Erlaubnisversagungsgrundes.

bb) Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter eines Instituts

Das KWG verlangt, dass die Geschäftsleiter eines Instituts zuverlässig sein müssen.³⁴⁶ Nach einer Formulierung aus der Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Gesetzes über das

³⁴⁰ Gewerbe, zu deren Ausübung ausreichende finanzielle Mittel erforderlich sind oder bei denen mit Rücksicht auf die Eigenart des Geschäftsbetriebs, insbesondere die dazu gehörige Verwaltung fremder Vermögensteile bzw. treuhänderische Verwaltung von Geldern, eine besondere Vertrauenswürdigkeit verlangt werden muss, vgl. Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 61.

³⁴¹ Vgl. im Einzelnen Heß, in: Friauf, GewO, § 35, Rdnrn. 54 bis 79; ein zusammenfassender Überblick findet sich bei Frotscher, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, § 1 Rdnr. 75.

³⁴² Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 74; Marcks, in: von Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rdnr. 58.

³⁴³ Heß, a. a. O., § 35 Rdnr. 49; Marcks, a. a. O., § 35 Rdnr. 29.

³⁴⁴ Die Tätigkeit der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute ist insbesondere mit der Tätigkeit der Makler vergleichbar, die mit der gewerbsmäßigen Vermittlung oder dem Nachweis von Verträgen über Darlehen (§ 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a GewO) und/oder der in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b GewO genannten Vermögensanlagen befasst sind. Kreditinstitute, die als Universalbanken tätig sind, und Finanzdienstleistungsinstitute, die die Anlagevermittlung oder Abschlussvermittlung von Finanzinstrumenten (§ 1 Abs. 11 KWG) betreiben, sind im Prinzip auch als Makler tätig. § 34c Abs. 5 Nr. 2 und 3 GewO stellt aber klar, dass § 34c Abs. 1 bis 3 GewO nicht auf zugelassene Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute anzuwenden ist; für diese Unternehmen gelten die spezielleren Regelungen des KWG.

³⁴⁵ Wegen eines Verbrechens, Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betruges, Untreue, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers oder einer Insolvenzstraftat in den letzten fünf Jahren vor Stellung des Erlaubnisanspruches.

³⁴⁶ Die fehlende Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters ist ein Erlaubnisversagungsgrund/Erlaubnisaufhebungsgrund bzw. ein Grund für die Abberufung des betreffenden Geschäftsleiters, vgl. § 33

Kreditwesen,³⁴⁷ die auch von dem Obergerverwaltungsgericht Berlin verwendet wurde,³⁴⁸ ist die Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters in der Regel dann zu verneinen, wenn er Vermögensdelikte begangen hat, gegen gesetzliche Ordnungsvorschriften für den Betrieb eines Gewerbes nachhaltig verstoßen oder in seinem privaten oder geschäftlichen Verhalten gezeigt hat, dass von ihm eine solide Geschäftsführung nicht erwartet werden kann. Nach einer vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Formel ist ein Geschäftsleiter unzuverlässig, wenn er nach seiner gesamten Persönlichkeit nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße und im Einklang mit den Gesetzen stehende Leitung des Instituts bietet.³⁴⁹ Von besonderer Bedeutung ist, dass der Geschäftsleiter die Gewähr dafür bietet, dass die nach dem KWG erforderlichen Anzeigen bzw. Auskünfte gegenüber dem BAKred richtig und vollständig abgegeben bzw. erteilt werden. Denn unrichtige Anzeigen und Auskünfte können Schwierigkeiten bei einem Institut längere Zeit verschleiern, die erforderlichen Maßnahmen der Bankaufsichtsbehörde verzögern und damit eine wirksame Bankenaufsicht vereiteln.³⁵⁰

cc) Bankfachliche Eignung der Geschäftsleiter eines Instituts

Die Geschäftsleiter eines Instituts müssen außerdem die zur Leitung des Instituts nötige fachliche Eignung haben (bankfachliche Eignung).³⁵¹ Die bankfachliche Eignung einer Person setzt voraus, dass sie in ausreichendem Maße theoretische und praktische Kenntnisse in den betreffenden Geschäften³⁵² sowie Leitungserfahrung hat (§ 33 Abs. 2 Satz 1 KWG). Bei den theoretischen Kenntnissen muss es sich um volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche und

Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG, auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG und § 36 Abs. 1 KWG.

³⁴⁷ Einzelbegründung zu § 32 des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 3/1114, abgedruckt bei Reischauer/Kleinhans, KWG, Kza. 575, S. 40.

³⁴⁸ OVG Berlin, Urteil vom 24. Juni 1968 – Az. OVG IV B 4/67 -, abgedruckt bei Beckmann/Bauer, Entscheidungssammlung zum Bankaufsichtsrecht, Nr. 3 zu § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG a. F.

³⁴⁹ Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. Mai 1976 – Az. BVerwG I CB 45/75, abgedruckt bei Beckmann/Bauer, Entscheidungssammlung zum Bankaufsichtsrecht, Nr. 7 zu § 36.

³⁵⁰ Vgl. Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen, Allgemeiner Teil, unter III., BT-Drs. 3/1114, abgedruckt bei Reischauer/Kleinhans, KWG, Kza. 575, S. 4; Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 8. September 1976 – Az. VG IV 290/75 -, abgedruckt bei Beckmann/Bauer, Entscheidungssammlung zum Bankaufsichtsrecht, Nr. 20 zu § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG.

³⁵¹ Das Fehlen dieser Voraussetzung ist ein Erlaubnisversagungsgrund/Erlaubnisaufhebungsgrund bzw. kann Grund für das Verlangen der Abberufung des betreffenden Geschäftsleiters sein, vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KWG auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und § 36 Abs. 1 KWG.

³⁵² Die Kenntnisse müssen sich nur auf die von dem Institut zulässigerweise betriebenen Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäfte beziehen, also nicht auf den gesamten Katalog der in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG/§ 1a Abs. 1 Satz 2 KWG genannten Geschäfte.

rechtliche Kenntnisse handeln.³⁵³ Praktische Kenntnisse umfassen das einschlägige Fachwissen, aber auch das für die Stellung eines Geschäftsleiters erforderliche sonstige Können, wie etwa geschäftliche Gewandtheit.³⁵⁴ Mit dem Kriterium der Leitungserfahrung soll darüber hinaus sichergestellt werden, dass der Bewerber für die Position eines Geschäftsleiters Durchsetzungsvermögen besitzt; er soll Anleitungs- und Überwachungsfunktionen ausgeübt haben. Da ein Durchsetzungsvermögen aber grundsätzlich für alle leitenden Positionen erforderlich ist – nicht nur bei einem Institut –, genügt es, wenn der Bewerber nachweisen kann, dass er in größeren Unternehmen oder in der öffentlichen Verwaltung über einen längeren Zeitraum in herausgehobener Position erfolgreich tätig gewesen ist.³⁵⁵

Die fachliche Eignung für die Leitung eines Instituts ist nach § 33 Abs. 2 Satz 2 KWG regelmäßig anzunehmen, wenn eine dreijährige leitende Tätigkeit bei einem Institut von vergleichbarer Größe und Geschäftsart nachgewiesen wird. Es handelt sich hierbei um eine widerlegliche Vermutung zugunsten eines Bewerbers, der diese Voraussetzung erfüllt, und nicht etwa um den Grund- oder Regelatbestand.³⁵⁶ Erfüllt ein Bewerber die Merkmale des § 33 Abs. 2 Satz 2 KWG nicht, so bedeutet dies, dass ihm die gesetzliche widerlegliche Vermutung seiner fachlichen Eignung nicht zur Seite steht und somit eine alle Umstände des Einzelfalls konkret ausschöpfende individuelle Prüfung Platz greifen muss.³⁵⁷

b) Präzisierung des auf den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezogenen bankrechtlichen Zuverlässigkeitsbegriffs

aa) Keine bankfachliche Eignung

Im Hinblick darauf, dass das gewerberechtliche Kriterium der Zuverlässigkeit auch (Mindest-) Anforderungen an die Vorbildung und die Sachkenntnis umfasst,³⁵⁸ könnte daran gedacht werden, den auf den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezogenen bankrechtlichen Zuverlässigkeitsbegriff dahin gehend zu deuten, dass dieser auch eine bankfachliche Eignung voraussetze. Hiergegen spricht allerdings bereits die Systematik des KWG, die bei den Er-

³⁵³ Vgl. Haug, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 33 Rdnr. 13.

³⁵⁴ Vgl. Haug, a.a.O.

³⁵⁵ Reischauer/Kleinhans, KWG, § 33 Anm. 13.

³⁵⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 1979 - Az. BVerwG 1 C 44/75 -, abgedruckt bei Beckmann/Bauer, Entscheidungssammlung zum Bankaufsichtsrecht, Nr. 13 zu § 33 Abs. 1 Nr. 3 KWG a. F.; Reischauer/Kleinhans, KWG, § 33 Anm. 15.

³⁵⁷ Bundesverwaltungsgericht, a. a. O.; Reischauer/Kleinhans, a. a. O.

³⁵⁸ Vgl. oben unter B. VI. 1. a) aa).

laubnisversagungs- und Erlaubnisaufhebungsgründen bzw. der Rechtsgrundlage für das Verlangen der Abberufung von Geschäftsleitern im Hinblick auf die an die Geschäftsleiter zu stellenden Anforderungen zwischen der Zuverlässigkeit einerseits und der bankfachlichen Eignung andererseits unterscheidet.³⁵⁹ Ausgehend von dieser Systematik könnte das Erfordernis einer bankfachlichen Eignung des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung nur durch eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetzestext (neben dem Zuverlässigkeitserfordernis) aufgestellt werden. Dies ist aber nicht geschehen. Auch aus dem Sinn und Zweck der Anteilseignerkontrolle lässt sich nicht das Erfordernis einer bankfachlichen Eignung des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung herleiten. Die Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle wurden bereits dargestellt.³⁶⁰ Danach soll mit der Anteilseignerkontrolle verhindert werden, dass Personen oder Vereinigungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität in das Bankgewerbe eindringen und im Übrigen – auch unabhängig von dieser kriminalpolizeilichen Zielsetzung – die Gefahr abgewehrt werden, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung seinen Einfluss dazu nutzt, die Geschäftsleitung eines Instituts zu rechtswidrigen bzw. für das Institut nachteiligen Handlungen zu drängen. Diese Ziele können unabhängig davon erreicht werden, ob die betreffenden Anteilseigner über bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen.

In der konzernrechtlichen Literatur wird allerdings für den Spezialfall, dass ein Institut als Tochterunternehmen in einen Allfinanzkonzern³⁶¹ eingegliedert ist, die Forderung aufgestellt, dass zumindest ein Teil der Mitglieder des Leitungsorgans der Obergesellschaft (Holding) über die bankfachliche Eignung verfügen sollte.³⁶² Diesem Vorschlag liegt offenbar die Annahme zugrunde, die Ausübung der einheitlichen Leitung über den Konzern könne als Geschäftsleitung des Instituts verstanden werden.³⁶³ Diese Annahme ist indessen unzutreffend. Die Geschäftsleiter eines beherrschten Instituts haben auch bei Fremdeinflüssen die aufsichtsrechtlichen Vorschriften und das Wohl des Instituts zu beachten.³⁶⁴ Weisungen, die zu Gefährdungen des Instituts führen, dürfen die Geschäftsleiter nicht befolgen. Insoweit geht das Aufsichtsrecht dem Konzernrecht vor.³⁶⁵ Ziel der Anteilseignerkontrolle ist es u. a. zu verhin-

³⁵⁹ Vgl. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2/ Nr. 4 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG) und § 36 Abs. 1 KWG.

³⁶⁰ Vgl. B. IV.

³⁶¹ Eine Unternehmensgruppe, die aus Versicherungsunternehmen sowie Instituten und ggf. weiteren Unternehmen besteht.

³⁶² So Schieber, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, S. 174. Dafür, dass alle Mitglieder der Konzernleitung über eine entsprechende fachliche Eignung verfügen sollten: Bock, Staatsaufsicht über Finanzkonglomerate, S. 185.

³⁶³ Vgl. Schieber, a.a.O., S. 174 ff.

³⁶⁴ So auch Schneider, BB 1989, 84, 86.

³⁶⁵ Schneider, a. a. O.

dern, dass ein Anteilseigner seinen Einfluss dazu nutzt, das Institut zu nachteiligen Maßnahmen zu veranlassen. Der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung soll also die eigenverantwortliche Leitungszuständigkeit der Geschäftsleiter des Instituts beachten.³⁶⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob der betreffende Anteilseigner eine natürliche Person oder etwa die Obergesellschaft eines Allfinanzkonzerns ist. Hiervon ausgehend macht es keinen Sinn zu fordern, dass neben den Geschäftsleitern eines Instituts auch die Inhaber einer bedeutenden Beteiligung die bankfachliche Eignung haben müssen.

Ein solches Erfordernis lässt sich auch nicht aus den zugrunde liegenden Richtlinienbestimmungen entnehmen und wäre daher als über den EG-rechtlichen Mindeststandard³⁶⁷ hinausgehende (gemessen an den Richtlinienbestimmungen: zulässige) nationale Regelung am nationalen Verfassungsrecht zu messen. Neumann führt hierzu aus, dass das Erfordernis einer bankfachlichen Eignung der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung mit der Freiheit des Börsenhandels kollidieren und eine nicht an den Aufsichtszielen orientierte, unverhältnismäßige Maßnahme darstellen würde.³⁶⁸ Dem kann nach dem oben Gesagten zugestimmt werden, allerdings mit der Einschränkung, dass von einem unverhältnismäßigen Eingriff in die allgemeine (wirtschaftliche) Handlungsfreiheit gesprochen werden sollte (Art. 2 Abs. 1 GG), zumal auch Anteile an nicht börsennotierten Instituten von der Anteilseignerkontrolle erfasst werden.³⁶⁹

bb) Aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit

Worum es im Kern bei den Anforderungen an die betreffenden Anteilseigner geht, kann nach dem soeben Ausgeführten und in Anlehnung an die oben dargestellte Formel zum gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsbegriff³⁷⁰ in folgender Formel zusammengefasst werden: Der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung muss die Gewähr dafür bieten, dass er seinen Einfluss nicht dazu nutzt, die Geschäftsleiter eines Instituts zu rechtswidrigen bzw. für das Institut nachteiligen Handlungen zu drängen. Er muss also aufsichtsrechtlich zuverlässig sein.³⁷¹

³⁶⁶ Schneider, BB 1989, 84, 87 zu Art. 9 des Entwurfs einer Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie.

³⁶⁷ Vgl. oben B. I.

³⁶⁸ Neumann, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, S.197.

³⁶⁹ Zum Begriff der bedeutenden Beteiligung als Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle vgl. oben B. V.

³⁷⁰ Vgl. oben B. VI. 1. a) aa).

³⁷¹ In diesem Sinne auch Schneider, BB 1989, 84, 86/87 zu Art. 9 des Entwurfs einer Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie.

cc) Bedeutung des Auffangtatbestandes

Neben dem Kriterium der Zuverlässigkeit verlangt das Gesetz, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung „den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen“ genügen muss.³⁷² Aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien zum Dritten Finanzmarktförderungsgesetz ergibt sich, dass es sich bei dieser Formulierung um einen Auffangtatbestand handeln soll; in erster Linie sei auf die Unzuverlässigkeit abzustellen.³⁷³ Wie bereits dargelegt wurde,³⁷⁴ ist das Kriterium der Zuverlässigkeit ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch eine am Normzweck orientierte Wertung präzisiert werden muss. Insofern bleibt für einen Auffangtatbestand kein Raum. Im Übrigen besagt die aus den zugrunde liegenden Richtlinien stammende Formulierung, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung „den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen“ genügen muss, nichts anderes, als dass der betreffende Anteilseigner die Gewähr für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung des Instituts bieten muss. Da der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht selbst mit der Geschäftsführung befasst ist, kann dies nur so gedeutet werden, dass er seinen Einfluss nicht dazu nutzen soll, die Geschäftsleiter des Instituts zu rechtswidrigen bzw. für das Institut nachteiligen Handlungen zu drängen. Damit bestätigt die Formulierung des Auffangtatbestandes den hier bereits entwickelten, auf den Inhaber einer bedeutenden Bankbeteiligung bezogenen Zuverlässigkeitsbegriff.

Eine eigenständige Bedeutung käme dem Auffangtatbestand allerdings dann zu, wenn das Merkmal der Zuverlässigkeit auf juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften als solche nicht anwendbar wäre.³⁷⁵ Dann wäre der Wortlaut des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG so zu verstehen, dass sich das Kriterium der Zuverlässigkeit bei juristischen Personen nur auf die gesetzlichen Vertreter und bei Personenhandelsgesellschaften auf die Gesellschafter bezieht. Der Auffangtatbestand wäre nach diesem Verständnis auf juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften als solche anwendbar.

³⁷² Vgl. § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG).

³⁷³ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

³⁷⁴ Siehe oben unter B. VI. 1.

³⁷⁵ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b KWG a. F. (4. KWG-Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 27; Reischauer/Kleinhaus, KWG, § 23 Anm. 14a (S. 12). Zum Streitstand im Hinblick auf § 35 GewO vgl. Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 30; Frotscher, in: Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 1 III Rdnr. 77.

Anerkannt ist, dass im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften (als solche), sei es nun im Rahmen des Kriteriums der Zuverlässigkeit oder im Rahmen des Auffangtatbestandes, auf ihre wirtschaftliche Lage abzustellen und insbesondere auch zu prüfen ist, ob die tatsächlich durchgeführten Geschäfte legal sind.³⁷⁶

c) Beweislastverteilung, Prognoseentscheidung

Vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes verlangte das KWG, dass „Tatsachen vorliegen (müssen), aus denen sich ergibt“, dass der (potentielle) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung unzuverlässig ist.³⁷⁷ Nunmehr verlangt das Gesetz, dass bestimmte Tatsachen vorliegen müssen, die die „Annahme“ der Unzuverlässigkeit „rechtfertigen“.³⁷⁸ Mit der neuen Formulierung beabsichtigte der Gesetzgeber eine „Absenkung der materiellen Beweislast für das Bundesaufsichtsamt“.³⁷⁹ In dem Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG heißt es zu der angesprochenen Formulierung im Einzelnen:³⁸⁰

„Das Bundesaufsichtsamt soll künftig nur noch Tatsachen nachweisen müssen, die auf eine Unzuverlässigkeit des potentiellen Erwerbers schließen lassen (einschlägige Vorstrafen des Inhabers, eines gesetzlichen Vertreters oder Gesellschafters, nicht nachvollziehbare Beschaffung von Geldern, mangelnde wirtschaftliche Plausibilität der Investition). Gelingt es dem Bundesaufsichtsamt, solche Tatsachen nachzuweisen, führt das weder zu einer unwiderleglichen Vermutung der Unzuverlässigkeit noch zu einer Umkehr der materiellen Beweislast. Der potentielle Anteilseigner kann die belastenden Tatsachen, die durch das Bundesaufsichtsamt vorgebracht werden, erschüttern oder Tatsachen nachweisen, die den Schluß auf seine Zuverlässigkeit rechtfertigen.“

In diesen Ausführungen sagt der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages allerdings nicht, auf welcher dogmatischen Grundlage die Beweiserleichterung fußen soll. Insoweit ist

³⁷⁶ Siehe nur Begründung des Regierungsentwurfs zu § 33 KWG a. F. (4. KWG-Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 40; Reischauer/Kleinhans, KWG, § 33 Anm. 10a, vgl. dort auch § 32 Rdnr. 14a (S. 12).

³⁷⁷ Vgl. § 2b Abs. 1 Satz 8/ Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KWG a. F. sowie § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG a. F.

³⁷⁸ Vgl. § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG (auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG (auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG).

³⁷⁹ So ausdrücklich der Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 33 Abs. 3 Nr. 3 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 142; in diesem Sinne auch der Bericht, a. O. zu § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 KWG, S. 139; dort wird von einer „Erleichterung der materiellen Beweislast für das Bundesaufsichtsamt“ gesprochen.

³⁸⁰ BT-Drs. 13/9874, S. 139.

zunächst festzuhalten, dass der Verwaltungsprozess, ebenso wie das Verwaltungsverfahren, keine Behauptungslast und Beweisführungspflicht (formelle Beweislast) kennt, sondern nur die materielle Beweislast im Fall des „non liquet“, d. h. die Notwendigkeit, eine trotz aller Bemühungen des Gerichts verbleibende Unerweislichkeit von Tatsachen entweder zu Lasten des Klägers oder des Beklagten gehen zu lassen.³⁸¹ Maßgeblich für die materielle Beweislast sind primär die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und, soweit solche fehlen, die allgemeinen Grundsätze über die Verteilung der Beweislast.³⁸²

Zu den einschlägigen gesetzlichen Regelungen gehören auch die gesetzlichen Vermutungen. Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig (widerlegliche Vermutung), sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt (unwiderlegliche Vermutung).³⁸³ Durch den unbestimmten Rechtsbegriff „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ wird erkennbar keine gesetzliche Vermutung aufgestellt. Aus den oben zitierten Ausführungen des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages ergibt sich im Übrigen auch, dass dieser weder beabsichtigte, eine unwiderlegliche noch eine widerlegliche Vermutung der Unzuverlässigkeit bei Vorliegen bestimmter Tatsachen zu regeln.

Möglicherweise hatte der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages aber die Absicht, dem BAKred einen Beweis des ersten Anscheins zu ermöglichen. Nach den für diesen Beweis geltenden Grundsätzen kann bei typischen Geschehensabläufen, wenn ein bestimmter Tatbestand feststeht, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist, grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass dies auch tatsächlich die Ursache war.³⁸⁴ Diese Grundsätze gelten jedoch nur für typische Geschehensabläufe, die vom menschlichen Willen unabhängig, d. h. gleichsam mechanisch abrollen.³⁸⁵ Darum geht es aber bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit von Anteilseignern nicht. Vom BAKred wird vielmehr eine Bewertung von – in der Vergangenheit eingetretenen – Tatsachen, verbunden mit einer Prognose über das künftige Verhalten des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung, verlangt. Insoweit kann nichts anderes gelten als beim gewerbe-

³⁸¹ Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 108 Rdnr. 11; Kopp, VwVfG, § 24 Rdnr. 40.

³⁸² Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 108 Rdnr. 12; Kopp, VwVfG, § 24 Rdnr. 42 f.

³⁸³ Vgl. § 292 ZPO, der im Verwaltungsprozess über § 173 VwGO anzuwenden ist (so BVerwG NVwZ 1996, 178).

³⁸⁴ Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 108 Rdnr. 18.

³⁸⁵ Vgl. BVerwG NJW 1980, 252; Kopp/Schenke, VwGO, § 108 Rdnr. 18.

rechtlichen Kriterium der Zuverlässigkeit.³⁸⁶ Es muss also zwischen dem Nachweis bestimmter Tatsachen einerseits und einer sich darauf gründenden Prognose über die Zuverlässigkeit andererseits unterschieden werden.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse wird bei einem Vergleich der vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes geltenden Formulierung („... wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass ...“), mit der geltenden Formulierung („... wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...“) deutlich, dass nunmehr nur noch ein geringerer Grad an Wahrscheinlichkeit eines inkorrekten aufsichtsrechtlichen Verhaltens gegeben sein muss. Der Gesetzgeber hat also den Wahrscheinlichkeitsmaßstab für eine Tatbestandsvoraussetzung des Fachrechts (die mangelnde Zuverlässigkeit) abgesenkt. Das BAKred muss danach die Zuverlässigkeit des (potentiellen) Inhabers einer bedeutenden Beteiligung nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit widerlegen. Bei verständiger Würdigung muss nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung aufsichtsrechtlich unzuverlässig ist.³⁸⁷ Leichte Zweifel an der aufsichtsrechtlichen Zuverlässigkeit reichen nicht, wie andererseits Gewissheit der Unzuverlässigkeit nicht zu fordern ist.³⁸⁸ Für die Tatsachen, die einer solchen Prognoseentscheidung zugrunde liegen, trägt das BAKred allerdings nach wie vor die volle materielle Beweislast; auf Vermutungen darf es seine Prognose nicht stützen.

d) Einzelne Tatsachen, die auf eine aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit schließen lassen können

Dies alles führt zu der Frage, welche Tatsachen auf eine Unzuverlässigkeit des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung schließen lassen können.

aa) Einschlägige Vorstrafen und Strafverfahren

In dem Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG werden in diesem Zusammenhang unter anderem „ein-

³⁸⁶ Vgl. hierzu oben B. VI. 1 a) aa).

³⁸⁷ Vgl. BVerwG, EzGewR, Nr. 12 zu § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG, S. 3 zu der entsprechenden Formulierung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG: „Zur Versagung der Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit genügt jedoch, daß bei verständiger Würdigung eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß der Gewerbebetrieb künftig nicht ordnungsgemäß betrieben wird.“

³⁸⁸ In Anlehnung an Marcks, in: von Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rdnr. 32.

„einschlägige“ Vorstrafen genannt.³⁸⁹ Dies entspricht den Grundsätzen, die im Hinblick auf den gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsbegriff gelten.³⁹⁰ Nur die Frage, welche Vorstrafen als „einschlägig“ angesehen werden können, bedarf einer Klärung.

Wie bereits erwähnt, ist es ein wesentliches Ziel der Anteilseignerkontrolle bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, den betreffenden Wirtschaftssektor vor einer Einspeisung von Geldern zu bewahren, die aus Aktivitäten der organisierten Kriminalität stammen.³⁹¹ Danach wird man einerseits die typischen Delikte der organisierten Kriminalität als einschlägige Vorstrafen des (potentiellen) Inhabers einer bedeutenden Beteiligung ansehen können. Insoweit kann auf die Aufzählung in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB zurückgegriffen werden (Vortaten der Geldwäsche),³⁹² wo unter anderem Verbrechen, Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Betrug, Untreue, Urkundenfälschung und die Hehlerei genannt werden. Andererseits ist auch eine Verurteilung wegen Geldwäsche (§ 262 Abs. 1 Satz 1 StGB) eine einschlägige Vorstrafe in dem hier in Frage stehenden Sinne.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Anteilseignerkontrolle auch die gewerbepolizeiliche Zielsetzung hat, die Solvenz der Institute zu schützen.³⁹³ Nur Verurteilungen wegen der genannten typischen Delikte der organisierten Kriminalität als einschlägige Vorstrafen anzusehen, die die Unzuverlässigkeit des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung begründen, wäre daher zu eng. § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO stellt, wie bereits erwähnt,³⁹⁴ die Vermutung der Unzuverlässigkeit (des Antragstellers) bei bestimmten rechtskräftigen Verurteilungen auf. Von den dort genannten Delikten sind der Wucher und die Insolvenzstraftaten nicht in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannt. Verurteilungen des (potentiellen) Inhabers einer bedeutenden Beteiligung wegen Wuchers oder Insolvenzstraftaten lassen befürchten, dass dieser durch die Ver-

³⁸⁹ BT-Drs. 13/9874, S. 139.

³⁹⁰ Vgl. oben unter B. VI. 1. a) aa).

³⁹¹ Vgl. B. IV.

³⁹² § 261 StGB liegt der Gedanke zugrunde, dass das Geldwaschen den Schnittpunkt von illegalen Erlösen aus Straftaten der organisierten Kriminalität und dem legalen Finanzkreislauf darstellt und die Strafverfolgungsbehörden durch Aufklärung der Geldwaschvorgänge und deren Bekämpfung in die Strukturen der organisierten Kriminalität eindringen und dieser die finanziellen Grundlagen entziehen können (vgl. Fischer, in: Tröndle/Fischer, StGB, § 261 Rdnr. 3 ff, insbesondere Rdnr. 3c). Nach § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 dieser Vorschrift genannten rechtswidrigen Taten herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet. In diesem Zusammenhang werden in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB die typischen Delikte der organisierten Kriminalität aufgezählt.

³⁹³ Vgl. oben unter B. IV.

³⁹⁴ Vgl. oben B. VI. 1. a) aa).

folgung und Durchsetzung sachfremder Interessen die wirtschaftliche Existenz des Instituts bedrohen könnte.³⁹⁵ Auch diese Verurteilungen begründen demgemäß die aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit des (potentiellen) Inhabers einer bedeutenden Beteiligung; insofern gilt für diesen im Hinblick auf die persönlichen Anforderungen nichts anderes als für denjenigen, der eine Gewerbeerlaubnis nach § 34c GewO beantragt.

Keiner näheren Erläuterung bedarf, dass auch eine Verurteilung wegen des unerlaubten Betriebens von Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäften (§ 54 Abs. 1 KWG) den Schluss auf die Unzuverlässigkeit des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung zulässt.

Analog zu § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO wird in der Regel darauf abzustellen sein, ob die betreffenden Verurteilungen in den letzten fünf Jahren vor dem Erwerb der bedeutenden Beteiligung erfolgt sind. Im Rahmen der zu treffenden Prognoseentscheidung³⁹⁶ ist zu beachten, dass nicht die Verurteilung selbst, sondern das Verhalten, das zur Verurteilung geführt hat, die Unzuverlässigkeit dartut.³⁹⁷ Die Verurteilungen sind sorgfältig dahin gehend zu untersuchen, ob aus den ihnen zugrunde liegenden strafbaren Handlungen auf eine aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit in dem dargelegten Sinne³⁹⁸ geschlossen werden kann.³⁹⁹ Unter dieser Maßgabe können auch andere⁴⁰⁰ als die oben genannten Verurteilungen sowie Anstiftungs- und Beihilfehandlungen zur Beurteilung der aufsichtsrechtlichen Zuverlässigkeit herangezogen werden.

Ein Strafverfahren gegen den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung ist als solches keine Tatsache, die die Annahme rechtfertigt, dass er aufsichtsrechtlich unzuverlässig ist. Das BAKred kann aber den dem Strafverfahren zugrunde liegenden Sachverhalt eigenständig unter Berücksichtigung des Auskunftsverweigerungsrechts des § 44 Abs. 6 KWG, das die Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen unberührt lässt, erforschen und würdigen.⁴⁰¹

³⁹⁵ In Anlehnung an Breustedt/Höfling, in: Friauf, GewO, § 34c Rdnr. 93.

³⁹⁶ Vgl. B. VI. 1. c).

³⁹⁷ BVerwGE 24, 34, 36; BVerwG GewArch 1995, 377; Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 55.

³⁹⁸ Vgl. B. VI. 1. b) bb).

³⁹⁹ In Anlehnung an Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 55.

⁴⁰⁰ Z. B. Verurteilungen wegen einer Steuerhinterziehung, § 370 AO.

⁴⁰¹ Dementsprechend hat derjenige, der beabsichtigt, eine bedeutende Beteiligung an einem Institut zu erwerben, u. a. gemäß Anlage 1 zur Anzeigenverordnung zu erklären, dass gegen ihn kein Strafverfahren schwebt, vgl. C. I. 3. a).

Wenn das BAKred es nach Ausnutzung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen für hinreichend wahrscheinlich hält, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung eine der oben genannten Straftaten begangen hat, kann es diesen auch während eines laufenden Strafverfahrens als aufsichtsrechtlich unzuverlässig einstufen⁴⁰² und ihm als vorläufige Sofortmaßnahme die Ausübung der Stimmrechte untersagen⁴⁰³. Nur so ist im Bereich der Anteilseignerkontrolle eine effektive Gefahrenabwehr möglich. Wenn das BAKred erst abwarten müsste, bis das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen und der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung verurteilt worden ist, wird es für eine Aufsichtsmaßnahme, die einen schädlichen Einfluss des betreffenden Anteilseigners auf das Institut unterbinden soll, häufig zu spät sein. Außerdem würde dann das Ziel, das Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes durch die Anteilseignerkontrolle zu fördern, verfehlt werden. Auch für das Gewerbeuntersagungsverfahren gemäß § 35 GewO ist anerkannt, dass es verfehlt wäre und dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde, wenn die Verwaltungsbehörde, insbesondere in gravierenden Fällen der Wirtschaftskriminalität, in denen die Anordnung eines Berufsverbots durch strafgerichtliche Entscheidung in Betracht kommt, von der ihr zustehenden Befugnis zu einem sofortigen Einschreiten keinen Gebrauch machen würde.⁴⁰⁴ Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass die Entscheidung der Verwaltungsbehörde ggf. sehr viel später auf Grund einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Entscheidung aufgehoben oder geändert werden muss.⁴⁰⁵

bb) Nichterfüllung aufsichtsrechtlicher Verpflichtungen

Ohne die Mitwirkung des Anteilseigners kann das BAKred den Sachverhalt in der Regel nicht hinreichend aufklären. Die im KWG ausdrücklich geregelten Mitwirkungspflichten haben deshalb im System der Anteilseignerkontrolle einen besonderen Stellenwert. Eine aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung ist daher auch dann anzunehmen, wenn er vorsätzlich entgegen einem Auskunfts- und Vorlageersuchen nach § 44b Abs. 1 Satz 1 KWG eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt oder eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzei-

⁴⁰² In der Praxis wird dabei regelmäßig die Beurteilung der Staatsanwaltschaft von besonderer Bedeutung sein, wenngleich das BAKred an diese nicht gebunden ist.

⁴⁰³ § 2b KWG bietet dem BAKred die Möglichkeit, dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung als sofort greifende Maßnahme mit vorläufigem Charakter die Ausübung seiner Stimmrechte zu untersagen und, als endgültige Maßnahme, die Veräußerung der Beteiligung zu erzwingen (vgl. C. I. 3. b).

⁴⁰⁴ Heß, in: Friauf, GewO, § 35 Rdnr. 122 f.

⁴⁰⁵ Heß, a. a. O., Rdnr. 123.

tig vorlegt und dadurch die Prüfungsmöglichkeiten des BAKred einschränkt. Entsprechendes gilt, wenn der Anteilseigner eine nach § 44b Abs. 2 KWG angeordnete Prüfung nicht duldet.⁴⁰⁶ Der Gesetzgeber hat die Bedeutung der betreffenden aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen betont, indem er deren Nichterfüllung in den Rang einer Ordnungswidrigkeit erhoben hat (§ 56 Abs. 3 Nr. 9 und 10 KWG).

Diese Erwägungen gelten grundsätzlich auch bei der Verletzung der Pflicht, den beabsichtigten Erwerb einer bedeutenden Beteiligung gemäß § 2b Abs. 1 KWG unverzüglich anzuzeigen. Auch die (vorsätzliche oder leichtfertige) Erfüllung dieses Tatbestandes stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 56 Abs. 2 Nr. 1 KWG). Zu beachten ist aber, dass § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KWG diesen Fall der aufsichtsrechtlichen Unzuverlässigkeit besonders regelt. Bevor das BAKred von seinen Eingriffsbefugnissen Gebrauch machen kann, muss es dem Anteilseigner zunächst eine Frist für die Nachholung der Pflichtangaben setzen.⁴⁰⁷

cc) Nicht nachvollziehbare Beschaffung von Geldern

Nach der Auffassung des Finanzausschusses des deutschen Bundestages soll aus einer „nicht nachvollziehbare(n) Beschaffung von Geldern“ auf die Unzuverlässigkeit des Erwerbers einer bedeutenden Beteiligung geschlossen werden können.⁴⁰⁸ Mit diesem Kriterium dürfte wohl gemeint sein, dass unklar bleibt, woher letztendlich die Geldmittel stammen, die für den Erwerb der Anteile, die eine bedeutende Beteiligung begründen, aufgebracht wurden. Es zielt wiederum auf die Fälle ab, in denen der Erwerber einer bedeutenden Beteiligung aus dem Bereich der organisierten Kriminalität kommt, d. h. es geht um Gelder, die aus einer der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Taten herrühren.

Das BAKred kann gemäß § 44b KWG von dem Erwerber einer bedeutenden Beteiligung Auskunft darüber verlangen, woher die Geldmittel stammen, die für den Erwerb der bedeutenden Beteiligung aufgebracht wurden, und von ihm entsprechende Unterlagen anfordern. Sollte in dem Verfahren gemäß § 44b KWG unklar bleiben, woher die betreffenden Geldmittel stammen, so kann die Unaufklärbarkeit nicht als eine Tatsache angesehen werden, die mit ausreichender Wahrscheinlichkeit auf die Unzuverlässigkeit des (potentiellen) Erwerbers ei-

⁴⁰⁶ Zu den Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechten des BAKred im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle vgl. im Einzelnen unter C. V.

⁴⁰⁷ Vgl. C. I. 4. a) bb).

⁴⁰⁸ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

ner bedeutenden Beteiligung schließen lässt. Denn sonst würde im Rahmen der vom BAKred zu treffenden Prognoseentscheidung eine Beweislastumkehr vorgenommen. Eine solche Regelung sieht das Gesetz aber, wie oben dargelegt wurde,⁴⁰⁹ nicht vor.

Vielmehr muss eine andere Erklärung, als dass die Geldmittel aus einer der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Taten herrühren, bei verständiger Würdigung der Gesamtumstände ausscheiden. Wenn vom Erwerber einer bedeutenden Beteiligung eine andere Erklärung für die Herkunft der Geldmittel geliefert wird, die das BAKred nicht widerlegen kann, ist der Schluss auf die Unzuverlässigkeit nicht möglich.

dd) Mangelnde wirtschaftliche Plausibilität der Investition

Nach der Auffassung des Finanzausschusses des deutschen Bundestages soll auch die „mangelnde wirtschaftliche Plausibilität der Investition“ den Schluss auf die Unzuverlässigkeit des Erwerbers einer bedeutenden Beteiligung zulassen.⁴¹⁰ Gemeint ist damit der Fall, dass die Beteiligung zu dem vereinbarten Erwerbspreis keinen Gewinn verspricht. Dies soll nach Ansicht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages darauf hindeuten, dass es dem Erwerber einer bedeutenden Beteiligung nur um die Verfolgung und Durchsetzung sachfremder Interessen gehen kann.

Das Kriterium ist aber kaum brauchbar. Denn die Frage, ob eine Beteiligung an einem Institut (langfristig) eine Rendite erwarten lässt, wird sich in der Regel nicht eindeutig beantworten lassen. Aber selbst wenn es sich offenkundig unter Renditegesichtspunkten um eine Fehlinvestition handeln sollte, besagt dies noch nichts über die Zuverlässigkeit des Erwerbers; denn dieser könnte die Lage schlichtweg falsch einstufen. Es kann aber nicht der Sinn der Anteilseignerkontrolle sein, einen potentiellen Erwerber einer bedeutenden Beteiligung vor einer Fehlinvestition zu bewahren. Im Ergebnis wird man sagen müssen, dass selbst die offenkundig fehlende wirtschaftliche Plausibilität einer Beteiligung nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit auf eine Unzuverlässigkeit des Erwerbers schließen lässt.⁴¹¹ Eine solche Sachlage ist vielmehr nur ein Anhaltspunkt für die Unzuverlässigkeit, der dem BAKred Anlass für weitere Ermittlungen gibt.

⁴⁰⁹ Vgl. oben unter B. VI. 1 c).

⁴¹⁰ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁴¹¹ Zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab vgl. unter B. VI. 1 c).

ee) **Mangelnde finanzielle Solidität des Erwerbers**

Anders verhält es sich hingegen, wenn der (potentielle) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung finanzielle Schwierigkeiten hat. Denn in diesem Fall lässt allein die wirtschaftliche Lage des betreffenden Anteilseigners befürchten, dass er seinen Einfluss zum Schaden des Instituts ausnutzen könnte.⁴¹² Dieser Gedankengang kommt im Übrigen positiv-rechtlich darin zum Ausdruck, dass das BAKred gemäß § 2b Abs. 1 Satz 3 KWG i. V. m. § 32 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe d KWG von einem Unternehmen, das eine Beteiligungsabsicht gemäß § 2b Abs. 1 Satz 1 KWG angezeigt hat und zur Aufstellung von Jahresabschlüssen verpflichtet ist, die Einreichung der Jahresabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre nebst Prüfungsberichten verlangen und diese sodann unter den Voraussetzungen des § 44b Abs. 2 KWG⁴¹³ von einem Wirtschaftsprüfer prüfen lassen kann. Die Prüfung der Jahresabschlüsse durch das BAKred (ggf. unter Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers) kann nur den Sinn haben, dem BAKred ein Bild über die wirtschaftliche Lage des betreffenden Unternehmens zu verschaffen, damit das BAKred sodann eine Entscheidung über die Zuverlässigkeit im dargelegten Sinn treffen kann.

2. **Intransparenztatbestand**

a) **Änderungen durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz**

Der sogenannte Intransparenztatbestand⁴¹⁴ ist durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz neugefasst worden. Er findet sich in dem Untersagungsgrund des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG (anwendbar auch in Verbindung mit § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und dem Erlaubnisversagungsgrund des § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG (anwendbar auch in Verbindung mit § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG) und soll Gefahren entgegentreten, die sich aus der Einbindung eines Instituts in ein undurchsichtiges Unternehmenskonglomerat ergeben können. Nach der bisherigen Fassung war dieser Tatbestand gegeben, wenn Tatsachen vorlagen, aus denen sich ergab, dass das Institut mit dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung verbunden war (§ 15 des Aktiengesetzes) und diese Unternehmensverbindung oder die Struktur der Unternehmensverbindung des Inhabers der bedeutenden Beteiligung mit anderen Unternehmen geeignet

⁴¹² In Anlehnung an Höfling/Breustedt, in: Friauf, GewO, § 34c Rdnr. 93 zu dem Versagungsgrund der ungeordneten Vermögensverhältnisse in § 34c Abs. 2 Nr. 2 GewO.

⁴¹³ Vgl. C. V. 2. c)

⁴¹⁴ So die Bezeichnung in der Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

war, eine wirksame Aufsicht über das Institut zu vereiteln.⁴¹⁵ Die Notwendigkeit einer Neufassung begründete der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages in seiner Beschlussempfehlung, die unverändert Gesetz geworden ist, wie folgt:⁴¹⁶

„Eine Gefahr für die Einspeisung inkriminierter Gelder in das Bankensystem geht auch von der Möglichkeit aus, ein Institut in eine Konzernstruktur einzubeziehen, die es weitgehend einer wirksamen Aufsicht entzieht. Die Beweisschwierigkeiten des Bundesaufsichtsamtes können durch die Möglichkeit des potentiellen Erwerbers, seine Strukturen jederzeit neu zu ordnen und das Bundesaufsichtsamtsamt bis zum Abschluss des Verfahrens mit ständig neuen Sachverhaltsdarstellungen zu konfrontieren, in einer Weise gesteigert werden, dass der Gesetzeszweck vereitelt wird.“

Nach der Neuregelung ist der Intransparenztatbestand gegeben, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Institut (durch die Begründung oder Erhöhung der bedeutenden Beteiligung⁴¹⁷) in einen Unternehmensverbund eingebunden ist (wird⁴¹⁸), der eine wirksame Aufsicht beeinträchtigt.⁴¹⁹

Damit hat der Gesetzgeber im Vergleich zu der alten Fassung vier Änderungen vorgenommen:

aa) Beweiserleichterung

Die erste Änderung besteht in einer Beweiserleichterung für das BAKred durch die dem Tatbestand vorangestellte Formulierung „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Zuverlässigkeit ausgeführt wurde, ergibt sich die Beweiserleichterung aus einer Absenkung des erforderlichen Grades der Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der in Bezug genommenen Tatbestandsvoraussetzungen.⁴²⁰

⁴¹⁵ Vgl. § 2b Abs. 2 Nr. 3 und § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG a. F. (6. KWG-Novelle).

⁴¹⁶ Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁴¹⁷ Dieser Zusatz findet sich nur in dem Untersagungsgrund des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG

⁴¹⁸ Auch dieser Zusatz findet sich nur in dem Untersagungsgrund des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG.

⁴¹⁹ Der teilweise unterschiedliche Wortlaut des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG und des § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG beruht darauf, dass es bei der erstgenannten Vorschrift um die Untersagung eines geplanten Beteiligungserwerbs geht und bei der zweitgenannten Vorschrift um die Versagung der Erlaubnis (vgl. C. I. 3. b] aa) und C. III.).

⁴²⁰ Vgl. B. VI. 1. c).

bb) Einbindung in einen Unternehmensverbund

Die neue Regelung knüpft nicht mehr (ausschließlich) an die in § 15 AktG genannten Fälle einer Unternehmensverbindung⁴²¹ an, sondern an die Einbindung des betroffenen Instituts in einen „Unternehmensverbund“. Aus der Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages ergibt sich, dass damit „jede Form von gesellschaftsrechtlich oder auch nur faktisch abgesicherter Einbindung des Instituts in ein Unternehmenskonglomerat“ erfasst wird.⁴²² Im Zusammenhang mit dieser Änderung wurde § 33 Abs. 3 Nr. 2 KWG gestrichen, wonach die Bankerlaubnis versagt werden konnte, „wenn eine enge Verbindung zu einer natürlichen oder juristischen Person besteht und diese Unternehmensverbindung geeignet ist, eine wirksame Aufsicht über das Institut zu verhindern.“ Eine „enge Verbindung“ ist nach § 1 Abs. 10 KWG gegeben, wenn ein Institut und eine andere natürliche Person oder ein Unternehmen verbunden sind (1) durch unmittelbares oder mittelbares Halten von mindestens 20% des Kapitals oder der Stimmrechte oder (2) als Mutter- und Tochterunternehmen, mittels eines gleichartigen Verhältnisses oder als Schwesterunternehmen. Bemerkenswert ist, dass der betreffende Erlaubnisversagungsgrund erst am 1. Januar 1998 als Bestandteil der 6. KWG-Novelle in Kraft getreten ist⁴²³ und seine Aufhebung durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz bereits am 1. April 1998 wirksam wurde⁴²⁴. Der Grund hierfür dürfte sein, dass der Gesetzgeber mit § 33 Abs. 3 Nr. 2 KWG der Verpflichtung zur Umsetzung des Art. 2 Abs. 2 erster Unterabsatz der Richtlinie 95/26/EG nachkommen wollte und dabei übersehen hat, dass sich der Tatbestand der engen Verbindung weitgehend mit dem bereits durch die 4. KWG-Novelle eingefügten Intransparenztatbestand des § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG überschneidet. Dementsprechend hat der Finanzausschuss in der Begründung seiner Beschlussempfehlung zur Änderung des § 33 KWG im Rahmen eines Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes die Aufhebung des § 33 Abs. 3 Nr. 2 KWG damit begründet, dass dieser Tatbestand mit § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG zusammengefasst werde.⁴²⁵

⁴²¹ Im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16 AktG), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17 AktG), Konzernunternehmen (§ 18 AktG), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19 AktG) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrages (§§ 291, 292 AktG).

⁴²² Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁴²³ Vgl. Art. 1 Nr. 48 und Art. 13 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapierrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997, BGBl. I S. 2518.

⁴²⁴ Vgl. Art. 16 Nr. 15 Buchstaben b) bb) und Art. 30 des Gesetzes vom 24. März 1998, BGBl. I S. 526.

⁴²⁵ Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 33 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 132.

cc) **Misslungene Straffung des Wortlautes**

Eine weitere Änderung besteht darin, dass die Worte „und diese Unternehmensverbindung oder die Struktur der Unternehmensverbindung des Inhabers der bedeutenden Beteiligung mit anderen Unternehmen“ nicht in die Neufassung übernommen wurden. Die Neufassung enthält demzufolge keine Aufzählung von bestimmten Sachverhalten, aus denen sich die Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht ergeben muss. Wäre nur vom Wortlaut des Intransparenzstatbestandes des KWG auszugehen, so müsste angenommen werden, dass sich die Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht aus jeder Tatsache ergeben kann, die im Zusammenhang mit der Einbindung des Instituts in einen Unternehmensverbund steht. Daran anknüpfend wäre an sich zu fragen, ob der Tatbestand hinreichend bestimmt ist.

Zu beachten ist aber, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Neufassung des § 8 und § 104 VAG⁴²⁶ eine Klarstellung vorgenommen hat, die – im Wege einer einschränkenden Auslegung des weitgefassten Wortlauts der §§ 2b Abs. 1a Nr. 2 und 33 Abs. 1 Nr. 1 KWG – auch für den Intransparenzstatbestand des KWG heranzuziehen ist. § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und § 104 Abs. 1a Nr. 2 VAG in der neuen Fassung stellen darauf ab, ob „... das Erstversicherungsunternehmen mit anderen Personen oder Unternehmen in einen Unternehmensverbund eingebunden ist („oder in einer engen Verbindung zu einem solchen steht“⁴²⁷), der durch die Struktur des Beteiligungsgeflechts oder mangelhafte wirtschaftliche Transparenz eine wirksame Aufsicht über das Erstversicherungsunternehmen beeinträchtigt ...“. In der Regierungsbegründung heißt es hierzu:⁴²⁸

„Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 (VAG), der durch die Regelbeispiele des § 8 Abs. 1 Satz 3 (VAG) konkretisiert wird und die sich an § 33 Abs. 3 KWG anlehnen, kann die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb versagt werden, wenn die dort genannten Voraussetzungen bei dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung vorliegen. ... Zudem wird durch § 8 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 (VAG) klargestellt, dass die Versagungsvorschrift nicht nur die Fälle der strukturellen, sondern auch die der wirtschaftlichen Intransparenz erfassen. ... Die Änderungen in ... (§ 104) Abs. 1a (VAG) folgen aus den Änderungen ... in § 8 (VAG).“

⁴²⁶ Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 21. Dezember 2000, BGBl. I S. 1857.

⁴²⁷ Der Zusatz findet sich nur bei § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VAG.

⁴²⁸ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BT-Drs. 14/4453, S. 29 f. und 38.

Der neugefasste Intransparenzstatbestand des VAG lehnt sich danach an die Parallelregelung des § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG⁴²⁹ an (vgl. den ersten Satz des vorstehenden Zitats). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass mit den Änderungen der Vorschriften des VAG über die Anteilseignerkontrolle das Instrumentarium der Versicherungsaufsicht an die bereits zuvor im KWG mit dem Dritten Finanzmarktförderungsgesetz vorgenommenen Änderungen angepasst werden sollte.⁴³⁰ Dies bedeutet, dass die für das Versicherungsaufsichtsrecht vorgenommene Klarstellung auch bei der Auslegung des Intransparenzstatbestandes des KWG herangezogen werden muss. Demnach kommt es auch für die Anteilseignerkontrolle nach dem KWG darauf an, ob das Institut durch die bedeutende Beteiligung in einen Unternehmensverbund eingebunden wird, der „durch die Struktur des Beteiligungsgeflechts“ oder „mangelhafte wirtschaftliche Transparenz“ eine wirksame Aufsicht über das Institut beeinträchtigt.

aaa) Strukturelle Intransparenz

Um welche Problematik es bei der „strukturellen Intransparenz“ geht, d. h. wann ein Unternehmensverbund durch „die Struktur seines Beteiligungsgeflechts“ eine wirksame Aufsicht beeinträchtigt, kann im Ansatz der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 33 Abs. 1 Satz 2 KWG a. F. (4. KWG-Novelle) entnommen werden. Diese Vorschrift und die parallele Vorschrift des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG a. F. enthielten die Ursprungsfassung des Intransparenzstatbestandes.⁴³¹ In der Begründung zu § 33 Abs. 1 Satz 2 KWG a. F. heißt es:⁴³²

„... Zum Zweck der Geldwäsche und zur Einflußnahme der organisierten Kriminalität auf die legale Wirtschaft werden vornehmlich Konzerne unter Einschaltung von Zwischenholdings und Stiftungen eingesetzt, die in einer für Außenstehende undurchsichtigen Weise strukturiert sind. Neben dieser volkswirtschaftlichen Bedrohung bringen die genannten Konzernstrukturen auch Gefahren für die Sicherheit der Einlagen mit sich. Eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Großkredit- und Organkreditvorschriften setzt die Kenntnis des gesamten Unternehmensverbundes voraus. Andernfalls könnten Kredite an vom Inhaber des Kre-

⁴²⁹ Dessen Tatbestand ist wiederum kongruent mit § 2b Abs. 1a Nr. 2 KWG.

⁴³⁰ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BT-Drs. 14/4453, S. 29 f. und 38.

⁴³¹ Nach § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG a. F. (4. KWG-Novelle) konnte das BAKred dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung die Ausübung der Stimmrechte untersagen, wenn Tatsachen vorlagen, aus denen sich ergab, dass das Kreditinstitut „mit dem Inhaber der bedeutenden Beteiligung verbunden ist (§ 15 des Aktiengesetzes) und wegen dieser Unternehmensverbindung oder der Struktur der Unternehmensverbindung des Inhabers der bedeutenden Beteiligung mit anderen Unternehmen eine wirksame Aufsicht über das Kreditinstitut nicht möglich ist.“ Der Erlaubnisversagungsgrund des § 33 Abs. 1 Satz 2 KWG a. F. (4. KWG-Novelle) hatte einen entsprechenden Wortlaut.

⁴³² BT-Drs. 12/3377, S. 40 f.

ditinstituts kontrollierte Tarnunternehmen abfließen. Diesen Gefahren soll durch Satz 2 begegnet werden.“

Eine Definition der strukturellen Intransparenz lässt sich aus diesen Ausführungen zwar nicht ableiten, die Begründung stellt aber zumindest klar, dass die Kenntnis des gesamten Unternehmensverbundes erforderlich ist, damit das BAKred die Einhaltung der Großkredit- und Organkreditvorschriften überwachen kann. Außerdem ist zu fordern, dass die Verantwortlichen in den verbundenen Unternehmen erkennbar sind, um ggf. die persönliche Zuverlässigkeit der konzernlenkenden Personen beurteilen zu können.⁴³³ Ob die Struktur des Beteiligungsgeflechts eines Unternehmensverbundes eine wirksame Aufsicht beeinträchtigt, muss das BAKred aber letztlich anhand der Umstände des Einzelfalles beurteilen, wobei eine negative Einschätzung des BAKred der vollen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Das BAKred hat hier keinen Beurteilungsspielraum; insofern gilt nichts anderes als bei dem unbestimmten Rechtsbegriff der Zuverlässigkeit.⁴³⁴

bbb) Wirtschaftliche Intransparenz

Eine mangelhafte wirtschaftliche Transparenz liegt vor, wenn der Unternehmensverbund nicht über Buchführungsunterlagen verfügt, die einen ausreichenden Einblick in seine wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglichen. Das KWG misst insbesondere den Konzernabschlüssen der letzten drei Geschäftsjahre eine besondere Bedeutung bei: Nach § 2b Abs. 1 Satz 3 KWG hat ein Unternehmen, das beabsichtigt, eine bedeutende Beteiligung an einem Institut zu erwerben, und einem Konzern angehört, diese Unterlagen (ggf. nebst Prüfungsberichten), soweit solche aufzustellen sind, dem BAKred auf Verlangen vorzulegen. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe d KWG muss ein Antrag eines Unternehmens auf Erteilung der Bankerlaubnis die Konzernabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre enthalten, vorausgesetzt, es besteht eine entsprechende Aufstellungspflicht. Wenn der Unternehmensverbund (bzw. das Mutterunternehmen) nach dem maßgeblichen inländischen oder ausländischen Recht nicht dazu verpflichtet ist, Konzernabschlüsse aufzustellen, kann er dem BAKred auf freiwilliger Basis erstellte Abschlüsse zur Verfügung stellen, um den Anforderungen des KWG an die Transparenz zu entsprechen. Tut er dies nicht, kann das BAKred zwar die Aufstellung nicht erzwingen, sich aber auf den Intransparenztatbestand berufen, also je nach Fallgestaltung den

⁴³³ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b KWG a. F. (4. KWG-Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 28.

⁴³⁴ Vgl. B. VI. 1. a) aa).

beabsichtigten Beteiligungserwerb untersagen. die Ausübung der Stimmrechte untersagen oder sogar eine Zwangsveräußerung der bedeutenden Beteiligung herbeiführen.⁴³⁵

Aber selbst dann, wenn der Unternehmensverbund dem BAKred Konzernabschlüsse, die den bilanzrechtlichen Anforderungen entsprechen, vorlegt, ist nicht zwangsläufig von einer ausreichenden wirtschaftlichen Transparenz des Unternehmensverbundes auszugehen. Das BAKred hat insbesondere zu prüfen, ob alle aus aufsichtsrechtlicher Sicht wesentlichen Unternehmen in den Konsolidierungskreis einbezogen sind. Auf die bilanzrechtliche Sicht kommt es dabei nicht an, da der Intransparenzstatbestand zum Zwecke einer effektiven Gefahrenabwehr mit dem Begriff „Unternehmensverbund“ eine faktische Betrachtungsweise zugrunde legt.⁴³⁶

dd) Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht als Eingriffsgrund

Außerdem stellt das Gesetz nunmehr nicht mehr auf die „Eignung zur Vereitlung einer wirksamen Aufsicht“ (6. KWG-Novelle) ab, sondern auf die „Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht“. Aus der Begründung des Finanzausschusses ergibt sich, dass nicht mehr die „Unmöglichkeit“ einer wirksamen Aufsicht der Eingriffsgrund sein soll.⁴³⁷ Diese Begründung ist unklar, weil es auch nach der alten Formulierung (6. KWG-Novelle) nicht auf die Unmöglichkeit der Aufsicht ankam. Denkbar ist, dass der Finanzausschuss bei seinem diesbezüglichen Formulierungsvorschlag, der vom Gesetzgeber übernommen wurde, die Formulierung nach dem Stand der 4. KWG-Novelle vor Augen hatte, die noch darauf abstellte, ob „eine wirksame Aufsicht über das Kreditinstitut nicht möglich ist.“ Die durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz vorgenommene Änderung besteht darin, dass der Nachweis der Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht weniger erfordert als der Nachweis der Eignung zur Vereitlung einer wirksamen Aufsicht.

Zur Beantwortung der Frage, ob die Einbindung des Instituts in einen Unternehmensverbund die „Aufsicht beeinträchtigt“, ist auf die in § 6 Abs. 2 und 3 KWG genannten Aufsichtsziele und die daraus abgeleiteten Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle⁴³⁸ abzustellen; eine „wirksame“ Aufsicht meint eine effektive Gefahrenabwehr.

⁴³⁵ Zu den möglichen Maßnahmen im Rahmen der Anteilseignerkontrolle vgl. C. I. 3. b), C. I. 4. b).

⁴³⁶ Vgl. B. VI. 2. a) bb).

⁴³⁷ Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 33 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 132.

⁴³⁸ Vgl. B. IV.

b) Vorschlag für eine erneute Änderung

Wenn man bedenkt, dass mit der Änderung des Intransparenzstatbestandes verhindert werden sollte, dass das BAKred in Beweisnot gerät,⁴³⁹ so ist die nach der Formulierung „... eine wirksame Aufsicht beeinträchtigt“ erforderliche Einzelbetrachtung nicht sinnvoll. Der Sinn des Intransparenzstatbestandes kann neben dem Erfordernis der aufsichtsrechtlichen Zuverlässigkeit⁴⁴⁰ nur darin bestehen, dieses Erfordernis insoweit zu ergänzen, als dass das BAKred bei unübersichtlichen Strukturen des Unternehmensverbundes oder unklaren Buchführungsunterlagen davon befreit wird, die persönliche Unzuverlässigkeit der konzernlenkenden Personen bzw. die fehlende wirtschaftliche Solidität des Unternehmensverbundes nachweisen zu müssen. Diese Funktion kann der Intransparenzstatbestand aber nicht erfüllen, wenn das BAKred Tatsachen nachweisen muss, die belegen, dass die strukturelle bzw. wirtschaftliche Intransparenz im Einzelfall eine wirksame Aufsicht über das Institut beeinträchtigt. Denn dieser Nachweis könnte letztlich nur mit Tatsachen geführt werden, die auf eine Unzuverlässigkeit der konzernlenkenden Personen schließen lassen. Insoweit ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, das eigentlich Gewollte in den Wortlaut des Intransparenzstatbestandes zu transportieren. Dies spricht dafür, den Intransparenzstatbestand nach seinem Sinn und Zweck einschränkend dahingehend auszulegen, dass das BAKred keine Einzelbetrachtung im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Aufsicht vornehmen, sondern nur die strukturelle oder wirtschaftliche Intransparenz nachweisen muss. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber den Intransparenzstatbestand aber dennoch wie folgt neu fassen:⁴⁴¹

„(Das Bundesaufsichtsamt kann innerhalb von drei Monaten nach Eingang der vollständigen Anzeige nach Absatz 1 den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...)

2. das Institut durch die Begründung oder Erhöhung der bedeutenden Beteiligung in einen Unternehmensverbund eingebunden würde, bei dem die Strukturen des Beteiligungsgeflechts oder die wirtschaftlichen Verhältnisse intransparent sind.“

⁴³⁹ Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁴⁴⁰ Vgl. B. VI. 1.

⁴⁴¹ Hier am Beispiel des § 2b Abs. 1a Nr. 2 KWG; § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG wäre entsprechend zu ändern.

3. Erfordernis einer wirksamen Aufsicht im Herkunftsstaat für ausländische Institute, die eine Mehrheitsbeteiligung an einem inländischen Institut erwerben wollen

Nach § 2b Abs. 1a Nr. 3 KWG kann das BAKred den beabsichtigten Erwerb einer bedeutenden Beteiligung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Institut durch die Begründung oder Erhöhung der Beteiligung Tochterunternehmen eines Instituts mit Sitz im Ausland würde, das im Staat seines Sitzes oder seiner Hauptverwaltung nicht wirksam beaufsichtigt wird oder dessen zuständige Aufsichtsstelle zu einer befriedigenden Zusammenarbeit mit dem BAKred nicht bereit ist.⁴⁴² Der Tatbestand wurde zur Umsetzung des Art. 2 Abs. 2. erster Unterabsatz der Richtlinie 95/26/EG mit der 6. KWG-Novelle in das Gesetz eingefügt.⁴⁴³ Im Rahmen des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes wurde dem Tatbestand die bereits erörterte Formulierung „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ vorangestellt.⁴⁴⁴ Außerdem wurde der Anwendungsbereich des Tatbestandes insoweit eingeschränkt, als dass er sich nicht mehr auf ausländische (Mutter-) Unternehmen aller Art bezieht, sondern nur noch auf ausländische „Institute“ (Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, § 1 Abs. 1b KWG), die eine Mehrheitsbeteiligung an einem inländischen Unternehmen halten oder erwerben wollen. In der Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages heißt es hierzu, der bisherige wörtliche Bezug auf Unternehmen aller Art sei über das Regelungsziel hinausgegangen.⁴⁴⁵ Allerdings hat der Finanzausschuss nicht ausgeführt, welches Regelungsziel § 33 Abs. 3 Nr. 3 KWG hat. Anzunehmen ist, dass mit der Regelung insbesondere sichergestellt werden soll, dass eine zusammengefasste Überwachung des Kreditgeschäfts und der Eigenmittelausstattung des ausländischen Mutterunternehmens und des ihm nachgeordneten inländischen Instituts erfolgt,⁴⁴⁶ denn diese Problematik stellt sich nur dann,

⁴⁴² § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG verweist für den Zweck der Erwerberkontrolle (vgl. C. I. 4.) auf diesen Untersagungsgrund. Für das Zulassungsverfahren vgl. § 33 Abs. 3 Nr. 3 KWG (und hierzu C. III.), auf dessen Tatbestand § 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG (Ermächtigung zur Erlaubnisaufhebung, vgl. C. IV.) verweist.

⁴⁴³ § 33 Abs. 1 Nr. 3 a. F. (6. KWG-Novelle) hatte folgenden Wortlaut: „(Das Bundesaufsichtsamt kann die Erlaubnis versagen, wenn ...) das Institut Tochterunternehmen eines anderen Unternehmens mit Sitz im Ausland ist, das im Staat seines Sitzes oder seiner Hauptverwaltung nicht wirksam beaufsichtigt wird oder dessen zuständige Aufsichtsstelle zu einer befriedigenden Zusammenarbeit mit dem Bundesaufsichtsamt nicht bereit ist.“ § 2b Abs. 1 Satz 8 zweiter Halbsatz KWG a. F. (Ermächtigung zur Untersagung des beabsichtigten Erwerbs einer bedeutenden Beteiligung) verwies auf diesen Tatbestand.

⁴⁴⁴ Vgl. B. VI. 1. c) und B. VI 2. a) aa).

⁴⁴⁵ Begründung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁴⁴⁶ Vgl. den 6. Erwägungsgrund der zugrunde liegenden Richtlinie 95/26/EG.

wenn es sich bei dem ausländischen Mutterunternehmen um ein Institut i. S. d. § 1b KWG und nicht um ein sonstiges Unternehmen handelt. Das BAKred wird demgemäß darauf abzustellen haben, ob die ausländische Aufsichtsstelle eine entsprechende Überwachung vornimmt und ob ein ausreichender Informationsfluss gewährleistet ist.

C. Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle

I. Das selbständige Kontrollverfahren nach § 2b KWG

1. Überblick über das Kontrollverfahren

Die Regelungen des § 2b KWG bilden das Kernstück der Anteilseignerkontrolle. Zu unterscheiden ist zwischen der „präventiven Erwerbskontrolle“⁴⁴⁷, die stattfindet, wenn ein Interessent die Absicht, eine bedeutende Beteiligung zu erwerben, ordnungsgemäß angezeigt hat, und der „Erwerberkontrolle“⁴⁴⁸, die nach vollzogenem Erwerb einer bedeutenden Beteiligung erfolgen kann. In beiden Verfahren prüft die Bankaufsichtsbehörde, ob der Erwerbsinteressent bzw. der Erwerber der bedeutenden Beteiligung den dargestellten aufsichtsrechtlichen Anforderungen⁴⁴⁹ (aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit) genügt. Im Rahmen der präventiven Erwerbskontrolle hat sie die Möglichkeit, einem Erwerbsinteressenten, der aufsichtrechtlich unzuverlässig ist, den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung zu untersagen. Bei der Erwerberkontrolle verfügt die Bankaufsichtsbehörde über ein abgestuftes Eingriffsinstrumentarium bis hin zu der Möglichkeit, die Veräußerung der Anteile erzwingen zu können, die eine bedeutende Beteiligung begründen.

§ 104 des Versicherungsaufsichtsgesetzes regelt ein entsprechendes Verfahren für Beteiligungen an Erstversicherungsunternehmen⁴⁵⁰.

Bevor im Einzelnen auf das Kontrollverfahren nach § 2b KWG eingegangen wird, soll zunächst ein Überblick über bestimmte Regelungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts gegeben werden, die sich mit diesem Kontrollverfahren überschneiden können. Es wird zu zeigen sein, dass sich hieraus Erkenntnisse ergeben, die für die Untersuchung des Kontrollverfahrens nach § 2b KWG von Bedeutung sind.

⁴⁴⁷ Vgl. dazu im Einzelnen unter C. I. 3.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu im Einzelnen unter C. I. 4.

⁴⁴⁹ Vgl. B. VI.

⁴⁵⁰ Auf bedeutende Beteiligungen an Rückversicherungsunternehmen ist die Vorschrift nicht anwendbar. Der Gesetzgeber hat hiervon abgesehen, da EG-rechtlich (Art. 15 der Dritten Richtlinie Schadensversicherung und Artikel 14 der Dritten Richtlinie Lebensversicherung) lediglich eine Anteilseignerkontrolle bei Erstversicherungsunternehmen vorgesehen ist, vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BT-Drs. 14/4453, S. 38.

2. Überblick über bestimmte Regelungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, die sich mit der Anteilseignerkontrolle überschneiden können

a) Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten bei Veränderungen des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften

Im vierten Abschnitt des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) werden Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten bei Veränderungen des Stimmrechtsanteils an börsennotierten (amtlicher Handel) Gesellschaften geregelt. Den Kern der Regelungen bildet § 21 WpHG. Danach hat derjenige, der durch Erwerb, Veräußerung oder auf sonstige Weise 5, 10, 25, 50 oder 75 Prozent der Stimmrechte an einer börsennotierten Gesellschaft erreicht, überschreitet oder unterschreitet (Meldepflichtiger), dies der Gesellschaft sowie dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel unverzüglich unter Angabe seiner Anschrift schriftlich mitzuteilen. Diese Meldepflicht dient in Verbindung mit der Veröffentlichungspflicht nach § 25 WpHG dazu, die Transparenz für Anleger und Gesellschaften im Wertpapierhandel zu fördern. Die Zusammensetzung des Aktionärskreises und die Veränderung maßgeblicher Aktienbestände sind wichtige Kriterien für Anlagedispositionen der Investoren, insbesondere der institutionellen Anleger im In- und Ausland, und haben erheblichen Einfluss auf die Kursentwicklung einer Aktie. Aktuelle und möglichst umfassende Informationen der Marktteilnehmer schaffen am Markt eine Transparenz, die dem Missbrauch von Insiderinformationen entgegenwirkt.⁴⁵¹

§ 22 WpHG regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Zurechnung von Stimmrechten erfolgt.⁴⁵² § 23 WpHG lässt im Hinblick auf die Berechnung des Stimmrechtsanteils antragsabhängige Ausnahmen zu für Handelsbestände und vergleichbare Bestände. Gemäß § 24 WpHG können Mitteilungspflichten nach § 21 Abs. 1 WpHG durch das Mutterunternehmen eines Konzerns erfüllt werden. In § 25 WpHG wird eine Veröffentlichungspflicht der Gesellschaft begründet, an der die Stimmrechte bestehen oder bestanden haben.

Bemerkenswert ist, dass Rechte aus Aktien, die einem Meldepflichtigen gehören oder aus denen ihm Stimmrechte gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 WpHG zugerechnet werden, nicht für die Zeit bestehen, für welche die Mitteilungspflichten nach § 21 Abs. 1 WpHG nicht erfüllt

⁴⁵¹ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 21 WpHG, BT-Drs. 12/6679, S. 52.

⁴⁵² Wie bereits erwähnt, verweist § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG zur Bestimmung einer bedeutenden Beteiligung ergänzend auf Abs. 1 bis 3 dieser Vorschrift (Vgl. B. V. 3. a) dd] ddd]).

werden (§ 28 Satz 1 WpHG). Rechte aus Aktien sind zum einen Verwaltungsrechte, insbesondere das Stimmrecht. Zum anderen werden Vermögensrechte erfasst, soweit es sich dabei um Rechte aus der Aktie handelt und nicht die Mitgliedschaft als solche betroffen ist. In die Sanktion einbezogen sind daher das Dividendenbezugsrecht und das Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen, nicht hingegen das Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.⁴⁵³ Mit der Formulierung, dass die von der Sanktion betroffenen Rechte für die Zeit der Pflichtverletzung nicht bestehen, wird zum Ausdruck gebracht, dass die unterlassene Mitteilung für den Zeitraum der Pflichtverletzung grundsätzlich zu einem endgültigen Rechtsverlust führt. Nach § 28 Satz 2 WpHG gehen die Ansprüche auf Dividende und den Liquidationserlös (§ 271 AktG) allerdings ausnahmsweise dann nicht verloren, wenn die Mitteilung ohne Vorsatz unterblieben ist und nachgeholt worden ist. Der Grundsatz hat zur Folge, dass das Stimmrecht nicht ausgeübt werden kann, wenn bis zu der jeweiligen Hauptversammlung eine Mitteilung unterblieben ist. Der Dividendenzahlungsanspruch und der Aktienbezugsanspruch bei einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen entstehen nicht, wenn eine Mitteilung bis zum maßgeblichen Gewinnverwendungs- bzw. Kapitalerhöhungsbeschluss nicht erfolgt ist.⁴⁵⁴

Nach § 29 Abs. 1 WpHG kann das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel von der börsennotierten Gesellschaft, deren Aktionären und ehemaligen Aktionären sowie von Wertpapierdienstleistungsunternehmen Auskünfte und die Vorlage von Unterlagen verlangen, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der in dem vierten Abschnitt des WpHG geregelten Pflichten erforderlich ist. Die Befugnisse bestehen nach Satz 2 der Vorschrift auch gegenüber Personen und Unternehmen, deren Stimmrechte nach § 22 Abs. 1 WpHG zuzurechnen sind.

Das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel kann die in § 25 WpHG vorgesehenen Veröffentlichungen auf Kosten der börsennotierten Gesellschaft vornehmen, wenn die Gesellschaft die Veröffentlichungspflicht nicht erfüllt (§ 29 Abs. 3 WpHG).

⁴⁵³ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 28 WpHG (in der Fassung des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes), BT-Drs. 13/8933, S. 95.

⁴⁵⁴ Begründung des Regierungsentwurfs, a. a. O., S. 96.

b) Wettbewerbsrechtliche Zusammenschlusskontrolle

Mit der Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 35 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) soll eine übermäßige Unternehmenskonzentration verhindert werden. Ziel der Zusammenschlusskontrolle sind mithin ausgewogene Marktstrukturen, durch die einseitige, nicht mehr leistungsbedingte Verhaltensspielräume der Unternehmen im Interesse des umfassenden Schutzes der Handlungsfreiheit anderer Unternehmen verhindert werden.⁴⁵⁵ Im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelungen steht § 36 Abs. 1 GWB, wonach ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vom Bundeskartellamt zu untersagen ist, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

Die Vorschriften des GWB über die Zusammenschlusskontrolle finden nur dann Anwendung, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erreicht hat.⁴⁵⁶ Für die Prüfung von Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung ist ausschließlich die Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Maßgabe der (Fusionskontroll-) Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 zuständig.⁴⁵⁷

Als Zusammenschlüsse im Sinne des GWB (§ 37 Abs. 1 GWB) gelten:

- der Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil (Nr. 1),
- der Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen (Nr. 2),

⁴⁵⁵ Emmerich, Kartellrecht, S.267.

⁴⁵⁶ Vgl. § 35 Abs. 1 GWB.

⁴⁵⁷ Nach Art. 1 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung (EWG) hat ein Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden:

- ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Milliarden Euro und
- ein gemeinschaftsweiter Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Millionen Euro (vgl. ergänzend Art. 1 Abs. 2 letzter Teilsatz und Abs. 3 der Fusionskontrollverordnung).

- der Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn diese Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Erwerber bereits gehörenden Anteilen 50 % oder 25 % des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen (Nr. 3) und
- jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können (Nr. 4).

Zusammenschlüsse sind grundsätzlich vor ihrem Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden (§ 39 GWB). Bei der Anmeldung sind bestimmte Angaben zu machen (§ 39 Abs. 3 GWB), die dem Bundeskartellamt die Beurteilung des Zusammenschlusses ermöglichen soll.

Das Prüfverfahren ist zweistufig ausgestaltet (§ 40 GWB): In einem Vorprüfungsverfahren untersucht das Bundeskartellamt, ob der Eintritt in ein Hauptprüfverfahren erforderlich ist. In dem Hauptprüfverfahren hat das Amt höchstens vier Monate Zeit, über das Vorhaben zu entscheiden. Diese vier Monate stehen dem Bundeskartellamt aber nur dann zur Verfügung, wenn das Amt innerhalb von einem Monat nach Eingang der Anmeldung den sog. „Monatsbrief“ versendet, d.h. den beteiligten Unternehmen mitteilt, dass es in die Prüfung des Zusammenschlusses eingetreten ist. Innerhalb der Frist von vier Monaten hat das Bundeskartellamt durch Verfügung zu entscheiden, ob der Zusammenschluss untersagt oder freigegeben wird. Solange ein Zusammenschluss vom Bundeskartellamt nicht wirksam freigegeben worden ist, darf er vor Ablauf der genannten Fristen nicht vollzogen werden (§ 41 Abs. 1 Satz 1 GWB). Gegen das Vollzugsverbot verstoßende Rechtsgeschäfte sind unwirksam. Eine Ausnahme hiervon macht § 41 Abs. 1 Satz 3 GWB aus Gründen der Rechtssicherheit für verschiedene gesellschaftsrechtliche Vorgänge, bei denen eine Unwirksamkeit als schwer erträglich gilt.⁴⁵⁸ Wird der Zusammenschluss in diesen Fällen untersagt, ist er aufzulösen (§ 41 Abs. 3 Satz 1 GWB); das Bundeskartellamt erlässt hierzu eine Auflösungsverfügung (§ 41 Abs. 3 Satz 2 GWB). Das Bundeskartellamt kann zur Durchsetzung der Auflösungsverfügung „insbesondere“ ein Zwangsgeld festsetzen, die Ausübung von Stimmrechten untersagen sowie einen Treuhänder bestellen, der die Auflösung des Zusammenschlusses herbeiführt (§ 41 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 GWB). Daneben gelten die allgemeinen Vorschriften des Verwaltungszwangs.⁴⁵⁹

Ein vom Bundeskartellamt untersagter Zusammenschluss kann vom Bundesminister für Wirtschaft nach § 42 GWB aus gesamtwirtschaftlichen Gründen erlaubt werden.

⁴⁵⁸ Vgl. hierzu Emmerich, Kartellrecht, S. 342. Es handelt sich um Verträge über die Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Unternehmens sowie Unternehmensverträge i. S. der §§ 291 und 292 AktG nach ihrer Eintragung in das Handelsregister.

⁴⁵⁹ Bechtold, GWB, § 41 Rdnr. 15.

c) **Regelungen für Unternehmensübernahmen**

Ziel des am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG)⁴⁶⁰ ist es, Rahmenbedingungen bei Unternehmensübernahmen und anderen öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren in Deutschland zu schaffen. Das Gesetz soll insbesondere Leitlinien für ein faires und geordnetes Angebotsverfahren schaffen, ohne Unternehmensübernahmen zu fördern oder zu verhindern, Information und Transparenz für die betroffenen Wertpapierinhaber und Arbeitnehmer verbessern und die rechtliche Stellung von Minderheitsaktionären bei Unternehmensübernahmen stärken. Dabei orientiert sich der Entwurf an international üblichen Standards.⁴⁶¹

Das Gesetz regelt Unternehmensübernahmen, deren Ziel Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien mit Sitz in Deutschland sind (§ 1 i. V. m. § 2 Abs. 3 WpÜG). Voraussetzung ist, dass Aktien dieser Gesellschaften an einem organisierten Markt (§ 2 Abs. 7 WpÜG) zugelassen sind (§ 1 WpÜG). Zudem werden auch solche Angebote erfasst, die nicht auf den Erwerb von Aktien gerichtet sind, sondern sich nur auf solche Wertpapiere beziehen, die - wie z.B. Wandelschuldverschreibungen und Optionsanleihen - den Erwerb der Aktien der oben genannten Gesellschaften zum Gegenstand haben (§ 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 WpÜG).

d) **Verhältnis zur Anteilseignerkontrolle**

Mangels besonderer Regelungen finden die dargestellten Regelungen des vierten Abschnitts des Wertpapierhandelsgesetzes und der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle ggf. neben den Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle Anwendung. Dies ist nach den beschriebenen Zielsetzungen der betreffenden Regelungen weder verwunderlich noch zu bemängeln.

Die Überschneidung des Anwendungsbereichs der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle und des in § 2b KWG geregelten Verfahrens hat bislang – soweit ersichtlich – keine praktische Bedeutung erlangt, da bei den geplanten bzw. vollzogenen Zusammen-

⁴⁶⁰ Artikel 1 des Gesetzes zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3822).

⁴⁶¹ Zu den Zielen des Gesetzes siehe Begründung des Regierungsentwurfs, Allgemeiner Teil, BT-Drs. 14/7034, S. 28.

schlüssen im Bankenbereich, die anmeldepflichtig waren bzw. gewesen wären, die aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit der beteiligten Unternehmen nicht zweifelhaft war. Hinzuweisen ist an dieser Stelle daher nur darauf, dass das in § 2b KWG geregelte Kontrollverfahren nicht dazu verwendet werden darf, wettbewerbspolitisch unerwünschte Unternehmenszusammenschlüsse im Bankenbereich zu verhindern oder unerwünschte Wettbewerber abzuwehren.⁴⁶²

Bei dem Erwerb einer unmittelbaren Stimmrechtsbeteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG⁴⁶³ oder einer mittelbaren Stimmrechtsbeteiligung gemäß § 1 Abs. 9 Satz 2 KWG⁴⁶⁴ an einem börsennotierten Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut greifen auch die Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz. Da die Anteilseignerkontrolle, wie sogleich zu zeigen sein wird, bereits im Vorfeld des Erwerbs einsetzt,⁴⁶⁵ hat der Erwerbsinteressent zunächst die bankaufsichtsrechtlichen Anzeigepflichten zu erfüllen. Dies hat der Gesetzgeber berücksichtigt: Nach § 2b Abs. 1 Satz 7 KWG hat das BAKred diese Anzeigen an des Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel zu übermitteln.

Der Anwendungsbereich des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes überschneidet sich mit den Regelungen des KWG über die Anteilseignerkontrolle. Eine Überschneidung wäre gegeben, wenn sich eine geplante Übernahme auf Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien mit Sitz in Deutschland bezieht, deren Aktien an einem organisierten Markt (§ 2 Abs. 7 WpÜG) zugelassen sind. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WpÜG hat der Bieter (§ 2 Abs. 4 WpÜG) seine Entscheidung zur Abgabe eines Angebots unverzüglich zu veröffentlichen. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn für die Entscheidung noch der Beschluss der Gesellschafterversammlung des Bieters erforderlich ist und ein solcher Beschluss noch nicht erfolgt ist (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WpÜG). Vor dieser Entscheidung hat der Bieter nach § 10 Abs. 2 WpÜG u. a. das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel zu unterrichten. Diese Unterrichtungspflicht ist der sogleich noch zu erörternden Anzeigepflicht nach § 2b Abs. 1 KWG⁴⁶⁶ vorgelagert, da die letztgenannte Anzeigepflicht mangels einer mit § 10 Abs. 1 Satz 2 WpÜG vergleichbaren Regelung erst nach der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung des Bieters eingreift. Für den Bieter/Erwerbsinteressenten kann es allerdings sinnvoll sein, sich zunächst mit

⁴⁶² So auch die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b KWG (4. Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 28.

⁴⁶³ Vgl. B. V. 3. a).

⁴⁶⁴ Vgl. B. V. 3. a) dd) ddd).

⁴⁶⁵ Vgl. C. I. 3.

⁴⁶⁶ Vgl. C. I. 3 a).

dem BAKred in Verbindung zu setzen, um die Möglichkeit auszuschließen, dass der Erwerb nach einem kostenintensiven Angebotsverfahren aus bankaufsichtsrechtlichen Gründen untersagt wird.

3. Präventive Erwerbskontrolle gemäß § 2b Abs. 1 und 1a KWG

Die Anteilseignerkontrolle nach dem KWG setzt in Übereinstimmung mit Art. 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie und Art. 9 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie⁴⁶⁷ bereits im Vorfeld des Erwerbs einer Beteiligung an einem Institut ein. Dies erfordert - abweichend von der Konzeption des Wertpapierhandelsgesetzes hinsichtlich der dort geregelten Mitteilungspflichten beim Erwerb von Stimmrechtsanteilen an börsennotierten Gesellschaften⁴⁶⁸ - die Festlegung von Anzeigepflichten, die an die Erwerbsabsicht anknüpfen.

a) Anzeigepflichten und Sachverhaltsermittlung

Wer beabsichtigt, eine bedeutende Beteiligung⁴⁶⁹ an einem Institut zu erwerben, hat dies dem BAKred und der Deutschen Bundesbank gemäß § 2b Abs. 1 KWG unverzüglich anzuzeigen und die Personen und Unternehmen anzugeben, von denen er die entsprechenden Anteile erwerben will. Die letztgenannte Angabe ist erst seit der Neufassung des § 2b Abs. 1 Satz 2 KWG durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz erforderlich. Sie soll Schlüsse auf die bankaufsichtliche Bedenklichkeit der beabsichtigten Transaktion zulassen.⁴⁷⁰ Die Anzeige ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 der Anzeigenverordnung⁴⁷¹ mit einem Vordruck⁴⁷² abzugeben. Der Anzeigepflichtige hat danach u. a. Angaben zur Höhe der angestrebten unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung zu machen und zu erklären, dass gegen ihn⁴⁷³ weder ein Strafverfahren schwebt noch ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens anhängig

⁴⁶⁷ Vgl. B. I. 1. und 2.

⁴⁶⁸ Vgl. C. I. 2. a).

⁴⁶⁹ Zum Begriff der bedeutenden Beteiligung vgl. B. V.

⁴⁷⁰ Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Beschlussempfehlung zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁴⁷¹ Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Gesetz über das Kreditwesen vom 29. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3372).

⁴⁷² Anlage 1 zur Anzeigenverordnung.

⁴⁷³ Wenn der Anzeigepflichtige eine juristische Person oder eine Personenhandels-gesellschaft ist, gilt dies entsprechend für die gesetzlichen Vertreter oder die persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. § 2b Abs. 1 Satz 4 KWG und § 1 Abs. 1 Satz 4 der Anzeigenverordnung).

gewesen ist und dass weder er noch ein von ihm geleitetes Unternehmen als Schuldner in ein Insolvenzverfahren oder ein Verfahren zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung oder ein vergleichbares Verfahren verwickelt war oder ist.

Das BAKred prüft nach Eingang der Anzeige die Richtigkeit dieser Erklärung u. a. anhand eines Führungszeugnisses gemäß § 31 BZRG und von Auskünften aus den Schuldnerverzeichnissen gemäß § 26 Abs. 2 InsO und §§ 915 ff. ZPO. Darüber hinaus wird das BAKred gemäß § 2b Abs. 1 Satz 3 KWG die Einreichung der Jahresabschlüsse der letzten drei Jahre nebst Prüfungsberichten, eine Darstellung der Konzernstruktur sowie die konsolidierten Konzernabschlüsse der letzten drei Jahre nebst Prüfungsberichten verlangen, sofern die betreffenden Unterlagen nach anderen Vorschriften zu erstellen waren bzw. der Anzeigepflichtige einem Konzern angehört. Ergänzend kann es gemäß § 44b Abs. 1 KWG von dem Anzeigepflichtigen Auskunft über dessen Geschäftsangelegenheiten sowie die Vorlage von Geschäftsunterlagen (z. B. einzelne Verträge, Buchungsbelege, Kontoauszüge usw.) verlangen.⁴⁷⁴ Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Anzeigepflichtige nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen⁴⁷⁵ an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung genügt, so kann es darüber hinaus eine Prüfung anordnen, bei der die mit der Durchführung beauftragten Personen ermächtigt sind, die Geschäftsräume des Anzeigepflichtigen während der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten zu betreten und zu besichtigen.⁴⁷⁶

Der Anzeigepflicht des potentiellen Erwerbers einer bedeutenden Beteiligung stehen, soweit es um den Betrag der bedeutenden Beteiligung geht, spiegelbildlich entsprechende Anzeigepflichten des potentiellen Veräußerers (§ 2b Abs. 4 KWG) und des betroffenen Instituts (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 KWG) gegenüber. Das Institut hat den vollzogenen Erwerb einer bedeutenden (Passiv-) Beteiligung anzuzeigen, wenn es von der Änderung der Beteiligungsverhältnisse Kenntnis erlangt. Der Zweck der Regelung erfordert es, dass das Institut Anhaltspunkten für eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse nachgeht.⁴⁷⁷ Als weitere Informationsquelle zur Feststellung einer Änderung der passiven Beteiligungsverhältnisse eines Instituts stehen dem BAKred die jährlichen Meldungen des Instituts über die Inhaber einer bedeuten-

⁴⁷⁴ Das BAKred wird regelmäßig Auskunft darüber verlangen, wie die für den Erwerb erforderlichen Geldmittel aufgebracht werden sollen, und entsprechende Belege anfordern. Außerdem wird es den Anzeigepflichtigen fragen, welchen Zweck er mit dem geplanten Anteilserwerb verfolgt.

⁴⁷⁵ Vgl. hierzu B. VI.

⁴⁷⁶ Zu den Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechten des BAKred im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle vgl. im Einzelnen unter C. V.

⁴⁷⁷ So auch Ergenzinger, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 24 Rdnr. 21.

den Beteiligung (§ 24 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG) zur Verfügung. Soweit das BAKred Anhaltspunkte dafür hat, dass eine für die Anteilseignerkontrolle wesentliche Veränderung der passiven Beteiligungsverhältnisse eines Instituts erfolgt ist, die nicht angezeigt wurde, wird es diesen Anhaltspunkten sofort nachgehen und ggf. von seinen Auskunfts- und Vorlagerechten gegenüber den Personen und Unternehmen Gebrauch machen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass es sich um Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bzw. von diesen kontrollierte Unternehmen oder mit dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nach § 15 des Aktiengesetzes verbundene Unternehmen handelt (§ 44b Abs. 1 Nr. 3 KWG).⁴⁷⁸

b) Untersagung des Erwerbs

aa) Voraussetzungen

Gemäß § 2b Abs. 1a KWG kann das BAKred innerhalb von drei Monaten nach Eingang der vollständigen Anzeige (§ 2b Abs. 1 KWG) den beabsichtigten Erwerb einer bedeutenden Beteiligung untersagen, wenn der Anzeigende nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen⁴⁷⁹ an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung genügt. Zu einer solchen Anordnung war das BAKred bereits vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes befugt.⁴⁸⁰ Nach der Neufassung des § 2b KWG muss jedoch nur noch ein geringerer Grad an Wahrscheinlichkeit der aufsichtsrechtlichen Unzuverlässigkeit gegeben sein.⁴⁸¹

bb) Ermessen

Liegen die Voraussetzungen für die Untersagung des geplanten Beteiligungserwerbs vor, so hat das BAKred hinsichtlich der Frage, ob es diese Maßnahme ergreift, einen Ermessensspielraum (Entschließungsermessen). Gemäß § 40 VwVfG hat es dieses Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Die Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle wurden bereits dargestellt.⁴⁸² Diese sind vom BAKred als Vorgaben der Ermessensermächtigung zu berücksichtigen. Im Kern hat das

⁴⁷⁸ Vgl. hierzu C. V. 2. a) und b).

⁴⁷⁹ Die entsprechenden Tatbestände sind in § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 3 KWG abschließend aufgezählt; vgl. hierzu B. VI.

⁴⁸⁰ Vgl. § 2b Abs. 1 Satz 8 KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle. Die Regelung geht zurück auf § 2b Abs. 1 Satz 5 KWG in der Fassung der 4. KWG-Novelle.

⁴⁸¹ Vgl. B. VI. 1. c).

⁴⁸² Vgl. B. IV.

Aufsichtsamt zu prüfen, ob die Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle unter Berücksichtigung des Grades der festgestellten Unzuverlässigkeit, der Größe bzw. Bedeutung des betroffenen Instituts und der angestrebten Höhe der Beteiligung ein Einschreiten erfordern.

cc) Auswirkungen der Untersagung

§ 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG setzt voraus, dass der Anzeigende, dem der Erwerb einer bedeutenden Beteiligung nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG untersagt wurde, trotz eines derartigen Verbots eine solche Beteiligung an einem Institut zivilrechtlich wirksam erwerben kann. Denn die Vorschrift ermächtigt das BAKred für den Fall, dass „die Beteiligung entgegen einer vollziehbaren Untersagung erworben worden ist...“, dazu, dem Anzeigenden die Ausübung der Stimmrechte zu untersagen.⁴⁸³ Nach der Neufassung des § 2b KWG durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz kann das BAKred in diesem Fall nunmehr auch die Weiterveräußerung der betreffenden Anteile verlangen und dieses Verlangen ggf. im Wege der Beauftragung eines Treuhänders durchsetzen (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG).⁴⁸⁴ Der Anzeigende würde mit einer (vorsätzlichen oder leichtfertigen) Zuwiderhandlung gegen die vollziehbare Untersagung des Beteiligungserwerbs eine Ordnungswidrigkeit begehen, die mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro geahndet werden kann (§ 56 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a, Abs. 4 KWG).

Es stellt sich die Frage, warum das Gesetz einerseits bei einem verbotswidrigen Erwerb einer bedeutenden Beteiligung einen Eingriff in das Eigentumsrecht des Erwerbers vorsieht, indem es das BAKred dazu ermächtigt, die Weiterveräußerung der verbotswidrig erworbenen Anteile erzwingen zu können, andererseits aber dem BAKred nicht bereits einen Eingriff in das Erwerbsrecht des potentiellen Erwerbers ermöglicht. Ein Erwerbsverbot, das unmittelbar das Erwerbsrecht des die Erwerbsabsicht Anzeigenden aufhebt, würde die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte und das nachgeschaltete Verfahren zur Erzwingung der Veräußerung der verbotswidrig erworbenen Anteile überflüssig machen, wäre also der einfachere Weg, das angestrebte Aufsichtsziel zu erreichen. Wenn sich das Erwerbsverbot ausdrücklich auch auf Strohmanggeschäfte beziehen würde, wären Umgehungsmöglichkeiten ausgeschlossen.

⁴⁸³ Zur Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG vgl. im Einzelnen unter C. I. 4.

⁴⁸⁴ Vgl. hierzu unter C. I. 4. a) cc) und C. I. 4. b) dd).

In den Gesetzesmaterialien finden sich zu dieser Problematik keine Ausführungen. Anzunehmen ist aber, dass es dem Gesetzgeber darum ging, die mit einem derartigen Verbot einhergehende Beeinträchtigung des (Börsen-) Handels mit Bankaktien zu vermeiden. Es sind Fälle denkbar, in denen die Aktien, die eine bedeutende Bankbeteiligung begründen, durch den Vollzug einer Vielzahl von Kaufverträgen und Optionsgeschäften mit verschiedenen Vertragspartnern erworben werden sollen. Wenn der von einem Erwerbsverbot betroffene Erwerbsinteressent planen würde, diese Geschäfte unter Einschaltung von Strohmännern bzw. Tarnunternehmen abzuwickeln, so hätten potentielle Vertragspartner auch dann keine Möglichkeit, sich vor der Folge der Nichtigkeit der Verträge und einer damit verbundenen Rückabwicklung zu schützen, wenn das BAKred ein entsprechendes, an den Erwerbsinteressenten gerichtetes Verbot unter Nennung des Namens des Erwerbsinteressenten veröffentlichen würde. Von den Teilnehmern des Börsenhandels in Bankaktien könnte dies als generelles Handelshemmnis empfunden werden.

dd) Kein (Erwerbs-) Vollzugsverbot während der Dreimonatsfrist

§ 2b KWG enthält nach seinem Wortlaut kein Verbot, die angezeigte Erwerbsabsicht während der Frist von drei Monaten für die Untersagung (§ 2b Abs. 1a Satz 1 KWG) zu vollziehen. Es könnte daran gedacht werden, ein solches Vollzugsverbot aus § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG mit dem Argument herzuleiten, es werde dort im Zusammenhang mit der Dreimonatsfrist als selbstverständlich vorausgesetzt. Dagegen spricht aber, dass der Gesetzgeber im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle eine ausdifferenzierte Lösung für eine vergleichbare Problematik getroffen hat.⁴⁸⁵ Der Gesetzgeber hätte bei der umfassenden Überarbeitung des § 2b KWG im Jahre 1998 Gelegenheit gehabt, vergleichbare Regelungen für das Verfahren der präventiven Erwerbskontrolle zu schaffen, wenn er ein Vollzugsverbot hätte regeln wollen. Daraus, dass er dies nicht getan hat, muss wohl gefolgert werden, dass er ein solches Verbot nicht will. Zur Begründung ließe sich auch insoweit⁴⁸⁶ anführen, dass es dem Gesetzgeber offenbar darum ging, den Handel mit Bankaktien nicht unnötig zu beschränken: Der potentielle Erwerber einer bedeutenden Beteiligung, der sich sicher ist, dass er die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllt, soll den geplanten Erwerb auch dann vollziehen können, wenn auf Seiten des BAKred noch ein Prüfungsbedarf besteht. Zu einer Schwächung des

⁴⁸⁵ Vgl. C. I. 2. b).

⁴⁸⁶ Vgl. C. 3. b) cc).

Systems der Anteilseignerkontrolle führt dies nicht, denn das BAKred hat in diesem Fall die Möglichkeit, die (nachträgliche) Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG einzuleiten.⁴⁸⁷

Die Frist von drei Monaten für die Untersagung des Erwerbs muss vor diesem Hintergrund als Möglichkeit für den Erwerbsinteressenten verstanden werden, nach ordnungsgemäßer Anzeige der Erwerbsabsicht den Ablauf der Frist abwarten zu können, um sodann nach dem Vollzug des Erwerbs in der Weise Vertrauensschutz zu genießen, dass das BAKred im Rahmen der Erwerberkontrolle eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte bzw. den Zwang zur Veräußerung der Beteiligung nur auf neue Erkenntnisse stützen darf. Das Vertrauen müsste allerdings, um eine Umgehung der Anteilseignerkontrolle auszuschließen, als nicht schutzwürdig angesehen werden, wenn der Erwerber die in §§ 2b Abs. 1, 44b KWG geregelten Mitwirkungspflichten bei der Sachverhaltsaufklärung verletzt hat, z. B. weil er Auskünfte nicht rechtzeitig erteilt oder unrichtige Angaben gemacht hat, und das BAKred deswegen die Frist von drei Monaten für die Untersagung nicht einhalten konnte.

ee) Besonderheiten beim Rechtsschutz

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine Untersagungsverfügung nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG haben gemäß § 49 KWG keine aufschiebende Wirkung. Der von einer Untersagung Betroffene hat jedoch nach Erhebung des Widerspruchs die Möglichkeit, das Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zu ersuchen. Da der Gesetzgeber durch § 49 KWG anerkannt hat, dass das Interesse an der Vollziehung der Untersagungsverfügung grundsätzlich vorrangig ist, führen nur ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides zu der mit dem Antrag begehrten Anordnung der aufschiebenden Wirkung.⁴⁸⁸

4. Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG

§ 2b Abs. 2 KWG ermächtigt das BAKred zu Maßnahmen gegenüber Personen und Unternehmen, die eine bedeutende Beteiligung an einem Institut halten. Dabei handelt es sich, wie noch im Einzelnen zu erörtern sein wird,⁴⁸⁹ um die Untersagung der Ausübung der Stimm-

⁴⁸⁷ Zur Erwerberkontrolle Vgl. C. 4.

⁴⁸⁸ So OVG Berlin, Beschlüsse vom 25. November 1996, OVG 1 S 147.96, S. 2; OVG 1 S 150.96, S. 2 zu § 49 KWG.

⁴⁸⁹ Vgl. C. I. 4. b.

rechte, die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung und die Übertragung der Ausübung der Stimmrechte auf einen Treuhänder als sofort greifende Maßnahmen. Darüber hinaus kann das BAKred die Veräußerung von Anteilen erzwingen, soweit sie eine bedeutende Beteiligung begründen.

a) Eingriffsvoraussetzungen

aa) Verweisung auf § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG

Das BAKred kann die genannten Maßnahmen treffen, wenn der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht den in § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 3 KWG aufgezählten aufsichtsrechtlichen Anforderungen⁴⁹⁰ entspricht (vgl. § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG) und er sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen kann. Die Ermächtigung kann wegen der letztgenannten Einschränkung nur dann eingreifen, wenn der Anteilseigner die Beteiligung vor Ablauf der in § 2b Abs. 1a KWG genannten Dreimonatsfrist erworben hat, neue Erkenntnisse vorliegen oder der Anteilseigner sich deshalb nicht auf Vertrauensschutz berufen kann, weil er seine aus den §§ 2b Abs. 1, 44b KWG folgenden Mitwirkungspflichten bei der Sachverhaltsaufklärung verletzt hat.⁴⁹¹

bb) Verletzung der Anzeigepflicht gemäß § 2b Abs. 1 KWG

Nach § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KWG können die im Rahmen der Erwerberkontrolle vorgesehenen Maßnahmen – mit Ausnahme des Zwangs zur Veräußerung von Anteilen⁴⁹² - auch dann vom BAKred ergriffen werden, wenn der „Inhaber einer bedeutenden Beteiligung seiner Pflicht nach Abs. 1 zur vorherigen Unterrichtung des Bundesaufsichtsamtes und der Deutschen Bundesbank nicht nachgekommen ist und diese Unterrichtung innerhalb einer vom Bundesaufsichtsamt gesetzten Frist nicht nachgeholt hat“. Da die Anzeige der Erwerbsabsicht im Sinne einer vorherigen Unterrichtung nach vollzogenem Erwerb nicht nachgeholt werden kann, muss die Vorschrift dahin gehend verstanden werden, dass es auf die Nachholung der inhaltlichen Anforderungen an eine Anzeige nach § 2b Abs. 1 KWG ankommt. § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KWG bildet demnach zunächst nur die Rechtsgrundlage dafür, dem Erwerber durch Verwaltungsakt eine Frist dafür zu setzen, die in dem Vordruck zu § 1 der Anzeigen-

⁴⁹⁰ Vgl. hierzu B. VI.

⁴⁹¹ Vgl. C. I. 3. b) dd).

⁴⁹² Vgl. § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG.

verordnung vorgesehenen Angaben zu machen.⁴⁹³ Erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist kann das BAKred dem Erwerber die Ausübung der Stimmrechte untersagen. Das Aufsichtsamt darf also nur gegen den unzuverlässigen Erwerber sofort vorgehen, der seine Erwerbsabsicht ordnungsgemäß angezeigt hat.

Diese Systematik überzeugt nicht. § 28 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) sieht für den Fall des Erwerbs von 5, 10, 20, 50 oder 75 Prozent der Stimmrechte an einer börsennotierten Gesellschaft bei der Verletzung der Mitteilungspflichten gemäß § 21 Abs. 1 WpHG einen unmittelbaren Verlust der Stimmrechte aus den betreffenden Aktien vor.⁴⁹⁴ Die der Gefahrenabwehr dienenden Anzeigepflichten des § 2b Abs. 1 KWG sind nicht weniger bedeutsam als die kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten des § 21 Abs. 1 WpHG. Der Gesetzgeber sollte daher im Rahmen einer Änderung des § 2b Abs. 2 KWG eine Regelung schaffen, die für den Fall, dass der Erwerber einer bedeutenden Beteiligung die Anzeigepflicht des § 2b Abs. 1 KWG verletzt, einen unmittelbaren Verlust der Stimmrechte aus den Anteilen anordnet, die dem Erwerber gemäß § 1 Abs. 9 KWG zuzurechnen sind. Den Fällen, in denen die Anzeigepflicht nicht vorsätzlich verletzt wurde, kann der Gesetzgeber dadurch Rechnung tragen, dass er das BAKred bei nachträglicher Erfüllung der Unterrichtungspflicht dazu verpflichtet und ermächtigt, das Stimmrecht wiederherzustellen, wenn sich aus den Angaben keine Bedenken gegen die aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit des Anteilseigners ergeben. Der letztgenannten Einschränkung liegen dabei mit Blick auf die parallele Regelung des Wertpapierhandelsgesetzes folgende Überlegungen zugrunde: § 28 WpHG sieht zwar vor, dass der Stimmrechtsverlust nur für die Zeit besteht, für welche die dort genannten Mitteilungspflichten verletzt werden. Dieser Gedanke lässt sich aber nicht auf die Anteilseignerkontrolle übertragen. Denn mit der nachträglichen Erfüllung der kapitalmarktrechtlichen Unterrichtungspflichten des WpHG ist der Gesetzeszweck, nämlich Transparenz herzustellen, erreicht. Bei der Anteilseignerkontrolle geht es hingegen darum, den schädlichen Einfluss unzuverlässiger Anteilseigner zu unterbinden, so dass dem Gesetzeszweck noch nicht allein damit Genüge getan wäre, dass die Unterrichtungspflicht des § 2b Abs. 1 KWG nachträglich erfüllt wird.

cc) Erwerb entgegen einer vollziehbaren Untersagung

Das BAKred kann die in § 2b Abs. 2 KWG vorgesehenen Maßnahmen auch dann ergreifen, wenn ein Rechtsträger eine bedeutende Beteiligung entgegen einer vollziehbaren Untersagung

⁴⁹³ Zu den erforderlichen Angaben vgl. C. I. 3. a).

⁴⁹⁴ Vgl. C. I. 2. a).

nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG erworben hat (§ 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG). Eine im Rahmen der präventiven Erwerbskontrolle erlassene Untersagungsverfügung kann insoweit eine Feststellungswirkung für eine Verfügung im Rahmen der Erwerberkontrolle entfalten. Der Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG beinhaltet notwendigerweise die Feststellung, dass der (potentielle) Erwerber der bedeutenden Beteiligung nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen genügt.⁴⁹⁵ Vor diesem Hintergrund leuchtet nicht ein, warum eine Sanktionierung des Verstoßes gegen eine Untersagungsverfügung nicht kraft Gesetzes eintritt, sondern nur über den Umweg einer weiteren Verfügung erfolgen kann. Auch insoweit besteht ein Änderungsbedarf: Bei dem Erwerb einer bedeutenden Beteiligung entgegen einer vollziehbaren Untersagung sollte kraft Gesetzes ein Verlust des Stimmrechts eintreten.

b) Maßnahmenkatalog

aa) Untersagung der Ausübung der Stimmrechte

Das BAKred konnte einem aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bereits vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes die Ausübung seiner Stimmrechte untersagen.⁴⁹⁶ Nach der Neufassung des § 2b KWG muss nur noch ein geringerer Grad an Wahrscheinlichkeit der aufsichtsrechtlichen Unzuverlässigkeit des betreffenden Anteilseigners gegeben sein.⁴⁹⁷ Neu hinzugekommen ist die Möglichkeit, den von einem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung kontrollierten Unternehmen die Ausübung der Stimmrechte zu untersagen (§ 2b Abs. 2 Satz 1 KWG). Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages hat seine Empfehlung, den Anwendungsbereich des § 2b Abs. 2 KWG in dieser Weise zu erweitern, damit begründet, dass die kontrollierten Unternehmen nicht in allen Fällen bereits ihrerseits als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufen seien.⁴⁹⁸ Das ist missverständlich; gemeint sein dürfte folgende Problematik:

⁴⁹⁵ Vgl. C. I. 3. b) aa).

⁴⁹⁶ Vgl. § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle.

⁴⁹⁷ Vgl. B. VI. 1. c).

⁴⁹⁸ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 140.

Ein Mutterunternehmen⁴⁹⁹ kann nach Maßgabe der Zurechnungsregeln des § 1 Abs. 9 KWG Inhaber einer bedeutenden Beteiligung im Hinblick auf Anteile sein, die von Unternehmen gehalten werden, die durch das Mutterunternehmen kontrolliert werden.⁵⁰⁰

Beispiel: Ein Mutterunternehmen kontrolliert (§ 1 Abs. 8 KWG) drei Tochterunternehmen, die jeweils eine 9%ige Beteiligung an einem Institut halten. Nach der ersten Fallgruppe des § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative zweiter Unterfall KWG („über ein oder mehrere Tochterunternehmen“)⁵⁰¹ ist das Mutterunternehmen (mittelbarer) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung in Höhe von 27%.

Eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte gegenüber dem aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Mutterunternehmen wäre in diesem Fall nicht sinnvoll, da die Stimmrechte weiterhin von den kontrollierten Unternehmen ausgeübt werden könnten. Die kontrollierten Unternehmen könnten zwar, wenn sie ihre Stimmrechte einheitlich ausübten, als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nach der dritten Fallgruppe des § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative zweiter Unterfall KWG („durch Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“) eingestuft werden.⁵⁰² Ohne die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG, die anknüpfend an die Unzuverlässigkeit des Mutterunternehmens eine Stimmrechtsuntersagung gegenüber den kontrollierten Unternehmen ermöglicht, würde sich aber die Frage stellen, ob diese Unternehmen zwangsläufig deswegen als aufsichtsrechtlich unzuverlässig einzustufen sind, weil dies für das gemeinsame Mutterunternehmen gilt, d. h. es wäre problematisch, ob gegenüber den kontrollierten Unternehmen ein selbständiger Eingriffsgrund bestehen würde.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG kann das BAKred die Ausübung der Stimmrechte „untersagen“, aber nicht den Verlust bzw. das Ruhen der Stimmrechte anordnen. Es handelt sich um ein bußgeldbewehrtes⁵⁰³ Verbot gegenüber dem Adressaten der Maßnahme. Dies bedeutet, dass die Stimmrechtsausübung entgegen der Untersagung zwar pflichtwidrig, aber gleichwohl wirksam wäre. In Anlehnung an § 28 des Wertpapierhandelsgesetzes wurde bereits vorgeschlagen, dass der Gesetzgeber eine Regelung schaffen sollte, die für den Fall, dass der Erwerber einer bedeutenden Beteiligung die Anzeigepflicht des § 2b Abs. 1 KWG verletzt, einen unmittelbaren Verlust der Stimmrechte aus den Anteilen anord-

⁴⁹⁹ Oder ein gleichgestellter Rechtsträger i. S. d. § 1 Abs. 8 zweite Alternative KWG.

⁵⁰⁰ Zu den möglichen Fallgruppen vgl. B. V. 3. a) dd) aaa) und bbb).

⁵⁰¹ Zu dieser Fallgruppe vgl. B. V. 3. a) dd) aaa).

⁵⁰² Zu dieser Fallgruppe vgl. B. V. 3. a) dd) ccc).

⁵⁰³ Vgl. § 56 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a KWG.

net, die dem Erwerber gemäß § 1 Abs. 9 KWG zuzurechnen sind.⁵⁰⁴ Ebenso wurde für den Fall des Erwerbs einer bedeutenden Beteiligung entgegen einer vollziehbaren Untersagung nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG vorgeschlagen, dass kraft Gesetzes ein Verlust des Stimmrechts eintreten sollte.⁵⁰⁵ Um die Effektivität der Anteilseignerkontrolle zu gewährleisten, sollte das BAKred für die verbleibenden Fälle einer zu sanktionierenden aufsichtsrechtlichen Unzuverlässigkeit⁵⁰⁶ dazu ermächtigt werden, einen unmittelbaren Verlust des Stimmrechts anordnen zu können.

bb) Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder

aaa) Bestellung des Treuhänders

Gemäß § 2b Abs. 2 Satz 2 KWG kann die Ausübung der Stimmrechte auf einen Treuhänder übertragen werden. Voraussetzung ist, dass dem Inhaber der die Stimmrechte vermittelnden Anteile zuvor die Ausübung der Stimmrechte nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG untersagt wurde. Dies ergibt sich daraus, dass die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 2 KWG nach ihrer systematischen Stellung und ihrem Wortlaut („In den Fällen des Satzes 1 ...“) an die Ermächtigung zur Stimmrechtsuntersagung (§ 2b Abs. 1a Satz 1 KWG) anknüpft. Soweit sich die Untersagung auf eine 100%ige Beteiligung oder auf das ausschließlich auf der Hauptversammlung vertretene Kapital bezieht, kann mit der Einsetzung eines Stimmrechts-Treuhänders verhindert werden, dass eine Arbeitsunfähigkeit der Hauptversammlung des betroffenen Instituts eintritt. Wenn die Stimmrechtsuntersagung eine Mehrheitsbeteiligung betrifft, kann mit der Maßnahme verhindert werden, dass einem anderen Anteilseigner die unternehmerische Führung des Instituts zufällt, obgleich er nicht über eine Mehrheitsbeteiligung verfügt.⁵⁰⁷ Die (vorübergehende) unternehmerische Führung des Instituts durch einen Minderheitsgesellschafter könnte eine spätere Veräußerung der Beteiligung in dem Verfahren nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG⁵⁰⁸ erschweren. Denn der Minderheitsgesellschafter müsste hierbei, da er nur Stimmrechte aus seiner Beteiligung ausüben würde, keine Rücksicht auf die Interessen der (potenziellen) Erwerber nehmen.

⁵⁰⁴ Vgl. C. I. 4. a) bb).

⁵⁰⁵ Vgl. C. I. 4. a) cc).

⁵⁰⁶ Vgl. C. I. 4. a) aa).

⁵⁰⁷ Für die Beschlüsse der Hauptversammlung gilt gemäß § 133 AktG grundsätzlich das Prinzip der einfachen Stimmenmehrheit.

⁵⁰⁸ Zu dem Verfahren der Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG siehe C. I. 4. b) dd).

Das BAKred ist nicht dazu befugt, den Treuhänder auszuwählen. Dieser wird vielmehr auf Antrag des Instituts, eines an ihm Beteiligten oder des BAKred von dem Amtsgericht am Sitz des Institutes bestellt (§ 2b Abs. 2 Satz 4 KWG i. V. m. § 145 FGG). Zuständig für die Treuhänderbestellung ist das Amtsgericht; es behandelt die Angelegenheit als Handelssache.⁵⁰⁹

Fraglich ist, ob die Anordnung einer Stimmrechtsübertragung in einem Akt mit der gerichtlichen Bestellung des Treuhänders zu erfolgen hat („einstufiges Verfahren“) oder ob die erstgenannte Maßnahme in die Zuständigkeit des BAKred fällt („zweistufiges Verfahren“). § 2b Abs. 2 Satz 4 KWG ermächtigt das Gericht nach seinem Wortlaut nur zur Bestellung des Treuhänders; die Ermächtigung für eine Stimmrechtsübertragung findet sich hingegen in § 2b Abs. 2 Satz 2 KWG, in dem der Adressat der Ermächtigung nicht genannt ist. Für die Zuständigkeit des BAKred zur Anordnung der Stimmrechtsübertragung und damit für ein zweistufiges Verfahren spricht die systematische Stellung des § 2b Abs. 2 Satz 2 KWG innerhalb des Absatzes 2 des § 2b KWG: Satz 1 des Absatzes ermächtigt das BAKred u. a. zur Stimmrechtsuntersagung. Satz 3 des Absatzes ermächtigt das BAKred unter den dort genannten Voraussetzungen zur Beauftragung eines Veräußerungs-Treuhänders. Die Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung einer Stimmrechtsübertragung befindet sich zwischen diesen beiden Ermächtigungsgrundlagen für das BAKred. Erst § 2b Abs. 2 Satz 4 KWG regelt die Zuständigkeit des Gerichts für die Bestellung des Treuhänders.

Das für die Zuständigkeit des Gerichts zur Anordnung der Stimmrechtsübertragung angeführte Argument, dass die Bestellung des Treuhänders ohne Stimmrechtsübertragung keinen Sinn mache,⁵¹⁰ ist ein Zirkelschluss. Denn dabei wird bereits vorausgesetzt, dass das Verfahren einstufig ausgestaltet sei.

Eine Aufteilung der Zuständigkeiten dahin gehend, dass das BAKred über die Frage entscheidet, ob ein Treuhänder bestellt wird, und dem Gericht daran anknüpfend die Auswahl des Treuhänders überlassen bleibt, macht durchaus Sinn: Mit der Einbindung des Amtsgerichts am Sitz des Instituts in das aufsichtsrechtliche Verfahren des § 2b Abs. 2 KWG soll lediglich verhindert werden, dass das BAKred über seine Aufsichtstätigkeit hinaus die Möglichkeit erhält, auf Entscheidungsvorgänge innerhalb des betroffenen Instituts Einfluss nehmen zu

⁵⁰⁹ Argument aus § 145 FGG: In Absatz 1 der Vorschrift werden u. a. Verfahren nach § 2b Abs. 2 Satz 4 bis 7 KWG als vom (Amts-) Gericht zu erledigende Angelegenheiten aufgezählt. Die Vorschrift befindet sich im siebenten Abschnitt („Handelssachen“) des FGG.

⁵¹⁰ Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 186.

können. Wenn das Aufsichtsamt über die Auswahl des Treuhänders entscheiden dürfte, so könnte es durch die Auswahl einer bestimmten Person u. U. mittelbar auf geschäftspolitische Entscheidungsvorgänge innerhalb des Instituts Einfluss nehmen. Dies würde einem Grundgedanken der Bankenaufsicht widersprechen.⁵¹¹ Eine Zuständigkeit des BAKred für die Entscheidung über die Frage, ob die Ausübung der Stimmrechte auf einen Treuhänder übertragen wird, eröffnet hingegen nicht die Möglichkeit einer geschäftspolitischen Einflussnahme. Im Übrigen kann das BAKred aufgrund seiner laufenden Aufsichtstätigkeit über das Institut am besten beurteilen, ob eine Stimmrechtsübertragung erforderlich ist.

Es gibt also keinen Grund anzunehmen, dass das Gesetz die Entscheidung über die Stimmrechtsübertragung von der Aufsichtstätigkeit des BAKred abspalten will. Dies deckt sich mit den Erkenntnissen, die sich aus einer systematischen Auslegung des § 2b Abs. 2 KWG ergeben haben.

Daher ist einer Auslegung des § 2b Abs. 2 KWG der Vorzug zu geben, wonach das BAKred für die Anordnung der Stimmrechtsübertragung zuständig ist und lediglich die Auswahl des Treuhänders in die Zuständigkeit des Amtsgerichts am Sitz des Instituts fällt.⁵¹²

Eine Anordnung des BAKred gemäß § 2b Abs. 2 Satz 2 KWG kann z. B. wie folgt lauten: „Die Ausübung der Stimmrechte für Aktien der XY-Bank AG im Nominalbetrag von (Betrag der Beteiligung), gehalten von (Bezeichnung des Aktionärs), wird auf einen Treuhänder übertragen.“⁵¹³ Daran anknüpfend würde der Tenor des Gerichtsbeschlusses (§ 2b Abs. 2 Satz 4 KWG) wie folgt lauten: „Herr Rechtsanwalt und Notar (Name des Treuhänders) wird zur Ausübung der Stimmrechte für folgende Aktien der XY-Bank AG als Treuhänder bestellt: (genaue Bezeichnung der Aktien)“.⁵¹⁴

bbb) Aufgaben und Stellung des Treuhänders

Der Treuhänder ist nicht den Weisungen des BAKred unterworfen. Denn das Gesetz hat die Auswahl des Treuhänders in das Ermessen des Amtsgerichts am Sitz des Instituts gestellt,

⁵¹¹ Vgl. B. III. 1.

⁵¹² So ohne nähere Begründung auch Amtsgericht Crailsheim, Beschluss vom 30. Oktober 2000, HRB 551 M, S. 3.

⁵¹³ Vgl. Amtsgericht Crailsheim, a. a. O.

⁵¹⁴ Amtsgericht Crailsheim, Beschluss vom 30. Oktober 2000, HRB 551 M, S. 2.

damit das BAKred über seine Aufsichtstätigkeit hinaus keine Möglichkeit hat, auf Entscheidungsvorgänge innerhalb der Institute Einfluss nehmen zu können.⁵¹⁵ Dieser Gedanke würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn trotz der gerichtlichen Bestellung des Treuhänders von einem Weisungsrecht des BAKred auszugehen wäre.

Gemäß § 2b Abs. 2 Satz 2 zweiter Teilsatz KWG hat der Treuhänder „bei der Ausübung der Stimmrechte den Interessen einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts Rechnung zu tragen.“ Dadurch wird klargestellt, dass der Treuhänder bei der Stimmrechtsausübung nicht die Interessen des von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigners zu berücksichtigen, sondern die Stimmrechtsausübung am Wohl des Instituts auszurichten hat.

Dennoch wird die Ansicht vertreten, dass durch den gerichtlichen Bestellsakt der Anteilseigner und der Stimmrechts-Treuhänder mittels eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses verbunden würden, dessen Rechte und Pflichten sich subsidiär aus dem Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGG) ergeben.⁵¹⁶ Der Treuhänder habe die Hauptpflicht, entsprechend § 662 BGB die Interessen des Anteilseigners zu wahren.⁵¹⁷ Zur Begründung dieser Ansicht wird ausgeführt, dass bei einem vertraglichen Treuhandverhältnis allgemein die §§ 662 ff. BGB als angemessene Regelung des Innenverhältnisses betrachtet würden. Im Falle einer gerichtlichen Treuhänderbestellung stelle sich die Interessenlage nicht grundlegend anders dar. Dabei sei das Schutzinteresse des Anteilseigners als Treugeber tendenziell schon allein deswegen höher anzusetzen als bei der privat-autonom begründeten Treuhand, weil er sich den Treuhänder nicht selbst aussuchen könne.⁵¹⁸

Der dargestellten Ansicht kann nicht gefolgt werden. Gegen die Annahme einer Pflichtenbindung zwischen dem von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigner und dem Treuhänder spricht, abgesehen von der Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 2 zweiter Halbsatz KWG, auch Folgendes:

Die Prämisse, dass bei einem vertraglichen Treuhandverhältnis allgemein die §§ 662 ff. BGB als angemessene Regelung des Innenverhältnisses betrachtet würden,⁵¹⁹ ist unzutreffend.

⁵¹⁵ Siehe C. I. 4. b) bb) aaa).

⁵¹⁶ Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 191 f.

⁵¹⁷ Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, a. a. O.

⁵¹⁸ Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 191.

⁵¹⁹ Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 191.

Richtig ist vielmehr, dass es keinen typischen Treuhandvertrag gibt, sondern der Einzelfall die Rechtsbeziehungen der Beteiligten bestimmt.⁵²⁰

Eine entsprechende Anwendung von bestimmten Vorschriften des Auftragsrechts (§§ 664, 666 bis 670 BGB) wurde für den Bereich der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle durch § 24 Abs. 7 Nr. 4 GWB a. F. für das Verhältnis zwischen dem „Auflösungs-Treuhänder“⁵²¹ und den zur Auflösung des Zusammenschlusses Verpflichteten angeordnet. Abgesehen, davon, dass selbst § 24 Abs. 7 Nr. 4 GWB a. F. nicht auf § 662 BGB verwies, ist zu bemerken, dass in § 2b Abs. 2 KWG für das Verhältnis des Stimmrechts-Treuhänders zu dem von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigner keine Verweisung auf das Auftragsrecht erfolgt. Vielmehr werden in § 2b Abs. 2 Satz 6 bis 8 KWG Regelungen getroffen, die nicht vergleichbar sind mit dem Auftragsrecht. Danach hat der Treuhänder Anspruch auf Ersatz angemessener Auslagen und auf Vergütung (§ 2b Abs. 2 Satz 6 KWG). Die Vergütung und die Auslagen werden auf Antrag des Treuhänders vom Gericht festgesetzt (§ 2b Abs. 2 Satz 7 KWG). Der Bund schießt die Auslagen und die Vergütung vor; für seine Aufwendungen haften dem Bund der betroffene Inhaber der bedeutenden Beteiligung und das Institut gesamtschuldnerisch (§ 2b Abs. 2 Satz 8 KWG). Zwar schließt der Anspruch des Treuhänders auf Vergütung nicht die Anwendbarkeit von bestimmten Vorschriften des Auftragsrechts aus, da § 675 Abs. 1 BGB für den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag bestimmt, dass die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 BGB und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 BGB entsprechend Anwendung finden, soweit in dem Untertitel nichts abweichendes bestimmt wird. Jedoch wird der Treuhänder einerseits nicht von dem von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigner beauftragt, sondern als Folge der Untersagung der Ausübung der Stimmrechte durch einen Hoheitsakt eingesetzt. Und andererseits zeigt die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 8 KWG, die dem Stimmrechts-Treuhänder ausschließlich einen Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz gegen den Bund gibt, dass das Gesetz davon ausgeht, dass zwischen dem Treuhänder und dem von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigner keine Rechtsbeziehungen bestehen.⁵²²

⁵²⁰ BGH WM 1969, 935; Palandt/Bassenge, BGB, § 903 Rdnr. 36.

⁵²¹ Zur Auflösung eines Zusammenschlusses i. S. d. § 41 Abs. 1 Satz 3 GWB siehe C. I. 2. b). In § 41 Abs. 4 GWB sind die Regelungen des § 24 Abs. 7 Nr. 1, 2 und 4 GWB a. F. redaktionell überarbeitet zusammengefasst worden (Regierungsbegründung zu § 41 GWB, BT-Drs. 13/9720, S. 60).

⁵²² Wenn der von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossene Anteilseigner die Stellung eines Auftraggebers/Treugebers hätte, so müsste sich der Anspruch auf Vergütung bzw. Vorschuss konsequenter Weise gegen ihn richten (vgl. §§ 675, 669, 670 BGB sowie § 24 Abs. 7 Nr. 4 letzter Teilsatz GWB a. F.).

Für eine Pflichtenbindung des Stimmrechts-Treuhänders an die Interessen des von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigners finden sich nach alledem im Gesetz keine Anhaltspunkte, vielmehr schließen die getroffenen Regelungen eine solche Pflichtenbindung aus. Es wäre im Übrigen auch widersinnig anzunehmen, dass der Treuhänder die Interessen des von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigners zu berücksichtigen habe. Denn die der Stimmrechtsübertragung zugrunde liegende Untersagung der Ausübung der Stimmrechte hat gerade den Sinn zu verhindern, dass der unzuverlässige Anteilseigner seine als potentiell schädlich angesehenen Interessen im Wege der Stimmrechtsausübung durchsetzen kann. Wenn der Stimmrechts-Treuhänder an die Interessen des von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossenen Anteilseigners gebunden wäre, würde die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte faktisch leer laufen.

cc) Anordnung einer Verfügungsbeschränkung

Gemäß § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG kann das BAKred gegenüber dem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung anordnen, „dass über die Anteile nur mit seiner Zustimmung⁵²³ verfügt werden darf“. Die Regelung beruht auf dem Dritten Finanzmarktförderungsgesetz.⁵²⁴ Mit dem Zustimmungserfordernis soll verhindert werden, dass der betreffende Anteilseigner seine Anteile auf einen Strohmännchen überträgt, bevor sie erforderlichenfalls durch einen Treuhänder an bankaufsichtlich unbedenkliche Interessenten veräußert werden können.⁵²⁵ Wenn die Wahl des Käufers dem unzuverlässigen Inhaber der bedeutenden Beteiligung überlassen bliebe, behielte dieser es in der Hand, den Anteilsbestand formal einer Person seiner Wahl zu überlassen, um über diese Person weiterhin den schädlichen Einfluss auszuüben.⁵²⁶

Nach dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage („... verfügt werden darf“) beinhaltet die Maßnahme nur ein Gebot an den Anteilseigner. Seine rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht, die Anteile veräußern zu können, bleibt erhalten. Eine (leichtfertige oder vorsätzliche) Zuwiderhandlung gegen das angeordnete Zustimmungserfordernis kann mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro geahndet werden (§ 56 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 KWG). Dies wird aber gerade kriminelle Anteilseigner, wenn sie sich mit erheblichen Beträgen an größeren Banken

⁵²³ D. h. mit der Zustimmung des BAKred.

⁵²⁴ Zur Vereinbarkeit dieses neuen Aufsichtsmittels mit deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt vgl. D. II.

⁵²⁵ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 140.

⁵²⁶ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, a. a. O.

beteiligen haben, kaum davon abhalten, ihre sachfremden wirtschaftlichen Interessen ggf. unter Zuwiderhandlung gegen das Zustimmungserfordernis weiterzuverfolgen, indem sie die Beteiligung auf Strohmänner übertragen. Der Gesetzgeber sollte daher § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG im Interesse einer effektiven Anteilseignerkontrolle dahin gehend ändern, dass das BAKred zur Anordnung einer Verfügungsbeschränkung ermächtigt wird, die Verfügungen des unzuverlässigen Inhabers einer bedeutenden Beteiligung ohne die Zustimmung des Aufsichtsamtes gegenüber jedermann unwirksam macht. Die erforderliche Publizität dieser Maßnahme könnte erreicht werden durch eine gesetzliche Verpflichtung des BAKred, die Maßnahme im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Eine Schädigung zuverlässiger Erwerbsinteressenten aus Unkenntnis der Veröffentlichung eines Verfügungsverbots könnte dadurch verhindert werden, dass die gesetzliche Regelung die Möglichkeit einer nachträglichen Zustimmung des BAKred zu dem Erwerbsgeschäft vorsieht, die den Mangel der fehlenden Verfügungsbe fugnis heilt.

dd) Erzwingung der Veräußerung von Anteilen

In den Fällen des § 2b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 KWG⁵²⁷ kann das BAKred über die Maßnahmen nach § 2b Abs. 1 Satz 1 KWG hinaus „einen Treuhänder mit der Veräußerung der Anteile, soweit sie eine bedeutende Beteiligung begründen, beauftragen, wenn der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung dem Bundesaufsichtsamt nicht innerhalb einer von diesem bestimmten angemessenen Frist einen zuverlässigen Erwerber nachweist“ (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG). Der letzte Teilsatz des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG bestimmt ergänzend, dass die Inhaber der Anteile bei der Veräußerung in dem erforderlichen Umfang mitzuwirken haben.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Neufassung des § 2b KWG durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz alle Voraussetzungen und Einzelheiten dieses neuen Verfahrens zur Erzwingung der Veräußerung von Anteilen in einem Satz geregelt. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz ergeben sich daraus nicht, da § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG – wie sogleich dargelegt wird - hinreichend klar und bestimmt ist.⁵²⁸

⁵²⁷ Das heißt, wenn ein Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen genügt (§ 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 3 KWG) oder die Beteiligung entgegen einer vollziehbaren Untersagungsverfügung gemäß § 2b Abs. 1 a Satz 1 KWG erworben hat.

⁵²⁸ Allgemein zu dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Bestimmtheit und Klarheit von Rechtsnormen vgl. Jarass, in: Jarass/Piroth, GG, Art. 20 Rdnr. 38 ff. und Rdnr. 44 f.

Das Verfahren zur Erzwingung der Veräußerung von Anteilen ist zweistufig ausgestaltet:

aaa) Fristsetzung

§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ermächtigt das BAKred zunächst dazu, dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung eine angemessene Frist zu setzen für den Nachweis eines zuverlässigen Erwerbers für die Anteile, die eine bedeutende Beteiligung begründen. Benennt der Inhaber der bedeutenden Beteiligung dem BAKred einen Erwerbsinteressenten, so erteilt das Aufsichtsamt seine Zustimmung zu der geplanten Veräußerung⁵²⁹, wenn der Erwerbsinteressent den aufsichtsrechtlichen Anforderungen gemäß § 2b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KWG genügt. Andernfalls verweigert es seine Zustimmung.

Zu beachten ist, dass der Anteilseigner die Beteiligung nicht in ihrer Gesamtheit an einen Interessenten veräußern muss. Soweit er einzelne Anteile veräußert, die keine bedeutende Beteiligung begründen, darf das BAKred nur kontrollieren, ob der Erwerbsinteressent ein Strohmann des unzuverlässigen Anteilseigners ist.⁵³⁰ Hierdurch ist es dem vom Zwang zur Veräußerung betroffenen Anteilseigner möglich, die Anteile an einem börsennotierten Institut ggf. gestückelt über eine Börse an anonyme Interessenten zu veräußern.

bbb) Beauftragung eines Treuhänders

Für den Fall, dass der Inhaber der bedeutenden Beteiligung die durch eine Anordnung begründete öffentlich-rechtliche Pflicht zum Nachweis eines zuverlässigen Erwerbers innerhalb der gesetzten Frist nicht erfüllt, kann das BAKred einen Treuhänder mit der Veräußerung der Anteile beauftragen. Es handelt sich dabei um eine Erscheinungsform der Ersatzvornahme.⁵³¹ Die Aufforderung des BAKred an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung, innerhalb einer bestimmten Frist einen zuverlässigen Erwerber nachzuweisen, ist der Verwaltungsakt, der diesem Verwaltungszwang zugrunde liegt; die Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes gelten ergänzend. Hieraus folgt, dass ein Treuhänder erst dann mit der Veräußerung

⁵²⁹ Aus der Sicht des betroffenen Anteilseigners und des Erwerbsinteressenten dürfte es zweckmäßig sein, den zugrunde liegenden Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des BAKred zur Veräußerung zu schließen.

⁵³⁰ Für den gesamten Bereich der Anteilseignerkontrolle gilt, dass nur das Bestehen oder der geplante Erwerb einer bedeutenden Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 KWG das BAKred dazu berechtigt, ein Kontrollverfahren einzuleiten, vgl. B. V. 2.

⁵³¹ In Anlehnung an Immenga/Mestmäcker, GWB, § 24 Rdnr. 288 zu § 24 Abs. 7 Nr. 4 GWB a. F. (zu der Regelung siehe C. I. 4. b) bb) aaa).

von Anteilen beauftragt werden darf, wenn der zugrunde liegende Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist oder wenn sein sofortiger Vollzug angeordnet worden ist (§ 6 Abs. 1 VwVG). Weitere Vollstreckungsvoraussetzung ist, dass das Zwangsmittel vom BAKred schriftlich angedroht wird (§ 13 Abs. 1 VwVG). Die Androhung kann mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbunden werden (§ 13 Abs. 2 VwVG). Erfüllt der Anteilseigner die Verpflichtung zum Nachweis eines zuverlässigen Erwerbers innerhalb der gesetzten Frist nicht, so wird das BAKred die Entscheidung treffen, dass ein Treuhänder mit der Veräußerung der Anteile beauftragt wird, soweit sie eine bedeutende Beteiligung begründen. Mit der Bekanntgabe dieser Entscheidung gegenüber dem Anteilseigner wird dieses Zwangsmittel festgesetzt (§ 14 VwVG). Gleichzeitig wird das BAKred beim Amtsgericht am Sitz des Instituts die Bestellung eines Treuhänders beantragen (§ 2b Abs. 2 Satz 4 KWG i. V. m. § 145 FGG)⁵³² und hierfür eine bestimmte Person vorschlagen, deren Einverständnis das Aufsichtsamts zuvor eingeholt hat. Nach der Bestellung durch das Gericht kann das BAKred den Treuhänder mit der Veräußerung von Anteilen „beauftragen“. Dem Treuhänder wird dadurch die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht verliehen, die Anteile im Namen des betroffenen Anteilseigners veräußern zu können. Es handelt sich um einen Verwaltungsakt, der sowohl gegenüber dem betroffenen Anteilseigner als auch gegenüber dem Treuhänder eine Regelung trifft.

Die Besonderheit des in § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG geregelten Verwaltungszwanges besteht darin, dass eine Ermächtigungstreuhand⁵³³ besonderer Art begründet wird.: Der öffentlich-rechtliche „Auftrag“ des BAKred an den gerichtlich bestellten Treuhänder ermächtigt diesen zur Verfügung über die Anteile. Zugleich erhält der Treuhänder durch diesen Verwaltungsakt die Rechtsmacht, den betroffenen Anteilseigner bei dem Abschluss eines Kaufvertrages über die Anteile zu vertreten. § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG verdrängt hierbei als speziellere Regelung die allgemeinen Regelungen des BGB.

⁵³² § 2b Abs. 2 Satz 4 KWG, nach dessen Wortlaut auch das Institut und seine Anteilseigner antragsberechtigt sind, muss einschränkend dahin gehend ausgelegt werden, dass nur dem BAKred das Antragsrecht zusteht. Diese Vorschrift bezog sich vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes nur auf den Treuhänder, auf den die Ausübung von Stimmrechten übertragen wird. Dass der Gesetzgeber diese Regelung vollinhaltlich auch im Hinblick auf die Bestellung des Treuhänders übernommen hat, der mit der Veräußerung von Anteilen beauftragt werden soll, dürfte ein Redaktionsversehen sein. Es liegt auf der Hand, dass es keinen Sinn ergibt, das Institut und seine sonstigen Anteilseigner zu Beteiligten einer Verwaltungsvollstreckung gegenüber dem unzuverlässigen Anteilseigner zu machen.

⁵³³ Zum Begriff vgl. Palandt/Bassenge, BGB, § 903 Rdnr. 34.

§ 2b Abs. 2 Satz 3 letzter Teilsatz KWG bestimmt ergänzend, dass „die Inhaber der Anteile“ bei der Veräußerung in dem erforderlichen Umfang mitzuwirken haben. In der Vorschrift ist von den „Inhabern der Anteile“ und nicht von den „Inhabern der bedeutenden Beteiligung“ die Rede. Dies erklärt sich daraus, dass die Regelung auch für Anteilseigner Geltung beansprucht, die nicht selber Adressaten der Erwerberkontrolle sind, deren Anteile aber dem als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufenden Rechtsträger nach Maßgabe des § 1 Abs. 9 KWG zugerechnet werden.⁵³⁴ In der Mitwirkungspflicht ist als Minus auch eine Duldungspflicht im Hinblick auf die rechtsgeschäftlichen Erklärungen enthalten, zu denen der Treuhänder aufgrund des „Auftrages“ des BAKred befugt ist.⁵³⁵

c) Ermessen

Wenn die Voraussetzungen der soeben beschriebenen Maßnahmen⁵³⁶ vorliegen,⁵³⁷ hat das BAKred hinsichtlich der Frage, ob es eingreift, einen Ermessensspielraum.⁵³⁸ Wegen der für die Ermessenserwägungen maßgeblichen rechtlichen Grundsätze kann insoweit auf die Ausführungen zur Ermessensausübung im Hinblick auf die Untersagung eines geplanten Beteiligungserwerbs verwiesen werden.⁵³⁹

Wie im Abschnitt D zu zeigen sein wird, sind die Zwangsveräußerung einer Beteiligung und die diese Maßnahme vorbereitende Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (Zustimmungserfordernis) vereinbar mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. Dem BAKred steht daher im Rahmen der Erwerberkontrolle auch ein Ermessen hinsichtlich der Frage zu, ob es als Aufsichtsmittel die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte (ggf. in Verbindung mit einer Stimmrechtsübertragung auf einen Treuhänder) oder eine Zwangsveräußerung der bedeutenden Beteiligung anwendet. Das Aufsichtsamt hat im Einzelfall zu prüfen, ob die Möglichkeit, dem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung die Ausübung der Stimmrechte

⁵³⁴ Bei diesen Anteilseignern kann es sich im Wesentlichen um von dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung kontrollierte Unternehmen und um von diesem eingeschaltete Strohmänner handeln. Zu den Fallgruppen des mittelbaren Haltens einer Beteiligung im Einzelnen vgl. B. V. 3. a) dd).

⁵³⁵ § 2b Abs. 2 Satz 3 letzter Teilsatz KWG macht demgemäß innerhalb seines Anwendungsbereiches den Erlass einer gesonderten Duldungsverfügung entbehrlich.

⁵³⁶ Untersagung der Ausübung der Stimmrechte, Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder, Anordnung einer Verfügungsbeschränkung und Erzwingung der Veräußerung von Anteilen (vgl. C. I. 4. b) aa) bis dd)).

⁵³⁷ Zu den Eingriffsvoraussetzungen vgl. C. I. 4. a).

⁵³⁸ Vgl. den Wortlaut des § 2b Abs. 2 Satz 1, 2 und 3 KWG („... kann ...“).

⁵³⁹ Vgl. C. I. 3. b) bb).

zu untersagen (ggf. in Verbindung mit der Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder) ein gleich wirksames Mittel der Gefahrenabwehr im Verhältnis zu der Erzwingung der Veräußerung der Beteiligung ist.⁵⁴⁰ Dies wird u. a. dann nicht anzunehmen sein, wenn ein einschlägig vorbestrafter Anteilseigner⁵⁴¹ eine Mehrheitsbeteiligung an einem Institut hält, da das Bekanntwerden einer solchen Tatsache im Geschäftsverkehr zu einem erheblichen Vertrauensverlust zu Lasten des Instituts und des Vertrauens in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes insgesamt führen würde.⁵⁴²

d) Besonderheiten beim Rechtsschutz

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte und eine Anordnung, dass über die Anteile nur mit der Zustimmung des BAKred verfügt werden darf, haben gemäß § 49 KWG keine aufschiebende Wirkung.

5. Erhöhung des Betrages der bedeutenden Beteiligung

Wenn der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung beabsichtigt, den Betrag der bedeutenden Beteiligung so zu erhöhen, dass die Schwellen von 20, 33 oder 50% der Stimmrechte oder des Kapitals erreicht oder überschritten werden oder dass das Institut unter seine Kontrolle kommt, hat er dies dem BAKred und der Deutschen Bundesbank unverzüglich anzuzeigen (§ 2b Abs. 1 Satz 6 KWG). Für die (geplante) Erhöhung des Betrages der bedeutenden Beteiligung gelten die Regelungen, die auch im Fall des (geplanten) Ersterwerbs einer bedeutenden Beteiligung zur Anwendung kommen.⁵⁴³ Insoweit kann auf die Ausführungen zur präventiven Erwerbskontrolle und zur Erwerberkontrolle verwiesen werden.⁵⁴⁴

Die Anzeigepflichten, die an die beabsichtigte Erhöhung der bedeutenden Beteiligung auf die genannten Schwellenwerte anknüpfen, haben folgende Bedeutung:

⁵⁴⁰ Zu den Gründen, die eine Zwangsveräußerung erforderlich machen können, siehe unter D. I. 2. e) bb) ccc).

⁵⁴¹ Zu den Straftaten, die auf eine aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit schließen lassen können, siehe B. VI. 1. d) aa).

⁵⁴² Siehe hierzu auch unter D. I. 2. e) bb) ccc).

⁵⁴³ Vgl. § 2b Abs. 1a und Abs. 2 KWG sowie ergänzend § 1 Abs. 2 AnzV.

⁵⁴⁴ C. I. 3. und 4.

Eine bedeutende Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 KWG besteht bereits dann, wenn ein Anteilseigner 10% des Kapitals oder der Stimmrechte eines Instituts unmittelbar oder mittelbar hält.⁵⁴⁵ Eine Beteiligung in dieser Höhe eröffnet aber – gemessen am deutschen Gesellschaftsrecht – regelmäßig keine besonderen Einwirkungsmöglichkeiten.⁵⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, dass das BAKred im Rahmen seines Entschließungsermessens davon absieht, eine geplante 10%ige Beteiligung zu untersagen, obgleich es den Erwerbsinteressenten als aufsichtsrechtlich unzuverlässig einstuft. Mit zunehmender Beteiligungshöhe verringert sich das Ermessen des BAKred. Die Schwellenwerte schematisieren in diesem Zusammenhang die Prüfungszeitpunkte.

6. Anhörungsverfahren und Unterrichtungspflichten beim grenzüberschreitenden Beteiligungserwerb

Vor der Untersagung eines Beteiligungserwerbs gemäß § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG hat das BAKred die zuständigen Stellen des anderen Staates des Europäischen Wirtschaftsraums (§ 1 Abs. 5a KWG) anzuhören, wenn es sich bei dem Erwerber der bedeutenden Beteiligung um ein in dem anderen Staat zugelassenes Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen, um ein Mutterunternehmen eines in dem anderen Staat zugelassenen Einlagenkreditinstituts oder Wertpapierhandelsunternehmens oder um eine Person handelt, die ein in dem anderen Staat zugelassenes Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen kontrolliert, und wenn das Institut, an dem der Erwerber eine Beteiligung zu halten beabsichtigt, durch den Erwerb unter dessen Kontrolle käme (§ 2b Abs. 3 Satz 1 KWG). Damit soll sichergestellt werden, dass möglichst alle verfügbaren Informationen in die Beurteilung der Zuverlässigkeit von Erwerbern bedeutender Beteiligungen aus anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraum einfließen können.⁵⁴⁷ Eine entsprechende Anhörungspflicht besteht grundsätzlich auch vor dem Ergreifen von Maßnahmen im Rahmen der Erwerberkontrolle. Wenn zu befürchten ist, dass durch vorherige Konsultationen die Wirksamkeit dieser Maßnahmen vereitelt oder wesentlich beeinträchtigt wird, muss das BAKred die zuständigen Stellen des anderen Staates nur über die bereits getroffenen Maßnahmen unterrichten. Dies wird durch

⁵⁴⁵ Zu den Einzelheiten vgl. B. V. 3. a).

⁵⁴⁶ Neumann, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, S. 197.

⁵⁴⁷ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b KWG (4. Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 28.

den durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz neu angefügten Satz 2 des § 2b Abs. 3 KWG klargestellt.⁵⁴⁸

Die in § 2b Abs. 5 KWG geregelte Verpflichtung des BAKred, auf Grund eines Beschlusses der Kommission oder des Rates der EG den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an einem deutschen Institut durch ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittland zu untersagen, dient dem Zweck, im Verhältnis der Drittländer zu der EG eine Gegenseitigkeit im Hinblick auf die Möglichkeit und die Bedingungen eines Beteiligungserwerbs an Instituten zu erreichen.⁵⁴⁹ Die in § 2b Abs. 5 KWG getroffenen Regelungen dienen folglich nicht einer Anteilseignerkontrolle im Sinne einer aufsichtsrechtlichen Zuverlässigkeitsprüfung und werden aus diesem Grunde hier nicht weiter erörtert.

⁵⁴⁸ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 140.

⁵⁴⁹ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b KWG (4. Novelle), BT-Drs. 12/3377, S. 28.

II. Maßnahmen gegenüber Finanzholding-Gesellschaften

Für die Zwecke der konsolidierten Beaufsichtigung⁵⁵⁰ definiert § 1 Abs. 3a KWG Finanzholding-Gesellschaften als Finanzunternehmen,⁵⁵¹ deren Tochterunternehmen ausschließlich oder hauptsächlich Institute oder Finanzunternehmen sind und die mindestens ein Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen zum Tochterunternehmen haben. Wie bereits ausgeführt wurde,⁵⁵² ist bei einer Finanzholding-Gruppe für die Erfüllung der Konsolidierungspflicht dasjenige konzernangehörige Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierhandelsunternehmen mit Sitz im Inland verantwortlich, das selbst keinem konzernangehörigen Institut mit Sitz im Inland nachgeordnet ist.⁵⁵³ Leitet die an der Konzernspitze stehende Finanzholding-Gesellschaft die für die Zusammenfassung erforderlichen Daten nicht an das für die der Erfüllung der Konsolidierungspflicht verantwortliche Unternehmen weiter, so kann dieses die Zusammenfassung nicht durchführen; eine Aufsicht über den Finanzkonzern auf zusammengefasster Basis ist dann nicht möglich. Für diesen speziellen Fall sieht § 45a Abs. 1 KWG vor, dass das BAKred der Finanzholding-Gesellschaft die Ausübung ihrer Stimmrechte an dem für die Erfüllung der Konsolidierungspflicht verantwortlichen Institut und den anderen nachgeordneten Unternehmen mit Sitz im Inland untersagen kann, sofern nicht den Erfordernissen der bankaufsichtlichen Zusammenfassung in anderer Weise Rechnung getragen werden kann. Darüber hinaus kann das BAKred gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 KWG beim Amtsgericht⁵⁵⁴ am Sitz des betreffenden Instituts die Bestellung eines Treuhänders für die Ausübung der Stimmrechte beantragen. Dem Gericht obliegt sodann die Auswahl des Treuhänders, auf den es die Ausübung der Stimmrechte zu übertragen hat.

Solange die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte vollziehbar ist, gelten die betroffenen Beteiligungsunternehmen nicht als nachgeordnete Unternehmen der Finanzholding-Gesellschaft im Sinne der §§ 10a und 13b KWG (§ 45a Abs. 3 KWG). Dies bedeutet, dass die Vorschriften über die Zusammenfassung der Daten im Rahmen der §§ 10a und 13b KWG so anzuwenden sind, als ob es die Finanzholding-Gesellschaft nicht gebe.⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ Vgl. B. III. 4. a) aa) und b) (zusammengefasste Beaufsichtigung der Eigenmittel und der Großkredite von Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen).

⁵⁵¹ Zu den im KWG definierten Unternehmensformen vgl. im Einzelnen unter B II.

⁵⁵² Vgl. B. III. 4. a) aa).

⁵⁵³ Vgl. B. III. 4. a) aa).

⁵⁵⁴ Vgl. § 145 FGG.

⁵⁵⁵ Vgl. Regierungsbegründung zur 5. KWG-Novelle, BT-Drs. 12/3377, Einzelbegründung zu § 45a KWG, abgedruckt bei: Reischauer/Kleinhaus, KWG, Kza. 597, S. 64.

Da eine Finanzholding-Gesellschaft i. S. d. § 1 Abs. 3a KWG als Mutterunternehmen auch Inhaber einer bedeutenden Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 KWG an dem für die Erfüllung der Konsolidierungspflicht verantwortlichen – ihr nachgeordneten - Institut ist, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis § 45a KWG zu § 2b KWG steht. Festzuhalten ist dabei zunächst, dass § 45a KWG mit der Möglichkeit der Untersagung der Ausübung von Stimmrechten und der Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder Maßnahmen gegenüber einer Finanzholding-Gesellschaft vorsieht, die nach § 2b Abs. 2 KWG gegenüber einem aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung getroffen werden können.⁵⁵⁶ Insoweit setzt § 45a KWG eine Finanzholding-Gesellschaft, die dem für die Erfüllung der Konsolidierungspflicht verantwortlichen Institut nicht die für eine zusammenfassende Berechnung der Eigenmittelanforderungen und Großkreditgrenzen erforderlichen Daten übermittelt, gleich mit einem aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung. Andererseits kann nach § 45a KWG keine Verfügungsbeschränkung angeordnet werden und auch nicht die Veräußerung von Anteilen erzwungen werden. Dies kann nur so ausgelegt werden, dass in dem in § 45a KWG geregelten Fall kein Rückgriff auf den für die Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG vorgesehenen (erweiterten) Maßnahmenkatalog möglich ist.⁵⁵⁷ Hingegen kann § 45a KWG nicht entnommen werden, dass § 2b Abs. 2 KWG unanwendbar ist, wenn eine Finanzholding-Gesellschaft aus sonstigen Gründen als aufsichtsrechtlich unzuverlässig einzustufen ist. Nach allem regelt § 45a KWG also einen eng umgrenzten Spezialfall der Anteilseignerkontrolle.

⁵⁵⁶ Vgl. C. I. 4. b) aa) und bb).

⁵⁵⁷ Zum Maßnahmenkatalog des § 2b Abs. 2 KWG vgl. C. I. 4. b).

III. Anteilseignerkontrolle im Zulassungsverfahren

In einem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäften⁵⁵⁸ sind die Inhaber einer bedeutenden Beteiligung an dem (sich in der Gründungsphase befindenden) Institut anzugeben und ergänzende Unterlagen (§ 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe a bis e KWG) einzureichen, die als Grundlage für die Beurteilung dienen, ob diese Anteilseigner den aufsichtsrechtlichen Anforderungen genügen. Zu den einzureichenden Unterlagen zählen u. a. die Jahresabschlüsse des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung der letzten drei Jahre nebst Prüfungsberichten, ggf. Unterlagen über den Konzern, dem der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung angehört, und eine „Straffreiheitserklärung“⁵⁵⁹.

Die Erlaubnis ist nach § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KWG zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung an dem Institut oder ein Gesellschafter oder gesetzlicher Vertreter des beteiligten Unternehmens nicht zuverlässig ist oder aus anderen Gründen nicht den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen genügt. Das Gesetz wiederholt hier fast wörtlich die in § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG aufgestellte Anforderung an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung. Es handelt sich bei § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG um Paralleltatbestände,⁵⁶⁰ die folglich einheitlich auszulegen sind. Die in § 33 Abs. 3 Nr. 1 und 3 KWG aufgeführten Erlaubnisversagungsgründe entsprechen den in § 2b Abs. 1a Nr. 2 bzw. Nr. 3 KWG aufgestellten Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung. Zu beachten ist allerdings, dass § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG – anders als bei § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG - nach seinem Wortlaut nicht voraussetzt, dass das Institut über den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung in einen Unternehmensverbund eingebunden wird, dies aber auch nicht ausschließt. Wegen der Auslegung der in § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 und 3 KWG geregelten Erlaubnisversagungsgründe kann daher – mit dieser Einschränkung - auf die Ausführungen zu den Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung verwiesen werden.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in §§ 32 und 33 KWG vgl. B. III. 3.

⁵⁵⁹ Vgl. C. I. 3. a).

⁵⁶⁰ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 33 KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 142.

⁵⁶¹ Vgl. B. VI.

Zur Prüfung, ob die genannten Erlaubnisversagungsgründe vorliegen, kann das BAKred nach § 44b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWG von dem im Erlaubnisantrag als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezeichneten Rechtsträger Auskunft über dessen Geschäftsangelegenheiten sowie die Vorlage von Geschäftsunterlagen verlangen. Ergeben sich hieraus zunächst nur Anhaltspunkte für das Vorliegen der betreffenden Erlaubnisversagungsgründe, so kann das BAKred bei dem Inhaber der bedeutenden Beteiligung eine Prüfung anordnen, bei der die mit der Durchführung beauftragten Personen ermächtigt sind, dessen Geschäftsräume während der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten zu betreten und zu besichtigen.⁵⁶²

⁵⁶² Zu den Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechten des BAKred im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle vgl. im Einzelnen unter C. V.

IV. Aufhebung der Erlaubnis des betroffenen Instituts

Nach § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG kann das BAKred die Erlaubnis eines Instituts zum Betreiben von Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäften u. a. dann aufheben, wenn ihm Tatsachen bekannt werden, welche die Versagung der Erlaubnis nach § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 7 oder Abs. 3 Nr. 1 bis 3 KWG rechtfertigen würden. § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG verweist demnach auch auf die soeben erörterten Tatbestände des § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 und 3 KWG.⁵⁶³ Bei Eingreifen dieser Tatbestände hat das BAKred auch die Möglichkeit, von dem Maßnahmenkatalog der Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG Gebrauch zu machen.⁵⁶⁴ Aus dieser Überlegung ergibt sich, dass das BAKred bei Vorliegen der Tatbestände des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG i. V. m. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 und 3 KWG im Rahmen der Ausübung seines Ermessens, ob es die Erlaubnis des betroffenen Instituts aufhebt, zunächst zu prüfen hat, ob Maßnahmen nach § 2b Abs. 2 KWG als milderer, aber gleich wirksames Mittel in Betracht kommen.

⁵⁶³ Vgl. C. III.

⁵⁶⁴ Bei Vorliegen des Tatbestandes des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 i. V. m. § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG besteht diese Möglichkeit allerdings nur, wenn das Institut über den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung in den Unternehmensverbund i. S. d. § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG eingebunden ist (vgl. auch C. III.).

V. Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechte

1. Gründe für die Neufassung des § 44b KWG

Eine wirksame Anteilseignerkontrolle im Bankenbereich setzt voraus, dass die Bankenaufsicht eine hinreichende Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung erhält.⁵⁶⁵ § 44b KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle⁵⁶⁶ genügte diesen Anforderungen nicht. Die Vorschrift räumte dem BAKred die Möglichkeit ein, vom Inhaber einer bedeutenden Beteiligung die Vorlage der Jahresabschlüsse der letzten drei Jahre nebst Prüfungsberichten, eine Darstellung der Konzernstruktur sowie die konsolidierten Konzernabschlüsse der letzten drei Jahre nebst Prüfungsberichten zu verlangen, sofern diese Unterlagen nach anderen Vorschriften zu erstellen waren bzw. der Inhaber der bedeutenden Beteiligung einem Konzern angehörte. Des Weiteren hatte das BAKred die Möglichkeit, die Unterlagen von einem Wirtschaftsprüfer prüfen zu lassen. Diese Rechte blieben weit hinter den Rechten zurück, die § 44 Abs. 1 KWG dem BAKred gegenüber Instituten einräumt, und waren an die einengende Voraussetzung geknüpft, dass „Tatsachen Anlass zu Zweifeln geben, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen genügt oder dass die Struktur der Unternehmensverbindung eine wirksame Aufsicht über das Institut erlaubt“. Das auf die genannten Unterlagen beschränkte Prüfungsrecht setzte also nach dem Wortlaut des § 44b KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle eine Tatsachenkenntnis voraus, die regelmäßig erst durch die Prüfung der Unterlagen gewonnen werden konnte.

Die Neufassung des § 44b KWG erweitert hingegen die Kompetenzen des BAKred zur Ermittlung des Sachverhalts auf den Katalog des § 44 Abs. 1 KWG, dehnt den erfassten Personenkreis aus und ermächtigt das BAKred bereits dann zur Anordnung einer Prüfung, wenn

⁵⁶⁵ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 44b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 142.

⁵⁶⁶ § 44b KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle hatte folgenden Wortlaut:
 „Sofern Tatsachen Anlass zu Zweifeln geben, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen genügt oder dass die Struktur der Unternehmensverbindung eine wirksame Aufsicht über das Institut erlaubt, hat der Inhaber der bedeutenden Beteiligung auf Verlangen des Bundesaufsichtsamtes ihm und der Deutschen Bundesbank die in § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe d und e genannten Unterlagen einzureichen, auch wenn über den Antrag des Instituts noch nicht entschieden ist. Das Bundesaufsichtsamt kann eine Prüfung der in § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe d und e genannten Unterlagen durch einen von ihm zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer anordnen.“

Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen genügt.⁵⁶⁷

2. Umfang und Voraussetzungen

a) Erfasster Personenkreis

Die Auskunfts-, Vorlage-, und Prüfungsrechte des § 44b KWG können gegenüber folgenden Rechtsträgern geltend gemacht werden:

- Personen und Unternehmen, die eine Beteiligungsabsicht nach § 2b KWG anzeigen oder die im Rahmen eines Erlaubnisanspruchs oder einer Ergänzungsanzeige nach § 64e Abs. 2 Satz 4 KWG als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung angegeben werden (§ 44b Abs. 1 Nr. 1 KWG),
- Inhabern einer bedeutenden Beteiligung an einem Institut und von ihnen kontrollierte Unternehmen (§ 44b Abs. 1 Nr. 2 KWG),
- Personen und Unternehmen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass es sich um Inhaber einer bedeutenden Beteiligung oder von diesen kontrollierte Unternehmen handelt (§ 44b Abs. 1 Nr. 3 KWG),
- Personen und Unternehmen, die mit einer Person oder einem Unternehmen im Sinne des § 44b Abs. 1 Nummern 1 bis 3 KWG nach § 15 des Aktiengesetzes verbunden sind (§ 44b Abs. 1 Nr. 4 KWG).

Die gegenüber § 44b KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle erfolgte Ausdehnung des erfassten Personenkreises beruht auf folgenden Grundgedanken: (1) Das BAKred soll unabhängig davon, ob die vorgesehenen Anzeigen erstattet worden sind,⁵⁶⁸ in die Lage versetzt werden, feststellen zu können, welche Rechtsträger mit welchem Betrag Inhaber einer bedeu-

⁵⁶⁷ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 44b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 142 f. und die folgenden Ausführungen.

⁵⁶⁸ Zu den Anzeigepflichten im Zusammenhang mit der Anteilseignerkontrolle vgl. C. I. 3 a).

tenden Beteiligung sind.⁵⁶⁹ (2) Soweit der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung mit anderen Unternehmen verbunden ist, sollen auch die Auswirkungen, die sich hieraus für das Institut ergeben können, vom BAKred geprüft werden können.⁵⁷⁰

b) Auskunfts- und Vorlageersuchen

Gemäß § 44b Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG kann das BAKred von den genannten Rechtsträgern Auskunft über deren Geschäftsangelegenheiten sowie die Vorlage von Geschäftsunterlagen verlangen. Dieses Recht steht dem BAKred ohne besonderen Anlass zu.⁵⁷¹ Die Ermessensentscheidung, ob entsprechende Ersuchen an einen der in den Anwendungsbereich des § 44b KWG fallenden Rechtsträger gerichtet werden, hat sich gemäß § 40 VwVfG an dem Zweck der Ermächtigung zu orientieren.

Das BAKred muss sich bei dem Auskunfts- und Vorlageersuchen nicht darauf beschränken, die in § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe d und e KWG genannten Unterlagen anzufordern, sondern kann beispielsweise die Vorlage einzelner Verträge, Buchungsbelege, Kontoauszüge usw. sowie eine Erläuterung des Inhalts der Unterlagen verlangen. Handelt es sich um einen Rechtsträger, bei dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass es sich um den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung handelt (§ 44b Abs. 1 Nr. 3 KWG), so muss das Ersuchen zunächst darauf gerichtet sein, den Betrag einer möglichen Beteiligung an einem Institut festzustellen. Die Vorlage von sonstigen Geschäftsunterlagen und deren Erläuterung darf erst dann verlangt werden, wenn feststeht, dass der betreffende Rechtsträger Inhaber einer bedeutenden Beteiligung ist.

Wer vorsätzlich oder leichtfertig einem Auskunfts- und Vorlageersuchen gemäß § 44b Abs. 1 i. V. m. § 44 Abs. 1 KWG nicht nachkommt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu hundertfünfzigtausend Euro geahndet werden kann (§ 56 Abs. 3 Nr. 9, Abs. 4 KWG).

⁵⁶⁹ Vgl. § 44b Abs. 1 Nr. 2 und 3 KWG sowie Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 44b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 143.

⁵⁷⁰ Vgl. § 44b Abs. 1 Nrn. 2 bis 4 KWG sowie Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, a. a. O.

⁵⁷¹ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 44b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 143.

c) **Anordnung einer Prüfung**

Die Anordnung einer Prüfung bei den in den Anwendungsbereich des § 44b KWG fallenden Rechtsträgern setzt voraus, dass zumindest „Anhaltspunkte für einen Untersagungsgrund nach § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 3 KWG vorliegen“ (§ 44b Abs. 2 Satz 1 KWG). Es handelt sich hierbei um eine Verweisung auf die in § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 3 KWG genannten Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung mit der Maßgabe, dass nur Anhaltspunkte für deren Nichterfüllung vorliegen müssen. Nach dem Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 44b KWG sollen beispielsweise Hinweise aus der Bevölkerung, auch wenn sie anonym gehalten werden, oder von ausländischen Behörden genügen.⁵⁷² Während das BAKred bei den seiner laufenden Aufsicht unterliegenden Instituten Prüfungen ohne besonderen Anlass vornehmen kann (§ 44 Abs. 1 Satz 2 KWG), sind derartige Routineprüfungen bei den Inhabern einer bedeutenden Beteiligung an diesen Unternehmen nicht möglich.

Wegen des Umfangs des Prüfungsrechtes verweist § 44b Abs. 2 Satz 1 KWG auf § 44 Abs. 1 Satz 2 und 3 KWG. Die in der alten Fassung des § 44b KWG vorgesehene Beschränkung der Prüfung auf Jahresabschlüsse und die sonstigen in § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Buchstabe d und e genannten Unterlagen ist damit entfallen. In der Praxis wird das BAKred regelmäßig eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der Prüfung beauftragen, die als Verwaltungshelfer für das Aufsichtsamt tätig wird. Die Zulässigkeit einer solchen Fremdprüfung wird in § 44 Abs. 1 Satz 3 KWG („...sowie die Personen, deren sich das Bundesaufsichtsamt bei der Durchführung der Prüfung bedient ...“) vorausgesetzt, ergibt sich aber für die Durchführung der dem BAKred durch das KWG zugewiesenen Aufgaben auch allgemein aus § 8 Abs. 1 KWG. Die Bediensteten des BAKred sowie die Personen, deren sich das BAKred bei der Durchführung der Prüfungen bedient, können zum Zweck der Prüfung die Geschäftsräume des zu prüfenden Rechtsträgers betreten und besichtigen (§ 44b Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 44 Abs. 1 Satz 3 KWG).

⁵⁷² Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 44b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 143.

D. Vereinbarkeit der durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz neu eingeführten Aufsichtsmittel mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt

I. Erzwingung der Veräußerung von Anteilen (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG)

Wie im vorangegangenen Abschnitt ausgeführt, wurde dem BAKred erst durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz die Möglichkeit eingeräumt, gegenüber einem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Institutsbeteiligung anzuordnen, dass er über die Anteile, die die bedeutende Beteiligung begründen, nur mit Zustimmung des Aufsichtsamtes verfügen darf. Entsprechendes gilt für die Ermächtigung, die Veräußerung der betreffenden Anteile erzwingen zu können.⁵⁷³ Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages hat hierzu im Gesetzgebungsverfahren bemerkt, dass das Zustimmungserfordernis und die Beauftragung eines Treuhänders mit der Veräußerung der Anteile stärker in das Eigentumsrecht der Anteilshaber eingreife als die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte, und Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit angestellt.⁵⁷⁴ Nicht nachgegangen ist der Finanzausschuss u. a. der Frage, ob die Zwangsveräußerung einer Beteiligung nach fruchtlosem Ablauf der für den Nachweis eines zuverlässigen Erwerbers gesetzten Frist (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG)⁵⁷⁵ eine Enteignung darstellt, die den besonderen Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG unterliegt. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die Vereinbarkeit des in § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG geregelten Verfahrens mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt untersucht werden, wobei die Vereinbarkeit mit Art. 14 GG den Schwerpunkt der Überlegungen bildet. Auf der Grundlage der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse kann sodann die Vereinbarkeit der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung gemäß § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG (Zustimmungserfordernis) mit den genannten Grundrechten und Grundfreiheiten geprüft werden.⁵⁷⁶ Diese Vorgehensweise erscheint gebo-

⁵⁷³ Vgl. C. I. 4. b) cc) und dd).

⁵⁷⁴ Vgl. Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 140.

⁵⁷⁵ Zur Zweistufigkeit des in § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG geregelten Verfahrens vgl. C. I. 4. b).

⁵⁷⁶ Vgl. D. II.

ten, da mit der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung lediglich die den betroffenen Anteilseigner stärker belastende Zwangsveräußerung von Anteilen vorbereitet werden soll.⁵⁷⁷

1. Anwendbarkeit deutscher Grundrechte neben dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz

Da § 2b KWG Bestimmungen der EG-Bankrechtskodifizierungsrichtlinie und der EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie umsetzt, muss zunächst geklärt werden, ob die im Grundgesetz niedergelegten Grundrechte als Prüfungsmaßstab anwendbar sind.

a) Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und Überblick über die Ausgestaltung des europäischen Grundrechtsschutzes

Der EuGH geht davon aus, dass das Gemeinschaftsrecht im Grundsatz Vorrang⁵⁷⁸ vor allen nationalen Rechtsnormen genießt.⁵⁷⁹ Er prüft Gemeinschaftsmaßnahmen und nationale Maßnahmen, soweit sie in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte.⁵⁸⁰ Die Aufstellung besonderer, von der Gesetzgebung oder der Verfassungsordnung eines bestimmten Mitgliedstaats abhängiger Beurteilungskriterien würde nach Auffassung des EuGH die materielle Einheit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen und „hätte daher unausweichlich die Zerstörung der Einheit des gemeinsamen Marktes und eine Gefährdung des Zusammenhalts der Gemeinschaft zur Folge“.⁵⁸¹ In diesem Sinne ist eine nationale Regelung dann an den Gemeinschaftsgrundrechten zu messen, wenn sie zur Durchführung einer gemeinschaftlichen Vorschrift erlassen wurde oder wenn ein Mitgliedstaat die Grundfreiheiten beschränkende Maßnahmen unter Berufung auf im Vertrag vorgesehene Ausnahmen zu rechtfertigen sucht.⁵⁸²

Das europäische Gemeinschaftsrecht enthält allerdings derzeit noch keinen geschriebenen Grundrechtskatalog. In Art. 6 Abs. 2 EU findet sich lediglich eine allgemeine Regelung, wo-

⁵⁷⁷ Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁵⁷⁸ Der EuGH beschränkt sich darauf, den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einen Anwendungsvorrang einzuräumen, d. h. eine dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufende Norm des nationalen Rechts ist aus der Sicht des EuGH nicht nichtig. Wird eine nationale Rechtsnorm im grenzüberschreitenden Verkehr für unanwendbar erklärt, so kann sie gleichwohl für innerstaatliche Sachverhalte anwendbar bleiben.

⁵⁷⁹ Grundlegend hierzu EuGH, Slg. 1964, 1251, 1269 ff.

⁵⁸⁰ Vgl. EuGH EuGRZ 1991, 274, 283; Slg. 1979, 3727, 3744; Kokott, AöR 121 (1996), S. 604.

⁵⁸¹ EuGH, Slg. 1979, a. a. O.

⁵⁸² Kokott, AöR 121 (1996), S. 604.

nach die Union die Grundrechte achtet, „wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“ Ein Konvent, dessen konstituierende Sitzung am 17. Dezember 1999 war, hat am 28. September 2000 den Entwurf einer Grundrechtscharta der Europäischen Union vorgelegt. Eine Proklamation durch die drei Organe der Europäischen Union erfolgte anlässlich der Tagung des Europäischen Rates in Nizza am 7. Dezember 2000.⁵⁸³ Die Frage einer Aufnahme der Charta in die Verträge wird noch geprüft.⁵⁸⁴ Im Ergebnis wird der Grundrechtsstandard daher bislang nur durch die Rechtsprechung des EuGH inhaltlich ausgestaltet und gewährleistet.⁵⁸⁵ Der hierbei angewendete Kontrollmaßstab, d. h. die Intensität des richterrechtlichen europäischen Grundrechtsschutzes, wird zumindest teilweise als nicht ausreichend empfunden.⁵⁸⁶ Dies gilt auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit und den Eigentumsschutz,⁵⁸⁷ wobei der EuGH zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in das Eigentum auf Gemeinschaftsebene als Enteignung zu bewerten ist und welche Rechtsfolgen an eine solche Enteignung zu knüpfen sind, bislang noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat.⁵⁸⁸

b) Sichtweise des deutschen Verfassungsrechts

Das deutsche Verfassungsrecht hat in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG eine Grundentscheidung für die Mitwirkung Deutschlands bei der Entwicklung der Europäischen Union getroffen. Um die Mitwirkung zu gewährleisten, kann der Bund durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG). Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG enthält allerdings u. a. den Vorbehalt, dass die Europäische Union einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleisten muss. Insoweit knüpft Art. 23 GG an

⁵⁸³ Vgl. Tagesspiegel vom 8. Dezember 2000, S. 1 und 5.

⁵⁸⁴ Zur Diskussion über die Erarbeitung einer Europäischen Grundrechtscharta nach dem befürwortenden Beschluss des Rates vom 4. Juni 1999 in Köln und seiner verfahrensrechtlichen Ausformulierung in Tampere am 16. Oktober 1999 vgl. z. B. Weber, NJW 2000, 537; Knöll, NJW 2000, 1845.

⁵⁸⁵ Zur Zuständigkeit des EuGH zur Entwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 Rdnr. 32 ff.

⁵⁸⁶ So meint etwa Dausen, EuZW 1997, S. 705 sogar, dass der EuGH „neuerdings“ mit „Selbstherrlichkeit ... undifferenziert über Grundrechtsrügen“ hinweggehe; vgl. auch Nettesheim, EuZW, 1995, 106, der die grundrechtliche Prüfdichte des EuGH kritisch beleuchtet. Knöll, NJW 2000, 1845 meint hingegen, es bestehe auf europäischer Ebene gegenwärtig wohl kein Rechtsschutzdefizit. Allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht unter Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes Hirsch, NJW 2000, 1817, 1818.

⁵⁸⁷ VG Frankfurt a. M. EuZW 1997, 182; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 Rdnr. 113; Kokott, AöR 121 (1996), S. 608 f.

⁵⁸⁸ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 Rdnr. 114.

die vom Bundesverfassungsgericht ursprünglich zu Art. 24 GG entwickelte sog. „Solange-Rechtsprechung“ an.⁵⁸⁹ Um die Bedeutung des angesprochenen Vorbehaltes zu ermitteln, soll diese Rechtsprechung hier näher betrachtet werden:

aa) „Solange-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts

In der sogenannten „Solange I-Entscheidung“⁵⁹⁰ hatte das Bundesverfassungsgericht 1974 zu prüfen, ob die Regelung einer EWG-Verordnung, deren Gültigkeit der EuGH zuvor in einem Verfahren nach Art 177 EG-Vertrag (jetzt: Art. 234 EG) bestätigt hatte, mit einer Grundrechtsgarantie des Grundgesetzes kollidiert. Es führte u. a. aus:⁵⁹¹

„Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrags geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.“

In der „Solange II-Entscheidung“ von 1986⁵⁹² über eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, dem mehrere vom EuGH für gültig befundene EWG-Verordnungen zugrunde lagen, stellte das Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner Analyse des damaligen europäischen Grundrechtsstandards⁵⁹³ Folgendes fest:⁵⁹⁴

„Nach Auffassung des erkennenden Senats ist mittlerweile im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist. Alle Hauptorgane der Gemeinschaft haben sich seither in rechtserheblicher Form dazu bekannt, daß sie sich in Ausübung ihrer Befugnisse und im Verfolgen der Ziele der Gemeinschaft von der Achtung vor den Grundrechten, wie sie insbesondere aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Menschenrechtskonvention hervorgehen, als Rechtspflicht leiten lassen werden. Es bestehen keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, daß der er-

⁵⁸⁹ Streinz, in: Sachs, GG, Art. 24 Rdnr. 41.

⁵⁹⁰ BVerfGE 37, 271.

⁵⁹¹ BVerfGE 37, 271, 285.

⁵⁹² BVerfGE 73, 339.

⁵⁹³ BVerfGE 73, 339, 378 bis 381.

⁵⁹⁴ BVerfGE 73, 339, 378.

reichte Grundrechtsstandard nicht hinreichend gefestigt und lediglich vorübergehender Natur sei.“

Folgerichtig kehrte das Bundesverfassungsgericht die Solange-Formel in der Entscheidung wie folgt um:⁵⁹⁵

„Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuzurechnen ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.“

Im „Maastricht“-Urteil von 1993⁵⁹⁶ hat das Bundesverfassungsgericht an seiner „Solange-II“-Rechtsprechung festgehalten, sie jedoch durch die Feststellung ergänzt, dass es seine Gerichtshoheit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem „Kooperationsverhältnis“ zum Europäischen Gerichtshof ausübe. Der Europäische Gerichtshof garantiere den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Union, das Bundesverfassungsgericht könne sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards⁵⁹⁷ beschränken.⁵⁹⁸ In einem Beschluss vom 7. Juni 2000 über eine Vorlage des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main, die die Verfassungsmäßigkeit der durch eine gemeinschaftsrechtliche Verordnung geregelten Marktorganisation der EG für Bananen betrifft, hat das Gericht klargestellt, dass auch nach dem Maastricht-Urteil von 1993 Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten von vornherein unzulässig seien, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange-II-Entscheidung unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.⁵⁹⁹ Deshalb müsse die Begründung der Vorlage eines nationalen Gerichts oder einer Verfassungsbeschwerde, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend macht, im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als un-

⁵⁹⁵ BVerfGE 73, 339, 387.

⁵⁹⁶ BVerfGE 89, 155.

⁵⁹⁷ BVerfGE 73, 339, 387.

⁵⁹⁸ BVerfGE 89, 155, 175.

⁵⁹⁹ BVerfG, 2 BvL 1/97 vom 7.6.2000, Absatz-Nr. 62, <http://www.bverfg.de/>.

abdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet sei. Dies erfordere eine Gegenüberstellung in der Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht sie in der Solange-II-Entscheidung⁶⁰⁰ geleistet hat.⁶⁰¹

bb) Folgerungen für die Bindung des Gesetzgebers an deutsche Grundrechte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien

Es darf nicht übersehen werden, dass sich die dargestellte Solange-Rechtsprechung nur auf E(W)G-Verordnungen bezieht. Diese Rechtsprechung hat daher nur Klarheit bezüglich der Überprüfbarkeit dieser Rechtsakte durch das Bundesverfassungsgericht gebracht. Offen ist, welche Prüfungskompetenz das Bundesverfassungsgericht im Einzelnen für sich in Anspruch nimmt im Hinblick auf Normen, die EG-Richtlinien in nationales Recht umsetzen.⁶⁰² Bislang kann der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur entnommen werden, dass jedenfalls diejenigen (deutschen) Rechtsnormen, die in Ausnutzung eines von einer EG-Richtlinie gelassenen Umsetzungsspielraums erlassen wurden, in vollem Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁶⁰³ Für die Beantwortung der Ausgangsfrage, ob die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG mit deutschen Grundrechten vereinbar sein muss, kommt es daher zunächst darauf an, ob der deutsche Gesetzgeber bei dem Erlass der Vorschrift einen von der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie/Wertpapierdienstleistungsrichtlinie gelassenen Umsetzungsspielraum ausgenutzt hat. Wenn die Frage zu bejahen wäre, wären die deutschen Grundrechte anwendbar.⁶⁰⁴ Nur wenn die Frage zu verneinen wäre, müsste problematisiert werden, ob die im Grundgesetz niedergelegten Grundrechte trotzdem als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sind.

⁶⁰⁰ BVerfGE 73, 339, 378 bis 381.

⁶⁰¹ BVerfG, a. a. O.

⁶⁰² Arndt, Europarecht, S. 80.

⁶⁰³ So ohne nähere Erläuterung BVerfG NJW 1990, 974; NVwZ 1993, 883; 1 BvR 1036/99 vom 9.1.2001, Absatz Nr. 16, <http://www.bverfg.de/>. Die Begründung hierfür dürfte sein, dass es sich bei der Ausnutzung eines derartigen Gestaltungsspielraums um einen europarechtlich nicht gebundenen Akt des deutschen Gesetzgebers handelt und dieser somit uneingeschränkt an die deutschen Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) und die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden ist.

⁶⁰⁴ Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit kann offen bleiben, ob es sich um eine Frage der Anwendbarkeit im engeren (materiellen) Sinne oder um eine Frage der (prozessualen) Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts handelt, was die Entscheidungen des BVerfG, a. a. O., („...unterliegt in vollem Umfang verfassungsgerichtlicher Überprüfung. ...“) nahe legen.

cc) Ausnutzung von Umsetzungsspielräumen beim Erlass des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG

Art. 16 Abs. 5 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie 2000/12/EG⁶⁰⁵ (bzw. Art. 9 Abs. 5 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) regelt die Anforderungen an die laufende bankaufsichtliche Kontrolle der Inhaber einer qualifizierten Beteiligung. Die Mitgliedstaaten müssen für den Fall, dass sich der durch diese Anteilseigner ausgeübte Einfluss zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftsführung des Kreditinstituts (bzw. der Wertpapierfirma) auswirken könnte, vorschreiben, dass die zuständigen Behörden die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um diesen Zustand zu beenden (Art. 16 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 1 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie / Art. 9 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 1 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie). Nach Art. 16 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie/ Art. 9 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie können Maßnahmen zur Verhinderung eines schädlichen Einflusses unzuverlässiger Inhaber einer qualifizierten Beteiligung „vor allem einstweilige Verfügungen, Sanktionen für die Institutsleiter oder die Suspendierung des Stimmrechts“ aus den gehaltenen Anteilen umfassen. Der Erlass von bestimmten Maßnahmen wird durch die betreffenden Richtlinien nicht vorgeschrieben. Es werden nur beispielhaft einige mögliche Maßnahmen aufgezählt; der betreffende Katalog ist, wie der Wortlaut der Richtlinienbestimmungen („vor allem“) zeigt, nicht abschließend.⁶⁰⁶ Dem Wortlaut kann auch keine Begrenzung auf Maßnahmen mit einer bestimmten Eingriffsintensität, die einen Zwang zur Veräußerung der Anteile ausschließt, entnommen werden.⁶⁰⁷ Im Übrigen handelt es sich, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde,⁶⁰⁸ bei den einschlägigen Richtlinienbestimmungen (Art. 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie / Art. 9 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) insgesamt nur um Mindestvorschriften, d. h. die Mitgliedstaaten können ohnehin strengere Vorschriften erlassen, als in den Richtlinien vorgesehen.

Dies ist allerdings nicht unstrittig. Nach einer Literaturmeinung seien strengere nationale Regelungen nur zulässig, „soweit sie die von den eigenen Behörden beaufsichtigten Institute

⁶⁰⁵ Im Zeitpunkt der Umsetzung in deutsches Recht: Art. 11 Abs. 5 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie (vgl. B. I. 1. a)).

⁶⁰⁶ So auch Hübner, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. IV. Rdnr. 15 zu Art. 11 Abs. 5 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie.

⁶⁰⁷ Siehe auch Hübner, a. a. O., der zu Art. 11 Abs. 5 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie ausführt: „Der Wortlaut der Bestimmung beläßt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch strengere Maßnahmen vorzusehen, ...“

⁶⁰⁸ Zu den EG-rechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle siehe B. I. 1. b) und zu dem EG-rechtlichen Konzept der Mindestharmonisierung auf dem Gebiet des Bankaufsichtsrechts vgl. B. I. 1. a).

(bzw. Versicherungsunternehmen) und nicht auch deren Anteilseigner betreffen.“⁶⁰⁹ Begründet wird diese Auffassung mit dem Argument, dass der 9. Erwägungsgrund der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie (jetzt: 12. Erwägungsgrund der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie) diese Auslegung mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) nahe lege; der Richtliniengeber habe den Spielraum der Mitgliedstaaten von vornherein eingeschränkt, um Verstöße gegen Primärrecht (der EG) bei der Umsetzung auszuschließen.⁶¹⁰

Diesem Argument ist zunächst entgegenzuhalten, dass § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG, wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird,⁶¹¹ sowohl mit der Kapitalverkehrsfreiheit als auch mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist.⁶¹²

Außerdem lässt der 12. Erwägungsgrund der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie strengere Maßnahmen gegenüber unzuverlässigen Anteilseignern der beaufsichtigten Institute ausdrücklich zu. Dort heißt es: „Der Herkunftsmitgliedstaat kann für die von seinen eigenen Behörden zugelassenen Institute strengere Vorschriften als die ... in den Artikeln 7, 16 ... vorgehen erlassen.“ Die in Art. 7 Abs. 1 Erster Unterabsatz und Abs. 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie geregelte Anteilseignerkontrolle dient der Harmonisierung der Zulassungsbedingungen für EG-Kreditinstitute.⁶¹³ Art. 7 Absatz 1 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie sieht vor, dass die zuständigen Bankaufsichtsbehörden die Zulassung für die Aufnahme der Tätigkeit als Kreditinstitut nur erteilen dürfen, wenn ihnen die Identität der Inhaber einer qualifizierten Beteiligung bekannt ist. Nach Absatz 2 der Vorschrift muss die Zulassung verweigert werden, wenn die zuständigen Bankaufsichtsbehörden nicht davon überzeugt sind, dass die betreffenden Beteiligungsinhaber den im Interesse der Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung des Kreditinstituts zu stellenden Ansprüchen genügen. Der hier maßgebliche Art. 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie regelt demgegenüber die Anforderungen an die laufende bankaufsichtliche Kontrolle der (potentiellen) Inhaber einer qualifizierten Beteiligung an EG-Kreditinstituten.⁶¹⁴ Nach Art. 16 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten für den Fall, dass sich der durch diese Anteilseigner ausgeübte Einfluss zum Schaden einer umsichtigen und soliden Ge-

⁶⁰⁹ Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 222 ff.

⁶¹⁰ Hirschmann, a. a. O., S. 222.

⁶¹¹ Siehe D. I. 5.

⁶¹² Der einschlägige Beschränkungsgrund des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG (vgl. hierzu unter D. I. 5. c)) wird von Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, nicht gesehen.

⁶¹³ Vgl. B. I. 1. b).

⁶¹⁴ Vgl. B. I. 1. b).

schäftsführung des Kreditinstituts auswirken könnte, vorschreiben, dass die zuständigen Behörden die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um diesen Zustand zu beenden. Die Vorschrift enthält insofern Regelungen „für“⁶¹⁵ EG-Kreditinstitute, die beinhalten, dass die Mitgliedstaaten ihre nationalen Bankaufsichtsbehörden zum Erlass von Maßnahmen gegen unzuverlässige Anteilseigner dieser Institute verpflichten.

Vor diesem Hintergrund kann der 9. Erwägungsgrund der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie, soweit er sich auf Art. 16 der Richtlinie bezieht, nur den Sinn haben, dass strengere Maßnahmen gerade gegenüber den unzuverlässigen Anteilseignern der beaufsichtigten Institute - und nicht gegen die Institute selbst⁶¹⁶ - ausdrücklich für zulässig erklärt werden sollen. Dass strengere Maßnahmen gegenüber den unzuverlässigen Anteilseignern der beaufsichtigten Institute zulässig sind, folgt außerdem auch unmittelbar aus Art. 16 Abs. 5 Unterabsatz 1 Satz 2 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie, der nur beispielhaft einige mögliche Maßnahmen aufzählt; der betreffende Katalog ist, wie der Wortlaut der Richtlinienbestimmung („vor allem“) zeigt und wie eingangs ausgeführt wurde, nicht abschließend.

Im Übrigen ist es schlechthin nicht möglich, Art. 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie als Schutzvorschrift zugunsten unzuverlässiger Anteilseigner auszulegen.⁶¹⁷ Die Richtlinienbestimmung sieht es als wesentliche Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Tätigkeit der EG-Kreditinstitute⁶¹⁸ an, dass die nationalen Bankaufsichtsbehörden verhindern, dass unzuverlässige Inhaber einer qualifizierten Beteiligung einen schädlichen Einfluss auf diese Institute ausüben können.⁶¹⁹ Art. 16 der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie dient damit - vereinfacht ausgedrückt - dem Schutz der EG-Kreditinstitute vor unzuverlässigen Anteilseignern, aber keinesfalls dazu, unzuverlässige Anteilseigner davor zu schützen, dass ihre qualifizierte Beteiligung von einer nationalen Behörde zwangsweise veräußert wird.

Folgendes ist als Zwischenergebnis festzuhalten:

⁶¹⁵ Siehe 9. Erwägungsgrund der Bankrechtskodifizierungsrichtlinie.

⁶¹⁶ So aber Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 222/223.

⁶¹⁷ So aber im Ergebnis Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 222 ff.

⁶¹⁸ Zum sog. „Europäischen Pass“ für EG-Kreditinstitute vgl. B. I. 1. a).

⁶¹⁹ Siehe hierzu ausführlich unter B. I. 1. a) und b).

Die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG knüpft an die Vorgaben der einschlägigen Richtlinienbestimmungen (Art. 16 Bankrechtskodifizierungsrichtlinie/ Art. 9 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) an, wonach die zuständigen Bankaufsichtsbehörden „die erforderlichen Maßnahmen“ gegen unzuverlässige Anteilseigner, die eine qualifizierte Beteiligung direkt oder indirekt halten, zu ergreifen haben. Sie greift mit der dem BAKred eingeräumten Möglichkeit, die Veräußerung von Anteilen zwangsweise herbeiführen zu können, keine der in den Richtlinien (beispielhaft) aufgezählten Maßnahmen auf; dies ist jedoch mit den betreffenden Richtlinien vereinbar.

Der Gesetzgeber hat bei dem Erlass der über den EG-rechtlichen Mindeststandard hinausgehenden Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG einen von den Richtlinienbestimmungen eingeräumten Umsetzungsspielraum ausgenutzt. Die im Grundgesetz niedergelegten Grundrechte sind nach alledem Prüfungsmaßstab für die Frage, ob § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG mit höherem Recht vereinbar ist.

2. Art. 14 GG

a) Schutzbereich

Unter den Schutz des Eigentumsgrundrechts fallen im Bereich des Privatrechts grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.⁶²⁰ Dies trifft auf Anteile, die von dem Begriff der bedeutenden Beteiligung erfasst werden,⁶²¹ zweifellos zu.⁶²² Problematisch ist hingegen, ob § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG das BAKred in der zweiten Stufe des dort geregelten Verfahrens zu einer Administrativenteignung ermächtigt oder ob der dort vorgesehene Zwang zur Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums aktualisiert. Für die vorzunehmende Abgrenzung ist, wie sogleich zu zeigen sein wird, die Regelung des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG von besonderer Bedeutung.

⁶²⁰ BVerfG NJW 2000, 413, 414.

⁶²¹ Vgl. B. V. 3. a) bb).

⁶²² Vgl. BVerfGE 50, 290, 342: „Das Anteilseigentum ist in seinem mitgliedschaftsrechtlichen und seinem vermögensrechtlichen Element gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum.“

b) Bedeutung des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG (Junktivklausel)

Nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG darf eine Enteignung nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Bei der Erfüllung dieser Regelungspflicht hat der Gesetzgeber die Entschädigung unter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG).

Der Verknüpfung von Enteignung und Entschädigungsregelung kommt eine doppelte Funktion zu:

Sie dient zunächst dem Ziel, dass der Zugriff auf die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Güter in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren durchgeführt wird, wenn der Betroffene den Zugriff auf sein Eigentum dulden muss. Sie soll sicherstellen, dass ihm eine verfassungsmäßige Entschädigung geleistet wird, wenn das Enteignungsgesetz zur Anwendung kommt. Damit wird zugleich ein willkürliches Vorgehen der Verwaltung und der Gerichte.⁶²³

Neben dieser grundrechtssichernden Aufgabe soll das Junktiv den Gesetzgeber veranlassen, das Gesetz daraufhin zu prüfen, ob der zu regelnde Sachverhalt einen Enteignungstatbestand im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG darstellt, bei dessen Vorliegen eine Entschädigung geleistet werden muss, die die öffentlichen Haushalte belastet. Der Gesetzgeber soll sich auch schlüssig werden, in welcher Art und in welchem Umfang zu entschädigen ist. Damit wird zugleich verhindert, dass unter dem Deckmantel von Inhaltsbestimmungen Enteignungsvorschriften geschaffen werden (Warn- oder Offenbarungsfunktion).⁶²⁴

Soweit Art 14 Abs. 3 Satz 2 GG bestimmt, dass das Enteignungsgesetz Art und Ausmaß der Entschädigung regeln muss, bedeutet dies, dass es nicht Sache der Verwaltung und auch nicht der Gerichte ist, die für die Bemessung der Entschädigung maßgeblichen Grundlagen zu bestimmen.⁶²⁵ Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob die Entschädigung in Geld oder anderen Werten bestehen soll und welche Bewertungsgrundlagen sowie welche Maßstäbe entscheidend sein sollen.⁶²⁶

⁶²³ BVerfGE 46, 268, 287.

⁶²⁴ BVerfG, a. a. O.

⁶²⁵ BVerfGE 24, 367, 419.

⁶²⁶ BVerfG, a. a. O.

Diesen Anforderungen würde die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG – wenn sie als Enteignungsgesetz aufzufassen wäre – nicht genügen.

Der Kaufpreis, den der betroffene Anteilseigner im Rahmen der treuhänderischen Veräußerung der Anteile von dem Erwerber erhalten würde,⁶²⁷ stellt bereits begrifflich keine Entschädigungsleistung im Sinne des Art 14 Abs. 3 Satz 2 GG dar. Denn der Treuhänder veräußert die betreffenden Anteile auf Grund des vom BAKred erteilten Auftrags im Namen des Anteilseigners, woraus sich ergibt, dass mit der Kaufpreiszahlung lediglich ein zivilrechtlicher Anspruch erfüllt wird, den der betroffene Anteilseigner gegen den Erwerber hat. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG erfasst aber nur staatliche Entschädigungsleistungen, das heißt öffentlich-rechtliche Leistungen, die die öffentlichen Haushalte belasten.⁶²⁸

Für den mit der Beauftragung des Treuhänders einhergehenden Verlust der Verfügungsbefugnis erhält der Anteilseigner keinen gesonderten Ausgleich.

Aber selbst wenn die Kaufpreiszahlung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Entschädigungsleistung aufgefasst werden könnte, hätte § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG nicht das Ausmaß der Entschädigung geregelt. Die Höhe des Kaufpreises wird durch übereinstimmende Willenserklärungen des Treuhänders und des Käufers der Beteiligung festgelegt; sie ist also das Ergebnis von Vertragsverhandlungen dieser Personen.

Entspricht ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenes Enteignungsgesetz nicht den Erfordernissen des Art 14 Abs. 3 Satz 2 GG, so ist kein gültiges Enteignungsgesetz vorhanden.⁶²⁹ Die unlösbare Verknüpfung aller verfassungsrechtlichen Enteignungsvoraussetzungen macht die Gesamtregelung verfassungswidrig, wenn sie auch nur in einem Punkt nicht dem Grundgesetz entspricht.⁶³⁰ Die einzelne Enteignung ist in diesem Fall rechtswidrig, weil keine der Verfassung gemäße Rechtsgrundlage vorliegt, die die verfassungsrechtliche Duldungspflicht der Betroffenen in rechtsstaatlicher Weise konkretisiert und den Eingriff in das Eigentum legitimiert.⁶³¹

⁶²⁷ Zur rechtlichen Konstruktion der treuhänderischen Veräußerung vgl. C. I. 4. b) dd) bbb).

⁶²⁸ BVerfGE 46, 268, 287.

⁶²⁹ BVerfGE 24, 367, 418; 46, 268, 287; 58, 300, 319.

⁶³⁰ BVerfGE 24, 367, 418; 46, 268, 287.

⁶³¹ BVerfGE 46, 268, 287.

Wenn § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ein Enteignungsgesetz wäre, wäre die gesamte Regelung nach alledem verfassungswidrig. Die einzelne „Enteignung“ wäre rechtswidrig.

c) Zur Frage, ob ein Enteignungsgesetz oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt

aa) Begriffsbestimmungen

Der klassische Enteignungsbegriff hatte sich im 19. Jahrhundert herausgebildet, als der Staat infolge der industriellen Entwicklung gehalten war, notwendige Infrastruktureinrichtungen (z. B. Landstraßen, Eisenbahnen, Kanäle, Deiche usw.) zu schaffen, für die ein erheblicher Geländebedarf bestand.⁶³² Zu diesem Zweck wurden Enteignungsgesetze erlassen. Aus diesen Enteignungsgesetzen wurde sodann ein Enteignungsbegriff herausgebildet. Dieser definierte die Enteignung als entschädigungspflichtige Übereignung von Grundeigentum durch gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt an ein aus öffentlich-rechtlichen Gründen begünstigtes Unternehmen.⁶³³ Die klassische Enteignung war demnach ein Güterbeschaffungsvorgang.⁶³⁴

In der Weimarer Zeit wurde die Enteignung unter der Herrschaft des Art. 153 WRV in der Rechtsprechung des Reichsgerichts definiert als „derjenige von einem übergeordneten öffentlichen Zweck geforderte, durch Gesetz oder gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt erfolgende, entschädigungspflichtige Eingriff in vermögenswerte Rechte von Einzelnen oder Gruppen, der, sei es in der Gestalt der Entziehung, sei es in der Gestalt der Belastung der Rechte, die betroffenen Rechtsträger ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt.“⁶³⁵ Gegenüber dem klassischen Enteignungsbegriff erfolgte eine Erweiterung hinsichtlich des Gegenstandes (auch alle sonstigen vermögenswerten privaten Rechte), der Rechtsform (auch durch Gesetz), des Rechtsvorganges (auch Beschränkungen des Eigentums) und des Zwecks (auch allgemein im öffentlichen Interesse) der Enteignung.⁶³⁶

⁶³² Ossenbühl, JuS 1993, 200, 201.

⁶³³ Hierzu BGHZ 6, 270, 276.

⁶³⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Teil, § 26 Rdnr. 8; Ossenbühl, JuS 1993, 200, 201.

⁶³⁵ So die Zusammenfassung in BGHZ 6, 270, 276 mit Hinweis auf RGZ 150, 9, 13 und weiteren Nachweisen.

⁶³⁶ Vgl. hierzu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Teil, § 26 Rdnr. 9.

Bei der Bestimmung des Enteignungsbegriffes des Grundgesetzes knüpfte der Bundesgerichtshof zunächst an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an. Nach seiner früher von ihm vertretenen Auffassung handelte es sich bei der Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG „um einen gesetzlich zulässigen zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, sei es in Gestalt der Entziehung oder der Belastung, der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreis der Rechtsträger Einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft.“⁶³⁷ Demgegenüber wurde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Enteignung von der entschädigungslosen Inhaltsbestimmung des Eigentums durch die Schwere und Tragweite des Eingriffs abgegrenzt.⁶³⁸ In der Literatur wurden unterschiedliche Enteignungstheorien vertreten.⁶³⁹ Die vermittelnde Privatnützigkeitslehre ging beispielsweise davon aus, dass der Tatbestand der Enteignung immer dann gegeben sei, wenn das Eigentum seiner wesenhaften Funktion innerhalb des gesamten Wirtschaftsprozesses entzogen und damit seinem eigentlichen Zweck entfremdet wird.⁶⁴⁰ Über alle unterschiedlichen Enteignungstheorien hinweg gingen der Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht und die herrschende Lehre davon aus, dass die auf Art. 14 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 GG gestützte entschädigungslose Sozialbindung jenseits einer bestimmten (Opfer-, Zumutbarkeits- oder Schwere-) Grenze zur entschädigungspflichtigen Enteignung wird.⁶⁴¹

Nach dem bereits dargestellten Regelungsgehalt des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG⁶⁴² kann indes eine Abgrenzung der Institute der Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und der Enteignung andererseits nicht dadurch erfolgen, dass auf den erfolgten Eingriff, insbesondere seine Schwere oder Intensität, abgestellt wird. Art. 14 Abs. 3 GG enthält nach seinem Wortlaut keine unmittelbare Anspruchsgrundlage für eine Entschädigungsleistung.⁶⁴³ Vielmehr ist nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die Art und Ausmaß

⁶³⁷ BGHZ 6, 270, 279 f.

⁶³⁸ BVerwGE 5, 143, 145.

⁶³⁹ Vgl. den Überblick von Kimminich, in: GG, Bonner Kommentar, Art. 14 Rdnr. 196 ff.

⁶⁴⁰ Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 14 Rdnr. 10, m. w. N.

⁶⁴¹ So das Resümee von Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rdnr. 52.

⁶⁴² Vgl. D. I. 2. b).

⁶⁴³ Vgl. hierzu BVerfGE 58, 300, 324.

der Entschädigung regelt. Maßgebend für die Abgrenzung können nur die Form und die Zweckrichtung des Eingriffs sein.⁶⁴⁴

Aus diesen Gründen ist das Bundesverfassungsgericht den materiellen Abgrenzungstheorien entgegengetreten.⁶⁴⁵ Nach seiner ständigen Rechtsprechung kann eine Regelung, die Inhalt und Schranken des Eigentums festlegt, auch dann nicht in eine entschädigungspflichtige Enteignung umgedeutet werden, wenn sie die Eigentümerbefugnisse über das verfassungsrechtlich zulässige Maß hinaus beeinträchtigt.⁶⁴⁶ Die Enteignung, mit der der Staat auf Eigentum des Einzelnen zugreife, sei darauf gerichtet, konkrete Rechtspositionen, die durch Art. 14 GG geschützt sind, zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vollständig oder teilweise zu entziehen.⁶⁴⁷ Demgegenüber beinhalte eine Inhalts- und Schrankenbestimmung die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind.⁶⁴⁸ Dieser zutreffende Ansatz, der von einer strikten Trennung der Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und der Enteignung andererseits ausgeht, wird inzwischen von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶⁴⁹, des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁵⁰ und auch weitgehend vom Schrifttum⁶⁵¹ mitgetragen.

bb) Problematik des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG

Bereits im Zusammenhang mit der Erörterung der Junktimklausel wurde erwähnt, dass nach Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG eine Enteignung durch Gesetz (Legalenteignung) oder auf Grund eines Gesetzes (Administrativenteignung) erfolgen kann. Bei der Legalenteignung werden einem bestimmten Personenkreis konkrete Eigentumsrechte durch ein Gesetz genommen; bei

⁶⁴⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Teil, § 26 Rdnr. 12 und 27.

⁶⁴⁵ Vgl. BVerfGE 58, 300.

⁶⁴⁶ BVerfGE 52, 1, 27; 58, 300, 320; 79, 174, 192; 100, 226, 240; BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz-Nr. 43, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁴⁷ BVerfGE 52, 1, 27; 72, 66, 76; 79, 174, 191; 100, 226, 239 f.; BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz-Nr. 41, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁴⁸ BVerfGE 52, 1, 27; 72, 66, 76; die Definition wird auch vorausgesetzt in BVerfGE 100, 226, 240; BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz- Nr. 42, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁴⁹ BGHZ 99, 24, 28.

⁶⁵⁰ BVerwGE 77, 295, 297 f.

⁶⁵¹ Siehe nur Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rdnr. 55 m. w. N.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 31 und 62; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Teil, § 26 Rdnr. 41 ff.; Schmitt-Kammler, NJW 1990, 2515, 2516; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14 Rdnr. 153 ff.

der Administrativenteignung geschieht dies durch einen behördlichen Vollzugsakt auf Grund gesetzlicher Ermächtigung zu einem solchen Zugriff.⁶⁵²

Die hier in Frage stehende Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG führt jedenfalls nicht zu einer Legalenteignung. Denn § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG nimmt offensichtlich nicht (selbst) einem bestimmten Personenkreis konkrete Eigentumsrechte. Vielmehr ermächtigt die Vorschrift in der zweiten Stufe des dort geregelten Verfahrens das BAKred zur Beauftragung eines Treuhänders mit der Veräußerung einer Institutsbeteiligung, wodurch die Verfügungsbefugnis über die Beteiligung auf diesen übergeht.⁶⁵³ Die Tatsache, dass dabei zwischen dem staatlich angeordneten Übergang der Verfügungsbefugnis auf einen Treuhänder und – sodann – einem privatrechtlichen Vorgang, nämlich der Veräußerung der Institutsbeteiligung durch den Treuhänder im Namen und für Rechnung des Anteilseigners, unterschieden werden muss,⁶⁵⁴ spricht nicht gegen das Vorliegen einer Enteignung. Der (spätere) Veräußerungsvorgang ist zwar kein staatlicher Entzugsakt, sondern ein privatrechtlicher Vorgang. Auf der Grundlage der soeben dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann aber auf den staatlich angeordneten Übergang der Verfügungsbefugnis über die Institutsbeteiligung auf den Treuhänder abgestellt werden, da der Begriff der Enteignung hiernach keine (vollständige) Übertragung des Eigentumsobjekts voraussetzt. Ausreichend ist ein staatlicher Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen, der darauf gerichtet ist, eine konkrete Rechtsposition, die durch Art. 14 GG geschützt ist, teilweise zu entziehen. Diese Voraussetzungen erfüllt die Übertragung der Verfügungsbefugnis über eine Institutsbeteiligung auf einen Treuhänder.

Für die Beantwortung der Frage, ob § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG zu einer Administrativenteignung ermächtigt, kommt es folglich darauf an, ob das in dem Enteignungsbegriff des Bundesverfassungsgerichts außerdem enthaltene Merkmal „zur Erfüllung *bestimmter* öffentlicher Aufgaben“ gegeben ist. Fraglich ist, ob es für die Bejahung einer Enteignung ausreichend ist, dass die in § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG vorgesehene Zwangsveräußerung dem Zweck der bankaufsichtlichen Gefahrenabwehr – eine öffentliche Aufgabe zum Wohl der Allgemeinheit⁶⁵⁵ – dient.

⁶⁵² BVerfGE 100, 226, 240; BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz-Nr. 41, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁵³ Vgl. C. I. 4. b) dd) bbb).

⁶⁵⁴ Vgl. C. I. 4. b) dd) bbb).

⁶⁵⁵ Vgl. § 6 Abs. 4 KWG, allgemein zum Zweck der Bankenaufsicht unter B. III. 1. und speziell zu den Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle im Rahmen der bankaufsichtlichen Gefahrenabwehr unter B. IV.

cc) Problematik der Konkretisierung des die Enteignung kennzeichnenden Merkmals „zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“

Die Beantwortung der soeben gestellten Frage kann nicht dadurch umgangen werden, dass man die Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und die Enteignung andererseits rein begrifflich nach den Merkmalen abstrakt/generell – konkret/individuell abgrenzt. Auch vom Gesetzgeber generell gemeinte Verkürzungen des Eigentumsinhalts konkretisieren sich im Einzelfall.⁶⁵⁶ Andererseits beruht auch die Administrativenteignung auf einem generellen Gesetz. Eine wertende Auslegung des Gesetzes daraufhin, ob es seinem Sinn nach eine generelle Inhaltsbestimmung vornimmt (die sich im Einzelfall konkretisiert) oder zu einer die Eigentumsordnung ausnahmsweise durchbrechenden Enteignung ermächtigt, ist daher nicht zu vermeiden.⁶⁵⁷ Wo die Grenze zwischen einer aufgabenbezogenen Entziehung, insbesondere einer Teilentziehung, und einer Beschränkung bzw. Aufhebung des Eigentums im Wege der Inhalts- und Schrankenbestimmung verläuft, ist unsicher.⁶⁵⁸ Die Abgrenzung kann nicht nach materiellen Gesichtspunkten (Zumutbarkeit, Schwere bzw. Überschreiten eine Opfergrenze) erfolgen, da dies, wie bereits gezeigt wurde,⁶⁵⁹ dem Regelungsgehalt des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG widersprechen würde. Es müssen folglich Kriterien gefunden werden, die das Merkmal „zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“ in der Weise konkretisieren, dass eine randscharfe Abgrenzung einer Administrativenteignung von einem Entzugsakt, der eine Inhalts- und Schrankenbestimmung aktualisiert, möglich ist.

dd) Analyse der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

aaa) Entscheidung zum Viehseuchengesetz aus dem Jahre 1966

Kriterien für die Abgrenzung der Enteignung von Inhalts- und Schrankenstimmungen aktualisierenden Entzugsakten können im Zusammenhang mit dem Bereich „Gefahrenabwehr“ dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1966 zum Viehseuchengesetz⁶⁶⁰ entnommen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung eine landesgesetzliche Ausführungsregelung zum Viehseuchengesetz für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärt,

⁶⁵⁶ Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rdnr. 58.

⁶⁵⁷ Vgl. Bryde, a. a. O.

⁶⁵⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 65; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14 Rdnr. 149.

⁶⁵⁹ D. I. 2. c) aa).

⁶⁶⁰ BVerfGE 20, 351.

soweit die Regelung eine Entschädigung für die Tötung von Hunden versagt, von denen anzunehmen ist, dass sie mit tollwutkranken Tieren in Berührung gekommen sind. Es hat dabei auch zu der Frage Stellung genommen, ob eine Enteignung vorliegt und hierzu Folgendes ausgeführt:⁶⁶¹

„Der entscheidende Gesichtspunkt, der dagegen spricht, Fälle der hier vorliegenden Art als Enteignung anzusehen, ist (wie auch das Bundesverwaltungsgericht darlegt), daß die allgemeine Konstellation der Interessen, die Art, wie hier das öffentliche Interesse dem Privateigentum gegenübertritt, anders ist als in den typischen Fällen der Enteignung. Bei diesen liegt es so, daß die öffentliche Gewalt aus eigenem Interesse aktiv, offensiv gegen den Privateigentümer vorgeht, weil sie sein Eigentum für einen öffentlichen Zweck ‚braucht‘, d. h. in irgendeiner Weise nutzen will. Im vorliegenden Fall wird dagegen ein bestimmter Eigentumsgegenstand – das Tier - wegen seiner Beschaffenheit, wegen eines gefährlichen Zustands, in dem es sich befindet, dem Eigentümer entzogen. Der Staat ist hier nicht primär am Eigentum interessiert; er bedarf seiner nicht, er will es nicht wirtschaftlich oder sonstwie nutzen. Er verhält sich defensiv, er geht gegen das Eigentum nur vor, um Rechtsgüter der Gemeinschaft – und damit letztlich auch des Eigentümers selbst – vor Gefahren zu schützen, die von dem Eigentum ausgehen. Er wird nicht im Blick auf die Eigentumsentziehung tätig, sondern erfüllt die Pflicht der Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit. Daß er dabei das Privateigentum aufgreifen und schmälern, äußerstenfalls vernichten muß, ist eine im Prinzip unerwünschte, aber notwendige Nebenwirkung, Der Staat tut damit im Grunde etwas, was der gewissenhafte Eigentümer selbst tun müßte, sobald er erkennt, daß von seinem Eigentum Gefahren für die Öffentlichkeit ausgehen (vgl. § 36 des Viehseuchengesetzes).“

Außerdem hat das Gericht folgende Erläuterung gegeben:

„Der Grundsatz: Sachen, von denen erhebliche Gefahren für die öffentliche Gesundheit ausgehen, können dem Eigentümer ohne Entschädigung entzogen (und vernichtet) werden, stellt eine dem Sacheigentum immanente Sozialbindung dar, die sich auch ohne spezialgesetzliche Regelung unmittelbar aus Art. 14 Abs. 2 ergeben würde (...)“⁶⁶²

Die Aussagen der Entscheidung wurden in der Literatur dahin gehend verallgemeinert, dass in den Fällen, in denen vom Eigentum Einzelner eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, polizeiliche Maßnahmen, mit denen auf das Eigentum zugegriffen wird,⁶⁶³ als Sozialbindungen gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG anzusehen seien.⁶⁶⁴ Beim Zu-

⁶⁶¹ BVerfGE 20, 351, 359.

⁶⁶² BVerfGE 20, 351, 361.

⁶⁶³ Sicherstellung, Verwahrung, Verwertung gegen Herausgabe des Erlöses sowie Unbrauchbarmachung, Vernichtung und Einziehung einer Sache ohne Entschädigung.

⁶⁶⁴ Vgl. z. B. Drews, Wacke, Vogel, Martens, Gefahrenabwehr, S. 214 mit Hinweis auf die Ausführungen in BVerfGE 20, 351, 359, 361 in Fußnote 194.

griff auf das Beteiligungseigentum des aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Inhabers einer bedeutenden Beteiligung liegt der Fall aber anders: Der unzuverlässige Anteilseigner ist im weitesten Sinne „Handlungsstörer“; der Zugriff auf die Beteiligung hat ihren Grund nicht in einer gefahrbezüglichen Eigenschaft der Sache.

bbb) Entscheidung zur naturschutzrechtlichen Bindung des Eigentums aus dem Jahre 1989

Eher vergleichbar mit der hier in Frage stehenden Situation des Entzugs einer Eigentumsposition nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ist hingegen der Sachverhalt, der einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1989 zur naturschutzrechtlichen Bindung des Eigentums im Rahmen der Beschlagnahme und Einziehung nach § 21f Abs. 2 BNatSchG zugrunde lag.⁶⁶⁵ Der Beschwerdeführer legte innerhalb der in § 21f Abs. 2 Satz 3 BNatSchG vorgesehenen Frist von sechs Monaten nicht die erforderlichen Ein- und Ausfuhrdokumente für aus afrikanischem Elfenbein gefertigte Gegenstände vor. Die zunächst beschlagnahmten Gegenstände wurden nach Ablauf dieser Frist eingezogen. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde nicht an und führte in der Begründung des Beschlusses u. a. aus:

„Wenn der Gesetzgeber zum Schutz bestandsbedrohter Arten freilebender Tiere und Pflanzen vorschreibt, daß diejenigen eingeführten Exemplare, für die innerhalb der Frist des § 21 f II 3 BNatSchG nicht die erforderlichen Genehmigungen oder Dokumente nachgewiesen werden, eingezogen werden, so stellt dies eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gem. Art. 14 I 2 GG dar.“

Das Bundesverfassungsgericht verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass die bürgerlich-rechtliche Eigentumsordnung keine abschließende Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums sei.⁶⁶⁶ Eine dogmatische Begründung für die Einstufung der Einziehung nach § 21f Abs. 2 BNatSchG als Inhalts- und Schrankenbestimmung stellt dies nicht dar, denn damit wird nur die - zutreffende - Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass das BGB insoweit keine abschließende Regelung enthält.

⁶⁶⁵ Beschl. v. 19. Januar 1989 – 2 BvR 554/88 -, NJW 1990, 1229.

⁶⁶⁶ BVerfG, a. a. O.

ccc) Entscheidung zur Grundstückssanierung bei Altlasten aus dem Jahre 2000

Klarheit dürfte aber der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Februar 2000 – 1 BvR 242/91 – über zwei verbundene Verfassungsbeschwerden gebracht haben:⁶⁶⁷ Das Gericht hat dort im Zusammenhang mit der Problematik der Grundstückssanierung bei Altlasten entschieden, dass weder die gesetzlichen Vorschriften über die Zustandsverantwortlichkeit⁶⁶⁸, auf denen die in den Ausgangsverfahren angefochtenen (Sanierungs-) Anordnungen beruhten, noch diese Verwaltungsakte selbst, eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG darstellen.⁶⁶⁹ Die Regelungen würden keine Ermächtigung der Exekutive enthalten, ein bestimmtes von ihr zur Wahrung öffentlicher Aufgaben benötigtes Vermögensobjekt zu entziehen, sondern würden in genereller und abstrakter Weise die Pflicht des Eigentümers begründen, von seinem Grundstück ausgehende Gefahren für die Allgemeinheit zu beseitigen. Das Bundesverfassungsgericht stellte außerdem fest, dass diese Vorschriften und die daran anknüpfenden Befugnisse der Behörden somit in allgemeiner Form den Inhalt des Grundeigentums bestimmen würden. Der Staat, der den Zustandsverantwortlichen zum Zwecke der Gefahren- oder Störungsbeseitigung in Anspruch nimmt, greife auch nicht auf das Grundstück zu, „um es zur Erfüllung bestimmter Gemeinwohlzwecke zu *verwenden*.“⁶⁷⁰

Die beiden erörterten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Zustandshaftung können dahin gehend verallgemeinert werden, dass ein staatlicher Entzugsakt nur dann eine Enteignung sein kann, wenn der Staat die entzogene Eigentumsposition zur Erfüllung bestimmter Gemeinwohlzwecke dauerhaft *verwenden* will (z. B. in der Gestalt einer wirtschaftlichen Nutzung), wobei die Verwendung der entzogenen Eigentumsposition durch ein aus Gründen des Gemeinwohls begünstigtes Unternehmen der Verwendung durch den Staat gleichsteht⁶⁷¹. Dies dürfte auch die Begründung dafür sein, warum die Einziehung von Tieren und Pflanzen nach § 21f Abs. 2 BNatSchG keine Enteignung ist, denn hierbei geht es dem Staat nicht um eine Nutzung.

⁶⁶⁷ BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz-Nr. 1- 69, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁶⁸ In den zugrunde liegenden Fällen: § 7 PolG Baden-Württemberg in der Fassung vom 23. Januar 1992 (GBl. S. 1) bzw. Art. 9 Abs. 2 LStVG Bayern in der Fassung vom 13. Dezember 1982 (GVBl. S. 1098).

⁶⁶⁹ BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz-Nr. 42, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁷⁰ BVerfG, a. a. O.

⁶⁷¹ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Enteignung zugunsten privatrechtlich organisierter Unternehmen vgl. BVerfGE 74, 264, 284 ff.

d) Zwischenergebnis

Das Bundesverfassungsgericht definiert die Enteignung als staatlichen Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen, der darauf gerichtet ist, konkrete Rechtspositionen, die durch Art. 14 GG geschützt sind, zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vollständig oder teilweise zu entziehen.⁶⁷² Das in diesem Enteignungsbegriff enthaltene Merkmal „zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“ ist dahin gehend zu präzisieren, dass es sich um öffentliche Aufgaben handeln muss, bei denen der Staat die entzogene Eigentumsposition zur Erfüllung bestimmter Gemeinwohlzwecke dauerhaft verwenden will, wobei die Verwendung der entzogenen Eigentumsposition durch ein aus Gründen des Gemeinwohls begünstigtes Unternehmen der Verwendung durch den Staat gleichsteht.⁶⁷³ Vor diesem Hintergrund kann § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG nicht als Ermächtigungsgrundlage für eine Administrativenteignung eingestuft werden. Der Staat kann zwar auf der Grundlage dieser Regelung auf eine geschützte Eigentumsposition des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung - nämlich die Verfügungsbefugnis über die Beteiligung – zugreifen und diese in der Weise entziehen, dass sie auf einen Treuhänder übertragen wird. Der Staat will diese Eigentumsposition aber nicht wirtschaftlich oder sonstwie dauerhaft nutzen. Vielmehr dient die Übertragung der Verfügungsbefugnis über die Institutsbeteiligung auf einen Treuhänder nur der Durchführung einer zwangsweisen Veräußerung der Beteiligung an einen aufsichtsrechtlich zuverlässigen Erwerber. Der Staat hat an der Beteiligung selbst kein Interesse. Es geht ihm ausschließlich darum, dem als aufsichtsrechtlich unzuverlässig eingestuften Anteilseigner seine Beteiligung, soweit sie eine bedeutende Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 KWG begründet, zu entziehen. § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG beinhaltet demzufolge eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, die sich in der Verpflichtung zur Veräußerung einer Institutsbeteiligung und deren Durchsetzung aktualisieren kann.

e) Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen

aa) Prüfungsmaßstab

Der Gesetzgeber, der Inhalt und Schranken der als Eigentum grundrechtlich geschützten Rechtspositionen bestimmt, hat dabei sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privat-

⁶⁷² Vgl. D. I. 2. c) aa).

⁶⁷³ Vgl. D. I. 2. c) dd) ccc).

eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) Rechnung zu tragen. Das Wohl der Allgemeinheit, an dem sich der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums zu orientieren hat, ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentümers. Der Gesetzgeber hat dabei die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen zu halten. Er ist insbesondere an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.⁶⁷⁴

Die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ist nicht für alle Sachbereiche gleich. Soweit das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz. Demgegenüber ist die Gestaltungsfreiheit umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung.⁶⁷⁵ Diese Grenzen sind im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Eigentumsbindung zu prüfen.⁶⁷⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung einen erheblichen Prognose- und Beurteilungsspielraum hat.⁶⁷⁷

bb) Verhältnismäßigkeit

Problematisch ist allein, ob die von § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG getroffenen Regelungen verhältnismäßig, d. h. geeignet, erforderlich und zumutbar sind.

aaa) Regelungszweck und Umfang der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers

Mit der Anteilseignerkontrolle bei den der Bankenaufsicht unterliegenden Unternehmen soll nicht nur das einzelne Institut vor schädlichen Einflüssen aufsichtsrechtlich unzuverlässiger Anteilseigner bewahrt werden, vielmehr hat sie auch den verfassungslegitimen Zweck, das Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes insgesamt zu gewährleis-

⁶⁷⁴ Vgl. zu alledem BVerfGE 100, 226, 240 f.; BVerfG 1 BvR 242/91 vom 16.2.2000, Absatz-Nr. 44, <http://www.bverfg.de/>.

⁶⁷⁵ Vgl. BVerfG, a. a. O.

⁶⁷⁶ BVerfGE 53, 257, 292.

⁶⁷⁷ BVerfGE 8, 71, 80; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rdnr. 33.

ten.⁶⁷⁸ Das Beteiligungseigentum an Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten weist einen ausgeprägten sozialen Bezug auf, der sich aus der zentralen Stellung des Bankgewerbes in der Volkswirtschaft⁶⁷⁹ und dessen besonderer Vertrauensempfindlichkeit⁶⁸⁰ ergibt. Dem Gesetzgeber steht deshalb in diesem Sachbereich eine weite Gestaltungsbefugnis zu.

bbb) Geeignetheit

Das in § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG geregelte Verfahren ist geeignet, den Zweck des Gesetzes zu erfüllen. Mit der Veräußerung der Anteile, die eine bedeutende Beteiligung i. S. d. § 1 Abs. 9 KWG begründen, verliert der betroffene aufsichtsrechtlich unzuverlässige Anteilseigner seine auf dem Beteiligungseigentum beruhenden Einflussmöglichkeiten vollständig. Hierdurch kann das Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes gefördert werden.

ccc) Erforderlichkeit

§ 2b Abs. 2 KWG sieht im Rahmen der Erwerberkontrolle ein abgestuftes Eingriffsinstrumentarium vor. Die Untersagung der Ausübung der Stimmrechte, die Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder und die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (Zustimmungserfordernis) sind als Sofortmaßnahmen konzipiert.⁶⁸¹ Mit der Zwangsveräußerung der Anteile, die eine bedeutende Beteiligung begründen, endet das Kontrollverfahren gegenüber dem als unzuverlässig eingestuften Anteilseigner.⁶⁸² Das Gesetz regelt damit selbst Maßnahmen der Anteilseignerkontrolle, die den unzuverlässigen Anteilseigner weniger belasten als die Zwangsveräußerung, geht aber davon aus, dass diese Maßnahmen im Einzelfall nicht ausreichend sein können, um die Zielsetzungen der Anteilseignerkontrolle zu erreichen.

Zu prüfen ist, ob die Ermächtigung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG unter diesem Gesichtspunkt zu beanstanden ist. Das wäre der Fall, wenn eines der übrigen in § 2b Abs. 2 KWG vorgesehenen (milderen) Aufsichtsmittel generell als genauso wirksam wie die Erzwingung der Veräußerung der bedeutenden Beteiligung anzusehen wäre; andere Aufsichtsmittel als die bereits

⁶⁷⁸ Vgl. B. IV.

⁶⁷⁹ Vgl. B. III. 1.

⁶⁸⁰ Vgl. B. III. 1.

⁶⁸¹ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139.

⁶⁸² Vgl. C. I. 4. b) dd).

in § 2b Abs. 2 KWG geregelt sind nicht ersichtlich. Bei der Prüfung dieser Aufsichtsmittel ist zu berücksichtigen, dass die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (Zustimmungserfordernis) nur eine Sicherungsmaßnahme ist, die verhindern soll, dass der unzuverlässige Anteilseigner seine Anteile auf einen Strohmännchen überträgt, bevor sie an bankaufsichtlich unbedenkliche Interessenten veräußert werden können,⁶⁸³ d. h. die Maßnahme steht in einem unlöslichen Zusammenhang mit § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG. Die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung kann folglich nicht als eigenständiges Aufsichtsmittel angesehen werden. Zu fragen ist daher, ob die in § 2b Abs. 2 Satz 1 und 2 KWG vorgesehene Möglichkeit, dem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Institutsbeteiligung die Ausübung der Stimmrechte zu untersagen (ggf. in Verbindung mit der Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder) generell als gleich wirksames Mittel im Vergleich zu der Erzwingung der Veräußerung von Anteilen anzusehen ist.

In dem Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur Änderung des § 2b KWG (im Rahmen des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes) findet sich zu dieser Problematik die Stellungnahme, dass die Möglichkeit der Stimmrechtsuntersagung, selbst in Verbindung mit der Übertragung der Ausübung der Stimmrechte auf einen Treuhänder, im Einzelfall unzureichend sein könne, da sie die Fälle der faktischen Einflussnahme auf das Institut oder dessen Geschäftsleitung nicht erfasse.⁶⁸⁴ Der Finanzausschuss ging offenbar davon aus, es würde in diesem Fall bei den Geschäftspartnern des betroffenen Instituts die Befürchtung bleiben, die Bankenaufsicht könnte nach einer gewissen Frist gezwungen sein, diese Maßnahmen zu widerrufen, wodurch der betroffene Anteilseigner seine Stimmrechte wieder ausüben könnte. Davon ausgehend würde der aufsichtsrechtlich unzuverlässige Anteilseigner noch immer über ein „Drohpotential“ gegenüber der Geschäftsleitung des Instituts verfügen; das Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes wäre nicht vollständig gewährleistet.

Es bedarf keiner Klärung, ob dieser Gesichtspunkt allein die Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG rechtfertigen kann. Denn es lassen sich weitere Gründe anführen, die die Regelung als erforderlich erscheinen lassen: So würde das betroffene Institut im Fall der gegenüber einem maßgeblichen Anteilseigner ausgesprochenen Stimmrechtsuntersagung selbst dann mit einem Makel behaftet bleiben, wenn die Ausübung der Stimmrechte auf einen Treuhänder übertra-

⁶⁸³ Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁶⁸⁴ Bericht zur Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zu § 2b KWG, BT-Drs. 13/9874, S. 139 f.

gen wird, da der betroffene Anteilseigner seine übrigen Mitgliedschaftsrechte, das heißt Verwaltungsrechte und ggf. einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, behielte. Andererseits kann es, insbesondere soweit es um eine Mehrheitsbeteiligung geht, nicht Aufgabe eines staatlich eingesetzten Treuhänders sein, dauerhaft die Verantwortung für unternehmerische Entscheidungen zu übernehmen. Es ist ferner auch nicht sichergestellt, dass sich in jedem Fall eine geeignete Person findet, die bereit ist, diese Aufgabe zu übernehmen. Dies könnte, wenn es um eine 100%ige Beteiligung oder um das jeweils ausschließlich auf der Hauptversammlung vertretene Kapital geht, sogar zur völligen Arbeitsunfähigkeit der Hauptversammlung eines Instituts in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft führen.

Es soll an dieser Stelle außerdem nochmals darauf hingewiesen werden, dass der Anzeigende, dem der Erwerb einer bedeutenden Beteiligung nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG untersagt wurde, trotz eines derartigen Verbots eine solche Beteiligung an einem Institut zivilrechtlich wirksam erwerben kann.⁶⁸⁵ Ohne die Möglichkeit, in diesem Fall eine Zwangsveräußerung der rechtswidrig erworbenen Beteiligung herbeiführen zu können (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG i. V. m. § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG), würde die Regelung des § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG leer laufen.

Die in § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG vorgesehene Möglichkeit, dem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung die Ausübung der Stimmrechte zu untersagen, kann daher nach alledem nicht generell als gleich wirksames Mittel im Vergleich zu der Erzwingung der Veräußerung der Beteiligung angesehen werden.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Möglichkeit einer Zwangsveräußerung eine generalpräventive Wirkung zum Schutz des Bankensektors entfaltet und auch insoweit als erforderlich angesehen werden kann. Im Übrigen ist sie das mildere Mittel gegenüber der ebenfalls möglichen Aufhebung der Erlaubnis des Instituts.⁶⁸⁶ Denn andere Erwerbsinteressenten sind regelmäßig nur an einem Unternehmen mit Erlaubnis nach § 32 KWG interessiert, so dass der Marktwert der Beteiligung im Fall einer Erlaubnisaufhebung erheblich sinken würde und damit die Vermögensinteressen des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung noch stärker berührt wären.

⁶⁸⁵ Siehe C. I. 3. b) cc).

⁶⁸⁶ Zur Möglichkeit der Erlaubnisaufhebung vgl. C. IV.

Nach alledem hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner ihm durch Art. 14 Abs. 1 und 2 GG eingeräumten Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Beurteilung der Erforderlichkeit der Regelung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG nicht überschritten.

ddd) Zumutbarkeit

Die Belastung des von einer Eigentumsbindung betroffenen Eigentümers muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Regelung verfolgten Ziel stehen. Bei einer Gegenüberstellung zwischen Intensität, Schwere und Tragweite des Eingriffs einerseits und Gewicht sowie Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt werden.⁶⁸⁷ Durch die Beauftragung eines Treuhänders mit der Veräußerung verliert der betroffene Anteilseigner die Verfügungsbefugnis über die Anteile, die eine bedeutenden Beteiligung begründen. Dies ist ein erheblicher Eingriff in das durch Art. 14 GG geschützte Privateigentum. Andererseits hat der betroffene Anteilseigner, dessen fehlende aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit ein Anteilseignerkontrollverfahren erforderlich macht, es aber in der Hand, dem BAKred selbst einen aufsichtsrechtlich zuverlässigen Erwerber für die Anteile nachzuweisen. Nur wenn der Inhaber der bedeutenden Beteiligung die durch eine vorangehende Anordnung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG begründete öffentlich-rechtliche Pflicht zum Nachweis eines zuverlässigen Erwerbers innerhalb der gesetzten Frist nicht erfüllt, kann das BAKred einen Treuhänder mit der Veräußerung der Anteile beauftragen.⁶⁸⁸ Hinzu kommt, dass der Anteilseigner den Erlös aus der Veräußerung erhält, was die Intensität des Eingriffs mildert. Berücksichtigt man dies alles, so lässt sich gemessen an dem Zweck des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG, das Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes zu fördern, nicht feststellen, dass eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG die Grenze der Zumutbarkeit überschreitet.

eee) Nichtanwendbarkeit der besonderen Anforderungen an Ausgleichsregelungen

Der Umstand, dass der betroffene Anteilseigner den Erlös aus der Zwangsveräußerung erhält, dürfte allerdings dann nicht ohne Weiteres als Argument, das gegen eine Unverhältnismäßigkeit der Belastung spricht, verwendet werden, wenn es sich dabei um die Folge einer „Ausgleichsregelung im Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG“ handeln würde. Das

⁶⁸⁷ Vgl. BVerfGE 58, 137, 150; Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, S. 297.

⁶⁸⁸ Vgl. C. I. 4. b) dd).

Bundesverfassungsgericht hat in einer neueren Entscheidung zum Denkmalschutzrecht für das von ihm so bezeichnete Rechtsinstitut besondere Anforderungen aufgestellt, die vorliegen müssen, damit die Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.⁶⁸⁹ In der Literatur wird diese Fallgruppe als „ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung“ bezeichnet. Sie ist gegeben, wenn der Gesetzgeber zwar eine generelle Bestimmung des Eigentumsinhalts vornimmt, diese Eigentumsinhaltsbestimmung aber derart belastend für einzelne Eigentümer wirkt, dass die Regelung an sich gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstieße. Nur durch die Einräumung eines Ausgleichs wird die Belastung derart gemildert, dass die Regelung insgesamt als verhältnismäßig angesehen werden kann.⁶⁹⁰

Der Erlös, den der betroffene Anteilseigner bei einer Zwangsveräußerung nach § 2b Abs.2 Satz 3 KWG erhält, ist in diesem Sinn kein besonders eingeräumter Ausgleich für eine Inhaltsbestimmung des Eigentums, sondern eine Folge, die sich aus der rechtlichen Konstruktion dieses Vorganges ergibt: Der Treuhänder veräußert die betreffenden Anteile auf Grund des vom BAKred erteilten Auftrags im Namen des Anteilseigners. Hierdurch erhält der Anteilseigner einen Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises.⁶⁹¹ Es geht nicht um eine Härtefallregelung im Rahmen einer ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung, so dass die besonderen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht für diese Fallgruppe entwickelt hat, keine Anwendung finden.

§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG verstößt nach alledem nicht gegen Art. 14 GG.

⁶⁸⁹ Vgl. BVerfG, 1 BvL 7/91 vom 2.3.1999, Absatz-Nr. (99 - 104), <http://www.bverfg.de/>. Die Anforderungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Ausgleichsregelungen im Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.
- Sie sind unzulänglich, wenn sie sich darauf beschränken, dem Betroffenen einen Entschädigungsanspruch in Geld zuzubilligen. Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt, dass in erster Linie Vorkehrungen getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten.
- Der Gesetzgeber muss im Rahmen der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch Voraussetzungen, Art und Umfang des Ausgleichs der sonst unverhältnismäßigen Belastung regeln.
- Er hat außerdem seine materiellrechtlichen Ausgleichsregelungen durch verwaltungsverfahrenrechtliche Vorschriften zu ergänzen, die sicherstellen, dass mit einem die Eigentumsbeschränkung aktualisierenden Verwaltungsakt zugleich über einen dem belasteten Eigentümer gegebenenfalls zu gewährenden Ausgleich entschieden wird; bei finanzieller Kompensation ist zumindest dem Grunde nach über das Bestehen des Anspruchs zu entscheiden.

⁶⁹⁰ Roller, NJW 2001, 1003, 1005.

⁶⁹¹ Vgl. C. I. 4. dd) bbb) und D. I. 2. b).

3. Art. 12 GG

a) Eingriff in den Schutzbereich

Die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit umfasst jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage dient. Beruf ist danach nicht nur die aufgrund einer persönlichen „Berufung“ aufgenommene Tätigkeit, sondern jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft.⁶⁹² Bei diesem weiten, nicht personal gebundenen Berufsbegriff ist das Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar.⁶⁹³ Für die Frage, ob ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt, kommt es demnach nicht darauf an, ob der von einer Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG betroffene Anteilseigner eine natürliche oder eine juristische Person ist.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch die „Unternehmensfreiheit“, die sich auf die Gründung und Führung eines Unternehmens erstreckt.⁶⁹⁴ Das Grundrecht steht insoweit auch einem maßgebenden Anteilseigner zu.⁶⁹⁵

Durch eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG soll der unternehmerische Einfluss des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung (§ 1 Abs. 9 KWG) auf ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut endgültig unterbunden werden. Die Maßnahme führt somit zu einer Einschränkung der Berufsfreiheit des betroffenen Anteilseigners.

b) Rechtfertigung (Schranken)

Art. 12 Abs. 1 GG enthält ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit in dem Sinn, dass sich der Regelungsvorbehalt des Satzes 2 dem Grunde nach sowohl auf die Berufsausübung als auch auf die Berufswahl erstreckt.⁶⁹⁶ Die Regelungsbefugnis ist um der Berufsausübung willen gegeben und darf nur unter diesem Blickpunkt in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist sie umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, umso enger, je

⁶⁹² Zu alledem BVerfGE 97, 228, 252 f.

⁶⁹³ BVerfG, a. a. O.

⁶⁹⁴ BVerfGE 50, 290, 363.

⁶⁹⁵ BVerfG, a. a. O.

⁶⁹⁶ BVerfGE 7, 377, 402.

mehr sie auch die Berufswahl berührt.⁶⁹⁷ Vor diesem Hintergrund ist zwischen Berufsausübungsregelungen und subjektiven oder objektiven Berufswahlbeschränkungen zu unterscheiden.⁶⁹⁸

Die durch Anordnung gegenüber einem aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Anteilseigner begründete Verpflichtung zur Veräußerung der Beteiligung (die ggf. durch Einschaltung eines Treuhänders durchgesetzt wird) ist ihrer Wirkung nach vergleichbar mit der Untersagung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO.⁶⁹⁹ Für die letztgenannte Maßnahme ist anerkannt, dass sie dem Bereich der subjektiven Berufswahlbeschränkungen zuzuordnen ist.⁷⁰⁰ Für die in § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG vorgesehene Zwangsveräußerung kann nichts anderes gelten, d. h. sie kann als subjektive Berufswahlbeschränkung im Sinne der Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts⁷⁰¹ aufgefasst werden. Derartige Beschränkungen sind nur zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig.⁷⁰² Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, soll mit der Anteilseignerkontrolle bei den der Bankenaufsicht unterliegenden Unternehmen nicht nur die organisierte Kriminalität bekämpft und das einzelne Institut vor schädlichen Einflüssen aufsichtsrechtlich unzuverlässiger Anteilseigner bewahrt werden, vielmehr hat sie auch den verfassungslegitimen Zweck, das Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes insgesamt zu fördern.⁷⁰³ Im Hinblick auf die zentrale Stellung des Bankgewerbes in der Volkswirtschaft⁷⁰⁴ und dessen besondere Vertrauensempfindlichkeit⁷⁰⁵ kann nicht zweifelhaft sein, dass § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dient.

Im Rahmen der Schrankensystematik des Art. 12 Abs. 1 GG ist für die Prüfung der Frage, ob § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, von Bedeutung, dass Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG funktional aufeinander bezogen sind.⁷⁰⁶ Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit) des § 2b

⁶⁹⁷ BVerfGE 7, 377, 403.

⁶⁹⁸ BVerfGE 7, 377, 405 ff.

⁶⁹⁹ Der Unterschied zwischen einer Gewerbeuntersagung und der Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG besteht darin, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht selbst Betreiber des beaufsichtigten Gewerbebetriebes ist, ihm somit nicht die Ausübung eines Gewerbes, sondern nur die Ausübung eines Einflusses auf einen Gewerbebetrieb „untersagt“ wird.

⁷⁰⁰ Vgl. z. B. Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rdnr. 72.

⁷⁰¹ BVerfGE 7, 377, 405 ff.

⁷⁰² BVerfGE 13, 97, 107 sowie Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 33.

⁷⁰³ Vgl. B. IV.

⁷⁰⁴ Vgl. B. III. 1.

⁷⁰⁵ Vgl. B. III. 1.

⁷⁰⁶ BVerfGE 50, 290, 365.

Abs. 2 Satz 3 KWG richtet sich aus diesem Grunde auch bei Art. 12 Abs. 1 GG nach den zu Art. 14 GG dargelegten Grundsätzen⁷⁰⁷ und führt zu keinem anderen Ergebnis.

§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ist auch mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

4. Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet; ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative ist unantastbar.⁷⁰⁸ Allerdings ist auch die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet nur in den Schranken des zweiten Halbsatzes des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, vor allem denen der „verfassungsmäßigen Ordnung“. Erweist sich eine beschränkende Rechtsnorm als deren Bestandteil, so hat sie vor dem Grundrecht Bestand.

§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ist Bestandteil staatlicher Wirtschaftsgestaltung, deren Ziele und Mittel zu bestimmen grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist.⁷⁰⁹ Die Vorschrift verfolgt Zwecke des Gemeinwohls. Formelle oder materielle Fehler des Gesetzes sind nicht ersichtlich. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft/Bankwesen). Die Vorschrift steht mit dem Grundgesetz in Einklang und gehört daher zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG. § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG beschränkt nur die Entfaltung der Unternehmerinitiative der aufsichtsrechtlich unzuverlässigen Anteilseigner der der Bankenaufsicht unterliegenden Unternehmen. Der Kern der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Gesamtheit der Anteilseigner bzw. der Anteilseigner von Instituten i. S. d. § 1 Abs. 1b KWG wird hierdurch nicht berührt. § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG schränkt daher die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ein.

5. Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt

a) Vorüberlegungen

Für die Anteilseignerkontrolle nach dem KWG können die Grundfreiheiten Bedeutung erlangen, wenn der Erwerb einer Beteiligung an einem deutschen Kredit- oder Finanzdienstleis-

⁷⁰⁷ Vgl. D. I. 2. e) bb).

⁷⁰⁸ BVerfGE 50, 290, 366.

⁷⁰⁹ Vgl. BVerfGE 50, 290, 366 zu §§ 7, 27, 29 und 31 des Mitbestimmungsgesetzes von 1976.

tungsinstitut im grenzüberschreitenden Verkehr erfolgt. Ein Beispiel hierfür wäre der Fall, dass eine natürliche oder juristische Person mit Sitz in Frankreich ein Aktienpaket in Höhe von mindestens 10% des Nennkapitals⁷¹⁰ an einer deutschen Bank käuflich erwirbt.

Die Anwendung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG würde dazu führen, dass der ausländische Anteilseigner durch eine Anordnung des BAKred dazu verpflichtet wird, seine Beteiligung an einen zuverlässigen Dritten zu veräußern, und dass diese Verpflichtung ggf. im Wege des Verwaltungszwangs durch Einschaltung eines Treuhänders durchgesetzt wird.⁷¹¹

b) Die einschlägigen Grundfreiheiten

aa) Kapitalverkehrsfreiheit

Artikel 56 EG bestimmt, dass im Rahmen der Vorschriften des Kapitels 4 des Vertrages alle Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten sind. Kapitalverkehr im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EG ist die einseitige Werteübertragung in Form von Sach- oder Geldkapital, mithin Transaktionen, die zu Geldforderungen und –verpflichtungen führen; das Kapital ist hierbei ein Produktionsfaktor, der Ertrag bringt.⁷¹² Zahlungsverkehr (Art. 56 Abs. 2 EG) meint hingegen den freien grenzüberschreitenden Fluss von Zahlungsmitteln (Ein- und Ausfuhr).⁷¹³ Maßnahmen nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG beschränken die Kapitalverkehrsfreiheit, aber nicht die Zahlungsverkehrsfreiheit. Denn sie verhindern, dass Geldkapital dauerhaft in Aktien oder anderen Anteilen angelegt werden kann, und sind nicht darauf gerichtet, den freien grenzüberschreitenden Fluss von Zahlungsmitteln zu beeinträchtigen. Eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG betrifft den Erwerbsvorgang, nicht aber den Zahlungsvergang.

bb) Niederlassungsfreiheit

Nach Art. 43 Abs. 1 Satz 1 EG sind Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten“. Art.

⁷¹⁰ Zum Begriff der bedeutenden Beteiligung (§ 1 Abs. 9 KWG) als Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle siehe oben unter B. V.

⁷¹¹ Zu den Einzelheiten vgl. C. I. 4. b) dd).

⁷¹² Weber, in: Lenz, EG-Vertrag, Artikel 56 Rdnr. 5.

⁷¹³ Weber, a. a. O., Rdnr. 7.

43 Abs. 2 Satz 1 EG bestimmt, dass vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr „die Niederlassungsfreiheit ... die Gründung und Leitung von Unternehmen ... nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“ umfasst.

Nach dem heutigen Stand der Diskussion⁷¹⁴ besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit darüber, dass sich der Schutzgehalt des Art. 43 EG nicht im Grundsatz der Inländergleichbehandlung erschöpft, sondern die Niederlassungsfreiheit in bestimmten Konstellationen als Beschränkungsverbot verstanden werden muss.⁷¹⁵ Jedenfalls dann, wenn eine formal diskriminierungsfreie Maßnahme nicht nur die Ausübung, sondern die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat betrifft, ist es nach dem Sinn der Niederlassungsfreiheit geboten zu verlangen, dass bestimmte Rechtfertigungsgründe⁷¹⁶ vorliegen müssen.⁷¹⁷

Eine Beteiligung am Kapital eines Unternehmens kann dann als Niederlassungsvorgang im Sinne des Art. 43 EG aufgefasst werden, wenn der Kapitalgeber eine unternehmerische Rolle anstrebt und mit der Beteiligung auch tatsächlich einen unternehmerischen Einfluss ausüben könnte.⁷¹⁸ Durch die Zwangsveräußerung einer im grenzüberschreitenden Verkehr erworbenen Beteiligung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG wird eine Niederlassung in diesem Sinne unmöglich gemacht. Die Anwendung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG beschränkt dann die Niederlassungsfreiheit.

c) Aufsicht über Finanzinstitute als Beschränkungsgrund

aa) Voraussetzungen der Rechtfertigung

Nach Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG⁷¹⁹ berührt die in Art. 56 EG geregelte Kapitalverkehrsfreiheit „nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die unerlässlichen Maßnahmen zu tref-

⁷¹⁴ Zu der Entwicklung der Diskussion, ob die Niederlassungsfreiheit über das Gebot der Inländergleichbehandlung hinaus ein Beschränkungsverbot enthält, siehe nur Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43 Rdnr. 18 ff.; Schlag, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 43 EG Rdnr. 45 ff.

⁷¹⁵ Siehe nur Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 43 Rdnr. 28 ff.; Herdegen, Europarecht, Rdnr. 319; Lecheler, Einführung in das Europarecht, § 8 VI. 2. (S. 265); Schlag, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 43 EG Rdnr. 45 ff.

⁷¹⁶ Zu den Rechtfertigungsgründen siehe D. I. 5. c) aa) und bb).

⁷¹⁷ So im Ergebnis auch Lecheler, Einführung in das Europarecht, § 8 VI. 2. (S. 265).

⁷¹⁸ So wie hier im Ergebnis Müller-Huschke, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 294 EG Rdnr. 2; vgl. auch Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 56 EG Rdnr. 11 f.

⁷¹⁹ Zu Art. 58 EG unlängst, allerdings nicht zu den hier interessierenden Fragen: Falk Loose, Das Steuerrecht als Schranke der Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 58 EG), 2001.

fen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechtsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet ... der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern ...“. Die Maßnahmen müssen darauf gerichtet sein, einen Rechtsbruch zu verhindern.⁷²⁰ Gemäß Art. 58 Abs. 3 EG dürfen sie jedoch „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital(-) ... verkehrs im Sinne des Art. 56 darstellen.“

Außerdem ist zu prüfen, ob die Maßnahmen zur Erreichung des genannten Ziels (Aufsicht über Finanzinstitute) erforderlich sind und ob das Ziel nicht mit Maßnahmen erreicht werden könnte, die den freien Kapitalverkehr weniger einschränken.⁷²¹

bb) Anwendbarkeit auch auf die Niederlassungsfreiheit

Aus der Vorbehaltsklausel in Art. 43 Abs. 2 EG („Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr ...“) kann gefolgert werden, dass die im Kapitel über die Kapitalverkehrsfreiheit geregelten Beschränkungsgründe auch im Rahmen der Niederlassungsfreiheit anwendbar bleiben.⁷²² Aber selbst wenn die Vorbehaltsklausel nicht in diesem Sinne ausgelegt werden könnte, wäre Folgendes zu berücksichtigen:

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁷²³ sind nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, zulässig, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden,
- sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen,
- sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein und
- sie dürfen nicht über das hinaus gehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

⁷²⁰ Weber, in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 58 Rdnr. 5.

⁷²¹ Vgl. EuGH, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 22. Der EuGH hat in dem Urteil unmittelbar zu Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b) EG Stellung genommen und entschieden, dass die Ausfuhr von Hartgeld, Banknoten oder Inhaberschecks nur von einer vorherigen Anmeldung, nicht aber von einer Genehmigung abhängig gemacht werden dürfe, weil mit dem Anmeldeerfordernis dem staatlichen Schutzinteresse ausreichend gedient sei und ein Genehmigungsvorbehalt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit bedeuteten würde (vgl. hierzu Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 56 EG Rdnr. 10).

⁷²² Geiger, EUV/EGV, Art. 58 EG Rdnr. 5; Weber, in: Lenz, EG-Vertrag, Vorbem. Art. 56-60 Rdnr. 12.

⁷²³ EuGH, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 34 (Centros).

Mit Blick auf eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG entsprechen diese Voraussetzungen den Voraussetzungen des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG. Insbesondere kommt im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen einer Beschränkung der Grundfreiheiten als zwingender Grund des Allgemeininteresses ebenfalls nur der in Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG genannte Beschränkungsgrund („Aufsicht über Finanzinstitute“) in Betracht.⁷²⁴

cc) Prüfung der Voraussetzungen des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG

aaa) Finanzinstitut

Der Begriff „Finanzinstitut“ im Sinne des Art. 58 Abs. 1 EG Buchstabe b erste Alt. EG ist weiter⁷²⁵ als der Begriff „Kreditinstitut“⁷²⁶ und umfasst neben diesen Unternehmen auch EG-Wertpapierfirmen, Versicherungsunternehmen, Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren⁷²⁷ und sonstige Unternehmen oder Einrichtungen, deren Tätigkeit den genannten Unternehmen entspricht oder deren Haupttätigkeit im Erwerb von Finanzanlagen oder der Umwandlung von Finanzforderungen besteht.⁷²⁸ Der Beschränkungsgrund bezieht sich daher auf Maßnahmen auf dem Gebiet der Aufsicht über alle Institute im Sinne des § 1 Abs. 1b

⁷²⁴ Vgl. hierzu sogleich unter D. I. 5. c) cc) aaa) und bbb).

⁷²⁵ Argument aus Art. 105 Abs. 6 EG, wo von „Kreditinstituten und sonstigen Finanzinstituten“ die Rede ist.

⁷²⁶ Zum Kreditinstitutsbegriff i. S. d. EG-Rechts vgl. B. I. 1.

⁷²⁷ Zum Begriff vgl. Art. 1 Absatz 2 der Richtlinie 85/611/EWG (ABl. EG Nr. L 375 vom 31. 12. 1985).

⁷²⁸ Der Begriff der „Finanzinstitute“ wird für Art. 102 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 6 EG durch Art. 4 der VO (EG) Nr. 3604/93 (ABl. EG Nr. L 332 vom 31. 12. 1993) geklärt (vgl. Häde, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, Art. 102 EG Rdnr. 5) und gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch für Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b) erste Alt. EG. Die letztgenannte Bestimmung gibt im Wesentlichen den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 88/361/EWG (ABl. EG Nr. L 178 vom 8. 7. 1988) wieder (Bröhmer, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, Art. 58 EG Rdnr. 7), wo noch vom „bankenaufsichtsrechtlichen Gebiet“ die Rede war. Wie hier wohl auch Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Altband I, Art. 73d EGV Rdnr. 11, die einerseits (EG-) Kreditinstitute und (EG-) Wertpapierfirmen nennen, aber auch auf Art. 105 Abs. 6 EGV (jetzt: Art. 105 EG) und damit auf den weiten Begriff des Finanzinstituts verweisen. Unklar Glaesner, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 58 EG Rdnr. 5, der von „Wertpapierinstituten“ i. S. d. Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und Finanzinstituten i. S. d. Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie spricht und dabei offenbar übersieht, dass Art. 1 Nr. 6 der letztgenannten Richtlinie den Begriff „Finanzinstitut“ für die Zwecke der Richtlinie (einschränkend) definiert als „ein Unternehmen, das *kein* Kreditinstitut ist und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben oder eines oder mehrere der Geschäfte zu betreiben, die unter den Ziffern 2 bis 12 der im Anhang enthaltenen Liste (vgl. hierzu B. II. 1.) aufgeführt sind.“

KWG und nicht nur über Einlagenkreditinstitute (§ 1 Abs. 3d Satz 1 KWG)⁷²⁹ und Wertpapierhandelsunternehmen (§ 1 Abs. 3d Satz 2 KWG)⁷³⁰.

bbb) Verhinderung eines Rechtsbruchs

Die Anteilseignerkontrolle hat eine kriminalpolizeiliche Zielsetzung (Bekämpfung der organisierten Kriminalität) und eine gewerbepolizeiliche Zielsetzung (Schutz der Solvenz der Institute).⁷³¹ Dass Maßnahmen nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG darauf gerichtet sind, einen Rechtsbruch zu verhindern, kann nicht zweifelhaft sein.

ccc) Verhältnismäßigkeit

Zu prüfen ist ferner, ob die Maßnahmen zur Erreichung der genannten (legitimen) Ziele erforderlich sind und ob diese Ziele nicht mit Maßnahmen erreicht werden könnten, die den freien Kapitalverkehr weniger einschränken.⁷³² Dabei können die gleichen Gesichtspunkte herangezogen werden, die für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art. 14 GG von Bedeutung sind.⁷³³ Deswegen lässt sich auch mit Blick auf die Kapitalverkehrsfreiheit nicht feststellen, dass eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG generell unverhältnismäßig wäre. Im Einzelfall, insbesondere dann, wenn ein Anteilseigner nur eine 10%ige Beteiligung an einem Institut hält, könnte jedoch eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte (ggf. in Verbindung mit der Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder) ausreichend sein. Dies hat das BAKred bei der Ausübung des ihm durch § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG eingeräumten Ermessens⁷³⁴ zu berücksichtigen.

ddd) Diskriminierungsverbot

Soweit die bei der Anwendung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG erforderliche Zuverlässigkeitsprüfung dazu verwendet werden würde, ausländische Erwerber von Anteilen abzuwehren, um einer Überfremdung von Kreditinstituten vorzubeugen, läge ein Verstoß gegen das in Art. 58 Abs. 3 EG enthaltene Diskriminierungsverbot vor; die Ausnahmeklausel des Art. 58 Abs. 1

⁷²⁹ Der Begriff entspricht dem EG-Kreditinstitutsbegriff (B. II. 5. b)].

⁷³⁰ Der Begriff entspricht dem der EG-Wertpapierfirma (B. II. 5. b)].

⁷³¹ Vgl. im Einzelnen B. IV.

⁷³² Vgl. D. I. 5. c) aa).

⁷³³ Vgl. D. I. 2. e) bb).

⁷³⁴ Vgl. C. I. 4. c).

Buchstabe b EG – d. h. der Beschränkungsgrund – wäre nicht anwendbar. Allerdings lässt der Zuverlässigkeitsbegriff des § 2b KWG eine derartige Auslegung ohnehin nicht zu,⁷³⁵ so dass sich unter dem Blickwinkel der Kapitalverkehrsfreiheit insoweit kein anderes Ergebnis ergibt als bei isolierter Betrachtung des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG.

dd) Bedeutung der Gemeinschaftsgrundrechte bei der Auslegung und Anwendung des Beschränkungsgrundes

Wenn sich ein Mitgliedstaat auf einen im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Beschränkungsgrund beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung einer Grundfreiheit zu behindern, ist diese Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Gemeinschaftsgrundrechte auszulegen.⁷³⁶ Würde das Gemeinschaftsrecht mitgliedstaatliche Eingriffe in die Grundfreiheiten als gerechtfertigt anerkennen, die mit den Gemeinschaftsgrundrechten unvereinbar sind, so würde dies einen Wertungswiderspruch innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung bedeuten.⁷³⁷ Der Beschränkungsgrund des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG kann daher nur dann für Maßnahmen nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG gelten, wenn sie im Einklang mit den Gemeinschaftsgrundrechten stehen.

ee) Vorüberlegung zur Prüfung der Gemeinschaftsgrundrechte

Ein Überblick über die Ausgestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes zum gegenwärtigen Zeitpunkt wurde bereits am Beginn dieses Abschnitts gegeben.⁷³⁸ Es wurde dargelegt, dass der Grundrechtsstandard im Ergebnis bislang nur durch die Rechtsprechung des EuGH inhaltlich ausgestaltet und gewährleistet wird. Die proklamierte, aber noch nicht in die Verträge aufgenommene Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist für die hier vorzunehmende Prüfung insoweit von Bedeutung, als dass sie die Rechte bekräftigt, „die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Union und den Gemeinschaftsverträgen, aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen

⁷³⁵ Vgl. B. VI.

⁷³⁶ EuGH EuGRZ 1991, 274, Rdnr. 42 f. Hierzu ferner unter D. I. 1. a) sowie Kokott, AöR 121 (1996), S. 604.

⁷³⁷ Lecheler, Einführung in das Europarecht, § 8 I. 3. b) (S. 221).

⁷³⁸ Vgl. D. I. 1. a).

Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben.⁷³⁹ Dies entspricht im Kern dem Ansatz des EuGH, der stets betont hat, dass er bei der Gewährleistung der Grundrechte von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen habe, und auch die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, wichtige Hinweise geben könnten, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen seien.⁷⁴⁰

Im Hinblick auf die auf der Gemeinschaftsebene in Betracht zu ziehenden Grundrechte (Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht) soll vor diesem Hintergrund im Folgenden vom Text der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausgegangen und im Rahmen der Prüfung dargelegt werden, dass dieser den gegenwärtigen Grundrechtsstandard zutreffend wiedergibt bzw. dass die Anwendung der in der Rechtsprechung des EuGH bislang entwickelten Grundsätze zu keinem anderen Ergebnis führt. Es ist anzunehmen, dass auch der EuGH bei der ihm nach Art. 6 Abs. 2 EUV aufgetragenen Ermittlung der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten auf den in der Charta festgeschriebenen Konsens zurückgreifen wird.⁷⁴¹

ff) Eigentumsrecht

aaa) Ausgestaltung

Das Eigentumsrecht ist in Art. 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt und an Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK angelehnt.⁷⁴² Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der Charta darf niemandem „sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums.“ Gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 3 der Charta kann die Nutzung des Eigentums gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

⁷³⁹ Vgl. die Präambel der Charta.

⁷⁴⁰ Z. B. EuGH, Slg. 1979, 3727, Rdnr. 15; 1989, 2609, Rdnr. 17.

⁷⁴¹ Hilf, in: Charta der Grundrechte der EU, Sonderbeilage zur NJW Nr. 49 vom 4. Dezember 2000, S. 6; siehe auch Alber, EuGRZ 2001, 349, 351 ff.

⁷⁴² Erläuterung des Präsidiums des „Konvents“ (so wurde das Gremium genannt, das die Charta ausgearbeitet hat) zu Art. 17, abgedruckt in: Charta der Grundrechte der EU, Sonderbeilage zur NJW Nr. 49 vom 4. Dezember 2000, S. 17.

Auch der EuGH hat in seiner Leitentscheidung zum Eigentumsrecht, dem Hauer-Urteil, in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 1 ZP EMRK zwei Formen der Beeinträchtigung von Eigentümerrechten unterschieden: Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, dem Eigentümer sein Recht zu entziehen, und Maßnahmen, die bezwecken, die Ausübung dieses Rechts zu untersagen.⁷⁴³ Im Hinblick auf das in der Rechtssache Hauer angegriffene Neupflanzungsverbot für Weinreben führte das Gericht aus, die Maßnahme könne unbestreitbar nicht als eine solche zur Entziehung des Eigentums angesehen werden, da es dem Eigentümer unbenommen bleibe, über sein Gut zu verfügen und es jeder anderen, nicht untersagten Nutzung zuzuführen.⁷⁴⁴ Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine Eigentumsentziehung nur dann vorliegt, wenn der Eigentumsgegenstand selbst, die Verfügungsbefugnis oder sämtliche Nutzungsmöglichkeiten dauerhaft entzogen werden.

Da die Mitgliedstaaten in der Mehrzahl die Enteignung von der Gewährung einer Entschädigung abhängig machen, kann davon ausgegangen werden, dass diese Rechtsfolge im Gemeinschaftsrecht Geltung beansprucht.⁷⁴⁵

Zu beachten ist allerdings, dass der EuGH zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in das Eigentum auf der Gemeinschaftsebene als Enteignung zu bewerten ist und welche Rechtsfolgen an eine solche Enteignung zu knüpfen sind, bislang noch nicht ausdrücklich Stellung genommen hat.⁷⁴⁶ Die dogmatische Struktur des Entschädigungsrechts bei Eigentumsverletzungen ist bislang noch nicht einmal in Ansätzen erkennbar.⁷⁴⁷

Ungeklärt ist auch, wie auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts die Problematik zu lösen wäre, die sich hier im Rahmen der Prüfung des Art. 14 GG in Form einer Abgrenzung von Administrativenteignung und einem eine Inhalts- und Schrankenbestimmung aktualisierenden Entzugsakt ergeben hat.⁷⁴⁸

⁷⁴³ EuGH, Slg. 1979, 3727, Rdnr. 19.

⁷⁴⁴ EuGH, a. a. O.

⁷⁴⁵ Wetter, Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, S.137.

⁷⁴⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EU Rdnr. 114.

⁷⁴⁷ Kingreen, a. a. O., Rdnr. 121.

⁷⁴⁸ Vgl. D. I. 2. c) und d).

bbb) Prüfungsumfang im Hinblick auf § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts als „Eigentumsentzug“ oder „Aktualisierung einer Nutzungsbeschränkung“ einzustufen wäre. Denn einerseits stellt sich die mit der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG verbundene Problematik auf der Gemeinschaftsebene nicht. Und andererseits wären bei beiden Eingriffsformen die (sonstigen) Voraussetzungen der Schranken gegeben.

Wenn § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ein Enteignungsgesetz im Sinne des deutschen Verfassungsrechts wäre, wäre die Regelung wegen eines Verstoßes gegen Art 14 Abs. 3 Satz 2 GG verfassungswidrig.⁷⁴⁹ Es lässt sich aber nicht feststellen, dass das Gemeinschaftsrecht eine mit der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG vergleichbare Regelung enthält, wonach ein Eigentumsentzug nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen darf, das *Art und Ausmaß der Entschädigung regelt*. Auch aus dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergibt sich keine derartige Verknüpfung von Eigentumsentzug und Entschädigungsregelung. Vielmehr dürfte die Vorschrift dahin gehend auszulegen sein, dass „eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums“ eine isolierte Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Eigentumsentzug ist. Dies bedeutet im Ergebnis, dass das Gemeinschaftsrecht jede Form einer „angemessenen Entschädigung“ für einen Eigentumsentzug als vereinbar mit dem Eigentumsrecht ansieht. Hieraus folgt nun, dass der vom Treuhänder nach pflichtgemäßem Ermessen ausgehandelte Kaufpreis, den der betroffene Anteilseigner im Rahmen der treuhänderischen Veräußerung der Anteile von dem Erwerber erhalten würde, als „rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums“ im Sinne des gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsgrundrechts aufgefasst werden kann, obgleich der Anspruch privatrechtlicher Natur ist und der Umfang dieses Anspruchs das Ergebnis der Vertragsverhandlungen zwischen dem Treuhänder und dem Erwerber ist.

Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 und 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union müssen Eingriffe in das Eigentumsrecht gesetzlich vorgesehen und durch „Gründe des öffentlichen Interesses“ (Eigentumsentzug) gerechtfertigt bzw. „für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich“ (Nutzungsbeschränkung) sein. Art. 52 Abs. 1 der Charta fasst die allgemeinen Grund-

⁷⁴⁹ Vgl. D. I. 2. b).

rechtsschranken zusammen,⁷⁵⁰ die im Wesentlichen denen des Grundgesetzes gleichkommen (Gesetzesvorbehalt, Wesensgehaltsgarantie, Verhältnismäßigkeit der Schranken).⁷⁵¹

Danach sind die Anforderungen an die beiden Formen eines Eingriffes in das gemeinschaftsrechtliche Eigentumsrecht - abgesehen von der Entschädigungspflicht im Falle eines Eigentumsentzugs - nicht höher, als die Anforderungen an eine Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Es kann daher auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.⁷⁵²

Soweit darüber hinaus auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH zu verlangen wäre, dass jeder Eingriff in das gemeinschaftsrechtliche Eigentumsrecht dem allgemeinen Wohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen muss,⁷⁵³ ist auf Folgendes hinzuweisen: Der Gesetzgeber hat bei dem Erlass des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG einen von den einschlägigen EG-Richtlinienbestimmungen eingeräumten Umsetzungsspielraum ausgenutzt.⁷⁵⁴ Die in diesen Richtlinienbestimmungen geregelte Anteilseignerkontrolle dient der Harmonisierung der Bedingungen für die laufende Aufsicht über die in einem Mitgliedstaat zugelassenen EG-Kreditinstitute und EG-Wertpapierfirmen. Eine effektive Anteilseignerkontrolle wird als eine Mindestvoraussetzung dafür angesehen, dass diese Unternehmen ihre Tätigkeiten sowohl über eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der EG als auch im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs ausüben können.⁷⁵⁵ Maßnahmen nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG dienen insoweit der Förderung der Funktionsfähigkeit des europäischen Bankenmarktes und entsprechen damit auch dem allgemeinen Wohl dienenden Zielen der Gemeinschaft.

⁷⁵⁰ Nach Art. 52 Abs. 1 Satz 1 der Charta muss jede Einschränkung der Ausübung der dort anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den wesentlichen Gehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 der Charta bestimmt ergänzend, dass die Einschränkungen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden dürfen, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

⁷⁵¹ Hilf, in: Charta der Grundrechte der EU, Sonderbeilage zur NJW Nr. 49 vom 4. Dezember 2000, S. 5.

⁷⁵² Vgl. D. I. 2. e).

⁷⁵³ Vgl. EuGH, Slg. 1979, 3727, Tz. 23 (dort nicht im Zusammenhang mit einer Beschränkung der Grundfreiheiten).

⁷⁵⁴ Vgl. D. I. 1. b) cc).

⁷⁵⁵ Vgl. B. I. 1. und 2.

Nach alledem steht eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG grundsätzlich – d. h. bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall⁷⁵⁶ – mit dem gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsrecht im Einklang.

gg) Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit

Nach Art 15 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union hat jede Person „das Recht, ... einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben.“ In Art. 16 der Charta ist die unternehmerische Freiheit niedergelegt, die dort „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ anerkannt wird.

Die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit werden auch in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt.⁷⁵⁷ Wie weit der Schutzbereich dieser Rechte reicht und insbesondere, ob diese Rechte auch einem maßgebenden Anteilseigner zustehen,⁷⁵⁸ ist freilich noch unklar.⁷⁵⁹

Nach der Rechtsprechung des EuGH können diese Rechte im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.⁷⁶⁰ Dies entspricht den in Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegten allgemeinen Grundrechtsschranken.

Danach ist nicht ersichtlich, dass die gemeinschaftsrechtliche Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit einem von einer Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG betroffenen Anteilseigner einen weitergehenden Schutz geben als das Eigentumsgrundrecht. Soweit die Verpflichtung zur Veräußerung einer Institutsbeteiligung und deren Durchsetzung als Eingriff in die Berufsfreiheit bzw. in die unternehmerische Freiheit zu beurteilen wären, wäre diese Beeinträchtigung allein auf den Eingriff in das Eigentumsgrundrecht zurückzuführen

⁷⁵⁶ Vgl. D. I. 5. c) cc) ccc).

⁷⁵⁷ Für die Berufsfreiheit EuGH Slg. 1974, 491, Rdnr. 12-14 – Nold; 1979, 3727, Rdnr. 32 – Hauer; 1986, 2897, Rdnr. 8 – Keller; 1995, S. I-3115, Rdnr. 55 – Fishermen´s Organisation und für die unternehmerische Freiheit vgl. EuGH Slg. 1974, 491, Rdnr. 14 – Nold; 1979, 2749, Rdnrn. 20 und 31 – S.p.A. Eridania u. a.

⁷⁵⁸ Für Art. 12 GG vgl. D. I. 3. a).

⁷⁵⁹ Wetter, Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, S.151 ff. und 155 ff.

⁷⁶⁰ EuGH, Slg. 1974, 491, Rdnr. 14; 1995, S. I-3115, Rdnr. 55.

und fiele daher mit diesem zusammen. Die Einschränkung der Berufsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit - unterstellt, sie läge vor – wäre somit aus den gleichen Gründen gerechtfertigt wie der Eingriff in das Eigentumsgrundrecht.⁷⁶¹

Nach alledem ist eine Zwangsveräußerung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten vereinbar, so dass der Beschränkungsgrund des Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b erste Alt. EG zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Kapital- und Niederlassungsfreiheit durch diese Maßnahme herangezogen werden kann.

6. Zwischenergebnis

Die Zwangsveräußerung einer Beteiligung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ist grundsätzlich vereinbar mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. Das BAKred hat aber im Einzelfall bei der Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens zu prüfen, ob die Ziele einer effektiven Anteilseignerkontrolle bereits durch eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte (ggf. in Verbindung mit der Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder) erreicht werden können.

⁷⁶¹ Vgl. EuGH Slg. 1979, 3727, Rdnr. 32 für den Fall, dass eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit auf eine Beschränkung der Ausübung des Eigentumsrechts zurückzuführen ist.

II. Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (§ 2b Abs. 2 Satz 1 KWG)

Die Anordnung, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung über die Anteile, die die bedeutende Beteiligung begründen, nur mit Zustimmung des BAKred verfügen darf, ist eine sofort greifende Sicherungsmaßnahme, die verhindern soll, dass der unzuverlässige Anteilseigner seine Anteile auf einen Strohmännchen überträgt, bevor sie an bankaufsichtlich unbedenkliche Interessenten veräußert werden können.⁷⁶² Wenn die Wahl des Käufers dem unzuverlässigen Inhaber der bedeutenden Beteiligung überlassen bliebe, behielte dieser es in der Hand, den Anteilsbestand formal einer Person seiner Wahl zu überlassen, um über diese Person weiterhin den schädlichen Einfluss auszuüben.⁷⁶³ Die erstgenannte Maßnahme kann also nicht losgelöst betrachtet werden von der dem BAKred eingeräumten Möglichkeit, die Veräußerung einer Institutsbeteiligung erzwingen zu können. Sie greift ebenfalls in Art. 14 GG und das auf der Gemeinschaftsebene gewährleistete Eigentumsgrundrecht ein.⁷⁶⁴ Wie auch bei Erlass des § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG hat der Gesetzgeber, soweit er das BAKred in § 2b Abs. 1 Satz 1 KWG zur Anordnung der Verfügungsbeschränkung ermächtigt hat, einen von den zugrunde liegenden EG-Richtlinienbestimmungen gelassenen Umsetzungsspielraum ausgenutzt.⁷⁶⁵ Die Ausführungen zur Zwangsveräußerung von Anteilen⁷⁶⁶ gelten nach alledem entsprechend für die Verfügungsbeschränkung gemäß § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG; auch die letztgenannte Maßnahme ist grundsätzlich vereinbar mit den deutschen und europäischen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt.

⁷⁶² Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁷⁶³ Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁷⁶⁴ Die Ausführungen unter D. I. 2. a) bzw. D. 5. c) dd) gelten insoweit entsprechend.

⁷⁶⁵ Vgl. D. I. 1. b) cc).

⁷⁶⁶ Vgl. D. I.

E. Ausblick auf das geplante Vierte Finanzmarktförderungsgesetz

Zur Stärkung der Leistungsfähigkeit des Finanzplatzes Deutschland und zur Sicherung der Marktintegrität sieht der Entwurf eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes⁷⁶⁷ (im Folgenden auch: Regierungsentwurf oder Entwurf) eine Änderung börsen-, wertpapierhandels-, bankaufsichts- und versicherungsaufsichtsrechtlicher Regelungen vor.⁷⁶⁸ Er knüpft an den Entwurf eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht⁷⁶⁹ an und setzt deshalb die Errichtung einer Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht voraus, die im Bereich des KWG die Aufgaben des BAKred übernehmen soll. Im Zusammenhang mit der Regelung der Befugnisse der Bankaufsichtsbehörde wird daher im Regierungsentwurf der Begriff „Bundesanstalt“ verwendet.

Der (ursprüngliche) Zeitplan der Bundesregierung für das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren war darauf ausgelegt, dass das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz noch vor der Sommerpause im Jahre 2002 in Kraft treten kann.⁷⁷⁰ Wegen der Komplexität der Materie kann bezweifelt werden, ob dieser Zeitplan eingehalten wird.

⁷⁶⁷ BR-Drs. 936/01.

⁷⁶⁸ Einen Überblick über den Regierungsentwurf gibt Möller, WM 2001, 2405.

⁷⁶⁹ Vgl. hierzu B. III. 2.

⁷⁷⁰ Möller, WM 2001, 2405, 2415.

I. Ergänzung der bankaufsichtsrechtlichen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle

Das KWG soll durch Artikel 6 des geplanten Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes geändert werden.⁷⁷¹ Ein Schwerpunkt der geplanten Änderungen des KWG ist eine Ergänzung des Regelwerks zur Anteilseignerkontrolle. Der wesentliche Inhalt der vorgesehenen Regelungen wird im Folgenden dargestellt und erörtert.

1. Begriff der bedeutenden Beteiligung (§ 1 Abs. 9 KWG)

Der Regierungsentwurf sieht vor, dass § 1 Abs. 9 Satz 1 erste Alternative KWG („Halten einer 10%igen Beteiligung“) durch einen Einschub ergänzt wird, wonach zwischen dem Halten der Beteiligung „im Eigen- oder Fremdinteresse“ zu unterscheiden ist.⁷⁷² Damit würde klargestellt werden, dass treuhänderisch gehaltener Anteilsbesitz sowohl dem Treuhänder als auch dem Treugeber zugerechnet wird.⁷⁷³

Bei der zweiten Alternative des § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG („maßgeblicher Einfluss“) soll der Relativsatz, „... an dem eine Beteiligung besteht ...“ gestrichen werden.⁷⁷⁴ Für den Begriff der bedeutenden Beteiligung wäre danach in dieser Alternative eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung nicht mehr erforderlich. Dies wäre konsequent, da es bei der Regelung um die Bestimmung eines tatsächlichen Einflusspotentials geht.⁷⁷⁵

2. Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung

Beabsichtigt ist ferner, die an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung zu stellenden Anforderungen zu erweitern bzw. zu präzisieren.

⁷⁷¹ Ein Überblick über die geplanten Änderungen des KWG findet sich bei Möller, WM 2001, 2405, 2411 ff.

⁷⁷² Art. 6 Nr. 3 Buchstabe e des Entwurfs eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BR-Drs. 936/01, S. 102 f.

⁷⁷³ So die Entwurfsbegründung, BR-Drs. 936/01, S. 317.

⁷⁷⁴ Art. 6 Nr. 3 Buchstabe e des Entwurfs eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BR-Drs. 936/01, S. 102 f.

⁷⁷⁵ Vgl. B. V. 3. b) cc).

a) Erfordernis der Zuverlässigkeit

§ 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG, in dem das Erfordernis der Zuverlässigkeit des (potentiellen) Inhabers einer bedeutenden Beteiligung geregelt wird, soll folgende Fassung erhalten (die Änderungen sind unterstrichen):⁷⁷⁶

„(Die Bundesanstalt kann innerhalb von drei Monaten nach dem vollständigen Eingang der Anzeige nach Absatz 1 den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass)

1. der Anzeigepflichtige oder, wenn er eine juristische Person ist, auch ein gesetzlicher Vertreter oder satzungsmäßiger Vertreter, oder, wenn er eine Personenhandelsgesellschaft ist, auch ein Gesellschafter, nicht zuverlässig ist oder aus anderen Gründen nicht den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen genügt; dies gilt im Zweifel auch dann, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass (er) die von ihm aufgebrauchten Mittel für den Erwerb der bedeutenden Beteiligung durch eine Handlung erbracht hat, die objektiv einen Straftatbestand erfüllt;“

In der Entwurfsbegründung wird ausgeführt, dass die Einfügung des Wortes „auch“ jeweils vor den Worten „ein gesetzlicher oder satzungsmäßiger Vertreter“ und „ein Gesellschafter“ klarstelle, dass sich die Unzuverlässigkeit des Erwerbers nicht in Faktoren zu erschöpfen braucht, die in der Person des gesetzlichen Vertreters oder Gesellschafters liegen; eine juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft könne auch als solche unzuverlässig sein.⁷⁷⁷ Diese Begründung weicht ab von der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2b KWG in der Fassung der Vierten KWG-Novelle, in der es heißt, der Begriff der Zuverlässigkeit sei auf juristische Personen nicht anwendbar.⁷⁷⁸ Welche von diesen Auffassungen zutreffend ist, muss hier nicht vertieft werden, da jedenfalls der (bereits) in der geltenden Fassung des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG enthaltene Auffangtatbestand, wonach der (potentielle) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung „den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen“ genügen muss, auf juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften anwendbar ist und dem Kriterium der Zuverlässigkeit entspricht.⁷⁷⁹ Im Rahmen der vorgesehenen Neufassung des § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG wäre daher bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften nach wie vor auf ihre wirtschaftliche Lage

⁷⁷⁶ Art. 6 Nr. 5 Buchstabe b des Entwurfs eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BR-Drs. 936/01, S. 106 f.

⁷⁷⁷ BR-Drs. 936/01, S. 324.

⁷⁷⁸ BT-Drs. 12/337, S. 27.

⁷⁷⁹ B. VI. 1. b) cc).

abzustellen und zu prüfen, ob die tatsächlich durchgeführten Geschäfte legal sind.⁷⁸⁰ Die beschriebene mehrfache Einfügung des Wortes „auch“ in die Vorschrift würde also zu keiner materiellen Änderung führen. Da aber mit dieser Einfügung sodann positiv-rechtlich durch die sprachlogische Verknüpfung der Worte „der Anzeigepflichtige“ und „auch“ mit dem Wort „zuverlässig“ (ausdrücklich) festgelegt werden würde, dass der Begriff der Zuverlässigkeit auch auf den (potentiellen) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung (den Anzeigepflichtigen) anwendbar ist, wäre es konsequent, den Auffangtatbestand, der nur für juristische Personen und Personhandelsgesellschaften von Bedeutung sein kann,⁷⁸¹ zu streichen.

Mit der geplanten Einfügung der Worte „oder ein satzungsmäßiger Vertreter“ in § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG ist beabsichtigt, eine Lücke bei der Erfassung der Vertreter juristischer Personen für die Zuverlässigkeitsprüfung zu schließen. Nicht gesehen wurde offenbar, dass auch im Hinblick auf Personenhandelsgesellschaften ein Anpassungsbedarf insofern besteht, als dass die Regelung auf „ein(en) Gesellschafter“ abstellt, aber nur die vertretungsberechtigten (persönlich haftenden) Gesellschafter – also nicht die Kommanditisten einer KG – gemeint sind.⁷⁸² In Anlehnung an § 1 Abs. 2 KWG könnte zur sprachlichen Straffung des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG nach den Worten „der Anzeigepflichtige“ z. B. folgende Formulierung verwendet werden: „... oder, wenn er eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft ist, auch eine zur Vertretung berufene natürliche Person, nicht zuverlässig ist ...“

Für die Praxis bedeutsam ist die vorgesehene Teilregelung, wonach der (potentielle) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung auch dann „im Zweifel“ als unzuverlässig gilt, „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass die von ihm für den Erwerb der bedeutenden Beteiligung aufgebrauchten Mittel aus einer Tat herrühren, die objektiv einen Straftatbestand erfüllt.⁷⁸³ Nach der Entwurfsbegründung soll die Vorschrift der Bekämpfung der internationalen Geldwäsche dienen.⁷⁸⁴ Für die Anwendbarkeit der Regelung sei unbeachtlich, ob der Erwer-

⁷⁸⁰ Zu den Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung, der eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft ist, vgl. B. VI. 1. b) cc).

⁷⁸¹ B. VI. 1. b) cc).

⁷⁸² So auch § 2b Abs. 1 Satz 5 KWG, wonach der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung in der Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft „...jeden neuen persönlich haftenden Gesellschafter ... unverzüglich anzuzeigen“ hat.

⁷⁸³ Die eingangs wörtlich zitierte Fassung des Regierungsentwurfs zu § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG enthält mindestens einen redaktionellen Fehler (das Wort „er“ fehlt). Möglicherweise beruht die sprachlich missglückte Formulierung „... dass (er) die von ihm aufgebrauchten Mittel für den Erwerb der bedeutenden Beteiligung durch eine Handlung erbracht hat, die objektiv einen Straftatbestand erfüllt“ insgesamt auf einem Redaktionsversehen.

⁷⁸⁴ BR-Drs. 936/01, S. 325.

ber der bedeutenden Beteiligung selbst oder ein Dritter die Tat begangen habe.⁷⁸⁵ Im Übrigen heißt es in der Entwurfsbegründung⁷⁸⁶:

„Lässt sich die Zuverlässigkeit des Beteiligungsinhabers insoweit nicht zweifelsfrei klären, gehen die Zweifel zu seinen Lasten. Diese Umkehr der materiellen Beweislast geht noch über die anderen Tatbestände hinaus, die immerhin schon Tatsachen genügen lassen, dass der Erwerber allgemein nicht zuverlässig ist oder einen der anderen aufgeführten Erwerbsuntersagungsgründe erfüllt.“

Die Absicht, eine derartige Beweislastumkehr in das Gesetz aufzunehmen, ist zu begrüßen.⁷⁸⁷ Allerdings kommt sie im Wortlaut der geplanten Regelung nicht zum Ausdruck. Zur Auslegung der Formulierung „... wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...“ wurde bereits Stellung genommen.⁷⁸⁸ Die Formulierung betrifft nur den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstab für das Vorliegen des in Bezug genommenen Tatbestandsmerkmals⁷⁸⁹ und führt somit nicht zu einer Beweislastumkehr. Für die Tatsachen, die der zu treffenden Prognoseentscheidung zugrunde liegen, würde die Bankaufsichtsbehörde danach die volle materielle Beweislast treffen.⁷⁹⁰ Die zusätzlich geplante Formulierung „dies gilt im Zweifel auch dann“ betrifft den Zeitpunkt, in dem das Prüfverfahren gemäß § 44b KWG abgeschlossen ist. Wenn vom (potentiellen) Erwerber einer bedeutenden Beteiligung eine bestimmte Erklärung für die Herkunft der Geldmittel geliefert wird, die - wenn sie wahr wäre – ausschließen würde, dass die Gelder aus einer Straftat herrühren, so müsste die Bankaufsichtsbehörde, um von der Ermächtigungsgrundlage (§ 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG) Gebrauch machen zu können, Tatsachen nachgewiesen haben, die bei verständiger Würdigung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Erklärung falsch ist. Der betreffende Anteilseigner müsste seine Darstellung nicht beweisen. Es handelt sich folglich nicht um eine Umkehr der materiellen Beweislast, sondern nur um eine Beweiserleichterung.

Um den mit der Neufassung des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG verfolgten Zielen Rechnung zu tragen, sollte dieser Eingriffstatbestand unter Berücksichtigung der hier vorgebrachten Kritik an dem Wortlaut des Regierungsentwurfs wie folgt gefasst werden:

⁷⁸⁵ BR-Drs. 936/01, S. 325.

⁷⁸⁶ BR-Drs. 936/01, S. 325.

⁷⁸⁷ Vgl. hierzu B. VI. 1. d) dd).

⁷⁸⁸ B. VI. 1. c).

⁷⁸⁹ B. VI. 1. c).

⁷⁹⁰ B. VI. 1. c).

„(Das Bundesaufsichtsamt [Die Bundesanstalt⁷⁹¹] kann innerhalb von drei Monaten nach dem vollständigen Eingang der Anzeige nach Absatz 1 den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass)

1. der Anzeigepflichtige oder, wenn er eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft ist, auch eine zur Vertretung berufene natürliche Person nicht zuverlässig ist; der Anzeigepflichtige gilt als unzuverlässig, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Geldmittel, die dem Erwerb der Beteiligung dienen sollen, aus einer der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten rechtswidrigen Taten herrühren.“

Der Verweis auf § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB entspricht dabei der in dem Regierungsentwurf verwendeten Formulierung „...die objektiv einen Straftatbestand erfüllt“, ist aber mit Blick auf den Zweck der geplanten Regelung (Bekämpfung der Geldwäsche) präziser. Der Vollständigkeit halber anzumerken ist, dass der parallele Tatbestand des § 33 Abs. 1 Nr. 3 KWG, wie im Regierungsentwurf vorgesehen,⁷⁹² an etwaige Änderungen des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG anzupassen wäre.

b) Intransparenztatbestand

Wie bereits ausgeführt wurde, ist der Intransparenztatbestand des KWG in der geltenden Fassung einschränkend dahin gehend auszulegen, dass sich die Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht nicht aus jeder Tatsache ergeben kann, die im Zusammenhang mit der Einbindung des Instituts in einen Unternehmensverbund steht. Es kommt vielmehr darauf an, ob das Institut durch die bedeutende Beteiligung in einen Unternehmensverbund eingebunden wird, der „durch die Struktur des Beteiligungsgeflechts“ oder „mangelhafte wirtschaftliche Transparenz“ eine wirksame Aufsicht über das Institut beeinträchtigt.⁷⁹³ Der Regierungsentwurf sieht vor, dass der Wortlaut des § 2b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG und des § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG um diese Zusätze ergänzt wird.⁷⁹⁴ Zu bemängeln ist, dass in der Entwurfsbegründung,⁷⁹⁵ nicht zum Ausdruck kommt, dass es sich nur um eine Klarstellung handelt.

Außerdem ist zu bemängeln, dass der Regierungsentwurf hinter der im Abschnitt B vorgeschlagenen Änderung⁷⁹⁶ des Intransparenztatbestandes zurückbleibt. Wenn der Regierungs-

⁷⁹¹ Zu der geplanten Errichtung einer Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht siehe B. III. 2.

⁷⁹² BR-Drs. 936/01, S.127.

⁷⁹³ B. VI. 2. a) cc).

⁷⁹⁴ Art. 6 Nr. 5 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb, BR-Drs. 936/01, S. 107 und Art. 6 Nr. 27 Buchstabe b), BR-Drs. 936/01, S. 127.

⁷⁹⁵ BR-Drs. 936/01, S. 325 und 355.

⁷⁹⁶ Vgl. unter B. VI. 2. b), wo folgende Fassung vorgeschlagen wird:

entwurf des Intransparenztatbestandes in der derzeit vorgesehenen Fassung Gesetzeskraft erlangen würde, müsste das BAKred neben der strukturellen oder wirtschaftlichen Intransparenz eine konkrete Beeinträchtigung der Aufsicht nachweisen. Denn der Gesetzgeber würde mit einer nur auf die Zusätze „durch die Struktur des Beteiligungsgeflechts“ und „mangelhafte wirtschaftliche Transparenz“ (s. o.) beschränkten Klarstellung zum Ausdruck bringen, dass er mit Blick auf das Merkmal der Beeinträchtigung einer wirksamen Aufsicht eine Klarstellung nicht für geboten hält. Eine einschränkende Auslegung des Intransparenztatbestand nach seinem Sinn und Zweck, wonach das BAKred keine Einzelbetrachtung im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Aufsicht vornehmen, sondern nur die strukturelle oder wirtschaftliche Intransparenz nachweisen muss,⁷⁹⁷ wäre nicht mehr möglich. Dies würde dazu führen, dass der Tatbestand seinen Zweck nicht mehr erfüllen könnte.⁷⁹⁸

c) Erfordernis einer wirksamen Aufsicht im Herkunftsstaat für ausländische Institute, die eine Mehrheitsbeteiligung an einem inländischen Institut erwerben wollen

Der neben dem Intransparenztatbestand zweite Sondertatbestand (§ 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 und § 33 Abs. 3 Nr. 3 KWG), der das auf den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung bezogene Erfordernis der Zuverlässigkeit ergänzt, soll künftig nur noch dann Anwendung finden, wenn das (potentielle) ausländische Mutterunternehmen (ausländisches Institut) seinen Sitz in einem „Drittstaat“, d. h. außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (§ 1 Abs. 5a KWG), hat.⁷⁹⁹ In der Regierungsbegründung wird hierzu ausgeführt, dass die Beschränkung auf Mutterunternehmen mit Sitz in Drittstaaten ohne praktische Relevanz sei. Zumindest die Kreditinstitute, die rückzahlbare Gelder des Publikums hereinnehmen und Kredite auf eigene Rechnung gewähren, würden in allen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums wirksam beaufsichtigt durch eine Aufsichtsstelle, die zu einer befriedigenden Zusammenarbeit mit der Bundesanstalt bereit ist.⁸⁰⁰ Aus dem letztgenannten Teil der Begründung („Zumindest ...“) ergibt sich, dass die Bundesregierung sich nicht sicher ist, ob es sich nur um eine Klarstellung im

„(Das Bundesaufsichtsamt kann innerhalb von drei Monaten nach Eingang der vollständigen Anzeige nach Absatz 1 den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...)

2. das Institut durch die Begründung oder Erhöhung der bedeutenden Beteiligung in einen Unternehmensverbund eingebunden würde, bei dem die Strukturen des Beteiligungsgeflechts oder die wirtschaftlichen Verhältnisse intransparent sind.“

⁷⁹⁷ B. VI. 2. b).

⁷⁹⁸ B. VI. 2. b).

⁷⁹⁹ Art. 6 Nr. 5 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb des Regierungsentwurfs (§ 2b KWG), BR-Drs. 936/01, S. 107 und Art. 6 Nr. 27 Buchstabe b, BR-Drs. 936/01, S. 128.

⁸⁰⁰ BR-Drs. 936/01, S. 325 und 355.

Sinne eine Angleichung an den in der Praxis relevanten Anwendungsbereich des Tatbestandes oder eine materielle Änderung handelt. Da ohnehin nur eine Klarstellung „ohne praktische Relevanz“ beabsichtigt ist und insofern die genannten Unsicherheiten bestehen, kann und sollte die geplante Änderung unterbleiben.

3. Überarbeitung des § 2b Abs. 1 KWG

Die vorgesehenen Änderungen des § 2b Abs. 1 KWG⁸⁰¹ betreffen das Verfahren der Sachverhaltsermittlung im Rahmen der präventiven Erwerbskontrolle⁸⁰². Sie sind im Wesentlichen redaktioneller Natur bzw. dienen der Konkretisierung der Ermächtigung zum Erlass der Anzeigenverordnung⁸⁰³, soweit es um die Festlegung der Unterlagen geht, die derjenige vorzulegen hat, der den Erwerb einer bedeutenden Beteiligung beabsichtigt.

Den Vorschlag, die in einem mehrstufigen Konzern auf Grund wechselseitiger Zurechnung von Anteilen entstehenden Anzeigepflichten mehrerer Konzernunternehmen durch eine einheitliche Meldepflicht der Konzernmutter zu ersetzen⁸⁰⁴ („befreiende Konzernanzeige“), hat der Regierungsentwurf zu Recht nicht aufgegriffen. Dass eine befreiende Konzernanzeige, die richtig und vollständig abgegeben wird, der Bankaufsichtsbehörde gegenüber einer deckungsgleichen Gesamtheit einzelner Anzeigen der Konzernunternehmen keinen Erkenntnisgewinn bringen würde,⁸⁰⁵ ist unbestritten. Dieser Gedankengang kann aber keine Änderung des § 2b Abs. 1 Satz 1 KWG rechtfertigen. Denn der Sinn der Regelung ist es, soweit sie in Verbindung mit § 1 Abs. 9 KWG zu mehrfachen Anzeigepflichten innerhalb eines Konzerns führt, mehrere Anzeigepflichtige festzulegen, die die bußgeldrechtliche Verantwortung⁸⁰⁶ für die rechtzeitige, vollständige und richtige Erteilung der erforderlichen Angaben tragen. Es geht um die faktische Durchsetzbarkeit des Informationsbedürfnisses der Bankaufsichtsbehörde. Je mehr Anzeigepflichtige es für eine Transaktion gibt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Bankaufsichtsbehörde verwertbare Informationen erhält. Im Übrigen kann eine doppelte bzw. mehrfache Arbeitsbelastung in einem Konzern in Hinblick auf die sich aus § 2b

⁸⁰¹ Art. 6 Nr. 5 Buchstabe a) des Regierungsentwurfs (§ 2b KWG), BR-Drs. 936/01, S. 105 f.

⁸⁰² Zur Sachverhaltsermittlung im Rahmen der präventiven Erwerbskontrolle nach geltendem Recht vgl. C. I. 3. a).

⁸⁰³ Zur Anzeigenverordnung vgl. C. I. 3. a).

⁸⁰⁴ Hirschmann, Anteilseigerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, S. 131.

⁸⁰⁵ Vgl. Hirschmann, a. a. O.: „... In der Tat bringt die Vervielfachung der Meldepflichten den Aufsichtsbehörden keinen höheren Erkenntnisgewinn.“

⁸⁰⁶ Vgl. die Bußgeldvorschrift des § 56 Abs. 2 Nr. 1 KWG, die ggf. in Verbindung mit § 9, § 30 und § 130 OWiG anzuwenden ist.

Abs. 1 Satz 1 KWG ergebenden Anzeigepflichten weitgehend dadurch vermieden werden, dass die erforderlichen Anzeigen zentral bei der Konzernmutter ausgearbeitet, an die anzeigepflichtigen Konzernunternehmen zur Leistung der notwendigen Unterschriften übersandt und sodann von den Konzernunternehmen an die Bankaufsichtsbehörde weitergeleitet werden. Dieses Verfahren, das die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der betroffenen Personen unberührt lässt, wird längst in der Praxis angewandt.

§ 2b Abs. 1 Satz 4 KWG soll nach dem Regierungsentwurf wie folgt gefasst werden:⁸⁰⁷

„Die Bundesanstalt kann über die Vorgaben der Rechtsverordnung hinausgehende Angaben und Vorlage von weiteren Unterlagen verlangen, falls dies für die Beurteilung der Zuverlässigkeit oder die Prüfung der weiteren Untersagungsgründe nach Abs. 1a Satz 1 erforderlich ist.“

Dieser Satz wäre überflüssig, da sich ein derartiges Auskunfts- und Vorlagerecht bereits aus § 44b Abs. 1 Nr. 1 KWG in der geltenden Fassung ergibt.⁸⁰⁸

4. Ergänzung des § 44b KWG

§ 44b Abs. 1 KWG soll ein neuer Satz 2 angefügt werden, durch den die Bundesanstalt für Finanzmarktaufsicht die Möglichkeit erhalten soll, die Unterlagen, die ihr nach § 2b Abs. 1 Satz 2 KWG vorgelegt werden, auf Kosten des Vorlagepflichtigen durch einen vor ihr zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer prüfen zu lassen.⁸⁰⁹ Diese Regelung entspricht inhaltlich weitgehend der Regelung in § 44b Satz 2 KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle.⁸¹⁰ Bei der Überarbeitung des § 44b KWG im Rahmen des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes wurde die Regelung des § 44b Satz 2 KWG a. F. übersehen und deswegen nicht in die geltende Fassung des § 44b KWG eingearbeitet.

Durch den geplanten neuen Abs. 3 des § 44b KWG⁸¹¹ würde klargestellt werden, dass das in § 44 Abs. 6 KWG geregelte Auskunftsverweigerungsrecht auch im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung nach § 44b KWG Anwendung findet.

⁸⁰⁷ Vgl. Art. 6 Nr. 5 Buchstabe a Doppelbuchstabe cc des Regierungsentwurfs (§ 2b KWG), BR-Drs. 936/01, S. 106.

⁸⁰⁸ Zu den Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechten nach § 44b KWG vgl. unter C. V.

⁸⁰⁹ Vgl. Art. 6 Nr. 34 Buchstabe a des Regierungsentwurfs (§ 44b KWG), BR-Drs. 936/01, S. 130.

⁸¹⁰ Zu § 44b KWG in der Fassung der 6. KWG-Novelle vgl. unter C. V. 1.

⁸¹¹ Art. 6 Nr. 34 Buchstabe b des Regierungsentwurfs (§ 44b KWG), BR-Drs. 936/01, S.131.

II. Angleichung der versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle

Die Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle fanden im Jahre 1994 nach dem Vorbild der Regelungen für Kreditinstitute Eingang in das deutsche Versicherungsaufsichtsrecht.⁸¹² Die zentrale Vorschrift für die Anteilseignerkontrolle im Bereich der Versicherungswirtschaft ist § 104 VAG, der die Parallelregelung zu § 2b KWG ist. Auch die durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz vorgenommenen Änderungen der Vorschriften über die Anteilseignerkontrolle des KWG sind zwischenzeitlich in das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) übernommen worden.⁸¹³ In der Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines VAG-Änderungsgesetzes heißt es hierzu, auch das gesetzliche Instrumentarium der Versicherungsaufsicht müsse entsprechend geändert werden, da zu erwarten sei, „dass in der Versicherungswirtschaft dieselben Problemfelder – z. T. mit den selben Personen – auftreten werden.“⁸¹⁴

Die im Rahmen eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes vorgesehenen Änderungen des Regelwerks zur Anteilseignerkontrolle im Bankenbereich sollen auch im Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts vorgenommen werden, wobei zur Vermeidung unterschiedlicher Ergebnisse geplant ist, die Vorschriften des VAG sprachlich an die Regelungen des KWG anzupassen.⁸¹⁵ Darüber hinaus sollen die versicherungsaufsichtsrechtlichen Regeln über die Anteilseignerkontrolle auch auf Rückversicherer ausgedehnt werden.⁸¹⁶

Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen hat – soweit ersichtlich – die versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen über die Anteilseignerkontrolle bislang noch nicht angewendet. Es bleibt daher abzuwarten, ob die Anteilseignerkontrolle bei Versicherungsunternehmen die gleiche praktische Bedeutung erlangen wird wie bei den Banken. Freilich ist die

⁸¹² Begründung des Regierungsentwurfs eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften, BT-Drs. 12/6959, S. 46 sowie Art. 1 Drittes Durchführungsgesetz/EWG vom 21. 7. 1994 (BGBl. I S. 1630).

⁸¹³ Gesetz vom 21. Dezember 2000, BGBl. I S. 1857.

⁸¹⁴ Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BT-Drs. 14/4453, S. 26.

⁸¹⁵ Vgl. die einzelnen, im Rahmen des Art. 16 des Regierungsentwurfs vorgesehenen Änderungen (BR-Drs. 936/01, S. 156 ff.), die allgemeine Entwurfsbegründung (BR-Drs. 936/01, S. 194) und die Einzelbegründungen zu den diesbezüglichen Regelungen (BR-Drs. 936/01, S. 402 ff.).

⁸¹⁶ Vgl. Art. 16 Nr. 3 (§ 1a VAG) des Regierungsentwurfs (BR-Drs. 936/01, S. 156) und die Einzelbegründungen zu dieser Regelung (BR-Drs. 936/01, S. 401).

Ausdehnung des für den Bankenbereich entwickelten Rechtsinstituts auf die Versicherungswirtschaft zu begrüßen, da damit verhindert wird, dass unzuverlässige Investoren, denen die Beteiligung an einer Bank verwehrt worden ist, problemlos auf die Versicherungswirtschaft ausweichen können.

III. Einführung einer Anteilseignerkontrolle für Träger einer Börse

Die im Rahmen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes vorgesehene Neufassung des Börsengesetzes enthält einen § 3, durch den erstmals auch für die Träger einer Börse eine Kontrolle der Anteilseigner eingeführt werden würde.⁸¹⁷ Die in der Entwurfsfassung enthaltenen Regelungen lehnen sich an die in § 2b KWG und § 104 VAG getroffenen Regelungen an.

Mit der geplanten Neufassung des § 3 des Börsengesetzes wird der Zweck verfolgt, die Börsenaufsichtsbehörde über jede relevante Veränderung der Inhaberstruktur von Börsenträgern zu informieren. Die Börsenaufsichtsbehörde soll vor allem die Möglichkeit haben, der Übernahme von bedeutenden Beteiligungen durch Personen aus der organisierten Kriminalität entgegenzuwirken. Ein weiteres Ziel der Neufassung des § 3 des Börsengesetzes ist es, die Funktionsfähigkeit der Börse, insbesondere im Hinblick auf die Durchführung und angemessene Fortentwicklung des Börsenbetriebs zu sichern.⁸¹⁸ Damit entsprechen die Zielsetzungen der geplanten Neuregelung, was nicht überraschend ist, den durch § 2b KWG und § 104 VAG verfolgten Zwecken.

Durch die vorgesehene Änderung würde die Anteilseignerkontrolle als Rechtsinstitut auf einen weiteren wichtigen Bereich der Wirtschaft ausgedehnt werden. Daran anknüpfend stellt sich – die hier nicht zu beantwortende – Frage, ob es sinnvoll wäre, eine gewerberechtliche Zuverlässigkeitskontrolle von Anteilseignern nach dem Vorbild des § 2b KWG auch in anderen Bereichen der Wirtschaft einzuführen.

⁸¹⁷ Art. 1 (Neufassung des Börsengesetzes) des Regierungsentwurfs (BR-Drs. 936/01, S. 6 ff.

⁸¹⁸ Siehe zu alledem die Regierungsbegründung zu § 3 BörsG, BR-Drs. 936/01, S. 201.

F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Gewerbeaufsicht über Institute im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG

1. Zweck der Bankenaufsicht

Der Hauptzweck der staatlichen Bankenaufsicht ist die Gewährleistung eines funktionsfähigen Kreditgewerbes im Interesse der Gesamtwirtschaft.⁸¹⁹ Wegen der besonderen Vertrauensempfindlichkeit des Bankgewerbes muss der Staat negativen Entwicklungen in diesem Wirtschaftsbereich schon in ihrer Entstehung entgegenwirken. Der einzelne Kunde kann in der Regel die Seriosität seiner Bank oder Sparkasse nicht überblicken. Die staatliche Aufsicht gibt ihm eine gewisse Gewähr für die Verlässlichkeit seines Kreditinstituts, was als wesentliche Vertrauensbasis wirkt.⁸²⁰

2. Der Bankenaufsicht unterstehende Unternehmen

Seit 1998 unterstehen - als Folge der Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie - auch „Finanzdienstleistungsinstitute“ der Bankenaufsicht. Als „Finanzdienstleistungsinstitute“ bezeichnet das KWG Unternehmen, die bestimmte Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.⁸²¹ Es handelt sich bei diesen Unternehmen insbesondere um Anlagevermittler, (Börsen-) Makler und Vermögensverwalter. Kreditinstitute sind Unternehmen, die die im KWG im Einzelnen aufgezählten Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.⁸²² Das KWG fasst Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute unter dem Begriff „Institute“ zusammen.⁸²³ Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf einer schriftlichen Erlaubnis (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).⁸²⁴

⁸¹⁹ Vgl. B. III. 1.

⁸²⁰ Vgl. B. III. 1.

⁸²¹ Vgl. B. II. 2.

⁸²² Vgl. B. II. 1.

⁸²³ Vgl. B. II. 4.

⁸²⁴ Vgl. B. III. 3.

3. Spezielle Gewerbeaufsicht über die zugelassenen Institute

Die Ziele der Bankenaufsicht sollen vorrangig durch eine Beaufsichtigung der einzelnen Institute, d. h. eine spezielle Gewerbeaufsicht erreicht werden. Dabei soll der Freiheit der Institute zur geschäftlichen Betätigung der größtmögliche Spielraum gelassen werden und darauf verzichtet werden, auf geschäftspolitische Entschlüsse der Institute und auf die Gestaltung des einzelnen Bankgeschäftes Einfluss zu nehmen. Deshalb stellt das KWG nur allgemeine gesetzliche Ordnungsvorschriften für die innere Struktur der Institute und für eine solide Geschäftsführung auf.⁸²⁵ Dazu zählen u. a. Anforderungen an die Eigenmittelausstattung und die Liquidität der Institute.⁸²⁶ Von besonderer Bedeutung sind die Vorgaben des KWG für das Kreditgeschäft. Hierzu gehört u. a. die Verpflichtung der Kreditinstitute, sich bei einem Kredit von insgesamt mehr als zweihundertfünfzigtausend Euro die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers offen legen zu lassen sowie bestimmte Einzel- und Gesamtobergrenzen für Großkredite einzuhalten.⁸²⁷ Darüber hinaus formuliert das KWG bestimmte Anforderungen an die Organisation des Geschäftsbetriebs.⁸²⁸

Zur Durchsetzung der genannten Anforderungen an die Organisation und Geschäftsführung der Institute steht der Bankaufsichtsbehörde ein ausdifferenziertes verwaltungsrechtliches Instrumentarium zur Verfügung. Neben der Möglichkeit, einen Verstoß durch eine schriftliche oder mündliche Erklärung ohne Regelungscharakter gegenüber dem Institut zu beanstanden⁸²⁹, sind insbesondere folgende Maßnahmen (Verwaltungsakte) hervorzuheben⁸³⁰:

- Zur Berücksichtigung noch nicht bilanzwirksam gewordener Verluste:
Festsetzung eines Korrekturpostens auf das haftende Eigenkapital (wirkt als Begrenzung des zulässigen Geschäftsumfangs),
- Bei unzureichenden Eigenmitteln:
Verbot oder Beschränkung der Gewährung von Krediten/der Gewinnausschüttung,
- Bei fehlender fachlicher Eignung oder Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters:
Verlangen der Abberufung dieses Geschäftsleiters,
- Bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Instituts gegenüber seinen Gläubigern:

⁸²⁵ Vgl. B. III. 1.

⁸²⁶ Vgl. B. III. 4. a).

⁸²⁷ Vgl. B. III. 4. b).

⁸²⁸ Vgl. B. III. 4. c).

⁸²⁹ Vgl. B. III. 6. a).

⁸³⁰ Vgl. im Einzelnen B. III. 6. b) – h).

Erlass von Anweisungen für die Geschäftsführung, Verbot der Annahme von Einlagen, Geldern oder Wertpapieren von Kunden und der Gewährung von Krediten, Untersagung oder Beschränkung der Ausübung der Tätigkeit von Inhabern oder Geschäftsleitern und Bestellung von Aufsichtspersonen, ggf. auch Erlaubnisaufhebung,

- Bei Insolvenzgefahr:
Veräußerungs- und Zahlungsverbot, Schließung des Instituts für den Verkehr mit der Kundschaft, Verbot der Entgegennahme von Zahlungen, die nicht zur Tilgung von Schulden gegenüber dem Institut bestimmt sind.

Das KWG enthält eine Vielzahl von Vorschriften, die Berichtspflichten der Institute begründen.⁸³¹ Dem Abschlussprüfer werden in § 29 Abs. 1 bis 3 KWG Prüfungs- und Berichtspflichten auferlegt, die über die durch das Handelsgesetzbuch begründeten Pflichten hinausgehen.⁸³² Neben einem Auskunfts- und Vorlagerecht steht der Bankaufsichtsbehörde das Recht zu, auch ohne besonderen Anlass Prüfungen bei den Instituten vorzunehmen.⁸³³

4. Grenzen der Wirksamkeit der Bankenaufsicht

Der Wirksamkeit jeder Bankenaufsicht sind dadurch Grenzen gezogen, dass sie der loyalen Mitwirkung der beaufsichtigten Unternehmen bedarf. Falsche Angaben oder verspätete Meldungen können Schwierigkeiten bei einem Institut längere Zeit verschleiern, die erforderlichen Maßnahmen verzögern und damit eine wirksame Bankenaufsicht vereiteln. Damit hängt die Wirksamkeit der Bankenaufsicht entscheidend von der Zuverlässigkeit der Personen ab, die einen Einfluss auf die Geschäftsführung eines Instituts haben.⁸³⁴

⁸³¹ Vgl. B. III. 5.

⁸³² Vgl. B. III. 5.

⁸³³ Vgl. B. III. 5.

⁸³⁴ Vgl. B. III. 10.

II. Anteilseignerkontrolle bei Instituten im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG

1. Aufgabe neben dem klassischen Instrumentarium der Bankenaufsicht

Mit der Anteilseignerkontrolle bei den der Bankenaufsicht unterliegenden Unternehmen soll einerseits verhindert werden, dass Personen oder Vereinigungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität durch den Erwerb von Anteilen im Bankgewerbe Fuß fassen und hierdurch auf die legale Wirtschaft Einfluss nehmen können. Andererseits soll durch sie auch die Solvenz der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute geschützt werden, indem das einzelne Institut vor unzuverlässigen Anteilseignern bewahrt wird, die durch die Verfolgung und Durchsetzung sachfremder Interessen seine wirtschaftliche Existenz selbst bedrohen können.⁸³⁵ Die Anteilseignerkontrolle dient damit insgesamt der Förderung des Vertrauens in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Bankgewerbes.⁸³⁶

2. Einzelergebnisse⁸³⁷

a) Begriff der bedeutenden Beteiligung

aa) Sinn und Zweck der Definition

Der Begriff der bedeutenden Beteiligung ist der Anknüpfungspunkt der Anteilseignerkontrolle. Mit der Einstufung als Inhaber einer bedeutenden Beteiligung ist kein Unwerturteil verbunden. Das Bestehen bzw. der bevorstehende Erwerb einer solchen Beteiligung gibt der Bankaufsichtsbehörde die Möglichkeit, die als (potentieller) Inhaber einer bedeutenden Beteiligung einzustufenden Personen oder Unternehmen zu kontrollieren.

bb) Merkmale

Die Definition der bedeutenden Beteiligung (§ 1 Abs. 9 Satz 1 KWG) ist in zwei Alternativen unterteilt, nämlich

⁸³⁵ Vgl. B. IV.

⁸³⁶ Vgl. B. IV.

⁸³⁷ Die Arbeit enthält eine Vielzahl von Einzelergebnissen, deren Wiedergabe an dieser Stelle den Rahmen einer Zusammenfassung sprengen würde. Im Folgenden werden daher nur die Einzelergebnisse aufgeführt, die aus Sicht des Verfassers der Arbeit für das Verständnis der Anteilseignerkontrolle oder die Fortentwicklung dieses Rechtsinstituts von besonderer Bedeutung sind.

- das Halten von mindestens 10 vom Hundert des Kapitals oder der Stimmrechte eines Instituts (1. Alternative) und
- die Möglichkeit der Ausübung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung eines Instituts (2. Alternative).

Dabei ist die erste Alternative aufgeteilt in die beiden Unterfälle „unmittelbares“ und „mittelbares“ Halten einer Beteiligung.⁸³⁸ Eine bedeutende Beteiligung kann mittelbar gehalten werden

- (1) über ein oder mehrere Tochterunternehmen⁸³⁹,
- (2) über ein gleichartiges Verhältnis⁸⁴⁰ und
- (3) durch ein Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen⁸⁴¹.

Darüber hinaus erfolgt eine Zurechnung von Stimmrechten durch eine Verweisung (§ 1 Abs. 9 Satz 2 KWG) auf die Zurechnungsregeln des § 22 Abs. 1 bis 3 des Wertpapierhandelsgesetzes.⁸⁴²

Die Fallgruppen „über ein gleichartiges Verhältnis“ und „durch ein Zusammenwirken mit anderen Personen oder Unternehmen“ wurden erst durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz in § 1 Abs. 9 Satz 1 KWG eingefügt. Durch die erstgenannte Fallgruppe kann einer nicht unternehmerisch tätigen natürlichen Person eine Beteiligung an einem Institut zugerechnet werden, die unmittelbar von einem Unternehmen gehalten wird, an dem dieser natürlichen Person die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht.⁸⁴³ Die zweitgenannte Fallgruppe ist für die Fälle von Bedeutung, in denen die Bankaufsichtsbehörde einer Gruppe von Anteilseignern zwar keine vertragliche Absprache, aber ein über das bloße Renditeinteresse hinausgehendes gemeinsames wirtschaftliches Interesse nachweisen kann.⁸⁴⁴ Durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz sind damit die Lücken geschlossen worden, die bei der Erfassung mittelbarer Beteiligungen bestanden.

Ein maßgeblicher Einfluss i. S. d. § 1 Abs. 9 Satz 1 zweite Alternative KWG ist eine nicht notwendig gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäfts- und

⁸³⁸ Vgl. B. V. 3. vor a).

⁸³⁹ Vgl. B. V. 3. a) dd) aaa).

⁸⁴⁰ Vgl. B. V. 3. a) dd) bbb).

⁸⁴¹ Vgl. B. V. 3. a) dd) ccc).

⁸⁴² Vgl. B. V. 3. a) dd) ddd).

⁸⁴³ Vgl. B. V. 3. a) dd) bbb).

⁸⁴⁴ Vgl. B. V. 3. a) dd) ccc).

Finanzpolitik eines Instituts mit der Intensität, wie sie in der Regel ein Stimmrechtsanteil in Höhe von 20% gibt, wobei der Einfluss auf einer personellen Verflechtung, einer finanziellen Verflechtung, einer technologischen Abhängigkeit usw. beruhen kann.⁸⁴⁵

b) Anforderungen an den Inhaber einer bedeutenden Beteiligung

Das KWG verlangt in Übereinstimmung mit den zugrunde liegenden EG-Richtlinienbestimmungen, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung „den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Instituts zu stellenden Ansprüchen“ genügen muss. Diese Formulierung wird in den einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts durch das Kriterium der Zuverlässigkeit konkretisiert.⁸⁴⁶ Da der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht selbst Betreiber des durch das Institut ausgeübten Gewerbes ist, kann bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht unmittelbar auf die zu dem gewerberechtlichen Kriterium der Zuverlässigkeit entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung muss aufsichtsrechtlich zuverlässig sein, d. h. er muss die Gewähr dafür bieten, dass er seinen Einfluss nicht dazu nutzt, die Geschäftsleiter des Instituts zu rechtswidrigen bzw. für das Institut nachteiligen Handlungen zu drängen.⁸⁴⁷

Bei einem Vergleich der vor dem Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes geltenden Formulierung („...wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß ...“), mit der geltenden Formulierung („...wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß ...“) wird deutlich, dass nunmehr nur noch ein geringerer Grad an Wahrscheinlichkeit eines inkorrekten aufsichtsrechtlichen Verhaltens gegeben sein muss. Der Gesetzgeber hat also den Wahrscheinlichkeitsmaßstab für eine Tatbestandsvoraussetzung des Fachrechts (die mangelnde Zuverlässigkeit) abgesenkt.⁸⁴⁸

Die bankfachliche Eignung, die von den Geschäftsleitern eines Instituts verlangt wird, muss der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht besitzen.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ Vgl. B. V. 3. b) aa) ddd).

⁸⁴⁶ Vgl. B. VI. 1. vor a).

⁸⁴⁷ Vgl. B. VI. 1. a) bis b) bb).

⁸⁴⁸ Vgl. B. VI. 1. c).

⁸⁴⁹ Vgl. B. VI. 1. b) aa).

Das Erfordernis der aufsichtsrechtlichen Zuverlässigkeit wird durch zwei Spezialtatbestände ergänzt: (1) Der Sinn des Intransparenztatbestandes besteht darin, die Bankaufsichtsbehörde bei unübersichtlichen Strukturen des Unternehmensverbundes, dem der Inhaber der bedeutenden Beteiligung angehört, oder unklaren Buchführungsunterlagen des Unternehmensverbundes davon zu befreien, die persönliche Unzuverlässigkeit der Verantwortlichen bzw. die fehlende wirtschaftliche Solidität des Unternehmensverbundes nachweisen zu müssen.⁸⁵⁰ (2) Ausländische Institute, die eine Mehrheitsbeteiligung an einem inländischen Institut erwerben wollen, müssen im Herkunftsstaat einer „wirksamen Aufsicht“ unterliegen; die ausländische Aufsichtsstelle muss darüber hinaus zu einer „befriedigenden Zusammenarbeit“ mit der deutschen Bankaufsichtsbehörde bereit sein.⁸⁵¹ Dadurch soll sichergestellt werden, dass eine zusammengefasste Überwachung des Kreditgeschäfts und der Eigenmittelausstattung des ausländischen Mutterunternehmens und des ihm nachgeordneten inländischen Instituts erfolgen kann.⁸⁵²

Damit der Intransparenztatbestand seine Funktion erfüllen kann,⁸⁵³ sollte der Gesetzgeber ihn wie folgt fassen:⁸⁵⁴

„(Das Bundesaufsichtsamt [Die Bundesanstalt⁸⁵⁵] kann innerhalb von drei Monaten nach Eingang der vollständigen Anzeige nach Absatz 1 den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...)

2. das Institut durch die Begründung oder Erhöhung der bedeutenden Beteiligung in einen Unternehmensverbund eingebunden würde, bei dem die Strukturen des Beteiligungsgeflechts oder die wirtschaftlichen Verhältnisse intransparent sind.“

c) Ausgestaltung der Anteilseignerkontrolle

aa) Selbständiges Kontrollverfahren nach § 2b KWG

Kernstück der Anteilseignerkontrolle ist das selbständige Kontrollverfahren nach § 2b KWG. Zu unterscheiden ist dabei zwischen der „präventiven Erwerbskontrolle“, die stattfindet, wenn ein Interessent die Absicht, eine bedeutende Beteiligung zu erwerben, ordnungsgemäß ange-

⁸⁵⁰ Vgl. B. VI. 2.

⁸⁵¹ Vgl. B. VI. 3.

⁸⁵² Vgl. B. VI. 3.

⁸⁵³ Vgl. B. VI. 2. b).

⁸⁵⁴ Hier am Beispiel des § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 KWG; § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG wäre entsprechend zu ändern.

⁸⁵⁵ Zu der geplanten Errichtung einer Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht siehe B. III. 2.

zeigt hat, und der „Erwerberkontrolle“, die nach vollzogenem Erwerb einer bedeutenden Beteiligung erfolgen kann. In beiden Verfahren prüft die Bankaufsichtsbehörde, ob der Erwerbsinteressent bzw. der Erwerber der bedeutenden Beteiligung den aufsichtsrechtlichen Anforderungen (aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit bzw. ergänzende Spezialtatbestände) genügt.⁸⁵⁶

aaa) Präventive Erwerbskontrolle

Die Bankaufsichtsbehörde kann gemäß § 2b Abs. 1a KWG innerhalb von drei Monaten nach Eingang der vollständigen Anzeige den beabsichtigten Erwerb einer bedeutenden Beteiligung an einem Institut untersagen, wenn der Anzeigende nicht diesen Anforderungen genügt.⁸⁵⁷

§ 2b KWG enthält kein Verbot, die angezeigte Erwerbsabsicht während der Dreimonatsfrist zu vollziehen.⁸⁵⁸ Die Frist von drei Monaten für die Untersagung des Erwerbs ist als Möglichkeit für den Erwerbsinteressenten zu verstehen, nach ordnungsgemäßer Anzeige der Erwerbsabsicht den Ablauf der Frist abwarten zu können, um sodann nach dem Vollzug des Erwerbs in der Weise Vertrauensschutz zu genießen, dass die Bankaufsichtsbehörde im Rahmen der Erwerberkontrolle eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte bzw. den Zwang zur Veräußerung der Beteiligung nur auf neue Erkenntnisse stützen darf.⁸⁵⁹

Der Anzeigende, dem der Erwerb einer bedeutenden Beteiligung untersagt wurde, kann trotz eines derartigen Verbots eine solche Beteiligung zivilrechtlich wirksam erwerben, würde jedoch mit einer (vorsätzlichen oder leichtfertigen) Zuwiderhandlung gegen die vollziehbare Untersagung des Beteiligungserwerbs eine Ordnungswidrigkeit begehen, die mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro geahndet werden kann.⁸⁶⁰ Die Bankaufsichtsbehörde kann den rechtswidrigen Beteiligungserwerb im Wege einer Zwangsveräußerung der Beteiligung gemäß § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG rückgängig machen.⁸⁶¹ Es handelt sich dabei nicht um eine (echte) Rückabwicklung, sondern um ein oder mehrere Neugeschäfte.⁸⁶²

⁸⁵⁶ Vgl. C. I. 1.

⁸⁵⁷ Vgl. C. I. 3. b) aa).

⁸⁵⁸ Vgl. C. I. 3. b) dd).

⁸⁵⁹ Vgl. C. I. 3. b) dd) und C. I. 4. a) aa).

⁸⁶⁰ Vgl. C. I. 3. b) cc).

⁸⁶¹ Vgl. C. I. 4. a) cc) und C. I. 4. b) dd).

⁸⁶² Vgl. C. I. 4. b) dd).

Ein Erwerbsverbot, das unmittelbar das Erwerbsrecht des Erwerbsinteressenten aufhebt, sieht das Gesetz nicht vor, um die mit einem derartigen Verbot einhergehende Beeinträchtigung des (Börsen-) Handels mit Bankaktien zu vermeiden.⁸⁶³

bbb) Erwerberkontrolle

Im Rahmen der Erwerberkontrolle gemäß § 2b Abs. 2 KWG verfügt die Bankaufsichtsbehörde über folgende Eingriffsinstrumente gegenüber dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung, der nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen entspricht:

- (1) Untersagung der Ausübung der Stimmrechte⁸⁶⁴,
- (2) Übertragung der Ausübung der Stimmrechte auf einen Treuhänder⁸⁶⁵,
- (3) Anordnung einer Verfügungsbeschränkung⁸⁶⁶,
- (4) Erzwingung der Veräußerung der Anteile, die eine bedeutende Beteiligung begründen⁸⁶⁷.

In Anlehnung an § 28 des Wertpapierhandelsgesetzes wird vorgeschlagen, dass der Gesetzgeber eine Regelung schaffen sollte, die für den Fall, dass der Erwerber einer bedeutenden Institutsbeteiligung die Anzeigepflicht des § 2b Abs. 1 KWG verletzt, einen unmittelbaren Verlust der Stimmrechte aus den Anteilen anordnet, die dem Erwerber gemäß § 1 Abs. 9 KWG zuzurechnen sind.⁸⁶⁸ Ein Verlust des Stimmrechts kraft Gesetzes sollte ebenfalls eintreten, wenn eine bedeutende Beteiligung entgegen einer vollziehbaren Untersagung nach § 2b Abs. 1a Satz 1 KWG erworben wird.⁸⁶⁹ Um die Effektivität der Anteilseignerkontrolle zu gewährleisten, sollte die Bankaufsichtsbehörde für die verbleibenden Fälle einer zu sanktionierenden aufsichtsrechtlichen Unzuverlässigkeit dazu ermächtigt werden, einen Verlust des Stimmrechts anordnen zu können. Die bislang nur mögliche Untersagung der Ausübung der Stimmrechte hat zur Folge, dass die Stimmrechtsausübung entgegen der Untersagung zwar pflichtwidrig, aber gleichwohl wirksam wäre.⁸⁷⁰

⁸⁶³ Vgl. C. I. 3. b) cc).

⁸⁶⁴ Vgl. C. I. 4. b) aa).

⁸⁶⁵ Vgl. C. I. 4. b) bb).

⁸⁶⁶ Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁸⁶⁷ Vgl. C. I. 4. b) dd).

⁸⁶⁸ Vgl. C. I. 4. a) bb).

⁸⁶⁹ Vgl. C. I. 4. a) cc).

⁸⁷⁰ Vgl. C. I. 4. b) aa).

Mit der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (Zustimmungserfordernis) soll verhindert werden, dass ein unzuverlässiger Anteilseigner seine Anteile auf einen Strohmann überträgt, bevor sie erforderlichenfalls durch einen Treuhänder an bankaufsichtlich unbedenkliche Interessenten veräußert werden können.⁸⁷¹ Der Gesetzgeber hat die Bankaufsichtsbehörde nur dazu ermächtigt, die Verfügungsbeschränkung als Gebot gegenüber dem betroffenen Anteilseigner anordnen zu können, das dessen rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht unberührt lässt.⁸⁷² Im Interesse einer effektiven Anteilseignerkontrolle sollte § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG dahin gehend geändert werden, dass die Bankaufsichtsbehörde zur Anordnung einer Verfügungsbeschränkung ermächtigt wird, die Verfügungen des unzuverlässigen Inhabers einer bedeutenden Beteiligung ohne die Zustimmung der Aufsichtsbehörde gegenüber jedermann unwirksam macht.⁸⁷³

Das Verfahren zur Erzwingung der Veräußerung von Anteilen (§ 2b Abs. 2 Satz 3 KWG) ist zweistufig ausgestaltet.⁸⁷⁴ § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG ermächtigt die Bankaufsichtsbehörde zunächst dazu, dem unzuverlässigen Inhaber einer bedeutenden Beteiligung eine angemessene Frist zu setzen für den Nachweis eines zuverlässigen Erwerbers für die Anteile, die eine bedeutende Beteiligung begründen.⁸⁷⁵ Für den Fall, dass der unzuverlässige Inhaber der bedeutenden Beteiligung die durch diese Anordnung begründete öffentlich-rechtliche Pflicht innerhalb der gesetzten Frist nicht erfüllt, kann die Bankaufsichtsbehörde einen Treuhänder mit der Veräußerung der Anteile beauftragen. Es handelt sich dabei um eine Erscheinungsform der Ersatzvornahme.⁸⁷⁶ Die Besonderheit dieser Ersatzvornahme besteht darin, dass eine Ermächtigungstreuhand besonderer Art begründet wird. Der öffentlich-rechtliche „Auftrag“ an den Treuhänder in der Gestalt eines Verwaltungsaktes ermächtigt diesen zur Verfügung über die Anteile. Der Treuhänder erhält durch diesen Verwaltungsakt außerdem die Rechtsmacht, den betroffenen Anteilseigner bei dem Abschluss eines Kaufvertrages über die Anteile zu vertreten. § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG verdrängt hierbei als speziellere Regelung die allgemeinen Regelungen des BGB.⁸⁷⁷

⁸⁷¹ Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁸⁷² Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁸⁷³ Vgl. C. I. 4. b) cc).

⁸⁷⁴ Vgl. C. I. 4. b) dd).

⁸⁷⁵ Vgl. C. I. 4. b) dd) aaa).

⁸⁷⁶ Vgl. C. I. 4. b) dd) bbb).

⁸⁷⁷ Vgl. C. I. 4. b) dd) bbb).

bb) Anteilseignerkontrolle im Zulassungs- und Erlaubnisaufhebungsverfahren

Die aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit des Inhabers einer bedeutenden Beteiligung stellt gegenüber einem Unternehmen, das eine Erlaubnis zum Betreiben von Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäften beantragt, einen Erlaubnisversagungsgrund dar und ist gegenüber einem zugelassenen Institut ein Erlaubnisaufhebungsgrund.⁸⁷⁸ Im Rahmen der Ausübung seines Ermessens, ob die Erlaubnis des betroffenen Instituts aufgehoben wird, hat die Bankaufsichtsbehörde zunächst zu prüfen, ob Maßnahmen nach § 2b Abs. 2 KWG als milderer, aber gleich wirksames Mittel in Betracht kommen.⁸⁷⁹

cc) Auskunfts-, Vorlage- und Prüfungsrechte

Die Neufassung des § 44b KWG erweitert die Kompetenzen der Bankaufsichtsbehörde zur Ermittlung des Sachverhalts auf den Katalog des § 44 Abs. 1 KWG, dehnt den erfassten Personenkreis aus und ermächtigt die Aufsichtsbehörde bereits dann zur Anordnung einer Prüfung, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Inhaber einer bedeutenden Beteiligung nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen genügt.⁸⁸⁰

d) Vereinbarkeit der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung und der Erzwingung der Veräußerung von Anteilen mit deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt

Die Zwangsveräußerung einer Beteiligung nach § 2b Abs. 2 Satz 3 KWG und die diese Maßnahme vorbereitende Anordnung einer Verfügungsbeschränkung gemäß § 2b Abs. 2 Satz 1 KWG (Zustimmungserfordernis) sind grundsätzlich vereinbar mit den deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten und mit den Grundfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. Die Bankaufsichtsbehörde hat aber im Einzelfall bei der Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens zu prüfen, ob die Ziele einer effektiven Anteilseignerkontrolle bereits durch eine Untersagung der Ausübung der Stimmrechte (ggf. in Verbindung mit der Übertragung der Stimmrechte auf einen Treuhänder) erreicht werden können.⁸⁸¹

⁸⁷⁸ Vgl. C. III. und IV.

⁸⁷⁹ Vgl. C. IV.

⁸⁸⁰ Vgl. C. V.

⁸⁸¹ Vgl. D.

III. Ausblick auf das geplante Vierte Finanzmarktförderungsgesetz

Die im Rahmen des Regierungsentwurfs eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes geplante Ergänzung des Regelwerks zur Anteilseignerkontrolle soll vor allem der Bekämpfung der internationalen Geldwäsche dienen.⁸⁸² Es ist beabsichtigt, in diesem Zusammenhang in § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG eine Beweislastumkehr zu Lasten des (potentiellen) Erwerbers einer bedeutenden Beteiligung zu regeln. Diese Absicht kommt allerdings im Wortlaut des Regierungsentwurfs nicht zum Ausdruck.⁸⁸³ Es wird vorgeschlagen, § 2b Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 KWG wie folgt zu fassen:⁸⁸⁴

„(Das Bundesaufsichtsamt [Die Bundesanstalt⁸⁸⁵] kann innerhalb von drei Monaten nach dem vollständigen Eingang der Anzeige nach Absatz 1 den beabsichtigten Erwerb der bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass)

1. der Anzeigepflichtige oder, wenn er eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft ist, auch eine zur Vertretung berufene natürliche Person nicht zuverlässig ist; der Anzeigepflichtige gilt als unzuverlässig, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Geldmittel, die dem Erwerb der Beteiligung dienen sollen, aus einer der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten rechtswidrigen Taten herrühren.“

Der Gesetzgeber sollte außerdem im Rahmen eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes die in dieser Arbeit vorgeschlagene Neufassung des Intransparenzstatbestandes⁸⁸⁶ und die Vorschläge für eine Änderung des § 2b Abs. 2 KWG⁸⁸⁷ aufgreifen.

⁸⁸² Vgl. E. I. 2. a).

⁸⁸³ Vgl. E. I. 2. a).

⁸⁸⁴ Vgl. E. I. 2. a).

⁸⁸⁵ Zu der geplanten Errichtung einer Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht siehe B. III. 2.

⁸⁸⁶ Vgl. F. II. 2. b).

⁸⁸⁷ Vgl. F. II. 2. c). aa) bbb).

Literaturverzeichnis

Alber, Siegbert: Die Selbstbindung der europäischen Organe an die Europäische Charta der Grundrechte, EuGRZ 2001, 349

Adler/Düring/Schmaltz: Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, PubLG nach den Vorschriften des Bilanzrichtliniengesetzes, bearbeitet von Karl-Heinz Forster u. a., Teilband 3, 6. Auflage, 1996

Arndt, Hans-Wolfgang: Europarecht, 4. Auflage, 1999

Artopoulos, Wolfgang: Erfahrungen und Ansichten eines Aufsehers, ZKW 1999, 142

Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1999 (zit.: Assmann/Schneider, WpHG)

Bähre, Inge Lore/Schneider, Manfred: KWG-Kommentar, 3. Auflage, 1986 (zit.: Bähre/Schneider, KWG)

Bankrechtshandbuch, bearbeitet von Herbert Schimansky (Hrsg.) u. a., III. Band, 2001 (zit.: Bearbeiter, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch)

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, 2000 (zit.: Baumbach/Hopt, HGB)

Bechthold, Rainer: Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2. Auflage, 1999 (zit.: Bechthold, GWB)

Beck, Heinz/Samm, Carl-Theodor (Hrsg.): Gesetz über das Kreditwesen, Band 1, Kommentar, Loseblatt, Stand: Februar 2002 (zit.: Beck/Samm, KWG)

Beck'scher Bilanz-Kommentar: Handels- und Steuerrecht - §§ 238 bis 339 HGB -, bearbeitet von Wolfgang Dieter Budde u. a., 4. Auflage, 1999 (zit.: Bearbeiter, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar)

Bock, Markus A.: Staatsaufsicht über Finanzkonglomerate, 1999

- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, bearbeitet von H. J. Abraham u. a., Band II, Loseblatt, Stand: Mai 2001 (zit.: Bearbeiter, in: GG, Bonner Kommentar)
- Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfried/Schulte-Mattler, Hermann*: Kreditwesengesetz, Kommentar, 2000 (zit.: Bearbeiter, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG)
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 1999 (zit.: Bearbeiter, in: Callies/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV)
- Dauses, Manfred A.*: Eine Lanze für „Solange III“, *EuZW* 1997, 705
- Deutsche Bundesbank*: Grundsatz I über die Eigenmittel der Institute, 1998
- Dreher, Meinrad*: Die neue deutsche Einlagensicherung im Bereich der privaten Banken und das Europarecht, *ZIP* 1998, 1777
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang*: Gefahrenabwehr: allg. Polizeirecht des Bundes und der Länder, 9. Auflage, 1986 (zit.: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr)
- Dürselen, Karl E.*: Kredite im Rahmen der Großkreditnorm des § 13 KWG, *ZBB* 1997, 24
- Emmerich, Volker*: Kartellrecht, 8. Auflage, 1999
- Eyles, Uwe*: Funktionsauslagerung (Outsourcing) bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, *WM* 2000, 1217
- Findeisen, Michael*: Deliktsspezifische Strukturprävention gegen Geldwäsche im Finanzsektor, *WM* 1998, 2410
- Friauf, Karl Heinrich*: Kommentar zur Gewerbeordnung, Gewerberechtlicher Teil, Loseblatt, Stand: Oktober 2001 (zit.: Bearbeiter, in: Friauf, GewO)
- Geiger, Rudolf*: EUV/EGV, Kommentar, 3. Auflage, 2000
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*: Das Recht der Europäischen Union, Altband I, EUV, Art. 1– 136a EGV (Maastrichter Fassung), Loseblatt, Stand: Oktober 1999
- Gramlich, Ludwig*: Bücherschau zu Pascal Royala, Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht in der EG, und zu Ingo Wörner, Europäische Bankenregulierung im Spannungsbereich

verhältnis zwischen Regulierungswettbewerb und Harmonisierungsbemühungen, WM 2001, 109

Grelck, Michael/Rode, Michael: Der neue Liquiditätsgrundsatz, ZKW 1999, 68

Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, hrsg. von Manfred A. Daus, Band 1, Loseblatt, Stand: Mai 2001 (zit.: Bearbeiter, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts)

Herdegen, Matthias: Europarecht, 3. Auflage, 2001

Hirte, Heribert/Heinrich, Tobias A.: Entwicklungen im Europäischen Bankrecht – Eine Bestandsaufnahme, ZBB 2001, 388

Hirsch, Günter: Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, NJW 2000, 1817

Hirschmann, Jörn: Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, 2000

Huber, Herwart: Bankkrisen und das neue Insolvenzrecht, ZBB 1998, 193

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, Kommentar, 4. Auflage, 1999

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: GWB, Kommentar, 2. Auflage, 1992

Jarass, Hans D.: Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?, NJW 2000, 2841

Jarass/Piroth, Bodo: Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, 2000 (zit.: Bearbeiter, in: Jarass/Piroth, GG)

Jung, Mathias: Die Auswirkungen der 6. KWG-Novelle auf Anlagevermittler, (Börsen-) Makler und Vermögensverwalter, BB 1998, 649

Kokott, Juliane: Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AÖR 121. Band (1996), 600

Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich: VwVfG, Kommentar, 7. Auflage, 2000

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger: VwGO, Kommentar, 12. Auflage, 2000

- Knemeyer*, Franz-Ludwig: Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage, 2002
- Knöll*, Ralf: Die Diskussion um die Grundrechtscharta der Europäischen Union aus dem Blickwinkel der deutschen Länder, NJW 2000, 1845
- von *Landmann*, Robert/*Rohmer*, Gustav: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Band I, Gewerbeordnung, Kommentar, Loseblatt, Stand: Januar 2001 (zit.: von Landmann/Rohmer, GewO)
- Lecheler*, Helmut: Einführung in das Europarecht, 2000
- Lenz*, Carl Otto: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Auflage, 1999 (zit.: Bearbeiter, in: Lenz, EG-Vertrag)
- Loose*, Falk: Das Steuerrecht als Schranke des Kapitalverkehrs (Art. 58 EG), 2001
- Maurer*, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2000
- Mielk*, Holger: Die wesentlichen Neuregelungen der 6. KWG Novelle, Teil I: WM 1997, 2200; Teil II: WM 1997, 2237
- Möller*, Andreas: Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Der Regierungsentwurf -, WM 2001, 2405
- Müller-Michaels*, Olaf: Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1996
- von *Münch*, Ingo/*Kunig*, Philip: Grundgesetz-Kommentar, 3 Bände, 5. Auflage, 2000
- Nettesheim*, Martin: Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, 106
- Neumann*, Kerstin: Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, 1998
- Newiger*, Nicolaus: Die Umsetzung der EG-Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsrichtlinie, Sparkasse 1998, 349
- Ossenbühl*, Fritz: Inhaltsbestimmung des Eigentums und Enteignung – BVerfGE 83, 201, JuS 1993, 201

Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 61. Auflage, 2002* (zit.: Palandt/Bearbeiter, BGB)

Pitschas, Rainer: Grenzen der Bindungswirkung von Verlautbarungen des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen – Zur Auslegung des § 18 KWG -, WM 2000, 1121

Reischauer, Friedrich/Kleinhans, Joachim: KWG, Kommentar, 3 Bände, Loseblatt, Stand: Dezember 2001

Roller, Gerhard: Enteignung, ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung und salvatorische Klauseln, NJW 2001, 1003

Rozeck, Jochen: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998

Sachs, Michael: Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1999

Schieber, Jörg: Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, 1998

Schmidt, Reiner (Hrsg.): Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, 1995

Schmidt-Bleibtreu, Bruno: Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, 1999

Schmitt-Kammler, Arnulf: Das „Sonderopfer“ – ein lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht?, NJW 1990, 2515

Schneider, Uwe H.: Erweiterte Anzeigepflichten und aufsichtsrechtliche Beteiligungsverbote an Kreditinstituten, BB 1989, 84

Schulte-Mattler, Hermann: Kredit- und Preisrisiken im neuen KWG-Grundsatz I, WM 1998, 1953

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, 2000

Schwintowski, Hans-Peter: Bankrecht, 1994

Sehte, Rolf: Einlagensicherung und Anlegerentschädigung nach europäischen und deutschem Recht, ZBB 1998, 305

ders.: Europarechtswidrige Kollusion von Gesetzgeber und Bankwirtschaft?, ZIP 1999, 1461

Steuer, Stephan: Das Gesetz zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsrichtlinie und seine Umsetzung in der Praxis, WM 1998, 2449

Stober, Rolf: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Auflage, 2000

Szagunn, Volkhard/Haug, Ulrich/Ergenzinger, Wilhelm: Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 6. Auflage, 1997

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch, 50. Auflage, 2001

Weber, Albrecht: Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537

Weber, Christoph/Nägele, Peter: „Babylonische Begriffsverwirrung“: 6. KWG-Novelle in Kraft, ZKW 1998, 753

Wetter, Irmgard: Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, 1998

Wirtschaftsprüferhandbuch: Handbuch für Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, bearbeitet von Wolfgang Dieter Budde u. a., Band I, 11. Auflage, 1996

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf: Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Auflage, 2000

Zeitler, Franz-Christoph: Internationale Entwicklungslinien der Bankenaufsicht – Praktische Auswirkungen und rechtliche Funktion der Baseler Eigenkapitalübereinkunft -, WM 2001, 1397