

1. Hauptteil: Allgemeines

1. Teil Einführung

1. Abschnitt: Allgemeines (Früh)		3. Abschnitt: Privates Bankrecht (Früh)	
I. Begriff und Rechtsgrundlagen des Bankrechts	1.1	I. Allgemeines	1.72
II. Der Einfluss von Finanzkrisen auf das öffentliche Bankrecht	1.15	II. Bankrecht im Sonderprivatrecht und im BGB	1.74
III. Der Einfluss technischer Entwicklungen auf das private Bankrecht	1.28	III. Jüngere Entwicklungen	
IV. Der Einfluss der Nachhaltigkeitsziele auf das Bankrecht	1.38a	1. Starke europäische Prägung	1.81
V. Bankprodukte und Bankrecht	1.39	2. Lockerung der Privatautonomie durch paternalistische Tendenzen	1.84
1. Commercial Banking	1.41	4. Abschnitt: Kapitalmarktrecht (Früh)	
2. Investment Banking	1.46	I. Begriff und Bedeutung des Kapitalmarktrechts	1.95
2. Abschnitt: Öffentliches Bankrecht (Früh)		II. Gegenstände des Kapitalmarktrechts und Schnittstelle zum Bankrecht	1.111
I. Allgemeines	1.51	5. Abschnitt: Lockerung der Trennung von öffentlichem und privatem Bankrecht – Ausstrahlungswirkung/ Sanktionen (Früh)	
II. Instrumente des Bankaufsichtsrechts	1.53	I. Aufsicht	1.120
III. Jüngere Entwicklungen		II. Rechtsprechung	1.126
1. Aufsichtsstrukturen (Europäische Bankenunion)	1.55	III. Gesetzgebung	1.129
2. Materielles Aufsichtsrecht	1.61	IV. Praxis	1.130
3. Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht	1.67	V. Sanktionierung	1.131

Schrifttum: *Alzheimer*, Die Entwicklung des Kreditwesengesetzes, Die Bank 1997, 27; *Annuß/Früh/Hasse*, Kommentar zur Institutvergütungsverordnung, Versicherungsvergütungsverordnung, 2016; *Armbrüster/Böffel*, „Naming and shaming“ als Instrument zur Ahndung von Rechtsverstößen, ZIP 2019, 1885; *Badenhoop/Grundmann*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 15.6.2023 – C520/21, BKR 2023, 530, 533; *Barta/Braune*, Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts, BKR 2014, 324; *Bartlitz*, Schadensersatz wegen Verletzung der Bonitätsprüfungspflicht, ZIP 2020, 1337; *Bauernfeind*, „Ein Jahr Brexit“ – Stand der Folgen für das Finanzaufsichtsrecht, GWR 2022, 167; *Baur/Holle*, Untreue und unternehmerische Entscheidung, ZIP 2017, 555; *Becher/Kreuschner*, Klotz am Bein oder schlummerndes Potenzial?, Die Bank 2017, 38; *Beck/Samm/Kokemoor*, Gesetz über das Kreditwesen, Band 2; *Bellner/Haas/Hess*, Digitales Zentralbankgeld aus rechtsökonomischer Perspektive, WM 2023, 111; *Berger*, Rechtsanwendung durch die EZB im Single Supervisory Mechanism (SSM), Teil I, WM 2016, 2325 und Teil II, WM 2016, 2361; *Bernau/Lutterbach*, Digital Operational Resilience Act (DORA), BKR 2023, 506; *Bettermann/Hoes*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Besondere Pflichten für Kreditinstitute?, BKR 2022, 23; *Bettermann/Hoes*, Die EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive – Besondere Pflichten für Kreditinstitute?, BKR 2022, 686; *Bitter/Casper/Grigoleit/Habersack*, Ressourcenschonung im Bankbereich, Ein Appell aus der Wissenschaft zum AGB-Änderungsmechanismus durch Zustimmungsfiktion, BKR 2023, 302; *Bitter/Linardatos*, Der Banksenat des BGH hat gesprochen: Ende der Vertragsfreiheit und Zwang zur Ineffizienz im Darlehensrecht!, ZIP 2018, 1203; *Bitter/Linardatos*, Erdachte Leitbilder im Darlehensrecht, ZIP 2018, 2249; *Buck-Heeb*, Kreditberatung, Finanzierungsberatung, BKR 2014, 221; *Buck-Heeb*, Das Kleinanlegerschutzgesetz, NJW 2015, 2535; *Buck-Heeb*, Rechtsfolgen fehlen-

der oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung, NJW 2016, 2065; *Buck-Heeb*, Aufsichtsrechtliches Produktverbot und zivilrechtliche Rechtsfolgen – Der Anleger zwischen Mündigkeit und Schutzbedürftigkeit, BKR 2017, 89; *Buck-Heeb*, Finanzierungsberatung: Aufklärungspflichten und Haftung, ZIP 2018, 705; *Buck-Heeb*, Aufsichts- und zivilrechtliche Normen im Bank- und Kapitalmarktrecht: einheitliche oder gesplante Auslegung?, WM 2020, 157; *Buck-Heeb*, Missstandsaufsicht durch die BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG, BKR 2021, 141; *Buck-Heeb*, Rechtsunsicherheiten beim KI-Einsatz im Bankensektor, WM 2023, 1625; *Bußalb*, Produktintervention und Vermögensanlagen, WM 2017, 553; *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in FS Lerche, 1993, S. 873; Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Der aufsichtliche Überprüfungs- und Bewertungsprozess für kleinere Institute und Überlegungen zur Proportionalität, Oktober 2017, 45; *Denga*, Digitalisierung in der Anlageberatung, Bankrechtstag 2024 (im Erscheinen); *Dombret*, Wann ist das Maß voll?, Die Bank 2017, 8; *Edelmann*, Einführung von Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft, BB 2018, 394; *Edelmann/Schultheiß/Höllendampf*, Grenzen der Eingriffsbefugnisse der BaFin gegenüber Kreditinstituten nach § 4 Abs. 1a FinDAG, BB 2021, 835; *Einselse*, Verhaltenspflichten im Bank- und Kapitalmarktrecht, ZHR 180 (2016), 233; *Feldhusen*, Kreditwürdigkeitsprüfung: Wieviel Würdigung erlaubt die Prüfung nach Erlass der Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung?, WM 2019, 97; *Forsthoff*, Bankenunion und Bundesverfassungsgericht – Von der politischen Erfolgsgeschichte zur verfassungsrechtlichen Verlustsaga?, EuZW 2019, 977; *Freitag*, Überfällige Konvergenz von privatem und öffentlichem Recht der Anlageberatung, ZBB/JBB 2014, 357; *Freitag*, Plädoyer für weitere Erleichterungen bei der AGB-Kontrolle von Finanzverträgen mit Großunternehmen, BKR 2023, 386; *Freitag/Wolf*, Das Kollisionsrecht des Crowd-Funding nach der Schwarmfinanzierungsverordnung, WM 2021, 1009; *Früh*, Bürgerliches Recht, 1997; *Früh*, Regulierungsinitiativen im Zeichen der Krise, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 33, Bankrechtstag 2011; *Früh*, Zur Rückwirkung von Rechtsprechung im Zivilrecht, WM 2023, 1585; *Gaida*, Bericht über den Bankrechtstag am 30.6.2023, WM 2023, 1481; *Glander/Kropff/Löhmann*, „SFDR 1.5“ – neue Anforderungen an nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten?, RdF 2023, 244; *Glos/Hildner/Kühnel/Schneider*, Ausblick auf das Finanzaufsichtsrecht 2024, BKR 2024, 127; *Grigoleit*, Rückforderung von Kontoentgelten nach höchstrichterlicher Beanstandung eines Entgeltanpassungsmechanismus, WM 2023, 697, 749; *Grüneberg*, Der leise Abschied des BGH von „Heininger“ und „Quelle“, NJW 2024, 993; *Gurlit*, Die Entwicklung des Banken- und Kapitalmarktaufsichtsrechts in den Jahren 2015/16, WM 2016, 2053; *Habersack*, AGB-Rechtskonformität des Mechanismus zur Änderung der AGB der Kreditwirtschaft, BKR 2020, 53; *Hanten/Bracht*, Die Europäisierung des Bankaufsichtsrechts im Praxistest: Die L-Bank Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union, ZBB/JBB 2017, 236; *Harbarth*, „Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie (kein) Systembruch im deutschen Aktienrecht?, AG 2022, 633; *Held*, Das neue ZKG: Verfassungswidriger Kontrahierungszwang, BKR 2016, 353; *Hellwig*, Finanzkrise und Reformbedarf: Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010; *Hemeling*, Europäische Finanz- und Kapitalmarktregulierung auf dem Prüfstand, ZHR 181 (2017), 595; *Heppekausen*, Blockchain, Wertpapierprospektrecht und das übrige Aufsichtsrecht, BKR 2020, 10; *Herdegen*, Europäische Bankenunion: Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, WM 2012, 1889; *Herdegen*, Die Suspendierung der Zahlungspflicht von Darlehensnehmern aufgrund der COVID-19-Pandemie (Art. 240 § 3 EGBGB n.F.), WM 2021, 465; *Herresthal*, Privatrechtsdogmatik im Bankvertragsrecht, in FS Canaris, 2017, S. 869; *Herresthal*, Die Verschiebung des Verjährungsbeginns bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage – Contra legale Rechtsgewinnung im Verjährungsrecht, WM 2018, 401; *Herresthal*, Die vertragsrechtlichen Regelungen zum Verbraucherdarlehensrecht aus Anlass der COVID-19 Pandemie in Art. 240 § 3 EGBGB, ZIP 2020, 989; *Herresthal*, Keine Informationspflicht des Klauselverwenders bei ergänzender Vertragsauslegung laufender Verträge, BKR 2021, 131; *Herresthal*, Die Unwirksamkeit der AGB-Änderungsklausel in Bank-AGB nach der Entscheidung des BGH, ZHR 186, (2022), 373; *Herresthal*, Die unionsrechtlichen Vorgaben bei unwirksamen AGB-Klauseln, NJW 2023, 1161; *Herz*, Die Entwicklung des europäischen Bankaufsichtsrechts in den Jahren 2016/2017, EuZW 2018, 5; *Herz*, Die Entwicklung des europäischen Bankaufsichtsrechts in den Jahren 2017/2018 (Teil I), EuZW 2019, 13; *Herz*, Die Entwicklung des europäischen Bankaufsichtsrechts in den Jahren 2017/2018 (Teil II), EuZW 2019, 60; *Hirzle/Hugendubel*, Die Entwicklung des Kryptorechts im Jahr 2022, BKR 2022, 821; *Höche*, Bankenregulierung zur Bewältigung der Finanzmarkt – und Staatsschuldenkrise, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 35, Bankrechtstag 2013; *Hopt*, 50 Jahre Anlegerschutz und Kapitalmarktrecht: Rückblick und Ausblick, WM 2009, 1873; *Hopt*, Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? Teil 2 – Die deutsche Entwicklung im internationalen Vergleich, ZHR 141 (1977), 389; *Hopt*, Corporate Governance von Banken und Nichtbanken – Ein vergleichender Überblick aus Anlass einer neuen Empfehlung im Deutschen Corporate Governance Kodex 2020, WM 2019, 1771; *Hopt/Binder/Böcking*, Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020; *Hübner/Lieberknecht*, Mehr Pflichten für weniger Unternehmen? – Kerninhalte der EU-Lieferketten-RL und ihre

Umsetzung im deutschen Recht, NJW 2024, 1841; *Hüther*, This time is different but still risky: Bankenkrise statt Finanzkrise, IW.Policy Paper 3/2023, Institut der deutschen Wirtschaft, <https://www.iwkoeln.de> › Home › Studien; *Ipsen/Röh*, Der lange Weg zur Rechtssicherheit: Das erste Urteil zum SSM, WM 2017, 2228; *Josenhans/Danzmann/Lübbelohsen*, Kautelarjuristische Gestaltungsoptionen bei Gebührenvereinbarungen für Konsortialkreditfinanzierungen – Implikationen der BGH-Rechtsprechung zu AGB-Bearbeitungsentgelten, BKR 2018, 142; *Josten*, Kreditvertragsrecht, 2. Aufl. 2017; *Kämmerer*, Rechtsschutz in der Bankenunion, WM 2016, 1; *Kämmerer*, Tektonische Verwerfungen im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) der Bankenunion – Kritische Betrachtungen aus Anlass der L-Bank- Entscheidung des EuG, ZBB 2017, 317; *Kalisz*, Unterinstanzliche Vorlageersuchen beim EuGH – fehlende Berücksichtigung der Parteiinteressen, WM 2023, 364; *Kalisz*, Barrierefreiheit von Bankprodukten und -dienstleistungen, BKR 2023, 292; *Klanten*, Neuvereinbarung von AGB nach der Postbank-Entscheidung des BGH, BKR 2022, 211; *Klöhn*, Informelle Bankenregulierung durch die BaFin, WM 2021, 1457, 1513; *Klöhn*, Grenzen des Verbraucherschutzes durch die BaFin – eine Untersuchung zu § 4 Abs. 1a FinDAG, WM 2022, 1097, 1149 (2 Teile); *Koch*, Das Nebeneinander aufsichts- und zivilrechtlicher Beratungsvorgaben im Anlegerschutz – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, ZBB/JBB 2014, 211; *Köndgen*, Verbraucherkreditrecht in der Pandemie, BKR 2020, 209; *Konow/Sehorz*, Soziale Medien als Risikofaktor für Bank-Runs, BKR 2024, 234; *Kraus*, FinTechs agieren nicht mehr im rechtsfreien Raum, Die Bank 2018, 8; *Krautscheid*, Sepa 2.0 – Wie schaffen wir den Binnenmarkt für digitales Bezahlen in Europa?, ZfgK 2017, 594; *Krimphove*, Was ist Proportionalität?, BKR 2017, 353; *Krimphove/Rohwetter*, Regulatory Sandbox – Sandkastenspiele auch für Deutschland?, BKR 2018, 494; *Kropf*, Keine zivilrechtliche Haftung der Banken im beratungsfreien Anlagegeschäft – zugleich Urteilsanmerkung zu BGH v. 17.9.2013 = WM 2013, 1983, WM 2014, 640; *Kropf*, Sichteinlagen auf Girokonten: Vom (zinslosen) Darlehen zur entgeltspflichtigen Kapitalverwahrung, WM 2017, 1185; *Kropf*, Unwirksamkeit einer AGB-Klausel über Bearbeitungsgebühr beim Avalkredit – zugleich Urteilsanmerkung zu BGH v. 17.4.2018, BKR 2018, 421; *Kropf*, Grüne und Nachhaltige Kreditfinanzierungen – eine Übersicht zum Stand der vertragsrechtlichen und regulatorischen Entwicklungen, WM 2020, 1103; *Kropf*, Die EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive im Finanzsektor – Was lange währt, wird endlich gut?, BKR 2024, 545; *Kropf*, Die neue Bereichsausnahme von der AGB-Inhaltskontrolle im Zukunftsfinanzierungsgesetz – enttäuschte Erwartungen?, WM 2024, 377; *Krüger*, Neue Beratungspflichten bei Verbraucherdarlehen – ein Paradigmenwechsel?, BKR 2016, 397; *Lang*, Die Kundenkommunikation von Kreditinstituten im Lichte des UWG, BKR 2022, 834; *Lange*, Sustainable Finance: Nachhaltigkeit durch Regulierung, BKR 2020, 216, 261; *Lange-Hausstein/Kremer*, Die EU Digital Identity Wallet in Banking und Zahlungsverkehr „Super-App“ per Verordnung?, BKR 2024, 362; *Langenbacher*, Diskriminierung bei der Vergabe von Verbraucherkrediten? Eine Anmerkung zu den Plänen des europäischen Gesetzgebers, BKR 2023, 205; *Lauer*, Alles erledigt in 20 Sekunden, Die Bank 2018, 12; *Lercara/Kittner*, Auswirkungen von MiFID II/MiFIR auf die Produktentwicklung und den Vertrieb von Finanzanlagen, RdF 2018, 100; *Litten*, ESG – Wind of Change im Kapitalmarktrecht, BKR 2023, 569; *Maier*, Bankrecht 2019, VuR 2020, 166; *Medicus*, Über die Rückwirkung von Rechtsprechung, NJW 1996, 2577; *Merkt*, Geschäftsleiter zwischen Zivil- und Strafrecht: Die Perspektive des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, ZGR 2016, 201; *Merkt/Rosbach*, Zur Einführung: Kapitalmarktrecht, JuS 2003, 217; *Mittwoch*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung elektronischer Wertpapiere – ein Quantensprung für das Zivil- und Finanzmarktrecht?, WM 2021, 375; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2024; *Möllers*, Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 185 (2021), 881; *Möllers/Poppele*, Paradigmenwechsel durch MiFID II: divergierende Anlegerleitbilder und neue Instrumentarien wie Qualitätskontrolle und Verbote, ZGR 2013, 437; *Möslein*, Anleger- und Funktionsschutz im Recht der Kryptowerte, (BrT 2023), WM 2023, 1481; *Mülbelt*, Regulierungstsunami im europäischen Kapitalmarktrecht, ZHR 176 (2012), 369; *Müller-Graff*, Rechtsschutz von Kreditinstituten in der Bankenaufsicht der Europäischen Zentralbank, EuZW 2018, 101; *Muthesius*, Bankenaufsicht – Durch wen?, ZfgK 1951, 1; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020; *Nietsch*, Nachhaltigkeit als Aufgabe von Compliance?, CCZ 2023, 61; *Omlor*, Zahlungsdienstaufsichtsrecht im zivilrechtlichen Pflichtengefüge, WM 2018, 57; *Omlor*, (In-)Konsistenz der Rechtsprechung des EuGH zum Kreditrecht, WM 2023, 1994; *Omlor/Schneider*, Der Kommissionsentwurf zur Einführung des digitalen Euro, BKR 2023, 649; *Otto*, Vorabentscheidungsverfahren – Zeit für Reformen, EuZW 2022, 241; *Parmentier*, Die Entwicklung des europäischen Kapitalmarktrechts in den Jahren 2022–2023, EuZW 2024, 149; *Piekenbrock/Rodig*, Privatautonomie im Bereich des Commercial Banking, ZBB/JBB 4/19, 245, 285 (2 Teile); *Prittowitz*, Das Strafrecht – Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 2017, 129 (2), 390; *Radke*, Verwahrtgelt und Negativzins – Grundlagen und aktuelle Rechtsprechung, WM 2023, 960; *Resas/Ulrich/Geest*, Kryptoverwahrung nach dem KWG: Der Versuch einer Konturierung des neuen Erlaubnistatbestands; ZBB/JBB 2020, 22; *Ritter-Döring*, Finanzdienstleistungen nach dem Brexit, EuZW-Sonderausgabe 1/2020,

34; *Rodi*, Zur Unwirksamkeit formularmäßiger Zustimmungsfiktionen im Bankrecht, WM 2021, 1310, 1357; *Rott*, Notwendige Verbesserungen im Verbraucherschutz durch die BaFin, BKR 2023, 528; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020; *Schäfer*, Bankenregulierung – Relevanter Faktor für den Finanzplatz Frankfurt?, WM 2019, 1765; *Schelling/von Berg*, Die Angemessenheit des Entgelts für Pfändungsschutz- und Basiskonten – zugleich Anmerkung zu BGH BKR 2020, 421 ff., BKR 2021, 94; *J. Schmidt*, Die EU-Lieferketten-Richtlinie – Meilenstein oder bürokratische Hydra?, NZG 2024, 859; *Schoch*, Das neue Hinweisgeberschutzgesetz aus Sicht der Finanzbranche. Worauf können und müssen sich Kreditinstitute schon heute einstellen?, BKR 2023, 154; *Schork/Groß*, Bankstrafrecht, 2013; *Schubert/Schmitt/Jacobs*, Art. 246e EGBGB – Zivilrechtlicher Verbraucherschutz durch das Ordnungswidrigkeitenrecht, BKR 2021, 689; *Schulte-Mattler/Schulte-Mattler*, Die 7. MaRisk-Novelle im Überblick, WM 2023, 1678; *Sickinger/Thelen*, Anleihen und Genussscheine auf der Blockchain, AG 2020, 862; *Simon*, Models of Bounded Rationality, 1982; *Soltész/Langner/Vorsich*, Auswirkungen der EZB-Zinspolitik auf die AGB-rechtliche Zulässigkeit von Negativzinsen?, EuZW 2019, 965; *Späth/Werner*, Ist es Zeit für eine Legal Judgment Rule? Rückblick auf die letzte Legislaturperiode und Ausblick auf anstehende Entwicklungen, CCZ 2022, 107; *Stöhr*, Kleine Banken – Too Small to Survive? – Ein Plädoyer für proportionale Regulierung, WM 2019, 993, 1041 (2 Teile); *Thabe/Schiereck*, Schnellere Kreditvergabe durch Industrie 4.0-Daten, Die Bank 2018, 20; *Triantafyllakis*, US-Bankenregulierung: Schwingt nun das Pendel wieder zurück?, WM 2019, 856; *Vig*, Der Kommissionsentwurf für die Verordnung über den Zugang zu Finanzdaten, BKR 2023, 659; *von Buttlar*, Stärkung der Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse im EU-Kapitalmarktrecht, EuZW 2020, 598; *Waschbusch/Kiszka/Runco*, Nachhaltigkeitsrisiken und Bankenaufsichtsrecht, BKR 2020, 615; *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, Regulatorische Erleichterungen für kleine und nicht komplexe Institute – Verwirklichung des Proportionalitätsgedankens, WM 2022, 101; *Weber*, Deutsches Kapitalmarktrecht im Umbruch: Das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz, NJW 1994, 2849; *Wehmhörner*, Das BVerfG, der EuGH und die Europäische Bankenunion, NVwZ 2020, 342; *Weirich*, Product Governance effizient umsetzen, Die Bank 2017, 57; *Wolff/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth*, Die zivilrechtlichen Auswirkungen des Covid-19-Gesetzes – ein erster Überblick, JA 2020, 401; *Wolff*, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2015, 194; *Zahrte*, Neuerungen im Zahlungsdienstrecht, NJW 2018, 337; *Zahrte*, Aktuelle Entwicklungen im Zahlungsdienstrecht (2021–2023), BKR 2023, 146; *Zahrte*, Warnpflichten der Banken zum Schutz ihrer Kunden, BKR 2024, 593.

1. Abschnitt: Allgemeines (Früh)

I. Begriff und Rechtsgrundlagen des Bankrechts

- 1.1 Das **Grundgesetz** greift das **Bankwesen** bei den Regelungen zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im **Recht der Wirtschaft** auf und stellt es dort in eine Reihe mit Industrie, Handwerk, Gewerbe und Handel (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)¹. Dies zeigt die Bedeutung des Bankwesens für eine funktionierende Wirtschaft. Das Bankrecht setzt den rechtlichen Rahmen für diesen Wirtschaftszweig.
- 1.2 Anders als etwa im für alle Kaufleute geltenden Handelsrecht gibt es für das auf die Tätigkeit eines bestimmten Wirtschaftszweiges bezogene Bankrecht **kein eigenständiges**, umfassendes **Gesetzbuch**². Dasselbe gilt für das Kapitalmarktrecht³.
- 1.3 Will man den Gegenstand des Bankrechts daher **inhaltlich bestimmen**, so kann man sich auf verschiedene Weisen nähern.

1 *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 1.2.

2 *Schwintowski* in Schwintowski, Bankrecht, Kap. 1 Rz. 27.

3 *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217, 221.

Nach einem **funktionellen Verständnis**¹, das das Recht zunächst aus der Perspektive vor allem **gesetzlicher Regelungen** sieht, setzt sich das **Bankrecht** – stark vereinfacht gesagt – zusammen aus:

- den Vorschriften über die **Organisation** der an der Erbringung von Bankgeschäften in einem weiteren Sinn **Beteiligten**, insbesondere Bankenaufsicht, Zentral- und Geschäftsbanken sowie weitere Marktteilnehmer (z.B.: SSM-VO, SSM-Rahmen-VO, FinDAG, BBankG, KWG, WpIG),
- den Vorschriften über die einzelnen Bank-Dienstleistungen als **Produkte** (z.B. für den Zahlungsverkehr: zivilrechtlich: BGB, öffentlich-rechtlich: ZAG) sowie
- den Vorschriften über die Art und Weise der **Erbringung** von Bank-Dienstleistungen (z.B. für Wertpapierdienstleistungen: WpHG und MAR) und die Product Governance (z.B. MiFID II).

Beim Kapitalmarktrecht, dessen Besonderheit gerade darin besteht, dass hier auch Regelungen für einen Markt als solchen eingeführt wurden, kommen noch

- die Regelungen hinzu, die das Funktionieren der **Märkte** gewährleisten sollen (z.B.: WpHG und MAR, WpPG, VermAnG, KAGB, BörsG, DepotG)².

Bezogen auf den **Normengeber** reichen die genannten Vorschriften von

1.4

- **völkerrechtlichen Vereinbarungen** (insbesondere Gründungsverträge internationaler Finanzinstitutionen, z.B.: EU, IWF, BCBS, FSB),
- **supranationalen Regelungen** (z.B.: Basel I-IV),
- über **formelle und materielle Gesetze** des **europäischen** (z.B.: MAR, CRR III, CRD VI) und des **deutschen** Gesetzgebers (z.B.: FinDAG, KWG, WpIG, ZAG, WpHG, GroMiKV, LiqV) bis hin zu
- **europäischen und deutschen Verwaltungsanweisungen** (z.B.: technische Standards und Leitlinien der EBA, MaRisk der BaFin).

Will man den **Begriff** des Bankrechts **erweitern** und fasst nicht nur Vorschriften, sondern auch **rechtsgeschäftliche Regelungen** darunter³, so kann man auch – wiederum in absteigender Abstraktion – die zwischen den Banken und ihren Kunden bestehenden

1.5

- **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (z.B.: AGB-Banken der privaten Banken zur Besicherung oder Kündigung von Krediten),
- **Sonderbedingungen** (z.B.: zur Immobilienfinanzierung),
- **Formularverträge** (z.B.: zu Krediten und Kreditsicherheiten) und
- **Individualverträge** (z.B.: zu strukturierten, cash-flow-basierten Finanzierungen)

unter das Bankrecht fassen.

1 *Kirchhartz* in Claussen/Erne, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz. 1; *Schwintowski* in Schwintowski, Bankrecht, Kap. 1 Rz. 10 ff., setzt bei seinem funktionellen Bankrechtsbegriff bei den für die Sicherung und Durchführung der Geldidee erforderlichen Regelungen an, was im Ergebnis zu einer Verengung auf eher traditionelle Bankgeschäfte, insbesondere des Commercial Banking, hinausläuft und wodurch z.B. das Derivategeschäft, etwa in Form des Swapgeschäfts, dem Versicherungsgeschäft zugeordnet wird.

2 *Merkt/Roszbach*, JuS 2003, 217, 221; zum Ganzen: *Wittig* in Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rz. 1.1, 1.12.

3 Im weiteren Sinne umfasst der Begriff Rechtsquellen alle Einflussfaktoren, die für das Recht maßgeblich sind, also auch (Verwaltungs-)Praxis und Rechtsprechung *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 2 Rz. 4 f., § 3 Rz. 73, der allerdings Verträge und AGB ausnehmen möchte, da sie nur inter partes wirken – formal gesehen würde dieses Argument allerdings ebenso die Erkenntnisse aus Verwaltungs- und Gerichtsverfahren ausschließen.

- 1.6 Solche rechtsgeschäftlichen Regelungen sind dann ihrerseits an den genannten Vorschriften, etwa zu Produkten oder zur Erbringung von Bankdienstleistungen, zu messen. Dies ist – womit man zu einer **nochmaligen Erweiterung** des Bankrechts gelangen kann – Gegenstand der europäischen und deutschen **Rechtsprechung** zum Bankrecht, wobei vor allem die Zivilgerichtsbarkeit und die Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutsam sind. Beim **BGH** wurde mit Blick auf die Bedeutung des Rechtsgebietes ein für das Bank- und Kapitalmarktrecht zuständiger Senat geschaffen, wobei die im Geschäftsverteilungsplan des BGH für diesen **XI. Zivilsenat** vorgesehenen Zuständigkeiten im Wesentlichen eine Auflistung der klassischen Produkte des Commercial Banking (vgl. Rz. 1.42 ff.) sind¹; der Einfluss des sog. Bankrechtssenats auf die Entwicklung des Bankrechts ist sehr erheblich (vgl. dazu auch Rz. 1.95, 1.114). Auch wenn die Bedeutung der Rechtsprechung des **EuGH** im Bankrecht in jüngerer Zeit sehr deutlich zunimmt (s. dazu näher Rz. 1.83a), hat der EuGH bislang **keine** auf das Bank- und Kapitalmarktrecht **spezialisierte Kammer** eingerichtet, was jedoch angesichts der Komplexität der Materie und zur Gewährleistung der Einheitlichkeit seiner Rechtsprechung wünschenswert wäre². Auch die deutsche Anwaltschaft hat auf die zunehmende Bedeutung des Rechtsgebiets reagiert und eine **Fachanwaltschaft für Bank- und Kapitalmarktrecht** eingeführt³.
- 1.7 Die bisherigen Überlegungen deuten bereits an verschiedenen Stellen auf eine weitere wichtige **Unterscheidung** hin, nämlich auf die zwischen dem **öffentlichen** und dem **privaten Bankrecht**. Nach der zur allgemeinen **Abgrenzung** zwischen **öffentlichem Recht und Privatrecht** u.a. genutzten **Interessentheorie** unterscheiden sich die Rechtsgebiete nach der Art der Interessen, die durch den jeweiligen Rechtssatz geschützt werden sollen⁴. Danach sind öffentliches Recht die dem öffentlichen Interesse, Privatrecht die den Individual-(Privat-)Interessen dienenden Rechtssätze. Das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit des Bankwesens erklärt sich bereits damit, dass sowohl die Bevölkerung als auch die Wirtschaft auf die Inanspruchnahme bankmäßiger Dienstleistungen angewiesen ist. Das **öffentliche Bankrecht** regelt – ausgehend vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) des Rechtsstaatsprinzips – die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen für das Bankwesen. Das **private Bankrecht** regelt die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten und dabei insbesondere bestehende Ansprüche (§ 194 Abs. 1 Satz 1 BGB).
- 1.8 Die **enge Verzahnung** von öffentlichem und privatem Bankrecht⁵ deutet sich im Übrigen bereits in der Definition von Instituten, die dem KWG als Organisationsrecht für u.a. Banken unterliegen sollen, an; denn erst das – vereinfacht gesagt – gewerbsmäßige oder kaufmännische Betreiben von Bankgeschäften mit anderen – und damit auf privatrechtlicher Grundlage – macht ein Unternehmen zu einem Institut im Sinne des öffentlich-rechtlichen KWG (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KWG)⁶.
- 1.9 Die gerade im Bankrecht zunehmende Tätigkeit von Aufsichtsbehörden auch im Interesse Einzelner beim Verbraucherschutz – etwa bei der Umsetzung zivilrechtlicher Regelungen – sowie das vermehrte Auftreten öffentlich-rechtlicher Regelungen, denen auch eine zivilrechtliche Wirkung zuerkannt wird, zeigt darüber hinaus, dass eine Abgrenzung nach der Interessentheorie zunehmend an ihre Grenzen stößt bzw. die **Abgrenzung** zwischen öffentlichem und privatem Recht sich im Bankrecht **zusehends auflöst** (vgl. dazu Rz. 1.120 ff.). Im europäischen Recht ist diese Abgrenzung ohnehin nicht in vergleichbarer Weise ausgeprägt (s. dazu auch Rz. 1.129).

1 http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/SachlicheZustaendigkeit/Zivilsenate/zivilsenate_node.html.

2 Zur Organisation des EuGH: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/de/; zur hierdurch begünstigten Fragmentierung der EuGH-Rechtsprechung auch *Omlor*, WM 2023, 1994.

3 Beschluss der Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer vom 11.6.2007; <http://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2007/presseinformation-18-2007>.

4 So schon *Wittig* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rz. 1.4 m.w.N.

5 *Hopt* in Hopt, HGB, BankGesch (7) Rz. A/3.

6 *Wittig* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rz. 1.2.

Das Bankrecht ist in Deutschland eine **verhältnismäßig junge Disziplin**, die vor allem in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts Dynamik aufgenommen hat¹. Dass es dazu überhaupt einmal kommen würde, war nicht immer vorhersehbar, noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts gab es Stimmen, die sogar die Notwendigkeit der Bankaufsicht als Teil des öffentlichen Bankrechts in Frage gestellt haben². 1.10

Zwischenzeitlich hat sich das Bankrecht jedoch als **eigenständiges Rechtsgebiet** etabliert. Das ist für das **öffentliche Bankrecht** auf die enorme Bedeutung eines funktionierenden Bankwesens für das gesellschaftliche Leben zurückzuführen (vgl. dazu näher Rz. 1.52 ff.). Für das **private Bankrecht** kommt hinzu, dass das Bankgewerbe – auch im Vergleich zu anderen Industrien – eine besonders **breite Palette** komplett unterschiedlicher **Produkte** aufweist (vgl. dazu näher Rz. 1.40 ff.). 1.11

Begünstigend dürfte auch wirken, dass Bankprodukte Dienstleistungen sind, die von Betriebswirten und Juristen gemeinsam entwickelt und in Vertragsform gebracht werden; anders gesagt ist gewissermaßen die **im Vertrag geregelte Dienstleistung** selbst das **Bankprodukt**, weshalb dem Bankrecht auch insoweit besondere Bedeutung zukommt. 1.12

Dass das private Bankrecht sehr stark auf die insbesondere **ersten drei Bücher des BGB** zugreift, hindert, wie etwa das Beispiel des Arbeitsrechts zeigt, die Verselbstständigung des Rechtsgebietes nicht (vgl. dazu auch Rz. 1.75 ff.), auch wenn man im rechtstechnischen Sinne beim Bankrecht wohl nicht von einem Sonderprivatrecht sprechen würde³. 1.13

Dass der **Gesetzgeber** aus sogleich näher darzulegenden Gründen (vgl. dazu auch Rz. 1.21 ff.) im Bereich des Bankrechts in besonderem Maße **aktiv** ist, tut ein Übriges zur Verselbstständigung des Rechtsgebietes⁴. 1.14

II. Der Einfluss von Finanzkrisen auf das öffentliche Bankrecht

Die **Rechtstheorie** weist dem **Recht** – in einer sehr weiten Definition – eine dienende Funktion insofern zu, als es einen **Ordnungsrahmen** für das menschliche Zusammenleben setzen soll⁵. **Gesellschaftlicher Wandel** zieht u.a. **ökonomischen** und im Anschluss auch **rechtlichen** Wandel nach sich. Die Gesellschaft ändert sich dabei etwa durch **neue Technik** oder auch durch eine Öffnung im Sinne einer **Internationalisierung** und demgemäß in besonderer Weise durch umwälzende Veränderungen wie die **Digitalisierung** und die **Globalisierung**. 1.15

Geht der Wandel **rasch** und **umwälzend** vor sich, muss sich auch das **Recht** entsprechend **anpassen**. Aufgrund seiner dienenden Funktion geht das Recht dem Wandel in aller Regel nicht voraus, sondern folgt ihm möglichst umgehend nach. Der abstrakt-generell regelnde Gesetzgeber hat dabei naturgemäß eine langsamere Geschwindigkeit als die Verwaltung und die Gerichte, die den ihnen vorgelegten Einzelfall zeitnah konkret-individuell entscheiden müssen⁶. Da das „passende“ Gesetz für eine Entscheidung danach mitunter noch nicht vorliegt, wird von Rechtsprechung und Verwaltung auch eine **Rechtsfortbildung** geleistet, die faktisch auf die Vergangenheit zurückwirkt. Der Entscheider muss daher den Einzelfall entscheiden und dabei der Versuchung widerstehen, das noch nicht angepasste Gesetz in einer Weise auf vergangene Sachverhalte anzuwenden, wie er sich die Rechtsentwicklung vor- 1.16

1 Wittig in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rz. 1.16, 1.25, nennt für das Bankrecht die siebziger und für das Kapitalmarktrecht die neunziger Jahre.

2 Muthesius, ZfgK 1951, 457, 459.

3 Bülow in Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz. 4.

4 Zum Ganzen Wittig in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rz. 1.7 ff.

5 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rz. 72 m.w.N.

6 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rz. 39 ff.

stellen würde. Das ist vor dem Hintergrund von Rechtsstaatsprinzip und Gewaltenteilung eine schwierige Gratwanderung zwischen Ausfüllung von Lücken und „Gesetzesberichtigungen“¹.

- 1.17 **Krisenhafte Entwicklungen** waren immer ein **Katalysator** für die Rechtsentwicklung. Die Wirtschaftskrise in den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts war gewissermaßen der Startpunkt des deutschen Bankaufsichtsrechts². In den siebziger Jahren trug die sog. Herstatt-Krise im Jahr 1974 zu einer verstärkten internationalen Abstimmung der Bankenaufsicht bei³.
- 1.18 Die **Finanzkrise der Jahre 2007 ff.** war ein extrem **einschneidendes Ereignis**. Im Unterschied etwa zur Covid-19-Pandemie ab dem Jahr 2020 (s. dazu Rz. 1.84a) ging sie vom Finanzsektor aus und betraf im ersten Schritt zunächst diesen, um sodann in einem weiteren Schritt eine extreme Breitenwirkung zu entfalten. Daher führte diese auch zu gesetzgeberischen Reaktionen in besonderem Maße im Finanzsektor. Die dazu getroffene politische Grundaussage der **G20**⁴ kann daher insofern nicht überraschen; in einem Satz zusammengefasst lautete sie: „Kein Produkt, kein Markt, kein Marktteilnehmer ohne **angemessene Beaufsichtigung und Regulierung**.“⁵
- 1.19 Dass ein politisches internationales Gremium wie die G-20 diese Aussage getroffen hat, ist dabei gleich in mehrfacher Hinsicht bedeutsam: Man sah die Krise mit dadurch ausgelöst, dass es an einem **ausreichenden öffentlich-rechtlichen Rahmen** sowie an einer **ausreichenden Aufsicht** durch Behörden **gefehlt** hatte und man erkannte, dass die Krise ein **internationales Phänomen** mit ebensolchen Ursachen und dementsprechenden Notwendigkeiten für eine Reaktion war, was jedoch zugleich ein erhebliches Problem mit sich brachte; denn zwar gibt es Foren für eine internationale politische Willensbildung, internationale Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung ist demgegenüber ungleich schwieriger⁶.
- 1.20 Möchte man die genannten **Ursachen der Krise** der Jahre 2007 ff. etwas genauer abschichten, so kann man – immer noch stark vereinfachend – folgende **großen Linien** ziehen:
- die politisch begünstigten, **überhitzten amerikanischen Immobilienmärkte** und
 - die **Verbriefung** dort ausgereicherter sog. Subprime-Hypothekarkredite, also Kredite minderer Qualität, z.B. in **Mortgage Backed Securities**,
 - sowie die weltweite Verbreitung der entsprechenden Wertpapiere;
 - **überzogene Fristentransformation** (die Laufzeit von Refinanzierung und Finanzierung deckt sich nicht) bei Banken,
 - die zur **Anfälligkeit** bei marktbedingten **Liquiditätsengpässen** (etwa durch Wegfall der Fungibilität z.B. der Mortgage Backed Securities) führt;
 - **das Fair Value Accounting-Prinzip** (Bilanzierung z.B. der Mortgage Backed Securities) beschleunigte die Abwärtsspirale;
 - **hinzu kamen die unzureichende Eigenkapitalausstattung** bei Banken,
 - die zu **unzureichender Verlustabsorptionsfähigkeit** führt,

1 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rz. 826 ff.; vgl. zur notwendigen Begrenzung der Rückwirkung im Zivilrecht auch *Früh*, WM 2023, 1585.

2 *Alsheimer*, Die Bank 1997, 27; *Fischer/Boegl* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 110 Rz. 36 sprechen von der Vertrauensempfindlichkeit der Kreditwirtschaft.

3 *Höche* in *Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig*, Bankrechtstag 2013, Bankenregulierung zur Bewältigung der Finanzmarkt- und Staatsschuldenkrise, 2014, S. 13.

4 Zu Ursprung, Zusammensetzung und Aufgaben www.g20.org.

5 G-20, Washington Summit on Financial Markets and the World Economy, 14./15.11.2008.

6 *Früh* in *Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig*, Bankrechtstag 2011, Regulierungsinitiativen im Zeichen der Krise, 2012, S. 2 f.

- die **Architektur** des internationalen **Finanzsystems** (etwa Fehlen einer Systemarchitektur),
- **Vergütungsstrukturen** in Banken¹.

All diese Themen – und weitere – wurden **in Angriff genommen**. An dieser Stelle lassen sich ohne Anspruch auf Vollständigkeit, genaue Systematisierung sowie Angabe der einzelnen Quellen etwa folgende Regelungsgegenstände auflisten, wobei es nicht alleine um die Intensivierung vorhandener Regelungen, sondern auch um die Schaffung komplett neuer Regelungsbereiche ging²: 1.21

- **Aufsichtsstrukturen** (insbesondere Schaffung des Europäischen SSM als Säule der Bankenunion);
- **Marktstrukturen** (z.B. Trennbankengesetz einerseits, zentrales Clearing von OTC-Derivaten andererseits);
- Regulierung **Schattenbanken/graue Kapitalmarkt**;
- Regulierung **Ratingagenturen**;
- **Risikomanagement/Eigenkapital und Liquidität** (insbesondere Aufgaben der Kontrollgremien, Erhöhung der Eigenkapitalanforderungen, Einführung von Liquiditätskennziffern und Verschuldungsquote im Zuge von Basel III, CRD IV, CRR);
- **Eingriffsbefugnisse der Aufsicht, um Überbewertungen von Wohnimmobilien entgegenzutreten** (immobilienwertabhängige Grenzen für den Fremdfinanzierungsanteil per Allgemeinverfügung der BaFin);
- **Bilanzierung von Finanzinstrumenten**;
- **Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten** (insbesondere Schaffung des Europäischen SRM als Säule der Bankenunion);
- Besondere Anforderungen an **systemrelevante Banken** (z.B. bezogen auf Eigenkapital und Abwicklungsfähigkeit);
- **Einlagensicherung** (Weiterentwicklung der Europäischen Einlagensicherung als Säule der Bankenunion);
- **Verbraucherschutz** (z.B. Informationsblätter, Produktverbote durch die Aufsicht, Kreditwürdigkeitsprüfung zugunsten des Kunden);
- Beteiligung der Finanzmarktteilnehmer an den **Krisenlasten** (Bankenabgabe, Überlegungen zu Finanztransaktionssteuer);
- **Vergütungsstrukturen** der Banken (z.B. Zusammensetzung, Anknüpfungspunkte, Auszahlungsmechanismus).

Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte haben den politischen Auftrag der G-20 somit sehr ernst genommen. Die **Bankindustrie** war bereits zuvor³ und ist – jedenfalls **zwischenzeitlich** – eine der am **dichtesten regulierten Industrien**⁴. 1.22

Im **Jahr 2023** kam es – wiederum ausgehend von den USA – zu einer **Zuspitzung** der wirtschaftlichen Lage einzelner Banken. Ökonomischer Hintergrund war, dass vor allem die Fed und die EZB nach 1.22a

1 Ähnlich schon *Früh* in Annuß/Früh/Hasse, InstitutsVergV, VersVergV, Vorbemerkung InstitutsVergV Rz. 4 unter Hinweis auf *Hellwig*, Finanzkrise und Reformbedarf: Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. 6.

2 Etwa *Höche* in Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig, Bankrechtstag 2013, Bankenregulierung zur Bewältigung der Finanzmarkt- und Staatsschuldenkrise, 2014, S. 3 ff.

3 *Hopt*, WM 2019, 1771, 1772.

4 Bereits *Wittig* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rz. 1.9.

vielen Jahren expansiver Geldpolitik auf die zunehmende Inflation primär infolge der kriegerischen Auseinandersetzungen in der Ukraine tendenziell spät und in der Folge mit raschen und deutlichen **Zinserhöhungen** reagierten. Dies führte in den Bilanzen der konkret betroffenen Banken bei niedrig verzinslichen Anleihen zu Kursverlusten und – sofern die Anleihen nicht bis zur Endfälligkeit gehalten werden sollten – zu Abschreibungsbedarf. Daraus resultierende Verkäufe lösten – immer mehr Einleger dieser Banken reagierten durch den Abzug von Geldern (sog. Bank-Run)¹ – Liquiditätspässe aus, die sodann von den betroffenen Zentralbanken überbrückt werden mussten. Die betroffenen Banken waren in erster Linie mittelgroße Regionalbanken im US-amerikanischen Bundesstaat Kalifornien, die branchenmäßig auf Start Up-Firmen des Tech-Sektors konzentriert waren; gerade diese Konzentration offenbarte deren Probleme beim Management ihrer Zinsrisiken und ihrer Aktiv-Passiv-Positionen. Obgleich die das Problem verursachenden Banken räumlich klar zu lokalisieren waren (mit Sitz außerhalb der EU) und obwohl diese mit sehr spezifischen internen Problemen zu tun hatten, wurden rasch sehr pauschale Rufe laut, wonach Banken generell keine Lehren aus der Finanzkrise der Jahre 2007 ff. gezogen hätten und die Regulierung in den vorausgegangenen Jahre nicht streng genug gewesen sei². Nach wie vor habe man das too big to fail-Problem nicht im Griff und auch die Vorgaben an Liquidität und Eigenkapital würden dem Zinsänderungsrisiko nicht ausreichend Rechnung tragen. Tatsächlich hat diese Zuspitzung vor allem gezeigt, dass Banken mit einem risikoreichen Geschäftsmodell – ggfs. unabhängig von ihrer absoluten Größe (s. dazu Rz. 1.25a) – besonders sorgfältig überwacht werden müssen, um zu verhindern, dass es in den Augen der Einleger auch nur zum Anschein einer Krise kommen kann; denn, wie in den Jahren 2007 ff., war der sog. Bank-Run auch hier ein entscheidender Katalysator. Der Bedarf nach Banken einer gewissen Größe sowie eine faktische Ansteckungsgefahr sind demgegenüber in einer globalisierten, vernetzten Welt (s. Rz. 1.15) eine tatsächliche Gegebenheit bzw. regulatorisch nicht ausschließbar³.

- 1.22b Neben den benannten (aufsichtsrechtlichen) Themengebieten wurde auch die **Corporate Governance** von Banken, also die Art und Weise, wie diese intern geführt und kontrolliert werden, in den Fokus genommen und gesondert geregelt⁴. Z.B. gibt es bezogen auf Banken nicht nur besondere, vom **Gesellschaftsrecht abweichende Regelungen** etwa zur Zusammensetzung, Qualifikation, Organisation, Tätigkeit und Haftung für die Organe Vorstand und Aufsichtsrat (vgl. z.B. § 25d KWG). Vielmehr greifen Sonderregelungen für Banken auch in das **Arbeitsrecht** ein, indem sie nicht nur, wie in der Übersicht bereits angedeutet, Sonderregelungen für die **Vergütung** von Bankmitarbeitern in der Institutsvergütungsverordnung⁵, sondern auch etwa für die **Qualifikation von Mitarbeitern unterhalb des Vorstands**, der sog. Key function holders⁶ (z.B. Leiter der internen Revision), vorsehen⁷.
- 1.23 Aufgrund der internationalen Tätigkeit der Banken und ihrer großen Vernetzung wurde, wie bereits angesprochen, versucht, nicht nur nationale und europarechtliche, sondern mit supranationalen und völkerrechtlichen Instrumenten sogar **weltweite Standards** zu etablieren (Bsp.: Basel III).
- 1.24 Das ist allerdings auch inhaltlich kein einfaches Unterfangen. Diskussionen entstehen hier bereits bei der Frage, ob alle Beteiligten **am gleichen Punkt starten**; so nehmen US-amerikanische Banken etwa für sich in Anspruch, im Allgemeinen eher besser kapitalisiert zu sein als ihre europäischen Konkur-

1 Zur Bedeutung sozialer Medien als Risikofaktor für Bank-Runs *Konow/Sehorz*, BKR 2024, 234.

2 Beispielfhaft *Schreiber*, SZ vom 1./2.4.2023, S. 23, mit äußerst plakativen Forderungen.

3 Vgl. zum Ganzen etwa *Hüther*, This time is different but still risky: Bankenkrise statt Finanzkrise, IW. Policy Paper 3/2023, Institut der deutschen Wirtschaft, <https://www.iwkoeln.de> > Home > Studien m.w.N.

4 Grundlegend *Hopt/Leyens* in *Hopt/Binder/Böcking*, Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020, Rz. 1, 101 ff.

5 Dazu sowie zu dem Umstand, dass die Regelungen mitunter gewisse Widersprüche zum herkömmlichen dienst- und arbeitsrechtlichen Verständnis des BAG aufweisen *Früh* in *Annuß/Früh/Hasse*, InstitutsVergV, VersVergV, Vorbemerkung InstitutsVergV Rz. 59.

6 Basel Committee on Banking Supervision, Guidelines, Corporate governance principles for banks, July 2015, Bank for International Settlements, No. 87, abrufbar unter www.bis.org.

7 Vgl. zum Ganzen *Hopt*, WM 2019, 1771 ff.

renten. Typischerweise wird die Regulierung immer wieder zu einem **Standort-** und damit **Wettbewerbsfaktor** in der politischen Debatte, so etwa im Verhältnis der USA zu Europa oder nach dem Austritt Großbritanniens aus der EU auch in diesem Verhältnis¹. Gerade dieser Aspekt hat die **Verhandlung eines Austrittsabkommens** zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU nach dem **Brexit** sehr erschwert; denn einerseits wollte sich Großbritannien durch den Austritt gerade vom europäischen Rechtsrahmen lösen und hierdurch auch als Standort womöglich noch attraktiver werden, andererseits wollte die EU die Vorteile der Teilhabe am europäischen Binnenmarkt an die Einhaltung entsprechender einheitlicher Standards knüpfen. Die Kombination von beidem – Autonomie und Teilhabe – ist ein gewisser Widerspruch. Jedenfalls wurde Großbritannien nach seinem Austritt aus der EU unbestreitbar vom Mitgliedstaat zum Drittstaat, weshalb **Finanzdienstleistungen** zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU **grundsätzlich nicht mehr privilegiert** sind; zum Beispiel gilt der sog. Europäische Pass nicht mehr, sondern es ist jeweils eine entsprechende Erlaubnis erforderlich².

Das Phänomen, dass **auch nach Krisen** ab einem gewissen Zeitpunkt erneut die **Diskussion einsetzt**, ob eine Liberalisierung und damit eine **Deregulierung** doch der vorzugswürdigere Weg gegenüber einer strengen Regulierung der Finanzindustrie darstellt, ist somit weder neu noch zu verurteilen³. Die **Gegenposition zur Forderung nach Deregulierung** weist allerdings darauf hin, dass Selbstregulierung nur unzureichend in der Lage sei, das Vertrauen der Finanzmärkte zu sichern, und Regulierung daher nicht als Abkehr von der Marktwirtschaft gesehen werden sollte, sondern auch als Maßnahme zu deren Rettung; Härten müsse u.a. durch Proportionalitätsüberlegungen Rechnung getragen werden⁴. Richtig erscheint es in jedem Fall, dass immer wieder **Bestandsaufnahmen** notwendig sind, ob die behandelten Themen und Maßnahmen die richtigen waren bzw. sich bewähren und ob auch das Kosten- und Nutzen-Verhältnis und die Verhältnismäßigkeit noch angemessen ist⁵. Dabei ist auch darauf zu achten, dass sich der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** staatlichen Handelns, der sich aus dem in Grundrechten verkörperten Freiheitsanspruch ableitet⁶, und besagt, dass Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen⁷, und der Grundsatz der Proportionalität nicht auseinanderentwickeln.

Allgemein gesprochen war die Proportionalität unter Berücksichtigung der Besonderheiten von „**small and non complex institutions**“ zunächst als Grundsatz für die aufsichtsrechtliche Praxis verstanden worden⁸, im Rahmen des sog. Bankenpakets⁹ hat sodann auch der Gesetzgeber die Kategorie der kleinen und wenig komplexen Banken eingeführt und für diese Erleichterungen vorgesehen¹⁰. Weiter hat man in der Bankenregulierung – im Ausgangspunkt im Einklang mit dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** – das Prinzip der **Proportionalität** dahingehend verstanden, dass die aufsichtsrechtlichen Anforderungen und ihre Anwendung in einem angemessenen Verhältnis zu Art, Umfang und Komplexität der Risiken stehen müssen, die mit dem Geschäftsmodell und der Tätigkeit eines Instituts einhergehen¹¹. Es geht demnach vor allem um die **Risikoangemessenheit** der bankaufsichtsrechtlichen Rege-

1 Kritisch dazu *Lautenschläger*, Der Tagesspiegel, 31.7.2017, S. 14; *Schnabel*, Welt am Sonntag, 18.6.2017, S. 43; speziell zur US-Bankenregulierung und dem Einfluss der politischen Mehrheitsverhältnisse und der Konjunkturlage hierauf *Triantafyllakis*, WM 2019, 856 ff.

2 Dazu etwa *Ritter-Döring*, EuZW 2020, 34 m.w.N.; *Bauernfeind*, GWR 2022, 167 ff., auch zu Lösungsstrategien von Instituten.

3 *Muthesius*, ZfgK 1951, 457, 458 nach der Bankenkrise der 30iger Jahre des vorigen Jahrhunderts.

4 *Dombret*, Die Bank 2017, 8, 9 f.

5 Etwa *Schiele*, Börsen-Zeitung, 7.10.2017, S. 42.

6 BVerfG v. 10.6.1963 – 1 BvR 790/58, BVerfGE 16, 194, 201 f.

7 BVerfG v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, 150, 160.

8 Opinion of the European Banking Authority on the application of the principles of proportionality to the remuneration provisions in Directive 2013/36/EU, Annex II, S. 14.

9 Richtlinien 2019/878/EU und 2019/879/EU vom 7.6.2019.

10 *Schäfer*, WM 2019, 1765, 1768 f.

11 Zur Proportionalität als Frage der Verhältnismäßigkeit *Stöhr*, WM 2019, 993, 998; *Krimphove*, BKR 2017, 353, 355 ff., hält das Konzept der Proportionalität für grundsätzlich verschieden vom Grundsatz

lungen und deren Anwendung. Damit ist primär das **Geschäftsmodell** der betreffenden Bank maßgebend. Die Begriffspaare „small and non-complex“ sowie „large and complex“ suggerieren allerdings, dass die Komplexität des Geschäftsmodells nahezu zwingend mit der Größe einherginge. Das ist jedoch nicht der Fall; es gibt sehr wohl auch kleinere Banken, die als Universalbanken alle Dienstleistungen des Commercial Banking und Investmentbanking anbieten und insoweit „komplex“ sind; umgekehrt kann auch eine Pfandbriefbank mit kleiner Produktpalette groß sein. Insofern ist **Größe** weder ein Kriterium noch auch nur ein Indiz¹. Dementsprechend führte es in die Irre, wenn man unter einem Schlagwort wie „Small Banking Box“ unterschiedliche aufsichtsrechtliche Anforderungen im Wesentlichen an Größenkriterien, wie der Bilanzsumme, festmachen würde², also Proportionalität lediglich größenabhängig verstünde, weshalb auch die sog. Regulatory Sandbox für FinTechs Zweifeln begegnet³. Die Grundrechte, insbesondere Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG, schützen den Einzelnen im Ausgangspunkt selbstverständlich unabhängig von der Größe, weshalb alleine die durch das Geschäftsmodell bedingte Komplexität maßgebend ist. Die **Zuspitzung im Finanzsystem im Jahr 2023** ging etwa aus von mittelgroßen Regionalbanken in den USA, die Konzentrationsrisiken bei Start-up-Unternehmen der Tech-Branche aufwiesen und auf durch Leitzinserhöhungen der Zentralbanken bedingte Zinsänderungsrisiken in ihrer Bilanz nicht angemessen reagieren konnten (s. Rz. 1.22a)⁴. Darüber hinaus dürfen die verschiedenen **regulatorischen Ziele nicht vermengt** werden: Die Lösung des „too-big-to-fail“-Problems soll die Abwicklung gerade auch großer Banken ermöglichen; dies ist jedoch von der Erhöhung der Widerstandsfähigkeit – aller – Banken zu unterscheiden. Eine weitere Frage ist, auf welche Weise man der geringeren Komplexität eines Geschäftsmodells Rechnung trägt, wobei sich vor allem die **Konzepte** der punktuellen Befreiungen oder Erleichterungen einerseits und des eigenständigen Regimes andererseits gegenüberstehen, die auch kombiniert werden können.⁵ Richtig erscheint es in jedem Fall, dass es für alle Banken einen **Regelungskernbereich** gibt (z.B. Eigenkapitalquoten, Liquiditätskennziffern, Verschuldungsquote), der besonders gewichtige öffentliche Interessen schützt und daher in jedem Fall einen Eingriff in die Grundrechte aller Banken rechtfertigt. Allerdings würde es auch zu kurz greifen, bei organisatorischen Anforderungen ohne Weiteres Differenzierungen zuzulassen – für das Thema IT-Sicherheit scheint hierüber auch Konsens zu bestehen⁶. Die **MaRisk** der **BaFin** vom Juni 2023 sprechen in Anknüpfung an die Bankenrichtlinie CRD IV⁷ vom **Prinzip der doppelten Proportionalität**. Damit ist gemeint, dass Institute, die besonders groß sind oder deren Geschäftsaktivitäten durch besondere Komplexität, Internationalität oder eine besondere Risikoexponierung gekennzeichnet sind, im Einzelfall sogar über bestimmte, in den MaRisk explizit formulierte Anforderungen hinaus weitergehende Vorkehrungen treffen müssten, soweit dies zur Sicherstellung der Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagements erforderlich sein sollte. Um eine flexible Umsetzung „von kleineren Instituten“ zu gewährleisten, enthält das MaRisk-Rundschreiben zahlreiche Öffnungsklauseln, die abhängig von den Geschäftsschwerpunkten und der Risikosituation, aber auch der Größe der Institute, eine vereinfachte Umsetzung ermöglichen⁸.

- 1.26 **Innerhalb der EU** ist die Vereinheitlichung der Regelungen für Banken jedenfalls deutlich einfacher und daher auch wesentlich weiter fortgeschritten. Die Europäischen Institutionen fassen die ihnen durch die Europäischen Verträge eingeräumten Kompetenzen dabei durchaus weit (vgl. dazu Rz. 1.55 ff.).

der Verhältnismäßigkeit – Relation verschiedener Größen vs. Konfliktlösung bei sich entgegenstehenden Zielvorgaben.

1 Stöhr, WM 2019, 1041.

2 Vgl. dazu etwa Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2017, 45, 56 ff.

3 A.A. *Krimphove/Rohwetter*, BKR 2018, 494, 496 ff.

4 Darauf weist *Hüther*, This time is different but still risky: Bankenkrise statt Finanzkrise, IW.Policy Paper 3/2023, Institut der deutschen Wirtschaft, <https://www.iwkoeln.de> › Home › Studien m.w.N., hin.

5 Dazu näher *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101 ff.

6 Zum Ganzen *Stöhr*, WM 2019, 1041, 1043 f.

7 Richtlinie 2013/36/EU vom 26.6.2013.

8 BaFin, Rundschreiben 05/2023 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), vom 29.6.2023, AT 1, Ziff. 2 f.

Das **deutsche Bankrecht** ist folglich zwischenzeitlich in aller Regel umgesetztes europäisches Recht oder das europäische Recht gilt in den Mitgliedstaaten gleich unmittelbar (vgl. dazu Rz. 1.55 ff., 1.81 ff.). 1.27

III. Der Einfluss technischer Entwicklungen auf das private Bankrecht

Der **Bedeutungszuwachs** des privaten **Bankrechts** geht bereits historisch mit der **Entwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs** einher. Denn hierdurch nahmen auch Privatkunden nicht nur bei Gelegenheit einer Geldanlage oder Kreditaufnahme Bankdienstleistungen in Anspruch. Vielmehr unterhielt ab diesem Zeitpunkt fast jedermann ein Girokonto (heute genauer: Giro- und Zahlungskonten, § 675f Abs. 2 Satz 1 BGB)¹. Der Zahlungsverkehr gilt als Ankerprodukt in der Kundenbeziehung². Mit der Bedeutung des Bankgeschäftes für alle Gruppen der Bevölkerung ist auch die Bedeutung des Bankrechts gewachsen³. 1.28

Auch die EU hat schon sehr früh die Bedeutung des Zahlungsverkehrs betont. Bereits in ihrem Aktionsplan Finanzdienstleistungen vom Mai 1999⁴ formulierte die EU Kommission den Zahlungsverkehrs-Binnenmarkt als Ziel. In ihrer Zahlungsdiensterichtlinie (Payment Service Directive – PSD)⁵ führte sie dazu aus, dass Verbraucher die Gewissheit haben müssten, dass europaweit getätigte Zahlungen unkompliziert, effizient und sicher sind. Mit der Zahlungsdiensterichtlinie II (PSD II)⁶ verfolgte die EU-Kommission das Ziel einer Weiterentwicklung in Richtung eines besser integrierten Binnenmarkts für elektronische Zahlungen in der EU. Im Juni 2023 hat die Kommission ein Gesetzgebungspaket vorgeschlagen, um den **Zahlungsverkehr** weiter zu **digitalisieren**. Dieses beinhaltet eine PSD III⁷, wobei allerdings zugleich sehr viele Regelungen für den Zahlungsverkehr in eine unmittelbar geltende Payment Service Regulation 1 (PSR 1)⁸ überführt werden sollen. Inhaltlich begegnet es Bedenken, wie die EU-Kommission nach **Verbesserung der technischen Sicherheit** durch die sog. **starke Kundenauthentifizierung** (§ 1 Abs. 24 ZAG, § 675c Abs. 3 BGB)⁹ in ihrem Entwurf auf die daher zunehmende Tendenz zur Täuschung des Zahlungsdienstnutzers im Wege des sog. **Social Engineering** reagiert: Erstattungen sollen nicht mehr auf nicht **autorisierte** Transaktionen beschränkt werden; ein gutgläubiger Verbraucher, der Opfer eines sog. „Spoofing“- Betrugs geworden ist, bei dem Betrüger vorgeben, Mitarbeiter des Zahlungsdienstleisters eines Kunden zu sein, soll vielmehr Anspruch auf Erstattung des vollen Betrags des betrügerischen Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstleister haben, es sei denn, der Zahler hat in betrügerischer Absicht oder grob fahrlässig gehandelt¹⁰. Zugleich sollen die Anforderungen an die **grobe Fahrlässigkeit** deutlich erhöht werden, indem ein Extremfall als Beispiel genannt wird: ein Verbraucher, der bereits eine Erstattung von einem Zahlungsdienstleister erhalten hat, nachdem er Opfer von sich als Bankmitarbeiter ausgebenden Betrügern geworden ist, reicht einen weiteren Erstattungsantrag bei demselben Zahlungsdienstleister ein, nachdem er erneut Opfer derselben Art von Betrug geworden ist¹¹. Damit würde keinerlei ökonomischer Anreiz für den Kunden gesetzt, sich im eigenen Interesse sorgfältig zu verhalten¹², zumal ein Kunde, der das Online- 1.29

1 Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 1.10 ff.

2 Becher/Kreuschner, Die Bank 2017, 38.

3 Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 1.10 ff.

4 KOM (1999) 232, 11.5.1999.

5 Richtlinie 2007/64/EG vom 13.11.2007.

6 Richtlinie 2015/2366/EU vom 25.11.2015.

7 COM(2023) 366 final.

8 COM(2023) 367 final.

9 Zur Nutzung der EU Digital Identity Wallet nach der novellierten eIDAS-VO (Verordnung (EU) 910/2014 vom 23.7.2014) für die starke Kundenauthentifizierung Lange-Hausstein/Kremer, BKR 2024, 362.

10 Begründung, Ziff. 5, Erwägungsgrund 79 f., Art. 59 PSR-E.

11 Begründung, Ziff. 5, Erwägungsgrund 82. Ebenfalls sehr krit. Zahrte, BKR 2024, 135, 141, der moniert, dass man offensichtlich keinerlei geistige Transferleistung vom Kunden erwarte.

12 Wiederum Zahrte, BKR 2024, 135, 136, Glos/Hildner/Kühne/Schneider, BKR 2024, 127, 132, sprechen von einer ‚Gefährdungshaftung‘ des Zahlungsdienstleisters.

banking nutzt, damit zeigt, dass er hierzu nach seinen intellektuellen Fähigkeiten und seinem technischen Verständnis auch in der Lage ist¹. **Regelungstechnisch** wird die Überführung der Regelung in eine europäische Rechtsverordnung erhebliche **Rechtsunsicherheit** auslösen, da in der PSR-E nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungen unterschieden wird, die europäische Regelungstechnik sich deutlich von der begrifflich präzisen deutschen Gesetzestechnik unterscheidet und die Herauslösung des Zahlungsverkehrsrechts aus dem BGB und dem Geschäftsbesorgungs- und Auftragsrecht Lücken bedingen wird, zumal auch die Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu den §§ 675c ff. BGB auf eine neue Regelung Fragen aufwerfen dürfte². Kernpunkte der geplanten Regelungen sind demnach die Betrugsbekämpfung und die Verbesserung der Verbraucherrechte sowie die weitere Öffnung der Zahlungssysteme für Nicht-Bank-Zahlungsdienstleister. Letzterem dient auch ein weiterer Gesetzesvorschlag für eine Verordnung über den **Zugang zu Finanzdaten** (Financial Data Access Regulation, FiDA)³. Hier wird es darum gehen, dass Inhaber von Finanzdaten (z.B. Banken) bei Einwilligung des Kunden zur Übertragung der Daten an Datennutzer (z.B. FinTechs) verpflichtet sind, wobei der Kunde über ein für ihn einzurichtendes Dashboard eine einfache Möglichkeit der Transparenz und Steuerung haben soll⁴.

- 1.30 Die Bedeutung des Girokontos für die Teilnahme am Leben wird als derart bedeutsam angesehen, dass der Gesetzgeber sich – wiederum in Umsetzung europäischer Vorgaben⁵ – veranlasst sah, mit dem Zahlungskontogesetz (ZKG) einen gesetzlichen Anspruch auf ein Konto jedenfalls in Form eines Basiskontos einzuführen. Danach hat jeder Verbraucher (§ 13 BGB) grundsätzlich einen **Anspruch auf ein Konto mit einem bestimmten Leistungsumfang** (Ein- oder Auszahlungen, Ausführung von bargeldlosen Zahlungsvorgängen, wie Lastschriften, Überweisungen, Nutzung Debit-Zahlungskarte, §§ 30 ff. ZKG) (vgl. dazu auch Rz. 1.85). Mit anderen Worten hat der Gesetzgeber einen **sachlich begrenzten Kontrahierungszwang** geschaffen hat, was angesichts des das deutsche Privatrecht beherrschenden, durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Prinzips der Privatautonomie⁶, die als wesentlichen Bestandteil die Vertrags(abschluss)freiheit garantiert, ein bemerkenswerter Vorgang ist, zumal das verfolgte Ziel eigentlich durch die der Daseinsvorsorge verpflichteten Sparkassen erreicht werden können sollte⁷.
- 1.31 Der **Zahlungsverkehr** ist demnach bis heute ein **wesentlicher Treiber** der Entwicklung des Bankrechts; neue Marktteilnehmer, wie die sog. **FinTechs**, zielen genau auf dieses Produkt ab, da sie dort ihre besonderen technischen Fähigkeiten und ihre Agilität nutzen können, möglichst ohne die mit traditionellen Bankprodukten verbundenen strengen regulatorischen Anforderungen z.B. an Eigenkapital und Liquidität erfüllen zu müssen⁸.
- 1.32 Im Zuge der Umsetzung der **PSD II** erfuhr z.B. das Online-Zahlungsdienste-Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kunde durch neu auf den Markt gekommene Drittdienste erhebliche Änderungen, da dem Online-Kunden ein Anspruch auf Nutzung von **Drittdiensten** hinsichtlich seines Zahlungskontos bei der Bank eingeräumt wurde. Online-Zahlungsdienstnutzer können anders gesagt gem. § 675f Abs. 3 BGB über **Zahlungsauslösedienste** Zahlungsaufträge von ihrem Zahlungskonto bei der Bank auslösen oder über **Kontoinformationsdienste** konsolidierte Informationen über ihr Konto bei der

1 Löwisch/Caspar in Staudinger, 2014, § 276 BGB Rz. 95, die zu Recht darauf hinweisen, dass andernfalls ein Übernahmeverschulden vorläge.

2 Zahrt, BKR 2024, 136 ff.

3 COM(2023) 360 final.

4 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3543.

5 Richtlinie 2014/92/EU vom 23.7.2014.

6 Statt aller Früh, Bürgerliches Recht, Rz. 45.

7 Vgl. zur Beurteilung dieses Kontrahierungszwanges unter den Aspekten der Privatautonomie und der Verfassungswidrigkeit Herresthal, BKR 2016, 13 ff., und Held, BKR 2016, 353 ff.; Pickenbrock/Rodi, ZBB 2019, 245, 249, halten es zu Recht für bemerkenswert, dass der Gesetzgeber den Grundrechtseingriff durch einen Kontrahierungszwang für privatrechtliche Institute in keiner Weise begründet; ähnlich Herresthal in MünchKomm. HGB, 4. Aufl. 2019, Teil 1 A Rz. 186.

8 Becher/Kreuschner, Die Bank 2017, 38, 39 f.

Bank abrufen¹. Im Zuge der Verordnung über den **Zugang zu Finanzdaten** (Financial Data Access Regulation, FiDA, s. Rz. 1.29)² wird ein **neuer regulierter Finanzinformationsdienstleister** eingeführt³.

Auch die **SEPA-Echtzeitüberweisung** (SEPA Instant Credit Transfer) ist bereits seit einigen Jahren Realität und führte zu Anpassungen des Zahlungsverkehrsrechts. Seit November 2017 konnten im SEPA-Raum Überweisungen in Euro zunächst bis zu einem bestimmten Höchstbetrag und unter der Voraussetzung, dass die Institute des Zahlers und des Zahlungsempfängers hierzu jeweils bereits technisch in der Lage waren, im Direct-Banking auf 24-7-365 Basis in Sekunden ausgeführt werden. Der Zahlungsvorgang wird erst mit der Rückmeldung der Bank des Empfängers an die Bank des Zahlers abgeschlossen. Der Wechsel von einer Batch(-Zyklen) orientierten Abwicklung hin zu einem Echtzeitverfahren kann als Quantensprung bezeichnet werden. Hierfür wurde ein neues EBA-Clearing-Modell über Unterkonten der teilnehmenden Banken bei der EZB geschaffen, da nur so die sekundenschnelle Geldübertragung erfolgen kann. Das European Payment Council (EPC) hat ein Rulebook für diese auch sog. Instant Payments erstellt⁴. Mit der Verordnung vom 13.3.2024 zur Änderung der SEPA-Verordnung⁵ wird die Echtzeit-Überweisung⁶ als **neuer** Standard etabliert, d.h. jeder Zahlungsdienstleister muss auch Sofortzahlungen anbieten, ohne dass für den erhöhten technischen Aufwand ein erhöhtes Entgelt zulässig sein soll, gleichzeitig ist vorgesehen, mit dem Abgleich von Empfänger- und Kontoinhabername eine Prüfungspflicht zu schaffen, die bei einem solchen Echtzeit-Verfahren eine weitere technische Herausforderung sowie weitreichende Informationsmöglichkeiten der an der Ausführung Beteiligten bedingt⁷. 1.33

Der nächste Schritt ist das umfassende **digitale Bezahlen**⁸. Die Europäische Kommission hat bereits am 23.3.2017 einen Aktionsplan für Finanzdienstleistungen für Verbraucher vorgelegt⁹, der den Einsatz der Digitalisierung zur Verschaffung von Finanzdienstleistungen aus der gesamten EU als wichtiges Ziel formuliert. Girokonto und Zahlungsdienstvertrag werden in der Regel in einem Schritt eröffnet (§ 675f Abs. 2 Satz 1 BGB). Somit bedeutet digitales Bezahlen nicht weniger als die vollständig digitale Kontoeröffnung sowie Beauftragung, Autorisierung und Durchführung von Zahlungsaufträgen durch den Zahlungsdienstnutzer und die daran beteiligten Banken sowie sonstige Dienstleister. Angesichts der umfassenden regulatorischen Rahmenbedingungen für Banken z.B. im Rahmen der Legitimationsprüfung (§ 11 GwG, § 154 AO), aber auch durch verbraucherschützende Maßgaben wie das genannte Zahlungskontogesetz ist dies auch bankrechtlich ein anspruchsvolles Unterfangen. 1.34

Unter dem Stichwort **digitaler Euro** wird demgegenüber ein digitales Zentralbankgeld (Central Bank Digital Currency) diskutiert (Verordnung-Vorschlag über den digitalen Euro¹⁰). Auch wenn hierbei in Bezug auf die Rechtsgrundlagen und die Ausgestaltung vieles noch nicht klar erscheint, geht es in Ergänzung zum Bargeld als Zentralbankgeld primär um die Schaffung einer digitalen Zentralbankgeldform in Form einer Buchgeldverbindlichkeit – von den Zentralbanken emittierte Banknoten verlieren im Zahlungsverkehr mehr und mehr an Bedeutung –, die als Zentralbankverbindlichkeit ausfallsicher und wohl auch gesetzliches Zahlungsmittel wäre. Ein direkter Kontakt der EZB zum Endkunden scheint nicht beabsichtigt, d.h. die Endnutzer sollen den digitalen Euro zwar unmittelbar zum Bezahlen nutzen können bzw. eine direkte Forderung gegen die EZB haben, die Transaktionsdurchführung 1.34a

1 Kraus, Die Bank 2018, 8; Zahrte, NJW 2018, 337 f.

2 COM(2023) 360 final.

3 Dazu auch Vig, BKR 2023, 659, 662.

4 Vgl. zum Ganzen auch *Bystricky*, www.Bankinclub.de/instant-payments-the-new-normal/vom 19.5.2016; Lauer, Die Bank 2018, 12 f.

5 Verordnung (EU) 2024/886 vom 13.3.2024.

6 COM(2022) 546 final.

7 Näher Zahrte, BKR 2023, 146, 153.

8 Krautscheid, ZfGK 2017, 594.

9 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-670_de.htm.

10 Vorschlag vom 28.6.2023, COM(2023) 369 final, 2023/0212 (COD).

und Kontenverwaltung soll jedoch auf Intermediäre ausgelagert werden, die die direkte Vertragsbeziehung zum Endnutzer unterhalten (sog. Hybrides Modell)¹.

- 1.35 Darüber hinaus wird es ein künftiges Ziel sein, die Vorteile **effizienter Zahlungsdienstlösungen** von einzelnen **Anbietern unabhängig** zu machen. Anders gesagt wird etwa ein Ziel darin bestehen, die Erst-Legitimation bei einer Bank für die Inanspruchnahme der Dienstleistungen anderer Zahlungsdienstleister nutzen zu können und etwa beim mobilen Bezahlen als Zahlungsdienstnutzer nicht von der Wahl des Bezahlverfahrens durch den Telefonhersteller oder den Netzprovider abhängig zu sein, sondern dieses eigenständig wählen zu können. All dies setzt einen entsprechenden bankrechtlichen Rahmen voraus². Mit der Verordnung über den **Zugang zu Finanzdaten** (Financial Data Access Regulation, FiDA)³ sollen Inhaber von Finanzdaten (z.B. Banken) bei Einwilligung des Kunden zur Übertragung der Daten an Datennutzern (z.B. FinTechs) verpflichtet werden (s. Rz. 1.29).
- 1.36 Der Zahlungsverkehr wird somit auch weiterhin eine bedeutsame Rolle bei der Weiterentwicklung des Bankrechts spielen. Die Erwartung des Nutzers etwa an die **Zeitkomponente** von Bankdienstleistungen wird aber auch für andere Produkte Bedeutung entfalten, etwa für **Kreditverträge**, deren Genehmigung oder Monitoring künftig auf der Basis von **Echtzeit-Daten** erfolgen könnte⁴.
- 1.36a Weitere technische Neuerungen sollen zum Beispiel dafür genutzt werden, die **Unternehmensfinanzierung** oder den **Zahlungsverkehr zu erleichtern**. Zu nennen ist im Rahmen des Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren (eWpG) vom 6.5.2021 die Schaffung **elektronischer Wertpapiere**, also von Wertpapieren ohne Urkunde, aber mit Eintragung in ein Wertpapierregister, zunächst in Form von Schuldverschreibungen; insoweit ist eine technologieneutrale Regelung geplant, anders gesagt ist die Blockchain hier nicht als Technologie gesetzt⁵. Generell verfolgt die Bundesregierung durchaus eine Blockchain-Strategie⁶. Teil dessen ist die Einführung von **Kryptowerten** als Finanzinstrumente (§ 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 10 KWG) und die Qualifizierung von deren Verwahrung als erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung (§ 1 Abs. 1a Satz Nr. 6 KWG). Kryptowerte ist dabei ein Sammelbegriff für digitale Werte, die zur Sicherung der Integrität der Transaktionshistorie auf kryptographische Verfahren im Rahmen einer Distributed-Ledger-Technologie (DLT), insbesondere der Blockchain-Technologie, zurückgreifen. Gemäß § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG sind diese zwar nicht als Währung oder gesetzliche Zahlungsmittel anzusehen, sie sind jedoch aufgrund Vereinbarung oder tatsächlicher Übung als Zahlungsmittel akzeptiert. Damit fallen auch **Kryptowährungen** wie etwa Bitcoins unter den Begriff der Kryptowerte⁷. Auf EU-Ebene steht, wie bereits erwähnt, die Digitalisierung des Finanzsektors insgesamt auf der Agenda. Auch insoweit werden zahlreiche Regelungen zur Schaffung eines Rechtsrahmens für DLT geschaffen⁸. Eine zentrale Regelung ist die am 29.6.2023 in Kraft getretene **MICAR** (Markets in Crypto-Assets Regulation), die den **Primär- und Sekundärmarkt** für Kryptowerte insbesondere unter den Aspekten des **Markt- und Verbraucherschutzes** regelt und deren Bestandteile zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft treten⁹. Vgl. dazu näher Rz. 1.110b. Parallel zur weiteren Digitalisierung des Finanzsektors hat die EU mit dem im Januar 2023 in Kraft getretenen und im Januar 2025 unmittelbar geltenden **Digital Operational Resilience Act (DORA)**¹⁰ einen einheitli-

1 Dazu *Bellner/Haas/Hess*, WM 2023, 111, sowie *Gaida*, WM 2023, 1481, in einem Bericht über das Referat von *Manger-Nestler* auf dem Bankrechtstag 2023; *Omlor/Schneider*, BKR 2023, 649.

2 *Krautscheid*, ZfgK 2017, 594.

3 COM(2023) 360 final.

4 *Thabe/Schiereck*, Die Bank 2018, 20.

5 BT-Drucks. 19/29372.

6 Blockchain-Strategie vom 18.9.2019, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de>.

7 *Resas/Ulrich/Geest*, ZBB 2020, 22, 23 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Heppekausen*, BKR 2020, 10; *Sickinger/Thelen*, AG 2020, 862; *Mittwoch*, WM 2021, 375.

8 Einen Überblick geben *Hirzle/Hugendubel*, BKR 2022, 821.

9 Verordnung (EU) 2023/1114 vom 31.5.2023.

10 Verordnung (EU) 2022/2554 vom 14.12.2022.

chen europäischen aufsichtsrechtlichen Rahmen geschaffen, um die digitale Widerstandsfähigkeit von Finanzunternehmen zu stärken¹.

Auch **Künstliche Intelligenz** (KI) oder auch Artificial Intelligence (AI) dürfte mehr und mehr im Bankgeschäft eingesetzt werden. Der europäische AI Act (**KI-Verordnung, KI-VO**) sieht einen einheitlichen und allgemeinen Rechtsrahmen für KI-Anwendungen (zum Begriff Art. 3 Nr. 1 KI-VO) vor und verfolgt dabei einen risikobasierten Ansatz². So sollen ganz generell sog. Hochrisikante Anwendungen, wie etwa die biometrische Gesichtserkennung im öffentlichen Raum, verboten werden. Aber auch Anwendungen zur Kreditvergabe, die die Kreditwürdigkeit (Stichwort Kreditscoring) bewerten, sollen als sog. Hochrisiko-Systeme (Art. 6 Annex III 5 Buchst. b KI-VO) gelten; dementsprechend kommen die Verhaltenspflichten nach Art. 8 ff. KI-VO zur Anwendung (z.B. Einrichtung, Anwendung, Dokumentation und Aufrechterhaltung eines Risikomanagementsystems nach Art. 9 KI-VO, die Verwendung von Trainings-, Validierungs- und Testdatensätzen nach Maßgabe bestimmter Qualitätskriterien nach Art. 10 KI-VO sowie die Aufzeichnungspflichten nach Art. 12 KI-VO, die Transparenzpflichten nach Art. 13 KI-VO, die menschliche Aufsicht nach Art. 14 KI-VO)³. Daneben spielt KI aber auch im Anlagegeschäft eine Rolle (zur Zulässigkeit Argument aus § 80 Abs. 2 WpHG)⁴. KI in Form von großen generativen Sprachmodellen, wie z.B. Chat GPT, könnte möglicherweise in der Kommunikation eingesetzt werden⁵. 1.36b

Ein Treiber rechtlicher Entwicklungen ist ganz allgemein das **Internet** und das diesbezügliche Nutzerverhalten der heutigen Kunden, die immer weniger die Bankfilialen aufsuchen, sondern möglichst alle Bankdienstleistungen **online** und **mobil** nutzen möchten. Hierauf muss auch das Bankrecht reagieren. 1.37

Darüber hinaus ist das **geänderte Nutzerverhalten** auch in anderer Hinsicht Treiber von Innovationen. Insbesondere denken Nutzer heute mehr in Produkt- und Dienstleistungspaketen, die darüber hinaus möglichst **einfach** und **komfortabel** zu handhaben sein sollen. Beispielsweise nutzen Kunden heute Vergleichsportale, um möglichst günstige Produkte oder Dienstleistungen zu erhalten; viele Kunden sind daran interessiert, dass ihnen auch gleich die Mühe des Anbieterwechsels abgenommen wird; manche möchten das gesparte Geld anlegen, um später größere Vorhaben zu realisieren; andere möchte das gesparte Geld direkt für andere Produkte einsetzen, für diese sie gerne Angebote und – hinsichtlich des Differenzbetrages – auch Finanzierungsmöglichkeiten erhalten, und auch die Abwicklung und Bezahlung des neuen Produkterwerbs soll sogleich erfolgen. Idealerweise erfolgt all dies über einen einzigen Anbieter, der ihnen die verschiedenen Schritte abnimmt und dessen Angebot sie möglichst komfortabel über (mobiles) Internet nutzen können. Somit denken Banken mehr und mehr darüber nach, wie sie solche Dienstleistungspakete anbieten können. Dabei geht es nicht nur um die Bündelung mehrerer Bankprodukte, sondern auch um die Kombination von Bankprodukten mit anderen Produkten. Hierdurch treten Banken mit anderen Anbietern in den Wettbewerb. Die Erlangung und Nutzung von Daten sowie technische Fähigkeiten spielen eine erhebliche Rolle. 1.38

IV. Der Einfluss der Nachhaltigkeitsziele auf das Bankrecht

Der Klimaschutz und, allgemeiner, das Anliegen einer nachhaltigen Entwicklung von Gesellschaft und Wirtschaft prägen seit dem Jahr 2015 die Entwicklung vor allem des **öffentlichen Bankrechts** nach- 1.38a

1 Bernau/Lutterbach, BKR 2023, 506.

2 Verordnung (EU) 2024/1689 vom 13.6.2024.

3 Näher unter Hinweis auf Erwägungsgrund 37 der KI-Verordnung Langenbacher, BKR, 2023, 205, die das Thema unter Diskriminierungsaspekten beleuchtet.

4 Denga, Digitalisierung in der Anlageberatung, Bankrechtstag 2024 (im Erscheinen), zum Einsatz von KI in der Anlageberatung.

5 Allgemein zu Rechtsfragen beim KI-Einsatz im Bankensektor Buck-Heeb, WM 2023, 1625; zu Einsatzmöglichkeiten generativer KI im Bankenbereich auch Basel Committee on Banking Supervision, Digitalisation of finance, May 2024, <https://www.bis.org/press/p240516.htm>.

haltig. Die **Gründe** dafür kommen in der Begründung der Europäischen Kommission zu ihrem **Entwurf der CRD IV** klar zum Ausdruck: „Der Übergang zu den Nachhaltigkeitszielen der Kommission erfordert beispiellose Finanzierungsanstrengungen zur Bekämpfung des Klimawandels und zur Anpassung an seine Auswirkungen, zum Wiederaufbau des Naturkapitals und zur Stärkung der Widerstandsfähigkeit und des Sozialkapitals im weiteren Sinne. Öffentliche Finanzmittel allein werden dafür nicht ausreichen. Die **privaten Investitionen** in den Übergang zu einer nachhaltigen, CO₂-neutralen und gerechten, Kreislaufwirtschaft müssen zunehmen, damit die Ressourcen aufgebracht werden, die Schätzungen zufolge zur Verwirklichung dieser Ziele erforderlich sind. Mit ihrer Strategie für ein grünes Finanzwesen will die Kommission **grüne und nachhaltige Finanzierungen** in den **Mittelpunkt des Finanzsystems** stellen. Die **Vermittlung durch Banken** wird also eine **entscheidende Rolle** bei der Finanzierung des Übergangs zu einer nachhaltigeren Wirtschaft spielen. Gleichzeitig ist es wahrscheinlich, dass dieser Übergang für Banken Risiken mit sich bringt, die diese angemessen steuern müssen, um sicherzustellen, dass die Risiken für die Finanzstabilität so klein wie möglich bleiben. Hier sind Aufsichtsvorschriften erforderlich und möglicherweise von entscheidender Bedeutung. Mit der EU-Strategie wird dies anerkannt und hervorgehoben, dass die **ESG-Risiken** [Umwelt-, Sozial- und Unternehmensführungsrisiken] besser in den **Aufsichtsrahmen der EU integriert** werden müssen“¹.

- 1.38b Klimaschutz ist zentrales Anliegen des im Jahr 2015 geschlossenen **völkerrechtlichen Übereinkommens von Paris**² zur Begrenzung der Erderwärmung auf maximal 2 Grad Celsius. Demgegenüber formuliert die von den **Vereinten Nationen** im selben Jahr verabschiedete Resolution „Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development“³ weit darüber hinausgreifend 17 **Sustainable Development Goals (SDGs)** mit dem Klimaschutz als Ziel 17. Die EU hat diese Themen für das Finanzwesen zunächst im Jahr 2016 durch die Einsetzung einer **High-Level Expert Group on Sustainable Finance** aufgegriffen; dabei ging es zunächst um einen Beitrag zur Bekämpfung des Klimawandels, etwa indem **Kredite** an Nachhaltigkeits-Kennzahlen geknüpft werden, vor allem aber darum, **Anlageentscheidungen** an Nachhaltigkeitsabwägungen – sog. **ESG factors** (Environment, Social, Governance) – zu knüpfen⁴.
- 1.38c Ein umfassendes (rechts)politisches Handlungsprogramm zur Beförderung der Nachhaltigkeit legte die **Europäische Kommission** im Jahre 2018 mit dem **Action Plan: Financing Sustainable Growth** vor⁵. Ein Kernelement dieses Aktionsplans bildet die Schaffung eines Finanzwesens für eine nachhaltigere Welt mittels einer Neuausrichtung der Kapitalflüsse hin zu einer nachhaltigeren Wirtschaft, der Einbettung der Nachhaltigkeit in das Risikomanagement sowie die Förderung von Transparenz der Tätigkeit von Marktteilnehmern und der Langfristigkeit von Investitionsentscheidungen. Als rechtspolitische Handlungsfelder werden insoweit insbesondere auch die Folgenden benannt: (i) Entwicklung eines einheitlichen Klassifikationssystems für nachhaltige Tätigkeiten (Taxonomie), (ii) Entwicklung von Normen und Kennzeichen für nachhaltige Finanzprodukte, (iii) Nachhaltigkeitsabwägungen in der Finanzberatung, (iv) Entwicklung von Nachhaltigkeitsbenchmarks, (v) Einbettung der Nachhaltigkeit in das Risikomanagement sowie (vi) Förderung von Transparenz und Langfristigkeit durch Offenlegung von und Rechnungslegung über Nachhaltigkeitsaspekte. Die Kommissionsmitteilung **„Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy“**⁶ brachte im Jahre 2021 dann teilweise Präzisierungen der im Aktionsplan angesprochenen Aktionsfelder, aber auch Akzentverschiebungen und Ausweitungen bei diesen. Die damit eingeläutete neue Phase der EU-Strategie für ein nachhaltiges Finanzwesen umfasst vier Hauptbereiche, auf denen nach Ansicht der Europäischen Kommission zusätzliche Maßnahmen erforderlich sind, damit das Finanzsystem den Übergang zur Nachhaltigkeit in vollem Umfang unterstützen kann. Zu den zahlreichen erwogenen Einzelmaßnahmen gehören nicht zuletzt (i) die Entwicklung von Mindestkriterien für nachhaltige Finanzprodukte sowie ESG-spezi-

1 COM (2021) 663 final S. 5.

2 Abrufbar unter <https://unfccc.int>.

3 Abrufbar unter <https://www.sustainabledevelopment.un.org>.

4 Abrufbar unter <https://www.ec.europa.eu>.

5 COM (2018) 97 final. Zum Ganzen *M. Lange*, BKR 2020, 216 ff.

6 COM (2021) 390 final.

fischer/allgemeiner Gütesiegel für Finanzprodukte, (ii) Beförderung grüner Kredite, (iii) konsequente Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken in die Risikomanagementsysteme von Banken, einschließlich klimawandelbezogener Stresstests durch Banken, in einem umfassenden, sowohl finanzielle Nachhaltigkeitsrisiken (Outside-in) als auch Auswirkungen auf (externe) Nachhaltigkeitsfaktoren (Inside-out) systematisch einbeziehenden Ansatz, (iv) die Offenlegung der Nachhaltigkeitsziele und der Planung von Finanzinstituten, um den Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft zu befördern, (v) aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen Greenwashing.

Der in **Umsetzung** der vom EU-Aktionsplan vorgezeichneten Strategie geschaffene finanzindustriespezifische¹ komplexe **Rechtsrahmen der Sustainable Finance**² lässt sich **konzeptionell** wie folgt umreißen: Die Kategorisierung wirtschaftlicher Aktivitäten als (nicht) nachhaltig bildet die Grundlage für die **Kategorisierung von Investitionen als nachhaltig**. Die gewollte Umlenkung privater Investitionen in eben solche nachhaltige Investitionen wird nicht durch Produktverbote oder Vertriebsbeschränkungen zu erreichen gesucht, sondern durch **Offenlegungs-, Informations- und Beratungspflichten**. Die **Emittenten** bestimmter Anlageprodukte und Produkte der finanziellen Vorsorge treffen **marktbezogene Offenlegungspflichten** hinsichtlich Nachhaltigkeitsaspekten ihrer Geschäftstätigkeit (**Investitionsentscheidungen**), auch um sie unter dem Druck von Markterwartungen zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten zu veranlassen. Zudem haben diese Emittenten für ihre **Produkte** bestimmte **nachhaltigkeitsbezogene Informationen vertragsunabhängig bereitzustellen**; bei nachhaltigen Produkten gerade auch hinsichtlich der Auswirkungen des Produkts auf Nachhaltigkeitsfaktoren. Diese Informationen wiederum finden **beim Vertrieb dieser Produkte** durch Kreditinstitute und Wertpapierhäuser als nachhaltigkeitsbezogene Informationsgrundlage **Verwendung**. Auch Erbringer von **Anlageberatung** haben unternehmensbezogene Nachhaltigkeitsaspekte offenzulegen und zudem die Art und Weise der Einbeziehung von Nachhaltigkeitsaspekten. Die Pflichten in einer konkreten Beratungssituation fokussieren über die **Zur-Verfügung-Stellung der Informationen** über produktbezogenen Nachhaltigkeitsaspekte hinaus auf die **Nachhaltigkeitspräferenzen** der Anleger, um die Anleger in die Lage zu versetzen und dazu zu motivieren, nachhaltige Finanzprodukte zu wählen (*nudging*, s. dazu Rz. 1.92). Flankierend sollen Normen und **Kennzeichnungen** für nachhaltige Produkte, qualitativ gehaltvolle **ESG-Ratings** sowie die Sanktionierung des **Greenwashing** die Grundlagen und Chancen für an Nachhaltigkeitsaspekten orientierte Anlageentscheidungen noch weiter verbessern. Um die Funktionsfähigkeit dieses intermediärbasierten Mechanismus zu sichern (Finanzstabilität), wird die **Resilienz** der Kreditinstitute in Bezug auf **Nachhaltigkeitsrisiken** durch umfangreiche aufsichtsrechtliche Anforderungen hinsichtlich der Berücksichtigung dieser Risiken bei den Eigenmittelanforderungen sowie beim Risikomanagement und der Unternehmensführung (interne Corporate Governance) zu gewährleisten gesucht.

Das **Herzstück** dieses Rechtsrahmens bilden die sog. **Taxonomie-VO**³ mit den hierzu ergehenden Delegierten Verordnungen⁴. Sie dienen der Harmonisierung von Kriterien, welche eine **wirtschaftliche** Tätigkeit erfüllen muss, damit sie als **ökologisch** nachhaltig angesehen werden kann, und damit auch eine entsprechende Investition als ökologisch nachhaltig. Für eine **Soziale** Taxonomie liegen bislang erst Entwürfe vor; zum „G“ in ESG, also zur Unternehmensführung, fehlt es selbst hieran.

Die Offenlegungs-VO (**SFDR**; dazu Rz. 13.63a ff.)⁵ statuiert für sog. Finanzmarktteilnehmer und Finanzberater im Detail je unterschiedliche **marktbezogene Offenlegungspflichten** (Internetveröffentlichung) und **vertragsunabhängige Informationspflichten** im Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte.

1 Zu sektorenübergreifenden Maßnahmen knapp noch 1.38j.

2 Überblick etwa bei Lindenpartners, Sustainable Finance – ein regulatorischer Überblick, Whitepaper No. 3.6, Mai 2024 (abrufbar unter <https://lindenpartners.eu/>).

3 Verordnung (EU) 2020/852 vom 18.6.2020.

4 Delegierte Verordnung (EU) 2021/2139 vom 4.6.2021; Delegierte Verordnung (EU) 2021/2178 v. 6.7.2021; Delegierte Verordnung (EU) 2022/1214 v. 9.3.2022.

5 Verordnung (EU) 2019/2088 vom 27.11.2019; dazu Delegierte Verordnung (EU) 2022/1288 v. 6.4.2022; zu geplanten Änderungen der DelVO SFDR *Glander/Kropff/Lühmann*, RdF 2023, 244.

Dem persönlichen **Anwendungsbereich** der Verordnung unterfallen als Finanzmarktteilnehmer u.a. Kapitalverwaltungsgesellschaften (Rz. 16.32), ferner Banken, wenn sie als Wertpapierfirma oder Kreditinstitut auch Portfolioverwaltung anbieten (Art. 2 Abs. 1 lit. b/j) oder, als Finanzberater, wenn sie als Kreditinstitut oder Wertpapierfirma auch Anlageberatung anbieten (Art. 2 Abs. 11 lit. c/d). Offen-zulegen haben **Finanzmarktteilnehmer** nachteilige Auswirkungen ihrer Investitionsentscheidungen auf Nachhaltigkeitsfaktoren. Ihre produktbezogenen Informationspflichten bestehen zum einen (inside-out) darin zu erläutern, ob und wie in einem Finanzprodukt die wichtigsten nachteiligen Auswirkungen auf Nachhaltigkeitsfaktoren berücksichtigt werden (Art. 7). Zum anderen (outside-in) haben Finanzmarktteilnehmer zumindest die erwarteten Auswirkungen von Nachhaltigkeitsrisiken auf die Rendite ihrer Finanzprodukte zu erläutern (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b). Umfangreichere Erläuterungen sind zu erteilen, wenn mit einem Finanzprodukt unter anderem ökologische oder soziale Merkmale oder eine Kombination aus diesen Merkmalen beworben wird (sog. Art. 8-Produkte), und erst recht, wenn mit einem Finanzprodukt eine nachhaltige Investition angestrebt wird und ein Index als Referenzwert bestimmt wurde (sog. Art. 9-Produkte). **Finanzberater** treffen Offenlegungspflichten hinsichtlich des Ob der Einbeziehung nachteiliger Auswirkungen auf Nachhaltigkeitsfaktoren und Informationspflichten im Bezug auf die Art und Weise der Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken bei der Anlageberatung sowie den erwarteten Auswirkungen von Nachhaltigkeitsrisiken auf die Rendite der beratenen Finanzprodukte.

- 1.38g Zu den aufsichtsrechtlichen nachhaltigkeitsbezogenen Informations-, Explorations- und Empfehlungspflichten bei der Erbringung einer **Anlageberatung** bezüglich Finanzinstrumenten ausführlich Rz. 13.39, 13.92 ff. Hierdurch wird eine etablierte Informationspflicht von Banken aufsichtsrechtlich u.U. auf alle drei ESG-Faktoren, Environment, Social und Governance, erstreckt. Aufgrund des **Barrierefreiheitsstärkungsgesetzes** i.V.m. der zugehörigen Rechtsverordnung des BMAS muss eine solche Aufklärung künftig auf dem Sprachniveau B2 erfolgen, was eine soziale Sorgfaltspflicht darstellen wird¹. Zur zivilrechtlichen Pflichtenseite nach der Bond-Judikatur Rz. 17.59a, 17.67a.
- 1.38h Auf **Produktebene** sind bei der abstrakten Produktkonzeption im Rahmen der **Zielmarktbestimmung** auch nachhaltigkeitsbezogene Kundenziele zu berücksichtigen, dazu Rz. 13.282. Zu der durch die Art. 4–8 der Verordnung (EU) 2023/2631 aufsichtsrechtlich etablierten Produktkategorie des **European Green Bonds** näher Rz. 15.306–15.311; zu Anleihen mit lediglich privatautonomer Bindung an Nachhaltigkeitsaspekte Rz. 15.297–15.305, 15.312–15.314. Zu **Green Loans** oder **Sustainable Loans**, mit denen gemäß ihres frei vereinbarten Verwendungszwecks „grüne Projekte“ bzw. nachhaltige Wirtschaftsaktivitäten finanziert werden, Rz. 6.107–6.112; zu **nachhaltigen Krediten**, bei denen der jeweilige Zinssatz an die (Nicht-)Erreichung vereinbarter Nachhaltigkeitsziele gekoppelt wird, s. Rz. 6.112–6.122.
- 1.38i Zu den **geltenden aufsichtsrechtlichen Vorgaben** für die Behandlung von Nachhaltigkeitsrisiken beim Risikomanagement s. Rz. 2.189, zur Berücksichtigung beim Liquiditätsmanagement s. Rz. 2.290. Umfangreiche Erweiterungen aufgrund des Banking Reform Package (Rz. 2.38 ff.) betreffen die Berücksichtigung von ESG-Belangen bei den Eigenmittelanforderungen der CRR (Rz. 2.39c) sowie, wenn auch teilweise eher konkretisierend die nachhaltigkeitsbezogenen Geschäftsleiterpflichten beim Risikomanagement, etwa das neue Erfordernis eines Übergangsplans (Rz. 2.186a).
- 1.38j Der nunmehrige Rechtsrahmen für die Sustainable Finance steht ganz im Einklang mit dem zunehmend bedeutsameren sektorenunabhängigen Ansatz einer **Verpflichtung der Privatwirtschaft auf die Erreichung allgemeiner gesellschaftlicher Zwecke**². **Unternehmensbezogene** Berichtspflichten über die Tätigkeit des Unternehmens sehen die Art. 19a, 29a CSRD³ vor, wonach verpflichtete Unterneh-

¹ Vgl. zu den Anforderungen der Barrierefreiheit für Bankdienstleistungen *Kalisz*, BKR 2023, 292.

² Allgemein *Nietsch*, CCZ 2023, 61, 63 ff.

³ Richtlinie (EU) 2022/2464 vom 14.12.2022. Dazu etwa *Zetzsche/Sinn*, WM 2024, 1341 ff., 1389 ff.; *Steinbrück/Traub*, MDR 2024, 1141 ff.

men ab dem maßgebenden Zeitraum im Lagebericht Angaben aufnehmen müssen, die für das Verständnis der Auswirkungen der Tätigkeiten des Unternehmens/der Gruppe auf Nachhaltigkeitsaspekte bzw. gegenläufig für das Verständnis der Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf das Geschäft des Unternehmens/der Gruppe erforderlich sind. Weitergehend verpflichtet Art. 8 der Taxonomie-VO (Rz. 1.38e) diese Unternehmen sowie alle übrigen Finanzmarktteilnehmer i.S. des Art. 2 Abs. 1 Offenlegungs-VO (Rz. 1.38f) dazu, in der nichtfinanziellen Erklärung auch offenzulegen, wie und in welchem Umfang diese mit Wirtschaftstätigkeiten verbunden sind, die als ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten i.S. der Verordnung einzustufen sind¹. Andere Regelungen auferlegen Unternehmen zur Erreichung gesellschaftlich wünschenswerter ESG-Ziele detaillierte Rechtspflichten in Bezug auf ihre Tätigkeit. Gemäß § 3 LkSG sind Unternehmen aufsichtsrechtlich verpflichtet, **in ihren Lieferketten menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten zu beachten**; durch die am 25.7.2024 in Kraft getretene Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)² werden diese Pflichten noch einmal **verschärft** (Art. 1 ff. CSDDD)³. Mit solchen Regelungen wird eine neue Due-Diligence-Pflicht für zwei der ESG-Faktoren, nämlich Environment und Social, geschaffen⁴. Nachdem bei regulierten Finanzunternehmen nur der sog. upstream-Teil ihrer Aktivitätskette erfasst ist und damit ihre Kunden außen vor bleiben, bestehen in Bezug auf ihre Kunden allerdings keine entsprechenden Sorgfaltspflichten⁵. Gemäß Art. 22 CSDDD werden Unternehmen weiter verpflichtet, zur Eindämmung des Klimawandels einen Übergangsplan aufzustellen, zu aktualisieren und umzusetzen, mit dem sie gewährleisten, alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um ihre Unternehmenstätigkeit u.a. mit dem 1,5 Grad-Ziel des Pariser Klimaübereinkommens und dem Ziel der Klimaneutralität in Einklang zu bringen⁶. Das bleibt hinter Art. 25 Abs. 1 CSDDD-E⁷ zurück, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sein sollten, sicherzustellen, dass die Mitglieder der **Unternehmensleitung bei ihrer Pflicht, im besten Interesse des Unternehmens zu handeln**, die kurz-, mittel- und langfristigen Folgen ihrer Entscheidung für **Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen**⁸; denn nach herrschender Meinung im deutschen Aktienrecht *darf* die Unternehmensleitung zwar unter bestimmten Voraussetzungen und in gesetzten Grenzen Belange des Gemeinwohls zulasten der Aktionärsinteressen berücksichtigen, *muss* dies jedoch nicht⁹. Aber auch die jetzt beschlossene Regelung bedeutet Eingriffe in die Gestaltung von Geschäftsmodell und Strategie der Banken.

V. Bankprodukte und Bankrecht

Wie bereits angesprochen bietet das Bankgewerbe eine ungewöhnliche **Vielfalt an Bankprodukten**. 1.39 Während die meisten Unternehmen – zumal in Zeiten der Fokussierung auf Kernkompetenzen – eine gewisse Palette artverwandter Produkte bzw. Dienstleistungen produzieren oder anbieten, zeichnen sich Bankprodukte durch eine große Verschiedenheit aus. Wie gezeigt treten durch moderne technische Entwicklungen zwar auch neue Anbieter auf den Plan, ebenso übernehmen Banken im Zuge des neuen Denkens in Leistungspaketen aber umgekehrt auch Dienstleistungen, die herkömmlich nicht Bankprodukte im engeren Sinne waren (vgl. dazu Rz. 1.31 ff.).

Trennt man das Bankgeschäft traditionell in die Gebiete des **Commercial Banking** und typische Gebiete des **Investment Banking** – so ist auch dieses Buch gegliedert – kann man etwa folgende **Produkte** unterscheiden. 1.40

1 Konkretisierung der Offenlegungsanforderungen durch DelVO (EU) 2021/2178 vom 6.7.2021.

2 Richtlinie (EU) 2024/1760 vom 13.6.2024.

3 Dazu *Bettermann/Hoes*, BKR 2022, 686.

4 Vgl. zu besonderen Pflichten für Kreditinstitute aus dem LkSG *Bettermann/Hoes*, BKR 2022, 23.

5 *J. Schmidt*, NZG 2024, 859, 861.

6 Ausführlich *Weller/Schwemmer*, AG 2024, 517.

7 COM(2022) 71.final.

8 Vgl. zum Ganzen etwa *Hübner/Lieberknecht*, NJW 2024, 1841, 1844; *J. Schmidt*, NZG 2024, 859, 870; mit Blick auf den Finanzsektor *Kropf*, BKR 2024, 545.

9 *Harbarth*, AG 2022, 633, 634.

1. Commercial Banking

- 1.41 Im **Einlagengeschäft** überlässt der Kunde der Bank sein Geld. Herkömmlich sieht man darin eine **unregelmäßige Verwahrung** (§ 700 Abs. 1 Satz 1 BGB), für die im Falle von Geld die **Gelddarlehensvorschriften** der §§ 488 ff. BGB gelten. Man ging davon aus, dass die der Bank hierdurch eingeräumte Kapitalnutzungsmöglichkeit, etwa zur Refinanzierung von Krediten an andere Kunden, eine rechtliche Annäherung an das Darlehen gebot – allerdings in sozusagen umgekehrten Rollen. Das Beispiel ist generell interessant, da es zeigt, wie **geänderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen** Einfluss auf die rechtliche Beurteilung eines Bankgeschäfts haben können. Soweit nämlich Geschäftsbanken in extremen Niedrigzinsphasen für ihre Einlagen bei Zentralbanken ihrerseits sog. **Negative Zinsen** zahlen müssen¹, lässt sich sehr wohl in Frage stellen, ob bei der Einlage tatsächlich noch die Kapitalnutzungsmöglichkeit des Verwahrers Bank im Vordergrund steht. Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, dass sich die Interessen der Vertragsparteien dann grundlegend gewandelt haben – dazu in der hier gebotenen Kürze: Das Verwahrinteresse des Einlegers dürfte im Negativzinsumfeld das Kapitalnutzungsinteresse des Verwahrers deutlich übersteigen, weshalb der Einlagenvertrag in diesem Umfeld zwar immer noch – die Rückgabe gerade der in Verwahrung gegebenen „Geldzeichen“ wird keine der Vertragsparteien wünschen – als unregelmäßige Verwahrung einzuordnen sein dürfte. Allerdings führen die geänderten Interessen dazu, dass – die Regelungen der § 700 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 488 ff. BGB sind dispositiv – der Wegfall des Zinsanspruches des Einlegers und dafür ein Entgelt als kontrollfreies Entgelt für eine Hauptleistungspflicht für den Verwahrer vereinbart wird; insbesondere ist die Verwahrung auch nicht mit dem Kontoführungsentgelt abgegolten, da Girokontovertrag und Zahlungsdienstesterahmenvertrag einerseits (§ 675f Abs. 2 Satz 1 BGB) sowie Verwahrvertrag andererseits (§ 700 Abs. 1 Satz 1 BGB) rechtlich zu unterscheidende Verträge mit voneinander unabhängigen Leistungsgegenständen sind; denn Zahlungsverkehr ist unabhängig von zu verwahrenden Guthaben möglich, etwa unter Nutzung von Kreditlinien².
- 1.42 Banken sind Kaufleute, die rechnungslegungspflichtig sind und daher über ihre Geschäftsverbindungen mit Kunden Buch führen müssen, wobei bei einer Bank typischerweise die Erfassung in **Konten** vorausgeht (§ 238 Abs. 1 Satz 1 HGB). Dies gilt für das Einlagengeschäft und für das Kreditgeschäft gleichermaßen. Besonders bedeutsam sind jedoch die laufenden Konten, die **Girokonten**. Sie sind das in der Praxis wichtigste Beispiel für die **Kontokorrentabrede** (§ 355 HGB). Außerdem sind solche Konten in laufender Rechnung wiederum typischerweise **verbunden** mit **Zahlungsdienstesterahmenverträgen** (§ 675f Abs. 2 Satz 1 BGB), weshalb **Girokonten** für den **Zahlungsverkehr** verwendet werden können.
- 1.43 Das **Zahlungsdiensterecht** zeigt für das Verhältnis von Bankprodukten und Bankrecht gleich mehrerlei: Zunächst kann man hier die Bedeutung des **Geschäftsbesorgungsvertrages** (§ 675 BGB) als **Grundtypus** für bankgeschäftlichen Dienstleistungen erkennen (vgl. dazu Rz. 1.79).

Weiter ist es ein Beispiel für den Nutzen der gesetzgeberischen Konzeption des BGB mit **allgemeinen und besonderen Regelungen**; Ausgangspunkt ist insoweit der Auftrag (§§ 662 ff. BGB), der für das Wirtschaftsleben durch den Typus des Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) weiter entwickelt wurde und im Zahlungsdienstvertrag (§§ 675c ff. BGB) eine besondere Ausprägung erfährt, wobei

¹ Langner/Soltész/Vorsich, EuZW 2019, 965, schließen aus der Tatsache, dass EZB-Beschlüsse zur Geldpolitik praktische Wirkungen entfalten können müssen, dass den Geschäftsbanken eine Möglichkeit zur Verfügung stehen muss, diese Negativzinspolitik der EZB im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit einfach umzusetzen, was ihres Erachtens wiederum die Notwendigkeit der unionskonformen Auslegung etwa des deutschen AGB-Rechts nach sich zieht.

² Im Ergebnis ebenso OLG Dresden v. 30.3.2023 – 8 U 1389/21, WM 2023,1262; OLG Düsseldorf v. 30.3.2023 – 20 U 16/22, BKR 2023, 622; KG v. 9.8.2023 – 26 U 129/21, ZIP 2024, 286; OLG Frankfurt v. 5.10.2023 – 3 U 286/22, ZIP 2024, 119; vgl. dazu auch etwa Kropf, WM 2017, 1185, 1188; Edelmann, BB 2018, 394; Strobel, NJW 2021, 881 und aktuell Zahrt, BKR 2023, 146, 148, sowie Radke, WM 2023, 960, 962 ff., jeweils m.w.N. auch zur Rspr.

am Ende – über unterschiedliche Verweisungsketten – immer wieder die gleichen Normen besonders relevant sind (§§ 665, 667, 670 BGB). Gleichzeitig enthält das Zahlungsdiensterecht eine Vielzahl spezialgesetzlicher Anpassungen dieser Regelungen (z.B. § 675f Abs. 4 Satz 2, §§ 675n ff. und § 675t sowie § 675u BGB) und eigene Sekundäransprüche (§§ 675u-675y BGB), wobei im Rahmen bestehender Konkurrenzregelungen (§ 675z BGB) auch wieder auf die Sekundäransprüche des besonderen Schuldrechts zurückgegriffen werden kann.

Und obwohl die gesetzgeberische Konzeption des BGB im Zahlungsdiensterecht, wie gezeigt, gut erkennbar ist, ist es zugleich ein ebenso gutes Beispiel für den **Einfluss des europäischen Rechts** auf das deutsche Recht (vgl. dazu allgemein Rz. 1.81 ff.): Denn nicht nur wurde hier die Zahlungsdiensterrichtlinie der EU in das deutsche BGB umgesetzt, vielmehr wird zugleich deutlich, dass die Notwendigkeit der sehr raschen Umsetzung einer in ihrer Regelungstechnik sehr unterschiedlichen europäischen Richtlinie dem deutschen Gesetzgeber wenig Zeit ließ für eine BGB-typische, mit präzisen Begriffen arbeitende, knappe Regelung¹. Würde künftig, wie geplant, das zivilrechtliche Zahlungsverkehrsrecht (gemeinsam mit öffentlich-rechtlichen Regelungen) in eine unmittelbar geltende Payment Service Regulation 1 (PSR 1) überführt², so wäre das die noch schlechtere Lösung; es bliebe auch im Zivilrecht bei der europäischen Regelungstechnik, das Unterbleiben einer Transferierung in das deutsche BGB würde zu weniger begrifflicher Klarheit, zu Brüchen bei der Anwendung und zu inhaltlichen Lücken führen (s. zu den Nachteilen auch bereits Rz. 1.29).

Endlich zeigt das Zahlungsverkehrsrecht im weiteren Sinne, dass im BGB vorgesehene **Regelungsinstrumente**, die ansonsten wenig Verbreitung haben, wie z.B. die Anweisung (§§ 783 ff. BGB), für bankgeschäftliche Instrumente wie den Scheck und den Wechsel **höchst relevant** sind.

Das **Kreditgeschäft** ist für viele das typische Bankprodukt und in gewisser Weise das Pendant zum Einlagengeschäft, was richtig ist soweit Einlagen zur Refinanzierung von Krediten verwendet werden (s. dazu Rz. 1.41). Hier lassen die Vorschriften zum Gelddarlehen in den §§ 488 ff. BGB die in der Praxis gegebene **Vielzahl von Kreditprodukten** kaum erahnen. Tatsächlich regeln die §§ 488 ff. BGB sogar nur den einen Grundtypus des Kreditgeschäfts, nämlich den **Geldkredit**, während der andere Grundtypus, der **Haftungskredit**, als Bankbürgschaft in §§ 765 ff. BGB geregelt ist, aber sehr wohl auch noch in anderen Formen vorkommt³. Noch deutlich größer ist die Regelungsvielfalt bei den **Kreditsicherheiten**, die als Personalsicherheiten oder als Sachsicherheiten in zahlreichen Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts (z.B. Sicherungszession, § 398 BGB), des Besonderen Schuldrechts (z.B. Bürgschaft, § 675 Abs. 1 i.V.m. § 765 BGB) und des Sachenrechts (z.B. Sicherungsübereignung, §§ 929, 930 BGB) behandelt sind. Auch dies ist ein sehr anschauliches Beispiel dafür, wie sehr das Bankrecht im BGB verortet ist und dem BGB gewissermaßen im Wirtschaftsleben zur Praxisrelevanz verhilft (vgl. dazu näher Rz. 1.74 ff.). Und ebenso wie sich geänderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen, wie ein **Negativzins-Umfeld**, auf Einlagen auswirken (s. Rz. 1.41), ist dies beim **Kredit** der Fall. Diskussionen entstehen hier vor allem dann, wenn der Zinssatz im Kreditvertrag an einen **Referenzzinssatz** gekoppelt ist, zu dem ein feststehender Betrag hinzukommt, und sodann der Referenzzinssatz – und womöglich auch der Zinssatz insgesamt – negativ wird. Dazu sollen an dieser Stelle nur einige Gedanken skizziert werden: In den Zinssatz sind verschiedene Elemente einkalkuliert, Refinanzierungskosten, Eigenkapitalkosten, sonstige Risikokosten, Bearbeitungskosten, Gewinnmarge etc. Dabei werden üblicherweise für *alle* Positionen lediglich Durchschnittskosten herangezogen (und nicht die Kosten für den konkreten Fall berechnet); das gilt auch für die Refinanzierungskosten, und zwar auch dann, wenn ein Referenzzinssatz genannt wird. Wird nun der Referenzzinssatz negativ, so ist dessen rein rechnerische Berücksichtigung im Zinssatz des konkreten Falles nicht etwa deshalb richtig, weil die Bank diesen – negativen – Negativzins auch bei der – konkreten – Refinanzierung erhalten hätte⁴. Das

1.44

1 In der Beurteilung wohl ähnlich *Herresthal* in FS Canaris, 2017, S. 869, 876.

2 COM(2023) 367 final.

3 Dazu etwa *Schönfelder/Früh* in Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Loseblatt, Rz. 3/3 ff.

4 Nicht überzeugend LG Düsseldorf v. 11.3.2020 – 13 O 322/18, ZIP 2020, 1954, 1955: „Refinanzierungskosten sind durchlaufender Posten“.

hat sie typischerweise nicht, da die Refinanzierung jeweils für Portfolien erfolgt, und zwar zu höheren Preisen als den typischen Referenzzinssätzen. Vielmehr ist eine Zahlungspflicht desjenigen, der Kapital zur Verfügung stellt, von beiden Vertragsparteien nicht erwartet worden und erfordert daher – es besteht eine Vertragslücke – entweder eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) oder eine Vertragsanpassung (§ 313 BGB). Darüber hinaus haben die Vertragsparteien nicht nur niemals damit gerechnet, dass der Referenzzinssatz negativ werden könnte, sondern beide Parteien sind davon ausgegangen, dass die Bank auch ihre sonstigen Kosten ersetzt erhält und einen gewissen Gewinn erzielt. Insofern könnte die Vertragsanpassung dergestalt erfolgen, dass der Referenzzinssatz wenigstens mit dem Wert „0“ einfließt und der feststehende Betrag, und damit auch die Marge, erhalten bleiben¹. Der BGH hat sich nun für einen ‚**Floor**‘ des **Gesamtzinses von Null** ausgesprochen, wonach weder der Kreditnehmer noch der Kreditgeber Zahlungen erhalten; zur Begründung führt er aus, dass es bei einer Anwendbarkeit des § 488 Abs. 1 BGB keiner ausdrücklichen Festlegung einer Zinsuntergrenze bedürfe, da der Zins nach seiner Definition, der Vorstellung der Parteien zum Vertragsschluss und dem gesetzlichen Leitbild ein Entgelt für die Kapitalnutzungsmöglichkeit darstelle und daher nicht negativ werden kann².

- 1.45 Das **Anlagegeschäft** ist zunächst die **Schnittstelle** zwischen **Commercial Banking** und **Investment Banking** (vgl. Rz. 1.115 ff.). Hier zeigt sich auch eine gewisse **Parallelität** zwischen der Bank und einem Unternehmen der **produzierenden Industrie**. Denn nicht wenige Bankprodukte, nämlich vor allem sog. Strukturierte Anlageprodukte, werden im Investmentbanking produziert und dann im Commercial Banking an Privatkunden und Firmenkunden verkauft. An dieser Stelle wird daher auch der **Kaufvertrag** (§ 433 BGB) als Vertragstypus für den Vertrieb von Bankprodukten relevant. Auch Anlageprodukte anderer Produzenten werden von Banken im Anlagegeschäft vertrieben, der Verkauf kann hier im Wege der unmittelbaren Stellvertretung (§ 164 BGB) oder auch im Wege der Kommission, also der mittelbaren Stellvertretung (§ 384 HGB), erfolgen.

2. Investment Banking

- 1.46 Zu den – komplexen – Produkten des **Investment Banking** kann im Rahmen einer Einführung naturgemäß nichts Detailliertes gesagt werden. Ganz allgemein sind die Produkte des Investment Banking einem noch viel größeren Wandel durch Kundenbedürfnisse unterworfen als die des Commercial Banking. Insofern ist die Bestimmung des Gegenstandes des Investment Banking schwierig bzw. im Fluss. Herkömmlich unterscheidet man etwa zwischen dem **Corporate Finance** einerseits und dem **Kapitalmarktgeschäft** andererseits.
- 1.47 Das Corporate Finance beinhaltet zunächst eine Vielzahl von **Beratungsprodukten**, z.B. im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen oder -verkäufen (**M&A**) oder auch mit der Beschaffung von Kapital.
- 1.48 Geht es dabei um **Fremdkapital**, so handelt es sich in aller Regel um **Kredite** in Form sog. Strukturierter Finanzierungen, etwa wiederum für den Erwerb eines Unternehmens (Akquisitionsfinanzierungen), bei der die Bank dann auch als Kreditgeber zur Verfügung stehen kann. Ebenso kann eine Investmentbank beim Fremdkapital aber auch als Vermittler nicht zu den Kredit-, sondern zu den **Anleihemärkten** fungieren, dem Kunden also dabei helfen, selbst auf dem Primärmarkt eine Anleihe (§ 793 BGB) zu begeben.

1 Vgl. zum Ganzen z.B. *Josten*, Kreditvertragsrecht, Rz. 160 ff., der die ergänzende Vertragsauslegung favorisiert und eine margenerhaltende Interpretation für möglich hält; krit. *Freitag* in Staudinger, Neubearb. 2015, § 488 BGB Rz. 51b, nach dem der Kreditgeber mit der Koppelung an einen Referenzzins grundsätzlich sämtliche spätere Änderungen mitkonsentiert habe.

2 BGH v. 9.5.2023 – XI ZR 544/21, Rz. 26, 28, WM 2023, 1126.

Berät die Investmentbank den Kunden als Emittent auf dem Primärmarkt hingegen bei der **Börseneinführung** seines Unternehmens, so unterstützt sie ihn bei der Generierung von **Eigenkapital**. Begleitet die Bank den Kunden auf den Wertpapier-Primärmarkt, kommen neben der Beratung auch noch weitere Bankdienstleistungen in Betracht, wie etwa das **Underwriting** und die anschließende **Platzierung** der emittierten Aktien. 1.49

Im **Kapitalmarktgeschäft** geht es demgegenüber im Wesentlichen um das Produkt Wertpapier auf dem Primärmarkt (Emissionsgeschäft) und dem Sekundärmarkt (Handelsgeschäft) (vgl. dazu Rz. 1.99 ff.). Damit ist zugleich gezeigt, dass sich Kapitalmarktgeschäft und Corporate Finance einerseits sowie Kapitalmarktgeschäft und Anlagegeschäft andererseits überschneiden (vgl. dazu Rz. 1.112 ff.). 1.50

2. Abschnitt: Öffentliches Bankrecht (Früh)

I. Allgemeines

Das öffentliche Bankrecht ist besonderes Gewerbeaufsichtsrecht als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Sein Ausgangspunkt ist die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG sowie der Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), der seinerseits Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ist. 1.51

Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass das Bankwesen für das Gemeinwesen und die Wirtschaft bedeutsam ist und daher von einem nicht ordnungsgemäß funktionierenden Bankwesen Gefahren ausgehen können, besteht ein erhöhtes öffentliches Interesse an dessen Ordnung. Der Gesetzgeber greift daher verhältnismäßig stark ein und hat diese Reglementierung nach Krisen immer deutlicher intensiviert (vgl. dazu schon Rz. 1.18 ff.). 1.52

II. Instrumente des Bankaufsichtsrechts

Das Bankaufsichtsrecht als besonderes Gewerbeaufsichtsrecht baut auf den in der GewO als dem „Allgemeinen Teil“ des Öffentlichen Wirtschaftsrechts angelegten Strukturen auf¹. Das **Gewerberecht** seinerseits ist Besonderes Ordnungsrecht und folgt bestimmten **allgemeinen Grundsätzen**: Aufgrund der gem. Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit und des Grundsatzes der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO) ist gewerberechtlich im Ausgangspunkt die Aufnahme einer gewerblichen Betätigung grundsätzlich ohne staatliche Genehmigung zulässig. Das Gewerbe ist jedoch typischerweise **anzuzeigen** (§ 14 GewO). Zugleich ist es in aller Regel **überwachungspflichtig**. Ein wichtiger gewerberechtlicher Schlüsselbegriff ist insoweit die für das Gewerbe erforderliche **Zuverlässigkeit**². Eine besondere **Sachkunde** oder intellektuelle oder physische **Eignung** neben der Zuverlässigkeit ist demgegenüber nicht durchgängig zusätzliche Voraussetzung, kann es aber sein³. Die vorgenannten Eigenschaften können – auch abhängig vom jeweiligen Inhalt – vom Gewerbetreibenden selbst oder von Betriebsleitern gefordert werden⁴. Auch das erlaubnispflichtige Gewerbe stellt keineswegs die Ausnahme dar; ist eine **Erlaubnis** erforderlich, so besteht vor diesem verfassungsmäßigen Hintergrund ein Anspruch auf die Genehmigung, falls die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind (**Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**)⁵. Allerdings können Tätigkeiten auch **komplett verboten** sein. Schließlich können gewerbliche Tätigkeiten verboten sein mit einer Gestattungsfähigkeit im Ausnahmefall, d.h. auf eine solche Gestattung besteht kein Rechtsanspruch, sie steht im Ermessen der zuständigen Behörde (**Verbot mit Befreiungsvorbehalt**). Wird das Gewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben, kann die Fortsetzung 1.53

1 Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 207.

2 Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 250.

3 Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 263.

4 Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 264.

5 Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 211.

des Betriebes **untersagt** werden (§ 15 Abs. 2 GewO). Die gewerberechtlichen Pflichten (Anzeige, Beantragung einer Genehmigung) richten sich grundsätzlich an den Gewerbetreibenden – auch sofern dieser eine juristische Person ist. Dementsprechend sind auch gewerberechtliche Maßnahmen, wie etwa die Untersagung der Gewerbeausübung an die juristische Person als Erlaubnisinhaber adressiert. Die Untersagung wegen Unzuverlässigkeit kann allerdings auch eigenständig insbesondere gegenüber Betriebsleitern erfolgen (§ 35 Abs. 1 GewO).

- 1.54 Das **Bankaufsichtsrecht** schöpft nun gewissermaßen den **kompletten Kanon** gewerberechtlichen Handels aus, wobei die hier genannten Begriffe nicht immer einheitlich verwendet werden:
- Das Betreiben von Bankgeschäft ist **nicht erlaubnisfrei** zulässig. Allerdings loten heute z.B. **Fin-Techs** die Begriffsbestimmungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG für das Vorliegen von Bankgeschäft sehr genau aus, um zwar verwandte Tätigkeiten auszuführen, aber erlaubnispflichtiges Bankgeschäft zu vermeiden.
 - Bankgeschäft wird auch **nicht** durch **bloße Anzeige** zulässig. Im Rahmen erlaubter bankgeschäftlicher Tätigkeiten gibt es allerdings auch Anzeigepflichten, etwa gem. § 2c KWG für den Erwerb bedeutender Beteiligungen an Instituten oder gem. § 24 Nr. 1 KWG hinsichtlich der Absicht der Bestellung eines Geschäftsleiters. Man kann hier auch von einem **Verbot mit Anzeigenvorbehalt** sprechen, d.h. eine Tätigkeit ist nur nach Anzeige erlaubt, die die Prüfung eines Verbots ermöglicht.
 - Für das Betreiben des **Bankgeschäfts** als solches besteht ein **präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**, d.h. es bedarf einer Erlaubnis, die unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen ist (§ 32 KWG).
 - Bestimmte Geschäfte unterliegen einem **Totalverbot**, sie sind also komplett untersagt. Ein Beispiel ist gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 KWG das **Eigengeschäft** in Wertpapieren.
 - Auch **Verbote mit Befreiungsvorbehalt** kennt das Bankaufsichtsrecht, d.h. eine Tätigkeit ist verboten, eine Ausnahme kann erteilt werden (Ermessensentscheidung). Ein Beispiel sind gem. Art. 396 VO Nr. 575/2013 (CRR) Kreditgeschäfte, bei denen die **Großkredit-Obergrenze überschritten** wird.
 - Geschäftsleiter von Kreditinstituten müssen insbesondere zuverlässig sein und die erforderliche Sachkunde besitzen. Ist das **nicht** der Fall, kann die Aufsicht die **Abberufung** der Geschäftsleiter verlangen und diesen ihre Tätigkeit **untersagen** (§ 36 Abs. 3 Nr. 1, 2 KWG) und auch die **Erlaubnis** des Kreditinstituts zum Betreiben des Bankgeschäfts **aufheben** (§ 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG).

III. Jüngere Entwicklungen

1. Aufsichtsstrukturen (Europäische Bankenunion)

- 1.55 Wie bereits angesprochen wurde im Zuge der Finanz- und Staatsschuldenkrise der Jahre 2007 ff. aufgrund der internationalen Tätigkeit und der Vernetzung der Banken versucht, vermehrt **europäische Standards** zu etablieren. Nachdem bereits zuvor die europäische Harmonisierung des – materiellen – Aufsichtsrechts weit fortgeschritten war, ist man danach noch einen Schritt weitergegangen. Kernstück ist hierbei die Europäische Bankenunion¹.
- 1.56 Mit der Finanz- und Staatsschuldenkrise hat man sich dabei auch angesichts der politischen Notwendigkeiten von einem gewissen **Pragmatismus** leiten lassen, der zuvor jedenfalls im eher dogmatisch geprägten deutschen Recht nicht gut vorstellbar war². Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass es einen starken politischen Willen zur raschen Europäisierung gab und die konkrete Ausgestaltung ei-

¹ *Hanten/Bracht*, ZBB 2017, 236, 237.

² Ähnlich *Forsthoff*, EuZW 2019, 977, 979.

nem politischen Kompromiss entsprach¹. So war etwa das – im Vergleich zum deutschen Recht – noch weniger ausdifferenzierte europäische Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts kein Hindernis bei der umfassenden **Einführung europäischer Behördenstrukturen** und der Einräumung entsprechender Befugnisse im Rahmen der Europäischen Bankenunion.

Die **Europäische Bankenunion** für die Euro-Mitgliedstaaten sowie solche EU-Mitgliedstaaten, die diesem System beitreten möchten, ist sicherlich ein Quantensprung bei der Reform von Aufsichtsstrukturen auch auf europäischer Ebene. Gegenstand der Bankenunion sind neben einer **Europäischen Aufsicht (Single Supervisory Mechanism – SSM)** ein **Europäisches Abwicklungsregime (Single Resolution Mechanism – SRM)** sowie eine **Europäische Einlagensicherung**². Die damit einhergehende weitreichende Übertragung von Befugnissen der Verwaltung auf europäische Behörden ist der bisherige Höhepunkt einer Aufgabenverlagerung³. 1.57

Das Kernstück der Bankenunion ist der **SSM**, der eine im Wesentlichen zentralisierte europäische Bankenaufsicht vorsieht, nachdem man die zuvor Stück für Stück verbesserte Koordination zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden in Europa bei Anwendung weitgehend vereinheitlichter Regelungen als noch nicht ausreichend erachtete, um den mit der internationalen Verflechtung einhergehenden Gefahren Rechnung zu tragen⁴. Der SSM wird primär durch die SSM-VO geregelt. **Rechtsgrundlage** dafür ist **Art. 127 Abs. 6 AEUV**, der keine komplette Übertragung der Aufsicht, sondern nur eine Übertragung besonderer Aufgaben auf die EZB erlaubt⁵. Formal ist das gem. Art. 4 und 5 VO Nr. 1024/2013 (SSM-VO) auch der Fall, in der Summe findet allerdings eine durchaus **weitgehende Übertragung** statt⁶. Letzteres und die entsprechende Handhabung durch die EZB wurde auch bereits gerichtlich gutgeheißen durch eine Entscheidung des EuG⁷, bestätigt durch den EuGH⁸, die u.a. das für den Umfang der EZB-Zuständigkeit sehr entscheidende Tatbestandsmerkmal des „bedeutenden Instituts“ (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 VO Nr. 1024/2013) auch bei einer Förderbank eines Bundeslandes bejahen⁹. Das **BVerfG**, das bei Rechtsakten der EU vor allem eine Ultra Vires-Prüfung sowie die Prüfung der Einhaltung grundsätzlicher deutscher Verfassungsprinzipien vornimmt, hat seinerseits bestätigt, dass die Regelungen zur Bankenunion bei strikter Auslegung nicht kompetenzwidrig (und die Unabhängigkeit der EZB vor dem Hintergrund der notwendigen demokratischen Legitimation noch hinnehmbar) seien¹⁰. Dass die SSM-Verordnung – bei enger Auslegung – den skizzierten Rahmen der von Art. 127 Abs. 6 AEUV erteilten Ermächtigung in offensichtlicher Weise überschreitet, sei nicht ersichtlich.¹¹ Der EZB werde die Aufsicht über Kreditinstitute in der Eurozone nicht vollständig übertragen, sondern lediglich insoweit als dies für eine kohärente und wirksame Politik der Europäischen Union in diesem Bereich entscheidend ist. Den nationalen Aufsichtsbehörden verbleibe ein gewichtiger Teil der Aufgaben und Befugnisse im Bereich der Bankenaufsicht¹². 1.58

1 *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 191.

2 *Höche* in Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig, Bankrechtstag 2013, Bankenregulierung zur Bewältigung der Finanzmarkt- und Staatsschuldenkrise, 2014, S. 5, 18.

3 *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 191.

4 *Zagouras* in Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, § 109 Rz. 4 ff.

5 Das European System of Financial Supervision (ESFS) als Vorläufer des SSM wurde hingegen noch auf Art. 114 AEUV gestützt; zum Ganzen *Müller-Graff*, EuZW 2018, 102 f.

6 Krit. daher *Herdegen*, WM 2012, 1889 ff.; *Gurlit*, WM 2016, 2053.

7 EuG v. 16.5.2017 – Rs. T-122/15 Rz. 105 – „L-Bank“ Baden-Württemberg; sehr krit. dazu *Kämmerer*, ZBB 2017, 317, 321 ff.

8 EuGH v. 8.5.2019 – Rs. C-450/17 P Rz. 36 ff. – „L-Bank“ Baden-Württemberg.

9 *Hanten/Bracht*, ZBB 2017, 236, 241; zwischenzeitlich gibt es die politische Entscheidung, Förderbanken nicht mehr als Kreditinstitute einzuordnen.

10 BVerfG v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rz. 158 ff., 209.

11 Krit. *Tröger/Tönningsen*, ZBB 2020, 77, 85.

12 BVerfG v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rz. 171.

- 1.59 Terminologisch wird beim SSM von einem **Mechanismus** gesprochen, womit dem Umstand Rechnung getragen werden soll, dass hieran nicht nur eine europäische Behörde, nämlich die EZB, beteiligt ist, sondern es um eine Verbundstruktur geht. Genauer gesagt liegt beim SSM ein **vertikaler Verwaltungsverbund** vor, der **grenzüberschreitend** tätig ist. D.h. – und insofern wird von einem Mechanismus und nicht einer Behörde gesprochen – die europäische Bankenaufsicht ist nicht vollständig auf der Unionsebene zentralisiert, sondern es gibt gemeinsame Aufsichtsteams (Joint Supervisory Teams – JST), an denen nationale Behörden beteiligt sind, die durch die Integration in den Verbund aus der nationalen Verwaltungshierarchie herausgelöst werden¹.
- 1.60 Allerdings haben das EuG² und der **EuGH**³ im Rahmen der bereits genannten Entscheidungen in einem obiter dictum ihr Verständnis dahingehend dargestellt, dass die **nationalen Aufsichtsbehörden (NCA)** im Verwaltungsverbund des SSM **in keinem Fall eine originäre Kompetenz** haben, sondern stets nur die EZB bei der Ausübung ihrer Kompetenzen unterstützen. Damit wäre das Konstrukt des Verwaltungsverbundes indessen praktisch obsolet. Das hat das **BVerfG** in seinem Urteil zur Europäischen Bankenunion dementsprechend auch anders gesehen. Die Annahme, die Zuständigkeiten der nationalen Aufsichtsbehörden seien keine originären Kompetenzen der Mitgliedstaaten, die von der SSM-Verordnung lediglich geordnet und anerkannt werden, nicht jedoch konstitutiv zugewiesen, ist für das BVerfG nicht nachvollziehbar. Die SSM-Verordnung begründe keine Zuständigkeiten der nationalen Aufsichtsbehörden, sie setze diese vielmehr voraus und beschränke sie in dem von Art. 4 und Art. 6 SSM-VO geregelten Umfang⁴. Dennoch hat das BVerfG keinen Widerspruch zwischen seinem Verständnis und dem des EuGH gesehen⁵.
- 1.60a Regelungen zu den – nicht unerheblichen – **Kosten der Beaufsichtigung im Rahmen des SSM** (im Jahr 2023 betragen diese 654 Mio. Euro⁶) finden sich in Art 30 Abs. 1 SSM-VO. Danach muss die EZB Aufsichtsgebühren für die ihr gemäß Art. 4 bis 6 SSM-VO übertragenen Aufgaben erheben – aber eben auch nur für diese. Schuldner sind nach Art. 30 Abs. 1 Satz 1 SSM-VO zunächst die in den Mitgliedsstaaten niedergelassenen Kreditinstitute. Art 8 AG-VO legt im Weiteren die Verteilung auf die Banken abhängig von deren Bedeutung fest⁷.

2. Materielles Aufsichtsrecht

- 1.61 Auch wenn die Harmonisierung des Bankaufsichtsrechts in Europa bereits lange vor der Jahrtausendwende in Angriff genommen worden war, hat der Wille zur Schaffung einheitlicher materieller Regelwerke in der EU nach der Finanz- und Staatsschuldenkrise der Jahre 2007 ff. noch einmal deutlich zugenommen⁸. Der Schwerpunkt liegt dabei auf **intergouvernementalen Lösungen** und Regelwerken **unterhalb der Schwelle des europäischen Primärrechts**⁹. Der **parlamentarische Gesetzgeber** tritt dabei etwas in den **Hintergrund**. Gemäß Art. 288 AEUV können die Organe der EU Sekundärrecht in Form von Verordnungen, Richtlinien, Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen setzen – nur die beiden letztgenannten sind unverbindlich. Die durch den Lissabon-Vertrag am 1.12.2009 einge-

1 Berger, WM 2016, 2325, 2326 ff.; Müller-Graff, EuZW 2018, 102, 103.

2 EuG v. 16.5.2017 – Rs. T-122/15 Rz. 65 – „L-Bank“ Baden-Württemberg; dazu Hanten/Bracht, ZBB 2017, 236, 240.

3 EuGH v. 8.5.2019 – Rs. C-450/17 P Rz. 38, 41 – „L-Bank“ Baden-Württemberg.

4 BVerfG v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rz. 191; Forsthoff, EuZW 2019, 977, 981, merkt an, dass das BVerfG die Gründe für die Einführung des SSM, nämlich Defizite im System (rein) nationaler Aufsicht, nicht erläutere.

5 BVerfG v. 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 Rz. 195; Wehmhörner, NVwZ 2020, 342 sieht ein „Spannungsverhältnis“ zwischen den beiden Entscheidungen.

6 Art. 2 Abs. 1 Beschluss (EU) 2024/871 der EZB vom 8.3.2024, ABl. EU Nr. L v. 21.3.2024.

7 Zu den Einzelheiten Zagouras, BKR 2020, 330.

8 Höche in Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig, Bankrechtstag 2013, Bankenregulierung zur Bewältigung der Finanzmarkt- und Staatsschuldenkrise, 2014, S. 15.

9 Kämmerer, ZBB 2017, 317, 318.

führte Möglichkeit im sog. Lamfalussy-Verfahren, einem besonderen Komitologieverfahren für das Kapitalmarktrecht, in Verordnungen und Richtlinien Ermächtigungsnormen für **Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte**¹ seitens der **Kommission** vorzusehen, gewinnt mehr und mehr an Bedeutung (vgl. dazu auch beim Kapitalmarktrecht Rz. 1.106 ff.).

Darüber hinaus können die europäischen **Aufsichtsbehörden** auf der Grundlage ihrer Errichtung² beauftragt werden, technische **Regulierungsstandards** und technische **Durchführungsstandards** zu entwerfen, die von der Europäischen Kommission erlassen werden und danach unmittelbar bindende rechtliche Wirkung haben; damit soll über die Zeit die Harmonisierung der Regelanwendung in Europa in Gestalt eines Aufsichtshandbuchs (**Single Rule Book**) erreicht werden. Hinzu kommen die von der EBA entwickelten **Leitlinien und Empfehlungen**, die für Einheitlichkeit und Effizienz sorgen sollen; hierbei handelt es nicht um Rechtssätze, allerdings müssen Abweichungen erläutert werden, weshalb die faktische Wirkung nicht selten rechtssatzgleich ist (Art. 16 VO Nr. 1093/2010 [EBA-VO]; „comply or explain“-Ansatz)³. Man spricht diesen Empfehlungen daher teilweise auch bereits die Eigenschaft sekundärer Rechtsquellen zu⁴. Insoweit verliert nicht nur der parlamentarische Gesetzgeber an Bedeutung, es wird die Regelungsbefugnis auch stärker auf die Aufsichtsbehörden übertragen.

Die strenge Begrifflichkeit und Systematik des deutschen Rechts tritt zurück gegenüber einem mehr **angelsächsisch geprägten Regelungsansatz**; ein gutes Beispiel für eine öffentlich-rechtliche, europäische Verordnung im Vergleich zum deutschen KWG ist die CRR. Europäischer und nationaler Gesetzgeber verfolgen unterschiedliche Regelungskonzepte.

Was das im SSM maßgebende **materielle Aufsichtsrecht** anbelangt, ist zunächst das EU-Aufsichtsrecht, also etwa **europäische Rechtsverordnungen** wie die CRR III⁵, aber auch das für die **Umsetzung** europäischer Richtlinien, wie der CRD V⁶, bereits **ergangene nationale Aufsichtsrecht** etwa im KWG heranzuziehen (Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 1 VO Nr. 1024/2013 [SSM-VO]). Dementsprechend definiert § 1 Abs. 5 KWG auch die EZB als Aufsichtsbehörde, die sich damit auf Befugnisnormen des KWG stützen kann. Ebenso **greift die EZB** z.B. beim Genehmigungsverfahren für Organmitglieder in Kreditinstituten auch auf rein **mitgliedstaatliche Normen zurück**, die nicht unionsrechtlich veranlasst sind⁷. Soweit die **BaFin** im JST (Joint Supervisory Team) an der Beaufsichtigung beteiligt ist, wendet sie ebenfalls auch das **unabhängig** von der Umsetzung europäischen Rechts gesetzte **nationale Aufsichtsrecht** an. Zugleich hat sich die **EZB ein Anhörungsrecht** im deutschen **Gesetzgebungsprozess** vorbehalten soweit es etwa um die Schaffung einer Rechtsgrundlage für den Erlass der MaRisk als Rechtsverordnung geht, an die sie in ihrer Aufsichtspraxis gebunden wäre⁸.

Das Nebeneinander von europäischen und nationalen Regelungen bleibt nicht immer widerspruchsfrei⁹. Für das **Subjekt der Aufsicht** ist es demzufolge nicht immer einfach, den **Überblick** über die einzuhaltenden Vorschriften zu behalten.

Auch in der **Rechtsanwendung** gibt es **Unterschiede** zur herkömmlichen deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik, etwa bei der **Ermessensausübung** und deren Überprüfbarkeit¹⁰. Im verwaltungsrechtlichen Vorverfahren des Administrativen Überprüfungsausschusses der EZB (Art. 24 VO Nr. 1024/

1 Art. 290, 291, AEUV und Verordnung (EU) Nr. 182/2011 vom 16.2.2011.

2 Z.B. Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 vom 24.1.2010 für die EBA.

3 *Kolassa* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 121 Rz. 58 ff.; *Achtelik/Mohn*, WM 2019, 2339, 2341 f., zum Thema der faktischen Bindungswirkung der Leitlinien und Empfehlungen der ESA.

4 *Möllers*, Juristische Methodenlehre § 3 Rz. 86.

5 Verordnung (EU) 2024/1623 vom 31.5.2024.

6 RL (EU) 2019/878 vom 20.5.2019.

7 *Gurlit*, WM 2016, 2053, 2056; *Kämmerer*, WM 2016, 1, 4, hält dies nicht für zulässig.

8 *Gurlit*, WM 2016, 2053, 2055.

9 Am Beispiel BRRD, SAG und SRM-VO *Gurlit*, WM 2016, 2053, 2055.

10 *Berger*, WM 2016, 2361, 2362 ff.

2013 [SSM-VO]) geht es v.a. darum, ob die Beschlüsse mit verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorgaben sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind¹. Das EuG hat eine Entscheidung der EZB bestätigt, wonach es im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nicht auf die Erforderlichkeit der Zuständigkeit der EZB ankomme, sondern die Geeignetheit der Zuständigkeit der EZB ausreiche; Angemessenheit sei mit Geeignetheit gleichzusetzen². Der EuGH hat dies seinerseits bestätigt; die Verhältnismäßigkeit sei nur dann nicht gegeben, wenn die Beaufsichtigung durch die nationalen Behörden besser geeignet sei als die Beaufsichtigung durch die EZB³. Europäische und nationale Behörden haben jeweils traditionell teilweise auch etwas **unterschiedliche Aufsichtskonzepte** verfolgt – förmliche vs. nicht-förmliche Instrumente⁴. Eine Angleichung ist wichtig, um das Erfordernis eines **vorhersehbaren und einheitlichen Aufsichtshandelns** zu erfüllen⁵.

3. Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht

- 1.67 Wie bereits angedeutet, gibt es in der EU – anders als etwa in Deutschland mit dem VwVfG – noch kein einheitlich kodifiziertes **Verwaltungsverfahrenrecht**. Zwar gibt es branchenspezifisch Verfahrensvorschriften, wie etwa für die EZB in Teil IV der SSM-RahmenVO. Jedoch liegt damit kein umfassendes und systematisches europäisches Verwaltungsverfahrenrecht vor, wodurch Rechtsunsicherheit und mangelnde Einheitlichkeit entstehen können. Diesem Umstand soll perspektivisch durch die Einführung eines EU-Verwaltungsverfahrens abgeholfen werden⁶.
- 1.68 Eine gewisse Ähnlichkeit zum Widerspruchsverfahren gem. § 68 VwGO weist das **Vorverfahren** vor dem **Administrativen Überprüfungsausschuss** der EZB auf (Art. 24 VO Nr. 1024/2013 [SSM-VO]), wobei dieses fakultativ ist, also nicht zwingend vor einer Klage durchlaufen werden muss⁷.
- 1.69 Der Klageweg gegen einen Akt eines Organs der EU und damit auch der EZB ist – unabhängig von diesem Vorverfahren – die **Nichtigkeitsklage** nach Art. 263 Abs. 4 AEUV zum EuG (Art. 256 Abs. 1 AEUV).
- 1.70 Vorverfahren und Klageverfahren **unterscheiden** sich deutlich von den bisherigen **deutschen Usancen**⁸. Tatsächlich erscheint aktuell dem materiellen Rechtsschutzbedürfnis der Bürger gegen staatliches Handeln in Deutschland verfahrensmäßig möglicherweise stärker Rechnung getragen zu sein⁹. Wie es weiter scheint, wird von den vorhandenen Rechtsmitteln – anders als vielleicht bislang in Deutschland – gegenüber der EZB Gebrauch gemacht¹⁰. Die vom EuG und EuGH vertretene ausschließliche Zuständigkeit der EZB für die Aufsicht (s. dazu Rz. 1.60) wirft die Frage auf, in welchen Fällen nationale Gerichte zuständig sein können¹¹.
- 1.71 Soweit die EZB nationales Recht anwendet, müssen die **europäischen Gerichte** bei der Überprüfung von Entscheidungen der EZB die **Anwendung nationalen Rechts überprüfen**.

1 Herz, EuZW 2018, 5, 6.

2 EuG v. 16.5.2017 – Rs. T-122/15 – „L-Bank“ Baden-Württemberg, WM 2017, 1890 Rz. 45; Ipsen/Röh, WM 2017, 2228, 2229 f.; sehr krit. Kämmerer, ZBB 2017, 317, 322 f.

3 EuGH v. 8.5.2019 – Rs. C-450/17 P – „L-Bank“ Baden-Württemberg; krit. Tröger/Tönningsen, ZBB 2020, 77, 86.

4 Gurlit, WM 2016, 2053, 2056.

5 Berger, WM 2016, 2325, 2326 f.

6 Berger, WM 2016, 2325, 2328.

7 Müller-Graff, EuZW 2018, 102, 106.

8 Hanten/Bracht, ZBB 2017, 236/242 ff.

9 Kämmerer, ZBB 2017, 317, 318.

10 So etwa auch Ipsen/Röh, WM 2017, 2228; ein Bericht zu entsprechenden Verfahren findet sich bei Herz, EuZW 2019, 13, 14 ff.

11 Ipsen/Röh, WM 2017, 2228, 2232.

3. Abschnitt: Privates Bankrecht (Früh)

I. Allgemeines

Das private Bankrecht regelt die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten und dabei insbesondere bestehende Ansprüche (§ 194 Abs. 1 Satz 1 BGB). 1.72

Das zivilrechtliche Bankrecht hat sich u.a. aus dem Handelsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet entwickelt. Ob es, wie etwa das Handelsrecht, ein eigenständiges Sonderprivatrecht ist, kann man demgegenüber bezweifeln (vgl. dazu Rz. 1.13). 1.73

II. Bankrecht im Sonderprivatrecht und im BGB

Das Bankrecht ist in jedem Fall in das **Sonderprivatrecht** eingebettet. Private Banken in Form von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind als solche Handelsgesellschaften (§ 3 Abs. 1 **AktG**, § 13 Abs. 3 **GmbHG**). Folglich sind sie bereits (Form-)Kaufleute (§ 6 Abs. 1 **HGB**), daneben Kaufleute nach § 1 Abs. 2 HGB, weshalb die allgemeinen Vorschriften des HGB sowie die Vorschriften für Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) für sie gelten. Ersteres ist etwa bei den besonderen handelsrechtlichen Möglichkeiten der Stellvertretung gem. §§ 54 ff. HGB relevant, letzteres etwa bei besonderen Formvorschriften für Bürgschaften (§ 350 HGB), dem Kontokorrent (§ 355 HGB), aber auch bei zahlreichen anderen Bestimmungen. Bis 1998 waren Bankier- und Geldwechslergeschäfte auch noch als Grundhandelsgeschäfte definiert (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB a.F.). Insofern erstaunt es nicht, dass schwergewichtige bankrechtliche Werke, wie etwa die von *Hopt* und *Canaris*, aus dem Handelsrecht entwickelt worden sind. 1.74

Aber auch das **BGB** selbst ist für das Bankrecht höchst relevant. Das gilt insbesondere für seine drei ersten Bücher¹. 1.75

Der **Allgemeine Teil** ist beginnend bei den Personen (§ 13 Verbraucher und § 14 Unternehmer) vor allem in Gestalt der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB) für den Abschluss bankgeschäftlicher Verträge relevant. 1.76

Was das **Allgemeine Schuldrecht** anbelangt, ist folgendes hervorzuheben: 1.77

- Die Pflichten der Parteien ergeben sich aus den Schuldverhältnissen (§ 241 BGB), die vertraglich oder vorvertraglich (§ 311 BGB) sein können. Die Bestimmung des Pflichtenumfanges aus dem bestehenden Schuldverhältnis bildet häufig den Kern bankrechtlicher Streitigkeiten. Auch Neben- und Schutzpflichten, wie die Wahrung der Vertraulichkeit (Bankgeheimnis) oder Aufklärungspflichten, spielen im Bankrecht eine sehr erhebliche Rolle.
- Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) hat im Bankrecht eine kaum zu überschätzende praktische Bedeutung, da aus Gründen der Rechtssicherheit und Effizienz nicht nur mit Formularverträgen, sondern sogar mit institutsübergreifenden AGB-Banken für die Privat- und Genossenschaftsbanken sowie AGB-Sparkassen für die Sparkassen gearbeitet wird (vgl. dazu auch Teil 3 Rz. 3.101 ff.). Umgekehrt ist es nach der Rechtsprechung des BGH sehr schwierig, Vertragsklauseln im Bankrecht zu verwenden, ohne den Tatbestand von AGB gem. § 305 Abs. 1 BGB zu erfüllen²; die damit einhergehende weite **Klauselkontrolle** wird mit Blick auf die Notwendigkeit einer rechtssicheren Finanzierung zukunftssichernder Investitionen im **B2B-Geschäft** (mit ‚Groß-

1 *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 2.2 ff.; *Schwintowski* in Schwintowski, Bankrecht, Kap. 1 Rz. 27 ff.; *Hopt* in Hopt, HGB, BankGesch (7) Rz. A/1.

2 Vgl. etwa *Grüneberg* in Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 305 BGB Rz. 18 ff., zu den Anforderungen des BGH an ein Aushandeln i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

unternehmen¹) richtigerweise etwas eingeschränkt, was allerdings nur ein erster Schritt sein sollte¹. Der Aspekt der Effizienz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist bei deren ursprünglichen Einbeziehung, aber noch mehr bei deren Änderung relevant, insbesondere wäre es bei einem Massendauerschuldverhältnis wie einem Konto- und Zahlungsdiensterahmenvertrag (§ 675f Abs. 2 Satz 1 BGB) nicht praktikabel, jede Änderung individuell durchführen zu müssen, was auch der Gesetzgeber anerkannt hat (§ 675g BGB), was jedoch in jüngerer Zeit sehr erschwert wurde². Der BGH hat nämlich entschieden, dass § 675g BGB die Inhaltskontrolle des **Änderungsmechanismus gem. Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken** nicht sperrt³. Die besagten AGB-Klauseln, die so auszulegen seien, dass sie sämtliche im Rahmen der Geschäftsverbindung geschlossenen Verträge der Beklagten mit ihren Kunden wie etwa auch das Wertpapiergeschäft und den Sparverkehr betreffen, hielten, so der BGH weiter, dieser AGB-Kontrolle nicht stand. Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken betreffe nicht nur Anpassungen von einzelnen Details der vertraglichen Beziehungen der Parteien mittels einer fingierten Zustimmung des Kunden, sondern ohne inhaltliche oder gegenständliche Beschränkung jede vertragliche Änderungsvereinbarung; damit weiche sie von wesentlichen Grundgedanken der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB ab, indem sie das Schweigen des Verwendungsegners als Annahme eines Vertragsänderungsantrags qualifiziert. Mit Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken sei es möglich, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich zu verschieben und damit die Position des Vertragspartners zu entwerten; für solche weitreichenden, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffenden Änderungen sei ein den Erfordernissen der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB genügender Änderungsvertrag notwendig. Dass der BGH diese seit Jahrzehnten angewendeten und anerkannten Klauseln⁴ trotz der gesetzlichen Leitbilder in § 308 Nr. 5 und § 675g BGB für unwirksam erklärt hat, sorgte für Überraschung. Das Urteil belegt einmal mehr, dass es die praktizierte „kundenfeindlichste Auslegung“⁵ sowie der unbestimmte Rechtsbegriff der „unangemessenen Benachteiligung“ in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB äußerst schwierig machen, rechtssicher wirksame Vertragsklauseln nach deutschem Recht zu gestalten. Infolge der Unwirksamkeit der fingierten Zustimmung gem. Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken a.F. musste geprüft werden, auf welche ausdrückliche oder konkludente Zustimmung⁶ jeweils zurückgegriffen werden und wie ein Änderungsmechanismus formuliert werden konnte, der einer „kundenfeindlichsten Auslegung“ standhält. Dies ist nicht nur im Geschäftsverkehr der Banken mit ihren Kunden zentral, sondern auch für weitere Wirtschaftszweige, die im AGB-Bereich mit ähnlichen Änderungsmechanismen arbeiten.

- Abtretung (§§ 398 ff. BGB) und Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB) sind bei den Sicherheiten und den Haftungsübernahmen maßgebende Rechtsinstitute.

1.78 Im **Besonderen Schuldrecht** weist das Bankrecht ebenfalls eine Besonderheit auf: Kommen andere Wirtschaftszweige für ihr Kerngeschäft mit sehr wenigen Vertragstypen, wie etwa dem Kaufvertrag, aus, spielen im Bankrecht zahlreiche Verträge eine Rolle (vgl. dazu auch schon Rz. 1.12, 1.42):

- Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) im Anlagegeschäft oder beim Forderungsankauf (z.B. Factoring);
- Darlehensrecht (§§ 488 ff. BGB) im Kreditgeschäft mit Verbrauchern und Nicht-Verbrauchern;

1 Art. 2 ZuFinG; dazu und zur Notwendigkeit einer umfassenderen Einschränkung *Freitag*, BKR 2023, 386; ebenso *Kropf*, WM 2024, 377.

2 Dazu in einem ungewöhnlichen Appell an den Gesetzgeber zu einer klarstellenden Gesetzesänderung *Bitter/Casper/Grigoleit/Habersack*, BKR 2023, 302; dazu zuvor schon *Klanten*, BKW 2022, 211.

3 BGH v. 27.4.2021 – XI ZR 26/20, ZIP 2021, 1262 unter Hinweis auf EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, „Deniz-Bank“, WM 2020, 2218; zum europarechtlichen Aspekt des Urteils krit. *Herresthal*, ZHR 186 (2022), 373, 382 f.; dem BGH zust. *Rodi*, WM 2021, 1310, 1312.

4 Auch noch durch die Vorinstanz zum BGH: OLG Köln v. 19.12.2019 – 12 U 87/18, ZIP 2020, 114; ebenso etwa *Habersack*, BKR 2020, 53.

5 Bereits etwa BGH v. 5.4.1984 – III ZR 2/83, BGHZ 91, 56, 61.

6 Vgl. zu dieser Möglichkeit *Fornasier* in MünchKomm. BGB, 9. Aufl. 2022, § 305 BGB Rz. 91; *Grüneberg* in Palandt, 83. Aufl. 2024, § 305 BGB Rz. 47; *Omlor*, NJW 2021, 2243, 2246 f.

- Mietrecht (§§ 535 ff. BGB) beim Leasinggeschäft;
- Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) gewissermaßen als Auffang-Vertragstyp für noch nicht spezialgesetzlich geregelte Dienstleistungen;
- Girokontovertrag (§ 675f Abs. 2 Satz 1 BGB) für das Zahlungsverkehrskonto;
- Zahlungsdiensterahmen- und -Einzelzahlungsvertrag (§ 675f Abs. 2 Satz 1 und Abs. 1 BGB) als Gegenstück des Girokontovertrages für Zahlungsdienste wie Überweisung, Lastschrift und Karte;
- Unregelmäßige Verwahrung (§ 700 Abs. 1 Satz 1 BGB) für das Einlagengeschäft;
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) bei Kredit- oder Emissionskonsortien;
- Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) als Haftungskredit oder Kreditsicherheit;
- Inhaberschuldverschreibung (§ 793 BGB) für alle Anleihen – relevant im Kapitalmarktgeschäft (Primärmarkt) und im Effktengeschäft (Sekundärmarkt);
- Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§§ 780 f. BGB) im Rahmen der Haftungsübernahmen, bei Gutschriften und als Saldoanerkenntnis beim Kontokorrent.

Hinzu kommt, dass im Bankgeschäft entlang der Bedürfnisse der Kunden immer wieder neue Dienstleistungen entwickelt werden, für die es – jedenfalls zunächst – keine gesetzlich vertypten Verträge gibt und für deren rechtliche Beurteilung man daher von **Typenkombinationsverträgen** (nicht selten auf der Basis des § 675 BGB) ausgeht¹. 1.79

Im **Sachenrecht** sind vor allem das Sicherungseigentum (§§ 929, 930 BGB) sowie die beschränkten dinglichen Rechte in Gestalt von Pfandrecht (§§ 1204 ff. BGB) oder Grundschuld (§§ 1191 ff. BGB) an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie an Rechten im Rahmen des Kreditsicherungsrecht sehr bedeutsam. Im Wertpapiergeschäft spielen die verschiedenen Formen des Besitzes (§§ 866 ff. BGB) bei der Girosammelverwahrung sowie die verschiedenen Varianten der Übereignung beweglicher Sachen (§§ 929 ff. BGB) eine erhebliche Rolle. 1.80

III. Jüngere Entwicklungen

1. Starke europäische Prägung

Auch das private Bankrecht wird sehr durch **europäisches Recht geprägt**². Im Kontext des Europäischen Binnenmarktes kommt dem Binnenmarkt der Finanzdienstleistungen eine herausgehobene Bedeutung zu³. Eine prosperierende Wirtschaft setzt ein effizientes und effektives Bank- und Kapitalmarktwesen voraus. Der Binnenmarkt wiederum erfordert eine Harmonisierung des dafür maßgebenden Rechtsrahmens. 1.81

Zwar ist es sehr wohl strittig, wie weit die **gesetzgeberische Kompetenz** der EU hierfür reicht. Speziell für den Finanzdienstleistungssektor gibt es die Rechtsgrundlage des Art. 53 Abs. 1 AEUV, wobei deren Regelungsgegenstand vor allem Richtlinien zur Angleichung der Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten sind. Allgemeine Rechtsgrundlagen für die Errichtung oder das Funktionieren des gemeinsamen Marktes finden sich in Art. 114, 115 AEUV. **Faktisch** ist die vorhandene Vielzahl zivilrechtlich wirkender europäischer Richtlinien jedenfalls längst **Realität**. Aktuell ist sogar eine Überführung des zivilrechtlichen Zahlungsverkehrsrechts (gemeinsam mit öffentlich-rechtlichen Regelungen) in eine **unmittelbar geltende** Payment Service **Regulation 1** (PSR 1) geplant⁴, was die eu- 1.82

1 Etwa *Herresthal* in FS Canaris 2017, S. 869, 875 m.w.N.

2 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 1 Rz. 25, 28.

3 *Welte/Brian* in Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, § 7 Rz. 1 ff.

4 COM(2023) 367 final.

ropäische Prägung des privaten Bankrechts in eine andere Dimension heben und die Frage der Kompetenz der EU noch einmal neu und grundsätzlich aufwerfen würde (s. dazu bereits Rz. 1.29, 1.43).

- 1.83 Trotz weitreichender Ausnutzung europäischer Kompetenzen wird das eigentliche gesetzgeberische Ziel nicht erreicht; zwar decken europäische Richtlinien Bankgeschäfte mit Verbrauchern in weitem Rahmen ab, dennoch findet der **grenzüberschreitende Verkehr von Finanzdienstleistungen mit Verbrauchern rein tatsächlich nicht als Massengeschäft** statt. Die Begründung ist wohl darin zu finden, dass entweder das **Mindestschutzprinzip** gilt, also in den Mitgliedstaaten weitergehende Regelungen bestehen können, oder selbst der in jüngerer Zeit festzustellenden Tendenz zur **Vollharmonisierung Grenzen** gesetzt sind, da der europäische Gesetzgeber unstreitig jedenfalls keine uneingeschränkte Regelungskompetenz hat und für ein umfassendes europäisches Zivilrecht die Zeit wohl nicht reif ist¹. Im Besonderen ist **Art. 6 Abs. 2 VO Nr. 593/2008 (Rom-I-VO)** zu nennen, der besagt, dass Vertragsparteien auch durch eine Rechtswahl das Verbraucherrecht, das am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Verbraucher-Vertragspartei gilt, nicht zu deren Lasten abbedingen können; das führt dazu, dass die andere Vertragspartei ggf. ein für sie fremdes Verbraucherrecht anwenden muss und dies auch seitens des Verbrauchers nicht dispositiv ist. Folglich behindern unterschiedliche verbraucherschützende Vorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten das grenzüberschreitende Massengeschäft nach wie vor erheblich. Das ist misslich, da somit zwar einerseits die Bedeutung des nationalen Gesetzgebers erheblich zurückgedrängt, das verfolgte Ziel eines europäischen Binnenmarkts für Finanzprodukte andererseits gleichwohl nicht erreicht wird². Dass der grenzüberschreitende Markt an Bankprodukten nach wie vor ein geringes Volumen aufweist, ist auch der Befund der **Europäischen Kommission** aus der **Evaluation von Richtlinien**. Wenn die Kommission allerdings – zu Recht – feststellt, dass es mit Blick auf die noch fehlende Harmonisierung nicht nur am Angebot von Bankdienstleistungen innerhalb der gesamten EU durch Banken mangelt, sondern **auch an der Nachfrage durch die Kunden fehlt**, stellt sich die Frage, inwieweit das Interesse der Kunden etwa an Konten und Krediten bei Banken in anderen EU-Mitgliedstaaten durch die Verbesserung von Rahmenbedingungen tatsächlich gesteigert werden kann. Die Europäische Kommission meint ein wachsendes Interesse im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung zu erkennen³. Allerdings mag es auch sein, dass bei Bankkonten oder Krediten sprachliche Barrieren oder auch nur die Vertrautheit mit den Anbietern und Produkten im Heimatland eine größere Rolle spielen als bei Konsumgütern und dem für deren Bezahlung unentbehrlichen grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr.
- 1.83a Eine weitere Ausdehnung der Anwendung europäischer Rechtssetzungsakte versuchen gerade in jüngerer Zeit nationale Gerichte innerhalb der Europäischen Union dadurch zu erreichen, dass sie dem **EuGH Rechtsfragen** mit der **Bitte um Überprüfung nach europäischem Recht** vorlegen. Auch deutsche Gerichte sind hier recht aktiv⁴. Dies muss nicht einmal zwingend im Interesse der Prozessparteien liegen⁵. Ein bemerkenswerter Fall war eine – trotz eines eindeutigen deutschen Gesetzes erfolgte – Vorlage des LG Saarbrücken **an den EuGH**⁶. Der EuGH entschied auf diese Vorlage hin, dass eine Widerrufsbelehrung, die hinsichtlich des Widerrufsbeginns – lediglich – auf das Erhalten aller Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB abstellt, nicht entsprechend Art. 10 Abs. 2 Buchst. P) der Verbraucher-kreditrichtlinie⁷ Richtlinie 2008/48/EG über den Beginn der Widerrufsfrist informiere (sog. Kaskaden-

1 Eingehend *Welter/Brian* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 7 Rz. 5 ff.

2 *Freitag/Wolf*, WM 2021, 1009, kritisieren, dass etwa auch die SchwarmfinanzierungsVO (COM/2018/0113 final) keine eigenständigen Kollisionsnormen enthält.

3 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EXECUTIVE SUMMARY OF THE EVALUATION on Directive 2008/48/EC on credit agreement for consumers (COM(2020) 963 final) vom 5.1.2020 SWD (2020) 255 final, abrufbar unter <https://ec.europa.eu>.

4 *A. Maier*, VuR 2020, 166, nennt in seinem Überblick alleine 5 Vorlagen von deutschen Landgerichten im Zusammenhang mit dem Thema Darlehenswiderruf.

5 Zur fehlenden Berücksichtigung von Parteiinteressen bei diesen Vorlagen *Kalisz*, WM 2023, 364.

6 LG Saarbrücken, EuGH-Vorlage v. 17.1.2019 – 1 O 164/18, WM 2019, 1444.

7 Richtlinie 2008/48/EG vom 23.4.2008.

verweisung)¹. Wie bereits angedeutet entsprach diese Widerrufsbelehrung allerdings dem Muster in Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB a.F. Der BGH wies in einem späteren Beschluss sodann darauf hin, dass er sich, um der Entscheidung des EuGH Rechnung zu tragen, gegen die ausdrückliche Anordnung des deutschen Gesetzgebers stellen müsste, was ihm **durch Art. 20 Abs. 3 GG verboten** sei; nach dem darin verankerten Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsprinzip dürfe das Gericht auch im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht *contra legem* des nationalen Rechts agieren und sich nicht über ein klares Gesetz hinwegsetzen². Gegebenenfalls ist somit das nationale Gesetz an die Europäische Richtlinie in der Auslegung des EuGH anzupassen. Gibt es allerdings keine klare Vorgabe im nationalen Recht, passt der BGH seine Rechtsprechung an diejenige des EuGH an³. Generell zeichnet sich daher auch und gerade im Bankrecht ab, dass der EuGH, indem er AGB vor allem an der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen⁴ misst, einen enormen Einfluss auf das deutsche Zivilrecht nimmt⁵. Aufgrund der drastischen Rechtsfolgen, die der EuGH mit Blick auf den von ihm postulierten Abschreckungseffekt gegenüber missbräuchlichen Klauseln vorsieht, spricht man teilweise bereits von einem Straffprivatrecht⁶. Dies ist besonders problematisch, da Vorlagefragen naturgemäß häufig auch auf der spezifischen Umsetzung von Richtlinien in anderen EU-Mitgliedstaaten basieren, die Entscheidungen des EuGH sodann die im konkreten Fall nicht maßgebende deutsche Rechtslage (sowie ganz generell die deutsche Rechtsdogmatik) nicht berücksichtigen, aber dennoch Folgerungen auch für die deutsche Umsetzung der Richtlinie aus diesen Entscheidungen abgeleitet werden⁷.

2. Lockerung der Privatautonomie durch paternalistische Tendenzen

Das Zivilrecht ist geprägt vom Prinzip der **Privatautonomie**, das von einem eigenverantwortlich und frei agierenden Rechtssubjekt ausgeht (vgl. dazu Rz. 1.30). Der Einzelne ist danach darin frei, seine Rechtsverhältnisse insbesondere durch Rechtsgeschäfte zu gestalten (**Vertragsfreiheit**)⁸.

1.84

1 EuGH v. 26.3.2020 – Rs. C-66/19, ZIP 2020, 663.

2 BGH v. 31.3.2020 – XI ZR 198/19, ZIP 2020, 865; vgl. zur Erschwernis richtlinienkonformer Auslegung durch die Rechtsprechung des EuGH und die Grenze einer Auslegung ‚*contra legem*‘ allgemein *Grüneberg*, NJW 2024, 993.

3 Vgl. etwa BGH v. 12.4.2022 – XI ZR 179/21, WM 2022, 979, zur Angabe der Verzugszinsen in Form des aktuellen, konkreten Prozentsatzes und des Mechanismus der Anpassung des Verzugszinssatzes für Allgemeine Verbraucherkreditverträge gemäß Richtlinie 2008/48/EG unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung, gemäß EuGH v. 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, WM 2021, 1986. In BGH v. 27.2.2024 – XI ZR 258/22, WM 2024, 736, stellt der BGH allerdings fest, dass die fehlerhafte Angabe das Anlaufen der Widerrufsfrist nach § 495 Abs. 1 i.V.m. § 355 Abs. 2, § 356b BGB nicht hindert.

4 Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, RL 93/13/EWG vom 5.4.1993.

5 *Herresthal*, NJW 2023, 1161, nennt die Frage unionsrechtlicher Vorgaben für die Rechtsfolgen unwirksamer AGB-Klauseln im nationalen Recht die aktuell bedeutsamste Fragestellung im Vertragsrecht.

6 So *Badenhoop/Grundmann*, BKR 2023, 530, 533, die in einer Anmerkung zu EuGH v. 15.6.2023 – C-520/21, konstatieren, dass dort im Falle von unwirksamen Klauseln ein auch europäischen Rechtsgrundsätzen widersprechendes asymmetrisches Rückabwicklungskonzept zugunsten des Verbrauchers postuliert werde, wonach der Unternehmer jeden Vergütungsanspruch verlieren soll, dem Verbraucher aber noch weiterreichende Ausgleichsansprüche zustehen können.

7 *Omlor*, WM 2023, 1994, 1999, zeigt, auf, dass die Entscheidungen des EuGH hinsichtlich ihrer Auswirkungen allerdings detailliert analysiert werden müssten, etwa die ergänzende Auslegung gem. § 306 Abs. 2 BGB weiterhin möglich sei, da es z.B. im polnischen Recht, das im EuGH v. 8.9.2022 – C-80/21, 81/21, 82/21, WM 2022, 2120, zugrundeliegenden Ausgangsfall anwendbar war, überhaupt keine entsprechende Vorschrift gäbe; *Otto*, EuZW 2022, 241 f., weist zu Recht darauf hin, dass sich der EuGH aus Anlass einer Vorlage in einem noch zu entwickelnden Verfahren auch der Fachöffentlichkeit in den anderen EU-Mitgliedstaaten zuwenden und um deren Stellungnahmen bitten sollte.

8 Statt aller *Früh*, Bürgerliches Recht, 1997, Rz. 45 m.w.N.

- 1.84a Würde danach ein Vertrag abgeschlossen, kann eine Vertragspartei diesen weder ohne weiteres einseitig ändern (§ 311 Abs. 1 BGB) noch diesen einseitig widerrufen (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nur in einzelnen, gesetzlich geregelten Fällen kommt eine Lösung vom Vertrag oder Änderung des Vertrages in Betracht, andernfalls besteht eine **Bindung** an den geschlossenen **Vertrag (pacta sunt servanda)**¹. Ein Beispiel für einen Fall, in dem der Gesetzgeber selbst eine Abweichung vom zwischen zwei privaten Rechtssubjekten geschlossenen Vertrag vorsah, war die **Covid-19-Pandemie**, die zu Beginn des Jahres 2020 nach und nach die ganze Welt erfasste. Bezogen auf finanzielle Auswirkungen bestand die Herausforderung der Pandemie darin, dass viele Privatpersonen und Unternehmen durch den sog. Lock down gewissermaßen über Nacht ihre Einnahmen in großem Umfang verloren. Für Unternehmenskunden bestand eine wichtige Maßnahme darin, die Insolvenzantragspflichten für pandemiebedingte Insolvenzgründe auszusetzen; zugleich sollten Möglichkeiten zur Verbesserung der Liquiditätssituation geschaffen werden: zum einen durch die Lockerung der Vorgaben für Sanierungskredite und zum anderen durch die Auflage großer Förderkreditprogramme, insbesondere der staatlichen Kreditanstalt für den Wiederaufbau (KfW). In Bezug auf Privatpersonen – und das ist der hier interessierende Teil – führte der Gesetzgeber ein Moratorium hinsichtlich der Zahlungspflichten aus Verbraucherdarlehen ein. Den rechtlichen Rahmen bildete das sog. Covid-19-Gesetz, das unter anderem einen zivilrechtlichen Teil enthielt². Der Gesetzgeber reagierte nach dem Übergreifen der Pandemie auf Deutschland innerhalb kürzester Zeit auf eine in dieser Form völlig neue Herausforderung, weshalb eine handwerkliche Perfektion sicherlich nicht zu leisten war. Sehr stark vereinfacht sah das Gesetz für Verbraucherdarlehen in einem Art. 240 § 3 EGBGB bei Eintritt näher geregelter Voraussetzungen vor, dass Ansprüche auf Rückzahlung, Zins und Tilgung für die Zeit vom 1.4.2020 bis zum 30.6.2020 gestundet werden sollten (Art. 240 § 3 Abs. 1 EGBGB). Um den Darlehensnehmer nach Ende der Stundung nicht gleichzeitig mit den vertraglich fälligen und den gestundeten Raten zu belasten, sollte mangels anderweitiger Vereinbarung der Vertrag um drei Monate verlängert und die jeweilige Fälligkeit der vertraglichen Leistungen um diese Frist hinausgeschoben werden (Art. 240 § 3 Abs. 5 Satz 1, 2 EGBGB). Da dem Darlehensnehmer aufgrund dieser Regelung die Kapitalnutzung für drei zusätzliche Monate zur Verfügung stand, scheint es aus einer bankwirtschaftlichen Sicht selbstverständlich, dass die Vergütung für die Kapitalnutzung, also der Gegen-Primäranspruch auf den Vertragszins, ebenso für drei zusätzliche Monate zu leisten war. Letzteres war jedoch Gegenstand einer – wohl auch primär rechtspolitisch und insoweit paternalistisch motivierten – lebhaften Diskussion. Möglicherweise wurde hierbei teilweise verkannt, dass die Bank stets fremdes Geld zur Verfügung stellt, entweder aus Einlagen oder aus Refinanzierungsdarlehen, für das sie selbst jeweils eine Vergütung bezahlen muss, weshalb ihr ein Sonderopfer, zum Beispiel im Vergleich zu einem Unternehmen, das die Internetnutzung ermöglicht, umso weniger zumuten war³.
- 1.85 Auf ein anderes Beispiel, bei dem der Gesetzgeber schon auf das Ob eines Vertragsschlusses einwirkte und einen **sachlich begrenzten Kontrahierungszwang** beim **gesetzlichen Anspruch** auf ein **Basiskonto (§ 31 ZKG)** einführte, wurde hier bereits hingewiesen (vgl. dazu Rz. 1.30)⁴.

1 Statt aller *Ellenberger* in Grüneberg, 83. Aufl. 2024, Einf v § 145 BGB Rz. 4a.

2 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVFAG), BGBl. I 2020, 569 ff.; einen Überblick geben etwa *Wolf/Eckert/Denzl/Gerking/Holzel/Künnen/Kurth*, JA 2020, 401.

3 Für Verzinslichkeit OLG Frankfurt a.M. v. 16.2.2023 – 6 U 238/21, BKR 2023, 457 = ZIP 2023, 2080; zur Frage der Berechnung dieser Zinsen insbesondere *Herresthal*, ZIP 2020, 989, 991 ff. m.w.N.; *Herdegen*, WM 2021, 465, 470, bejaht die Zinszahlungspflicht aufgrund verfassungskonformer Auslegung; *von Spannenberg* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 53 Rz. 21, da andernfalls ein Eingriff in das vertragliche Äquivalenzprinzip erfolge; a.A. etwa *Köndgen*, BKR 2020, 209, der allerdings anerkennt, dass diese Sichtweise eine auch verfassungsrechtlich relevante Störung von Leistung und Gegenleistung bedingt; ebenfalls zur Unentgeltlichkeit tendierend *Weber* in MünchKomm. BGB, 8. Aufl. 2021, EGBGB Art. 240 § 3 Rz. 24.

4 Dazu auch *Herresthal* in FS Canaris, 2017, S. 869, 882 ff.

Auch wenn in den vergangenen Jahren der Verbraucherschutz mehr und mehr als gesetzgeberisches Ziel Bedeutung erlangt hat, wurde dem Verbraucher im **Anlagegeschäft** allerdings weiterhin zuge-
traut, seine rechtlichen Entscheidungen selbst vorzunehmen – sofern er über die notwendigen Infor-
mationen verfügte. Das **Informationsmodell** war somit Grundlage auch für die verbraucherschützen-
de Gesetzgebung¹. Entscheidend ist die Aufklärungsbedürftigkeit, die vom Informationsgefälle zwi-
schen Bank und Kunden abhängen mag, jedoch jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn der Kunde die
erforderlichen Kenntnisse hat oder zum Ausdruck bringt, dass er keine Informationen benötigt oder
wünscht². Der Kunde muss danach nicht vor sich selbst geschützt werden³. 1.86

Das Informationsmodell wurde im Folgenden immer weiter ausgebaut. Gleichzeitig haben sich aller-
dings **Tendenzen** hin zu einer **Fürsorgepflicht** entwickelt. Die europäische Gesetzgebung spielt hierbei
eine erhebliche Rolle. Regelungsgegenstand wurde mehr und mehr auch das **Kreditgeschäft**. In Art. 8
der Verbraucherkreditrichtlinie 2008⁴ fand der im Vorfeld sehr streitige Grundsatz der **verantwor-**
tungsvollen Kreditvergabe Eingang. Damit sollte dem Verbraucher allerdings nicht die Obliegenheit
zum eigenen umsichtigen Handeln abgenommen werden. Auch hat der europäische Gesetzgeber sei-
nerzeit keine zwingende zivil- und handelsrechtlich zu sanktionierende Verantwortung des Kredit-
gebers angenommen⁵. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung dann auch von der Einfüh-
rung einer Verpflichtung zur verantwortungsvollen Kreditvergabe in § 491a BGB abgesehen⁶. Die
Nachzeichnung dieser Entwicklung im Einzelnen ist nicht Gegenstand dieser Einführung. Tatsächlich
gibt es heute insbesondere nach Umsetzung der **Wohnimmobilienkredit-Richtlinie (WIR)**⁷ im BGB
ein dichtes Geflecht von Informationspflichten, aber auch Fürsorgepflichten. Gemäß § 491a Abs. 3
BGB hat die Bank bei Verbraucherdarlehen **Erläuterungspflichten**, im Falle von eingeräumten oder
geduldeten Überziehungen bestehen **Beratungs- oder Warnpflichten** (§§ 504a, 505 Abs. 2 BGB)⁸. 1.87

Die Grenze vom Informationsmodell zum Fürsorgemodell wird allerdings spätestens überschritten 1.88
durch die Pflicht zur **Kreditwürdigkeitsprüfung** gem. § 505a BGB, an deren Verletzung gem. § 505d
BGB ganz erhebliche Rechtsfolgen geknüpft werden, ohne dass insbesondere zivilrechtliche Sanktio-
nen für den Fall fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfungen durch die WIR europarecht-
lich zwingend gefordert gewesen wären⁹. Der Kreditgeber soll für den Kreditnehmer beurteilen, ob an
der Rückzahlung des Kredits durch den Kreditnehmer keine erheblichen Zweifel bestehen (Allgemei-
nes Verbraucherdarlehen) oder ob die Rückzahlung des Kredits durch den Kreditnehmer wahrschein-
lich ist (Immobilien-Verbraucherdarlehen). Das ist ein völlig neuer Ansatz; bis vor dem Inkrafttreten
der WIR war die gem. Art. 8 Verbraucherkreditrichtlinie 2008¹⁰ bestehende Pflicht zur Kreditwürdig-
keitsprüfung in Art. 18 Satz 2 KWG a.F. öffentlich-rechtlich umgesetzt – ohne Schutzwirkung zuguns-
ten des Kreditnehmers¹¹. Der EuGH hat jüngst entschieden, dass Art. 8 und 23 der Verbraucherkredit-
richtlinie 2008 dahingehend auszulegen seien, dass diese bei einem Verstoß gegen die Pflichten zur
Kreditwürdigkeitsprüfung einer Verhängung von – zivilrechtlichen – Sanktionen nach nationalem

1 *Buck-Heeb*, BKR 2017, 89, 96.

2 *Buck-Heeb*, BKR 2014, 221, 230.

3 BGH v. 11.11.2003 – XI ZR 21/03, BKR 2004, 124.

4 Richtlinie 2008/48/EG vom 23.4.2008.

5 *Barta/Braune*, BKR 2014, 324, 325.

6 *Buck-Heeb*, BKR 2014, 221, 232.

7 Richtlinie 2014/17/EU vom 4.2.2014.

8 Zur möglichen Entwicklung eines Finanzierungsberatungsvertrages aus der Vorschrift des § 511 BGB
über Beratungsleistungen bei Immobilien-Verbraucher-Darlehensverträgen: *Buck-Heeb*, ZIP 2018, 705.

9 *Buck-Heeb*, NJW 2016, 2065, 2066 f.

10 Richtlinie 2008/48/EG.

11 *Ferstl* in Beck/Samm/Kokemoor, § 18 KWG Rz. 18a m.w.N. Wohin dies führen kann, zeigt der Beitrag
von *Bartlitz*, ZIP 2020, 1337, der die aktuellen Rechtsfolgen für nicht weitreichend genug hält und die
Frage stellt, ob es daneben Schadensersatzansprüche gibt, wenn die Bonität nicht (ordnungsgemäß) ge-
prüft wird und es entweder nicht zum Kredit kommt, obwohl Kreditwürdigkeit gegeben gewesen wäre,
oder es zum Kredit kommt, obwohl Kreditwürdigkeit nicht gegeben gewesen wäre.

Recht auch dann nicht entgegenstünden, wenn der Vertrag vollständig erfüllt wurde und der Verstoß für den Verbraucher keine nachteiligen Folgen hatte¹. Mit Art. 18 der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2023² werden die Pflichten bei der Kreditwürdigkeitsprüfung noch einmal verschärft. In jedem Fall erscheint die vom BGH zu Bearbeitungsentgelten bei Krediten eingennommene Sicht, wonach die Kreditwürdigkeitsprüfung alleine im Interesse der Bank erfolge³, danach nicht mehr haltbar⁴. Ziehen Kreditinstitute für die Kreditwürdigkeitsprüfung – was im Massengeschäft naheliegt – jedenfalls auch Scoring-Werte heran, sind zudem datenschutzrechtliche Fragen⁵ sowie Fragen zum Einsatz von Künstlicher Intelligenz (s. dazu Rz. 1.36b) zu beachten. Die ursprünglich rein aufsichtsrechtlich motivierte Kreditwürdigkeitsprüfung (vgl. § 18 KWG) ist damit unter immer weiteren Dimensionen zu betrachten (der BGH sieht in der Verletzung des § 18 KWG sogar ein Indiz für strafrechtliches Fehlverhalten, s. Rz. 1.134).

- 1.89 Ein noch **weitergehendes Konzept** – im **Anlagegeschäft** – ist das in § 15 WpHG, Art. 39–43 MiFIR vorgesehene, zunächst öffentlich-rechtliche **Produktverbot** durch die zuständigen Behörden.⁶ Infolge der Übertragung der Produktintervention auf die Aufsichtsbehörde erfolgt die Beurteilung der Frage, ob das Anlageprodukt für den Bankkunden geeignet ist, somit nicht mehr nachgelagert zum Verkauf konkret-individuell durch das Zivilgericht, sondern der Erwerb des betreffenden Produkts wird durch das aufsichtsrechtliche Verbot bereits vorab abstrakt-generell unterbunden. Dass ein nachgelagertes generelles Produktverbot durch die BaFin vom Bankkunden in einem Zivilprozess über einen zuvor erfolgten Produkterwerb als Argument herangezogen werden mag, steht dabei auf einem anderen Blatt. In der Literatur spricht man bei diesem Konzept auch von der „Entprivatisierung des Privatrechts“ und kritisiert zunächst die generelle paternalistische Tendenz wegen der damit verbundenen Eingriffe in den Markt und die Selbstbestimmung, kritisiert jedoch auch die mit einem solchen Verbot verbundene Verallgemeinerung, da hierdurch ein Zwangsschutz auch von nicht Schutzbedürftigen erfolge⁷.
- 1.90 Auf einer vergleichbaren Linie liegt die im Zuge der Umsetzung der MiFID II⁸ eingeführte **Product Governance** und die damit einhergehende Verpflichtung des **Wertpapierdienstleistungsunternehmens** zur Festlegung bzw. Einhaltung von **Zielmärkten** (§ 63 Abs. 4, 5 WpHG)⁹. Zwischenzeitlich wurde dieses Konzept auch für die **anderen Bankprodukte im Privatkundengeschäft** übernommen, indem für Produkthersteller und Produktvertreiber Regelungen geschaffen werden für interne Prozesse, Funktionen und Strategien für die Konzeption, Markteinführung und Überprüfung dieser Produkte während ihres gesamten Lebenszyklus; es geht dabei um die Sicherstellung, dass den Interessen, Zielen und Eigenschaften des Zielmarktes entsprochen wird¹⁰.
- 1.90a Im **Zahlungsverkehr** gibt es einen Trend, Kreditinstitute sehr umfassend für den Schutz ihrer Kunden vor betrügerischen oder illegal agierenden Geschäftspartnern verantwortlich zu machen. Weitere Verschärfungen würde die geplante Payment Service Regulation 1 (PSR 1)¹¹ beinhalten (s. Rz. 1.29). Auch

1 EuGH v. 11.1.2024 – C-755/22, WM 2024, 340.

2 Richtlinie (EU) 2023/2225 vom 18.10.2023.

3 BGH v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, 17/14, WM 2014, 2261.

4 *Feldhusen*, WM 2019, 97, 102; *Omlor*, WM 2023, 1994, 2000: die WIR erklärt das positive Ergebnis zu einer zwingenden Voraussetzung für die Bereitstellung des Kredits.

5 EuGH v. 7.12.2023 – C-634/21 zur Bedeutung von Art. 22 DSGVO beim Scoring.

6 Z.B. bei Vermarktung, Vertrieb und Verkauf von Futures an Kleinanleger, BaFin, Allgemeinverfügung vom 30.9.2022, Geschäftszeichen WA 35-Wp 5427/00001#00273.

7 Zum Ganzen *Buck-Heeb*, BKR 2017, 89, 94 ff. m.w.N.

8 Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014.

9 *Lercara/Kittner*, RdF 2018, 100.

10 BaFin, Rundschreiben 8/2023 v. 30.10.2023, GZ: VBS 11-Wp 1000-2023/0007, in Umsetzung der EBA/GL/2015/18 vom 15.7.2015.

11 COM(2023) 367 final.

Warnpflichten der Banken zum Schutz ihrer Kunden im Zahlungsverkehr werden bereits diskutiert¹. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2, 3 Glücksspielstaatsvertrag 2023 ist die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel verboten; allerdings sehen sich die staatlichen Behörden nicht in der Lage, Zahlungsdienstlern Informationen zu Betreibern unerlaubten Glücksspiels zur Verfügung zu stellen², die notwendig wären, den Zahlungsverkehr dementsprechend zu überwachen. Immerhin hat der BGH festgestellt, dass die Autorisierung (§ 675j BGB) einer Kartenzahlung durch den Zahlungsdienstnutzer dessen Verlangen nach Rückerstattung der Zahlung (§ 675u Satz 2 BGB) auch bei unerlaubtem Glücksspiel entgegenstehe; insbesondere bleibe die Autorisierung wirksam, da sich das gesetzliche Verbot (§ 134 BGB) nicht gegen die Bank richte und der Bank die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel nicht bekannt sei³.

Der **Grund** für diese **Entwicklung hin zu Fürsorgepflichten** ist nicht eindeutig auszumachen. Am Ende scheint es jedoch darum zu gehen, dass man dem Menschen die **Erfassung und Verarbeitung von Informationen**, zumal zu finanziellen Angelegenheiten, nur bis zu einem gewissen Grad zutraut oder man ganz generell – und zweifellos zu Recht – davon ausgeht, dass der Mensch **nicht immer rational handelt**⁴. Der „verständige Anleger“ des Kapitalmarktrechts wird übersetzt in den Begriff des „homo oeconomicus light“, dem mit Blick auf den **Informationsoverload** leicht verständliche Informationen gegeben werden müssen⁵. All das mag ebenso zutreffend sein wie die Erkenntnis, dass der Verkäufer eines Produktes sich mit einer **neutralen Information und Beratung** des Käufers bzw. Prüfung zugunsten des Käufers im Ausgangspunkt schwertun kann⁶. Nachdem allerdings Gesetzgeber und Rechtsprechung den Banken zwischenzeitlich einen umfassenden und hart sanktionierten Katalog von Informationspflichten auferlegt haben und auch im Detail vorschreiben, wie die Verständlichkeit dieser Informationen zu gewährleisten ist, ist von einer ausreichenden Entscheidungsgrundlage des Kunden letztlich auszugehen. Insoweit erscheint es im Übrigen vom Gesetzgeber praxisfern, anzunehmen, dass den Banken durch eine auch zivilrechtliche Umsetzung zuvor bestehender aufsichtsrechtlicher Pflichten kein nennenswerter zusätzlicher **Aufwand** entstehen würde⁷. Die umfangreichen und komplexen Aufklärungspflichten und die daraus resultierenden Risiken führen mittlerweile wohl dazu, dass manche Bank ihre **Produktpalette einschränkt**. Außerdem stellt sich ganz generell die **Frage**, weshalb der – gut informierte – **Kunde bei der Entscheidung über ein Bankprodukt unmündiger, schutzwürdiger, unvernünftiger** und damit auch **steuerungsbedürftiger** sein soll als bei anderen Produkten, etwa einem (teuren) Auto⁸. Oder noch weiter zugespitzt stellt sich die Frage, weshalb der eine Vertragspartner den anderen Vertragspartner auch dann noch schützen muss, wenn dieser **gut informiert** bewusst eine Entscheidung trifft – soweit ersichtlich gibt es kaum einen anderen Bereich, in dem dies der Fall ist⁹. 1.91

Mit der letztgenannten Frage befindet man sich bereits weit im Feld der **Verhaltenswissenschaft**. Von dort ist es nicht dann mehr weit, das sog. **Nudging** (engl. für Schubs) auch im Recht einzusetzen. Zwar mag man argumentieren, dass ein vom Staat eingesetztes Nudging „nur“ ein „**libertärer Paternalismus**“ wäre. Allerdings ist dies jedenfalls für die hier betrachteten Fälle nicht zutreffend, denn die 1.92

1 Dazu *Zahrte*, BKR 2024, 593; i.Fe. sog. „Enkeltricks“ verneinend LG Dortmund v. 24.1.2024 – 3 O 340/23, BKR 2024, 323.

2 Es gibt lediglich eine sog. Whitelist mit unbedenklichen Anbietern, die allerdings naturgemäß nicht ausreichend, *illegale* Anbieter zu ermitteln, <https://www.gluecksspiel-behoerde.de/de/unerlaubtesgluecksspiel>.

3 BGH v. 1 3.9.2022 – XI ZR 515/21, ZIP 2022, 2272.

4 Grundlegend *Simon*, Models of Bounded Rationality, 1982.

5 *Möllers/Poppele*, ZGR 2013, 437, 447 f.

6 Moral-hazard-Problematik in Principal-Agent-Situationen *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 5 Rz. 154 f.

7 So aber etwa Begr. RegE, BT-Drucks. 18/5922, 67 f.

8 Plakativ spricht *Boehringer*, Süddeutsche Zeitung vom 2.5.2018, S. 17, im Zusammenhang mit der MiFID II von „Entmündigte(n) Bankkunden“.

9 Vertragsparteien dürfen sogar riskante oder unvernünftige Verträge abschließen: *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 9 Rz. 39.

vom Staat angeordnete Kreditwürdigkeitsprüfung wird von der Bank vorgenommen und wenn diese negativ ausfällt, kommt es in der Regel nicht zur Kreditvergabe; der Kunde hat also, falls die Bank aufgrund einer negativen Kreditwürdigkeitsprüfung keinen Kreditvertrag mit ihm abschließt (§ 505a Abs. 1 Satz 2 BGB), keine Möglichkeit mehr, sich entgegen der Kreditwürdigkeitsprüfung der Bank für einen Kredit bei dieser Bank zu entscheiden. Auch im Falle eines aufsichtsrechtlichen Produktverbotes, bei dem der Impuls tatsächlich unmittelbar vom Staat kommt, hat der Kunde keinen Entscheidungsspielraum mehr, die betreffende Produktkategorie ist ihm endgültig verschlossen. Somit ist in diesen Fällen richtigerweise die Grenze zum Paternalismus tatsächlich überschritten¹. Man könnte daher vielleicht sogar die Frage stellen, ob der – die Einschränkung für den Kunden ist in jedem Falle auf staatliches Handeln zurückzuführen – mit diesen Maßnahmen verbundene Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist².

- 1.93 Im Ergebnis ist ein gewisser Paradigmenwechsel vom Informationsmodell zum paternalistischen Steuerungsmodell zu konstatieren³.
- 1.94 Zu paternalistischen Tendenzen kann im Übrigen nicht nur der Gesetzgeber beitragen, sondern in gewisser Weise auch die **Rechtsprechung** – dies betrifft die nationale Rechtsprechung und in jüngerer Zeit zunehmend auch die europäische Rechtsprechung (s. dazu Rz. 1.83a). *Herresthal* hat unter Hinweis auf eine Reihe von Beispielen eine recht fundamentale Kritik gerade an der bankrechtlichen Rechtsprechung des BGH geübt. Er nennt etwa die **Fiktion eines Beratungsvertrages** beim Anlagegeschäft⁴, wo er eine hinreichende Rückbindung an den Rechtsbindungswillen vermisst. Auch die besondere Dogmatik der AGB-Kontrolle von **Bankentgelten** greift er auf; diese schließt eine **wirksame Vereinbarung** von Entgelten selbst im Geschäft mit Unternehmern weitgehend aus⁵, ohne dass dies etwa beim Bearbeitungsentgelt für Kredite (in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) im Gesetz ausreichend vorgezeichnet sei. Nachdem der BGH eine wirksame Individualvereinbarung eines Bearbeitungsentgelts auch dann nicht für möglich hält, wenn die Bank dem Kunden zwei alternative Vertragsmodelle – eines (zu niedrigerem Zins) mit und eines ohne Bearbeitungsentgelt – anbietet⁶, haben *Bitter/Linardatos* diese Kritik aufgegriffen und vom Ende der Vertragsfreiheit gesprochen, da die Rechtsprechung es den Vertragsparteien versage, betriebswirtschaftliche Erwägungen zu berücksichtigen und sie damit zur Ineffizienz zwingt⁷; zudem kritisieren sie vehement ein „überhöhtes Verständnis der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts“⁸. Auch *Kropf* kritisiert, dass der BGH mit seiner Rechtsprechung zu Bankentgelten die Privatautonomie weitreichend einschränke⁹. Nachdem der BGH die wirksame Vereinbarung eines Bearbeitungsentgelts auch für einen Avalkredit verneint hat¹⁰, hat *Kropf* festgestellt, dass sich der BGH bei diesem Kredit nach § 675 BGB nicht mehr auf ein gesetzliches Leitbild (§ 488

1 Einen Eingriff in die Vertragsfreiheit verneinen allerdings *Möllers/Poppele*, ZGR 2013, 317, 463, da bei Produkten, deren Komplexität nicht mehr erklärbar sei, der Anleger gar nicht mehr frei entscheiden könne und nur durch das Produktverbot die Entscheidungsfreiheit wiederhergestellt werde.

2 Vgl. allgemein zur Kritik am Nudging *Wolff*, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2015, 194, 213 ff.; ebenso krit. DIHK: Auch Verhaltenslenkung durch „Anstupsen“ (sog. „nudging“) steht nicht im Belieben der Politik, Wirtschaftspolitische Positionen der IHK-Organisation 2017, S. 12, <https://www.dihk.de/themenfelder/wirtschaftspolitik>; vgl. dazu aus Anlass der Verleihung des Wirtschaftsnobelpreises 2017 an *Richard Thaler* auch *Piper*, Den Menschen anstupsen, Süddeutsche Zeitung vom 10.10.2017, S. 17.

3 *Gurlit*, WM 2016, 2053, 2063.

4 Etwa BGH v. 6.7.1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128.

5 BGH v. 8.11.2016 – XI ZR 552/15, WM 2017, 87.

6 BGH v. 13.3.2018 – XI ZR 291/16, ZIP 2018, 1123.

7 *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203.

8 *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 2249, 2252 ff.; *Herresthal* in MünchKomm. HGB, 4. Aufl. 2019, Teil 1 A Rz. 502, weist zusätzlich darauf hin, dass gegenüber Verbrauchern und Unternehmern nicht das gleiche Leitbild zugrunde zu legen sei.

9 *Kropf*, WM 2019, 1723, 1726.

10 BGH v. 17.4.2018 – XI ZR 238/16, WM 2018, 1356.

Abs. 1 Satz 2 BGB), sondern alleine auf seine eigenen Grundsätze stützt¹. Im Fall eines **zinslosen Studiendarlehens** weicht der BGH allerdings trotz des von ihm auch hier angenommenen Verstoßes gegen das gesetzliche Leitbild von seinen Grundsätzen ab; die nach seiner Rechtsprechung aufgrund des Verstoßes indizierte unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liege hier letztlich nicht vor, da die Interessenabwägung bei diesem nicht den eigenwirtschaftlichen Interessen dienenden Darlehen die (teilweise) Deckung der Verwaltungskosten durch ein Bearbeitungsentgelt doch zulasse². Ein **Entgelt für Basiskonten** (§§ 31 ff. ZKG, vgl. dazu auch Rz. 1.30) hält der BGH dann, wenn der mit der Führung von Basiskonten verbundene Zusatzaufwand alleine auf die Inhaber von Basiskonten umgelegt wird, für gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam; dass auch in diesem Fall das Verursacherprinzip keine Rolle spielen darf, ist mit Blick auf die Gesetzesbegründung, die der Bank *Kostendeckung* zuzüglich einer geringen Marge zuerkennt³, und den Gesetzeswortlaut, der die Angemessenheit insbesondere von der Marktüblichkeit und dem *Nutzerverhalten* abhängig macht, nicht selbsterklärend. Der BGH stützt sich auf das Wort „insbesondere“ in § 41 Abs. 2 ZKG, wonach weitere Bewertungsparameter aus dem Sinn und Zweck der Norm zu berücksichtigen seien⁴. In der Tat hält die Preiskontrolle mit dieser Rechtsprechung außerhalb der gesetzlichen Einfallstore in §§ 138, 242, 313 BGB über den – durchaus breit ausgestalteten – Umweg der AGB-Kontrolle sehr bedeutsam Einzug⁵, indem der BGH eine Unterscheidung zwischen kontrollfreien Preisabreden und kontrollfähigen Preisnebenabreden einführt⁶. Schließlich kritisiert *Herresthal* die **Entwicklung spezifischer fallgruppenartiger Konkretisierungen von Nebenpflichten** aus der sehr abstrakten gesetzlichen Regelung in § 241 Abs. 2 BGB, wie etwa in Gestalt von Aufklärungspflichten⁷. Dabei erleichtere die Rechtsprechung auch die Durchsetzung daraus resultierender Ansprüche durch **Kausalitätsvermutungen**⁸ und **faktische Verlängerungen der Verjährungsfristen**⁹. Aus Sicht von *Herresthal* ist die Etablierung eigenständiger Rechtsinstitute vor allem deshalb kritikwürdig, da die Fallgruppen sehr verfestigt würden, was eine nachfolgende **Anpassung an die Interessen- und Wertungslage erschwere**, häufig ohne dass eine ausreichende Begründung gegeben und eine umfassende Auseinandersetzung mit der Literatur erfolgen würde, was er etwa auch vor dem Hintergrund der **faktischen Rückwirkung** von Rechtsprechung kritisch sieht¹⁰.

All dies soll hier nicht näher betrachtet oder gar bewertet werden. **Rechtstheoretisch** ist allerdings festzustellen, dass die Rechtsanwendungsgleichheit es erfordert, auf der bisherigen Rechtsprechung aufzubauen. Indes und zugleich ist es aber ebenso richtig, dass es bei einer ungeklärten Rechtslage zunächst besonders umfangreicher Argumente bedarf, um Thesen zu untermauern und diese auch gegen (spätere) Gegenargumente zu behaupten. Anders gesagt ist der Hinweis auf eine Entscheidungskette immer nur dann überzeugend, wenn auch eine tiefe inhaltliche Argumentation stattgefunden hat¹¹. **Methodisch** wäre eine „Optimierung von Vertragsfreiheit“ durch Vertragsgerechtigkeit oder das

1.94a

1 *Kropf*, BKR 2018, 421, 424.

2 BGH v. 18.1.2022 – XI ZR 505/21, Rz. 23 ff., WM 2022, 318.

3 BT-Drucks. 18/7204.

4 BGH v. 30.6.2020 – XI ZR 119/19, ZIP 2020, 1551. *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, 285, 286, etwa gehen unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung davon aus, dass das Entgelt für ein Basiskonto im Interesse der Privatautonomie höher sein dürfe als für ein „normales“ Girokonto, zumal letzteres zum Zwecke des „cross-selling“ subventioniert werde; ebenfalls kritisch *Schelling/von Berg*, BKR 2021, 94, 98.

5 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 9 Rz. 44 ff.; *Omlor*, WM 2023, 1994, 2001, weist darauf hin, dass der EuGH Bearbeitungsentgelte wohl in weiterem Umfang zulässt als der BGH, z.B. EuGH v. 16.3.2023 – C-565/21, WM 2023, 965.

6 Krit. zu dieser Unterscheidung *Herresthal* in MünchKomm. HGB, 4. Aufl. 2019, Teil 1 A Rz. 386, 488.

7 BGH v. 6.7.1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 f. (Anlagegeschäft); BGH v. 11.2.1999 – IX ZR 352/97, NJW 1999, 2032 (Kreditgeschäft); der BGH geht dabei i.d.R. von einem eigenständigen Beratungsvertrag aus – anders der EuGH, z.B. EuGH v. 20.9.2017 – C-186/16, RdF 2018, 81.

8 BGH v. 5.7.1973 – VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 120 ff.

9 BGH v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115; hierzu speziell *Herresthal*, WM 2018, 401 ff.

10 Zum Ganzen eingehend *Herresthal* in FS Canaris, 2017, S. 869, 879 ff.; *Herresthal*, WM 2018, 401.

11 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 7 Rz. 45 ff., § 1 Rz. 96, § 3 Rz. 27.

Prinzip des Sozialen dem liberalen Grundgedanken des BGB jedenfalls fremd und daher nur in Extremfällen angezeigt¹ – Leitschnur für staatliches Eingreifen ist nicht die Gerechtigkeit, sondern nur die Ungerechtigkeit². **Rechtstatsächlich** ist in der Praxis festzustellen, dass es aufgrund insbesondere der Rechtsprechung zur **AGB-Kontrolle** im sog. **B2B-Geschäft Ausweichbewegungen** in die Schiedsgerichtsbarkeit oder in ausländische Rechtsordnungen gibt, da international z.B. im Kreditgeschäft Bankentgelte marktüblich und hohe Zinsen nicht durchsetzbar sind und dies auch rechtlich akzeptiert ist³; insofern werden die Rufe nach einer Einschränkung der AGB-Kontrolle im B2B-Geschäft zu Recht lauter⁴.

- 1.94b Darüber hinaus wäre es **zivilrechtlich richtig**, die **Rückwirkung** von Urteilen insbesondere zu **verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen** oder zur **AGB-Kontrolle** dadurch einzuschränken, dass mit Blick auf das Verschuldensprinzip bzw. den Präventionsgedanken (oder nach dem EuGH den Abschreckungseffekt, s. dazu Rz. 1.83a) der Klauselkontrolle die Rechtslage zum Zeitpunkt des Handels bzw. der Verwendung der Klausel Anwendung findet, da andernfalls eine verhaltenssteuernde Wirkung denklogisch ausgeschlossen ist⁵.

4. Abschnitt: Kapitalmarktrecht (Früh)

I. Begriff und Bedeutung des Kapitalmarktrechts

- 1.95 Das Kapitalmarktrecht ist ein Teil des öffentlichen (Bank-)Rechts, das einen bestimmten Markt sowie die Pflichten der hier agierenden Beteiligten und insbesondere die Rahmenbedingungen für spezifische Dienstleistungen und Produkte regelt. Das erinnert an das eingangs vorgestellte funktionelle Verständnis des Bankrechts – allerdings kommt hier die **Regelung von Märkten hinzu** (vgl. Rz. 1.3). Der Grund für letzteres liegt darin, dass bei Kapitalmarktprodukten der Ausgleich zwischen den Interessen der Bank und denen des Kunden nicht notwendig ausreicht; das Produkt setzt – über die Bank als Intermediär – den Zugang zu den Kapitalmärkten voraus, weshalb deren **Funktionsfähigkeit** zentral ist. Diese Besonderheit der Kapitalmarktprodukte erklärt zugleich, weshalb das Kapitalmarktrecht eine verhältnismäßig junge Disziplin ist; denn erst mit der Internationalisierung sowie zunächst der Elektronisierung des Handels und später dem Internet wurde aus dem überschaubaren nationalen Kapitalmarkt ein globaler und dessen Funktionsfähigkeit wurde hierdurch neuen Gefahren ausgesetzt⁶.
- 1.96 Gleichzeitig hat der Kapitalmarkt in seiner Bedeutung für die Volkswirtschaft deutlich zugenommen, da sowohl der **Finanzierungsbedarf** der Wirtschaft und der öffentlichen Hand gewachsen ist als auch die Bevölkerung bei der **Schaffung privaten Vermögens** immer stärker auf den Kapitalmarkt baut⁷. Dementsprechend wird in Definitionen des Kapitalmarktrechts neben dem Funktionsschutz des Kapitalmarktes auch der **Individualschutz der Anleger** hervorgehoben⁸.

1 Möllers, Juristische Methodenlehre, § 9 Rz. 48 ff. m.w.N.

2 Canaris in FS Lerche, 1993, S. 873, 883 f.; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rz. 30.

3 Dazu im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Bearbeitungsentgelten bei Unternehmenskrediten etwa *Josenhans/Danzmann/Lübbbehüsen*, BKR 2018, 142, 147 ff.

4 Etwa *Freitag*, BKR 2023, 386, unter Anknüpfung an Art. 2 RefE-Gesetz zur Finanzierung zukunftsichernder Investitionen (ZuFinG).

5 Dazu näher *Früh*, WM 2023, 1585, 1591, unter Hinweis auf *Medicus*, NJW 1995, 277.

6 Zum Ganzen *Kümpel* in *Kümpel/Hammen/Ekkenga*, Kapitalmarktrecht, Loseblatt, Bd. 1, Kennziffer 050, Rz. 1.17 ff.

7 *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217.

8 *Hopt*, ZHR 141 (1977), 389, 431.

Die Kapitalmärkte sind – neben den Geld-, Devisen- und Derivatemärkten – **Teil der Finanzmärkte**, die wiederum von den **Gütermärkten** zu **unterscheiden** sind. Kapital- und Geldmarkt sind – was schon die Begriffe erahnen lassen – eng verwandt und unterscheiden sich vor allem durch die Fristigkeit – längerfristig beim einen, kurzfristiger beim anderen – der angelegten Gelder. Vom Devisenmarkt unterscheiden sich beide darin, dass auf letzterem ausländische Währungen gehandelt werden¹. Manche Stimmen in der Literatur regen an, dass der Begriff des Kapitalmarktes insgesamt durch den Begriff des Finanzmarktes ersetzt werden sollte, da heute nicht nur Wertpapiere, sondern Finanzinstrumente gehandelt würden; letzteres ist zwar richtig, umgekehrt fallen unter Finanzinstrumente allerdings auch Anlageformen, die nicht an den Märkten gehandelt werden, weshalb es hier bei den herkömmlichen Begriffen bleiben soll². 1.97

Anlagetitel am Kapitalmarkt sind **traditionell** (vgl. § 2 Abs. 1 WpHG, Art. 3 Abs. 2 Buchst. A) VO Nr. 596/2014 [MAR]) **Aktien und Schuldverschreibungen** (zu letzteren §§ 793 ff. BGB). Durch das Halten von Aktien wird deren Inhaber Gesellschafter der Aktiengesellschaft, was bedeutet, dass er Eigenkapitalgläubiger, also Gläubiger nicht rückzahlbarer Titel, ist. Bei Schuldverschreibungen, die fremdes Kapital gewähren, bleibt er Fremdkapitalgläubiger. Insbesondere **Inhaberschuldverschreibungen** sind aktuell Gegenstand von **Modernisierungsvorhaben**, zu nennen sind etwa **elektronische Wertpapiere** in Deutschland (§ 1 eWpG) oder auch **European Green Bonds**³. Grundsätzlich muss jeder Gläubiger seine Interessen selbst wahren. Der Anleger auf dem Kapitalmarkt hat jedoch in der Regel weder unmittelbaren Marktzugang noch verfügt er über die gleichen Informationen wie die Emittenten und die übrigen Marktteilnehmer, also etwa Banken. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, dem **Gläubiger auf dem Kapitalmarkt** auch den **Status eines Anlegers** und damit einen besonderen **Schutz** zukommen zu lassen⁴. 1.98

Dennoch sind die **Anleger** keine unmittelbaren Vertragspartner der am Kapitalmarkt zustande kommenden Wertpapiergeschäfte, weshalb sie auch **nicht** als **Marktteilnehmer** im Rechtssinne einzustufen sind. Sie fragen zwar Kapitalmarkttitel nach oder bieten diese an, die Anschaffung oder Veräußerung der Wertpapiere besorgt jedoch die Bank als Kommissionärin (§§ 383 ff. HGB). Den Zugang zum Markt erhalten die Anleger über die Bank als Intermediär⁵. 1.99

Auf dem **Primärmarkt** wird das Anlageprodukt – also insbesondere Aktien und Schuldverschreibungen – durch Emission geschaffen und anschließend platziert, in der Regel durch ein Bankenkonsortium. Auf dem **Sekundärmarkt** findet ein Handel mit zuvor emittierten Wertpapieren statt. 1.100

Der am höchsten organisierte Markt ist die **Wertpapierbörse**. Der am geringsten organisierte Markt ist der „**Graue Kapitalmarkt**“, der jedoch im Nachgang zur Finanzmarktkrise ebenfalls eine stärkere Regulierung erfahren hat, namentlich durch das Kleinanlegerschutzgesetz⁶. 1.101

Zum **Funktionsschutz** eines Marktes tragen vor allem bei: 1.102

- wirksamer Marktmechanismus (ungehinderter Zugang, ausreichende Liquidität) sowie
- Funktionsfähigkeit (Kostenoptimierung, renditeorientierte Allokation).

1 Zum Ganzen *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217.

2 Vgl. zu diesen Überlegungen und Entwicklungen *Seiler/Geier* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 83 Rz. 2 ff.

3 VO (EU) 2023/2631 vom 22.11.2023. Dazu Rz. 15.306-15-311.

4 *Hopt*, WM 2009, 1873 f.

5 *Seiler/Geier* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, vor § 83 Rz. 36, 47, die von mittelbaren Marktteilnehmern sprechen.

6 Vgl. dazu *Buck-Heeb*, NJW 2015, 2535.

Zum Funktionsschutz muss der **Anlegerschutz** hinzutreten¹. Der Anlegerschutz war gerade in jüngerer Zeit im besonderen Fokus des Gesetzgebers, was nicht zuletzt mit neueren Markterscheinungen, wie etwa dem Crowd-Funding, zusammenhängt².

- 1.103 Das Kapitalmarktrecht hat in **Deutschland** seit den sechziger und vor allem den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts eine **dynamische Entwicklung** genommen³.
- 1.104 Die Entwicklung in Deutschland wurde stark durch die **EU geprägt**, die die Schaffung eines Europäischen Binnenmarktes zum Ziel hat.⁴ Dementsprechend müssen Regelungen zum Schutz des Marktes in einem europäischen Binnenmarkt primär im europäischen Recht angelegt sein. Erste entsprechende europäische Empfehlungen wurden in Deutschland allerdings recht zögerlich aufgenommen, auch den US-amerikanischen Anforderungen genügte das deutsche Recht bald nicht mehr⁵. Beginnend in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts prägt das europäische Recht das deutsche Kapitalmarktrecht jedoch sehr deutlich und ersetzt es teilweise sogar komplett⁶. Nicht ganz zu Unrecht wird allerdings darauf hingewiesen, dass auch die gerade in der EU energisch vorangetriebene **Kapitalmarktregulierung** zur Erreichung sehr berechtigter **politischer Ziele**, wie der **Vermeidung von ESG-Risiken** (s. dazu Rz. 1.38a–1.38i), die Allokationsfunktion des Marktes, also die Gewährleistung des Zuflusses des Kapitals zu den rentabelsten und risikoärmsten Unternehmen und Produkten stören kann⁷.
- 1.105 Nicht zuletzt soll die Regulierung innerhalb der EU eine **Aufsichtsarbitrage**, also ein Ausweichen in das Land, mit den am wenigsten strengen aufsichtsrechtlichen Regelungen, **verhindern**⁸. Interessanterweise ist gerade dies, wie bereits angesprochen, aktuell wieder ein Thema, dass nämlich Staaten – ungeachtet der Erfahrungen aus der Finanzkrise – versuchen, durch scheinbar großzügigere Aufsichtsbestimmungen einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. Dies konnte man sowohl im Vereinigten Königreich nach dem Brexit-Votum als auch in den USA nach der Regierungsübernahme durch die Trump-Administration beobachten (vgl. dazu auch Rz. 1.24).
- 1.106 Der **Finanzaktionsplan** der Europäischen Kommission aus dem Jahr **1999** beinhaltet in seinen 42 Maßnahmen eine Vielzahl kapitalmarktrechtlicher Gegenstände⁹. Auf dieser Grundlage ist eine fast unüberschaubare Vielzahl rechtlicher Regelungen entstanden. Unterstützend gewirkt hat hier die Beschleunigung der europäischen Gesetzgebung durch das vierstufige sog. **Lamfalussy-Verfahren**, bei dem die Detailausgestaltung von Richtlinien in den weiteren Stufen durch Verordnungen und delegierte Rechtsakte erfolgt. Es galt für die MiFID I und II ebenso wie für die drei übrigen Richtlinien zur Umsetzung des Financial Services Action Plan der EU-Kommission aus 1999¹⁰.
- 1.107 Heute ist im Kapitalmarktrecht eine große Verbreitung unmittelbar geltender europäischer **Verordnungen** an Stelle europäischer Richtlinien zu verzeichnen, was tendenziell dem Wunsch nach einer starken Harmonisierung und nach einer raschen Regelung geschuldet ist. Gleichzeitig hat die Anzahl der **Ermächtigungen zu Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten** (Art. 290, 291 AEUV) der Kommission stark zugenommen¹¹. Daneben treten die durch die Aufsichtsbehörden erarbeiteten **technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards** der Kommission sowie die **Leitlinien und Empfehlungen** der Aufsichtsbehörden (vgl. dazu auch Rz. 1.61 f.).

1 Hopt, ZHR 141 (1977), 389, 431; vgl. zum Ganzen: *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217 ff.

2 *Seiler/Geier* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 83 Rz. 77.

3 Hopt, WM 2009, 1873.

4 Zu aktuelleren Entwicklungen des europäischen Kapitalmarktrechts *Parmentier*, EuZW 2024, 149.

5 Hopt, WM 2009, 1873, 1874 f.

6 *Möllers/Poppele*, ZGR 2014, 437, 438; *Hemeling*, ZHR 181 (2017), 595.

7 Dazu *Litten*, BKR 2023, 569, 571 m.w.N.

8 *Kümpel* in *Kümpel/Hammen/Ekkenga*, Kapitalmarktrecht, Loseblatt, Bd. 1, Kennziffer 050, Rz. 2.

9 Im Einzelnen und illustrativ *Müllbert*, ZHR 176 (2012), 369 ff.

10 Zum Ganzen etwa *Früh/Ebermann* in *KölnKomm. WpHG*, § 33a WpHG Rz. 29 ff. m.w.N.

11 *Müllbert*, ZHR 176 (2012), 369, 374.

- Dabei regeln europäische Verordnungen mitunter allerdings nur die **materiellen Verhaltensanforderungen an die Marktteilnehmer**, während der nationale Gesetzgeber die **Aufsichtsbefugnisse** noch ergänzen muss¹. 1.108
- Auf **nationaler Ebene** kommen auch deshalb häufig noch einmal Rechtsetzungen auf drei Ebenen (Gesetz, Verordnung, aufsichtsbehördliche Verlautbarung) hinzu, was zu einer sehr dichten, nicht immer konsistenten und mitunter schwer zu durchschauenden Regelungsflut führt². 1.109
- Die **Finanz- und Staatsschuldenkrise** der Jahre 2007 ff. hat auch im Kapitalmarktrecht einen erheblichen **europäischen Regelungsimpuls** gebracht, als wichtige Beispiele sind die Finanzmarktrichtlinie (MiFID II)³ sowie die Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR)⁴ zu nennen. Als Pendant zur Bankenunion (vgl. dazu Rz. 1.58 ff.) legte die Europäische Kommission infolge der Finanz- und Staatsschuldenkrise 2015 einen ersten Aktionsplan (ein zweiter Aktionsplan folgte in 2020) für die **Kapitalmarktunion** vor, um einen unionsweiten Binnenmarkt für Kapital zu schaffen. Ziel ist es, Finanzierung und Kapitalaufnahme zu erleichtern und zu verbilligen, etwa um wichtige Ziele wie den ökologischen und den digitalen Wandel finanzieren zu können. Zugleich soll der europäische Kapitalmarkt für internationale Investoren und für Sparer in der EU attraktiver werden⁵. Auch sollen die Hauptrechtsquellen in einem einheitlichen Europäischen Rahmenwerk zusammengeführt werden⁶. Der **Finanzierung künftigen Strukturwandels** dient gleichermaßen das deutsche **Zukunftsfinanzierungsgesetz** (ZuFinG)⁷, mit dem u.a. der Zugang zum Kapitalmarkt erleichtert werden soll. Den Kapitalmarktzugang für sog. KMU, die in der **Covid 19-Pandemie** von finanziellen Engpässen besonders betroffen waren, zu erleichtern, möchte auch die EU Kommission, die am 7.12.2022 den Entwurf für eine entsprechende Richtlinie, den **EU Listing Act**⁸, vorgelegt hat, wodurch die MiFID II⁹ in zahlreichen Aspekten geändert würde. 1.110
- Darüber hinaus haben – ebenso wie im Bankrecht (s. dazu Rz. 1.28 ff.) – **technische Neuerungen** Einfluss auf die Entwicklung des Kapitalmarktrechts. Als Beispiel sind etwa der Wandel vom Präsenzzum **elektronischen Handel** sowie – darauf aufbauend – der **algorithmische Handel** und den **Hochfrequenzhandel** zu nennen (s. dazu auch Rz. 14.1 ff.). 1.110a
- Aktuell zeichnet sich durch die immer bedeutsamere Asset-Klasse der **Krypto-Werte** möglicherweise eine vergleichbare Rechtsentwicklung ab, wie das Mitte der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts beim Entstehen des Kapitalmarktrechts für Finanzinstrumente der Fall war. Am 29.6.2023 trat die **MICAR** (Markets in Crypto-Assets Regulation) in Kraft, die Regelungen für den Primärmarkt, d.h. die Emission von Kryptowerten, sowie für die Dienstleistungen des Sekundärmarktes, die sogenannten Kryptowerte-Dienstleistungen (crypto-asset services), enthält. Durchaus vergleichbar mit dem Kapitalmarktrecht für Finanzinstrumente regelt die MICAR die Zulassungspflicht von und die Aufsicht über Emittenten von Kryptowerten und Kryptowerte-Dienstleister (Crypto Asset Service Provider, CASP) sowie deren ordnungsgemäße Geschäftsorganisation. Ebenso geregelt werden Transparenz- und Offenlegungspflichten für die Emission und den Handel mit Kryptowerten. Schließlich sieht die MICAR Vorschriften zur Bekämpfung von Marktmissbrauch ebenso vor wie zum Schutz von Investoren und Verbrauchern. Vgl. zum Bisherigen den Überblick in Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 MICAR. Die regulatorische Parallele und zugleich Abgrenzung zum Kapitalmarktrecht zeigt sich schließlich nicht zuletzt 1.110b

1 Gurlit, WM 2016, 2053, 2060.

2 Krit. Hemeling, ZHR 181 (2017), 595, 599 f.

3 Richtlinie 2014/65 vom 15.5.2014.

4 Verordnung (EU) Nr. 600/2014 vom 15.5.2014.

5 Vgl. zur Entwicklung <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/capital-markets-union/>; s. auch Müllert, ZHR 176 (2012), 369.

6 Etwa von Buttler, EuZW 2020, 53.

7 BGBl. 2023 I Nr. 354 vom 14.12.2023.

8 COM(2022) 760 final, Zustimmung des EU-Rates am 8.10.2024.

9 Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014.

auch daran, dass die MICAR nicht für Security Token gilt, die regelmäßig wertpapierähnlichen Charakter haben und daher nach wie vor der Regelung der MiFID II¹ unterliegen (Art. 2 Abs. 4 lit. A MICAR)².

II. Gegenstände des Kapitalmarktrechts und Schnittstelle zum Bankrecht

- 1.111 Folgende bedeutsame **Regelungsgegenstände** des Kapitalmarktrechts sind in folgenden **Rechtsvorschriften** behandelt:
- die **organisatorischen Rahmenbedingungen für den Wertpapierhandel** – durch das **WpHG**, zu Recht als das Grundgesetz des Kapitalmarktrechts bezeichnet, das durch das die **MiFID II**³ umsetzende 2. FiMaNoG⁴ deutlich geändert und heute teilweise auch durch die – ebenfalls eine Folge der Finanz- und Staatsschuldenkrise zu nennende – **MAR**⁵ ersetzt und ergänzt wird;
 - die **Wertpapierbörsen**, die einen möglichst effizienten organisatorischen Rahmen für den Wertpapierhandel zur Verfügung stellen – insbesondere durch das **BörsG**;
 - der öffentliche **Vertrieb von Unternehmensbeteiligungen und fungiblen Kapitalmarktpapieren**⁶ – durch das **WpÜG**;
 - die **Schaffung von Kapitalmarktstiteln** – z.B. durch das **AktG**, **PfandbriefG**;
 - ihre **Prospektierung** – z.B. durch das **WpPG**, **VermAnlG**, **VermVerkProspV**;
 - ihre **Verwahrung** – durch das **DepotG**;
 - die kapitalmarktbezogenen **Tätigkeiten** der Marktteilnehmer, bezogen auf die **Transparenz und Integrität** der Märkte, etwa durch die Pflicht zur ad hoc-Publizität oder das Verbot, Insiderfakten zu nutzen, sowie das Verbot von Marktmanipulationen – durch die **MAR**;
 - ein immer dichter werdendes Netz von **Verhaltensregeln und organisatorischen Pflichten** für die Marktintermediäre, also insbesondere Banken – zentral durch das **WpHG**⁷.
- 1.112 Der eigentliche Kauf und Verkauf von Kapitalmarktstiteln bestimmt sich demgegenüber nach den Vorschriften des **BGB** (§§ 433, 453 BGB) und des **HGB** (die Bank handelt für den Kunden häufig als Kommissionär, §§ 383 ff. HGB).
- 1.113 Neben den Rechtsvorschriften sind in der Praxis des Kapitalmarktrechts auch internationale und nationale sog. **Standards** relevant, die keine Gesetzesqualität haben; zu nennen sind insbesondere Verhaltenskodizes, die allerdings durchaus zu Handelsbräuchen i.S.d. § 346 HGB werden können. Daneben gibt es auch Standards, die zwar nicht vom Gesetzgeber kommen, aber entweder **norminterpretierende Verwaltungsvorschriften**, etwa der BaFin, oder **Kodizes von durch Ministerien eingesetzte Kommissionen** sind und daher de facto normative Wirkung haben. Ein Beispiel für ersteres ist etwa der Emittentenleitfaden der BaFin⁸. Bei letzteren besonders hervorzuheben ist der Deutsche Corporate Governance Kodex der sog. Cromme-Kommission, der erstmals am 30.9.2002 bekannt gemacht wurde; auch er ist zwar grundsätzlich nicht bindend, jedoch auferlegt der Gesetzgeber Vorstand und Auf-

1 Richtlinie 2014/65 vom 15.5.2014.

2 Verordnung (EU) 2023/1114 vom 31.5.2023; näher *Gaida*, WM 2023, 1481, 1483, in einem Bericht über das Referat von *Möslein* auf dem Bankrechtstag 2023.

3 Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014.

4 Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften vom 23.6.2017.

5 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 vom 16.4.2014.

6 *Hopt*, ZHR 141 (1977), 389, 431.

7 *Kümpel* in *Kümpel/Hammen/Ekkenga*, Kapitalmarktrecht, Loseblatt, Bd. 1, Kennziffer 050, Rz. 5.

8 Emittentenleitfaden der BaFin, Modul A und B in 5. Aufl. 2018, Modul C mit den Regelungen auf Basis der MAR in 5. Aufl. 2020.

sichtsrat einer börsennotierten Aktiengesellschaft die Pflicht, sich jährlich dazu zu erklären, ob dem Kodex entsprochen wurde oder nicht (§ 161 AktG)¹. Die Konkretisierungswirkung solcher Regelwerke für gesetzliche Bestimmungen (z.B. § 93 AktG) ist sehr umstritten.

Auch im Kapitalmarktrecht spielt das **Richterrecht** eine erhebliche Rolle, vor allem im Bereich des Anlegerschutzes, etwa durch Entwicklung der zivilrechtlichen Prospekthaftung². Man kann sagen, dass der BGH das Anlegerschutzprinzip für die Anlageberatung weiterentwickelt hat³. 1.114

Die Rechtfertigung des Kapitalmarktrechts als eigenständiges Rechtsgebiet rührt, wie bereits angedeutet, daher, dass es hier um die **Schnittstelle** zwischen dem „Markt“ und dem „Bankkunden“ geht, wofür das Bankrecht alleine nicht ausreicht. Es betrifft somit besondere kapitalmarktrechtliche Dienstleistungen. Man kann an dieser Stelle auch die Schnittstelle zwischen dem Kapitalmarktgeschäft des Investment Banking und dem Commercial Banking sehen. Die Interessen des Anlegers werden sowohl durch das Kapitalmarktrecht als auch durch das Bankrecht geschützt. 1.115

Der Bankkunde erwirbt im Rahmen des Anlagegeschäftes (Effektengeschäft, Wertpapierdienstleistung gem. § 2 Abs. 8 WpHG) auf dem Sekundärmarkt Wertpapiere, die er dann bei seiner Bank verwahrt (Depotgeschäft, Wertpapiernebenleistung gem. § 2 Abs. 9 WpHG), die jedoch zuvor auf dem Primärmarkt emittiert werden mussten (Investmentgeschäft, Wertpapierdienstleistung gem. § 2 Abs. 8 WpHG). Traditionell gehörten alle drei Geschäfte zum Bankrecht. Rechtlich hat sich der Gesetzgeber durch die Regelung im WpHG dafür entschieden, das Geschäft einheitlich über alle Teilschritte und damit seinen gesamten „Lebenszyklus“ im Kapitalmarktrecht zu allokiieren; das Depotgeschäft hingegen behält eine Art „Zwitterstellung“⁴. Bezogen auf die geschäftliche Einordnung in **Commercial und Investment Banking**, kann man das **Effektengeschäft** jedoch nach wie vor ersterem und das **Emissionsgeschäft** letzterem zuordnen. 1.116

Von der gesetzgeberischen Zielsetzung her gesehen geht es zusammenfassend um folgendes: Der Kunde erwirbt ein Produkt, das auf dem Kapitalmarkt geschaffen wird. Er selbst hat keinen Zugang zu den Märkten. Er muss daher darauf vertrauen können, dass die Märkte effektiv und unbeeinflusst von Fremdeinwirkungen funktionieren, also insbesondere sein Interesse an der optimalen Ausführung seiner Aufträge berücksichtigt wird und er daher den Marktpreis erhält⁵. 1.117

Als **neue Tendenzen** sind zum einen ein deutlich strengeres Vorgehen des europäischen Gesetzgebers in Form von **Sanktionierung** der Pflichtverletzungen (s. dazu Rz. 1.131) sowie zum anderen **paternalistische Tendenzen** durch die Einführung von Produktverböten oder die Verpflichtung zur Festlegung von Zielmärkten im Zuge einer sog. Product Governance zu verzeichnen (s. dazu Rz. 1.90)⁶. 1.118

5. Abschnitt: Lockerung der Trennung von öffentlichem und privatem Bankrecht – Ausstrahlungswirkung/Sanktionen (Früh)

Die klare **Trennung** zwischen Legislative, Exekutive und Judikative ist ein wesentliches Prinzip der deutschen Rechtsordnung (Art. 20 Abs. 3 GG). Weiter entspricht es dem bisherigen deutschen Rechtsverständnis einer Trennung zwischen den drei juristischen „Fakultäten“, dass sich der **Gesetzgeber** 1.119

1 Vgl. zum Ganzen *Seiler/Geier* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, § 83 Rz. 69.

2 *Hopt*, WM 2009, 1873, 1876 ff.; zur Beilegung einer Divergenz bei der Prospekthaftung zwischen dem II. und XI. Zivilsenat: BGH v. 27.6.2023 – II ZR 57-59/21.

3 Zur Entwicklung *Bracht* in Schwintowski, Bankrecht, Kap. 21 Rz. 1 ff.

4 *Kümpel* in *Kümpel/Hammen/Ekkenga*, Kapitalmarktrecht, Loseblatt, Bd. 1, Kennziffer 050, Rz. 17, 22.

5 Zum Ganzen *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 1.6; zur Best Execution *Früh/Ebermann* in *KölnKomm. WpHG*, § 33a WpHG Rz. 1 ff.

6 *Müllbert*, ZHR 176 (2012), 369, 376.

sehr bewusst entscheidet, ob er ein gesetzliches Regelungsziel zivilrechtlich, öffentlich-rechtlich oder sogar auch strafrechtlich umsetzen möchte. Diese Differenzierungen werden vor allem im Zuge der zunehmenden Europäisierung aufgeweicht.

I. Aufsicht

- 1.120 Im Bank- und Kapitalmarktrecht hat die **BaFin** als Aufsichtsbehörde ganz allgemein die Aufgabe, gem. § 6 Abs. 2 KWG, § 6 Abs. 1 Satz 2 WpHG Missständen entgegenzuwirken. Solche Missstände können insbesondere dadurch bedingt sein, dass die Subjekte der Aufsicht Rechtsvorschriften nicht einhalten. Im Rahmen ihrer Aufsicht berücksichtigt die BaFin allerdings nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch zivilrechtliche Bestimmungen wie die des BGB¹.
- 1.121 Betrachtet man etwas spezifischer den Verbraucherschutz, so ist der **kollektive Verbraucherschutz** heute eine ausdrücklich gesetzlich verankerte Aufgabe der BaFin (§ 4 Abs. 1a FinDAG). Die BaFin hat insoweit die Befugnis, alle Anordnungen zu treffen, die geeignet und erforderlich sind, verbraucher-schutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint (§ 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG). Ein Missstand in diesem Sinne liegt dabei dann vor, wenn ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz gegeben ist, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt (§ 4 Abs. 1a Satz 3 FinDAG). In der Gesetzesbegründung wird explizit darauf hingewiesen, dass das Verbraucherschutzgesetz sowohl eine öffentlich-rechtliche als auch eine **zivilrechtliche Norm** sein kann².
- 1.122 Im Rahmen dieses zivilrechtlichen Verbraucherschutzes befasst sich die BaFin daher auch mit rein zivilrechtlichen Themen, entwickelt **Rechtsmeinungen** zu zivilrechtlichen Rechtsfragen. Solche Rechtsauffassungen der BaFin entfalten keine der einem Zivilrechtsurteil vergleichbare Rechtskraft (inter partes). Faktisch kommt ihnen indessen kraft der Autorität und des Einflusses der **BaFin** sogar eine gewisse **normative Wirkung** zu. Nicht selten werden der dem Bundesfinanzministerium unterstehenden BaFin zivilrechtliche Fragen vorgelegt, die vom BGH zivilrechtlich noch nicht höchstrichterlich entschieden sind. Damit muss sie die Einschätzung von Zivilgerichten zu zivilrechtlichen Normen vorwegnehmen, im Extremfall könnte es auch zu **divergierenden Auslegung zivilrechtlicher Normen** durch die BaFin einerseits und letztlich den BGH andererseits kommen³. Ein anschauliches Beispiel hierfür ist eine Allgemeinverfügung vom 21.6.2021, die die BaFin gem. § 4 Abs. 1a FinDAG im Zusammenhang mit der Zinsanpassung bei Prämiensparverträgen erlassen hat. Der BGH hatte beginnend in 2004 Zinsanpassungsklauseln in Prämiensparverträgen für unwirksam erklärt⁴. Zu der Frage, welche Folgerungen aus dieser BGH-Rechtsprechung richtigerweise gezogen werden mussten, waren zum Zeitpunkt der Allgemeinverfügung Rechtsstreitigkeiten vor Zivilgerichten anhängig⁵. Die BaFin forderte – etwas vereinfacht dargestellt – in ihrer Allgemeinverfügung betroffene Kreditinstitute auf, ihre Kunden auf die Unwirksamkeit der in den jeweiligen Verträgen enthaltenen Zinsanpassungsklauseln hinzuweisen und den Hinweis mit der unwiderruflichen Zusage zu verbinden, eine noch zu erwartende zivilgerichtliche ergänzende Vertragsauslegung zur Basis der Neuberechnung zu machen oder sich mit ihren Kunden auf eine die Vorgaben des BGH berücksichtigende neue Zinsanpassungsklausel zu einigen. Einen sie zu diesem Vorgehen nach § 4 Abs. 1a FinDAG berechtigenden verbraucher-schutzrelevanten Missstand sah die BaFin vor allem darin, dass die Kreditinstitute die BGH-Rechtsprechung ohne Abschluss einer individuellen Änderungsvereinbarung eigenmächtig durch ein einseitiges Leis-

1 Ebenso *Einsele*, ZHR 180 (2016), 233, 250 f., unter Hinweis darauf, dass die BaFin etwa die Wertstellungspraktiken oder die Berechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen aufgegriffen hat.

2 Begr. RegE, BT-Drucks. 18/3994, 37.

3 Ausführlich zu dem Grenzen des Verbraucherschutzes durch die BaFin aufgrund des Vorranges der Zivilgerichtsbarkeit *Klöhn*, WM 2022, 1097, 1149.

4 BGH v. 17.2.2004 – XI ZR 140/03, BGHZ 158, 149; BGH v. 13.4.2010 – XI ZR 197/09, BGHZ 185, 166.

5 Etwa die Musterfeststellungsklagen 5 MK 1/19 und 5 MK 2/19 vor dem OLG Dresden.

tungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB auf Bestandsverträge übertragen hätten, obwohl noch keine gerichtliche allgemeinverbindliche ergänzende Vertragsauslegung vorgelegen habe¹. Vorgehen und Begründung der BaFin haben breite Ablehnung erfahren. Bereits in Bezug auf § 4 Abs. 1a FinDAG wurden verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf die Gewaltenteilung geäußert, eine Ermächtigung zur Beseitigung möglicher zivilrechtlicher Verbraucherschutzverstöße ließe sich daraus jedenfalls nicht herleiten². Auch wurde darauf hingewiesen, dass die Vorstellungen der BaFin zum Bestehen von Informationspflichten und zur ergänzenden Vertragsauslegung grundlegenden Prinzipien der Privatrechtsdogmatik zuwiderliefen³. Zwischenzeitlich hat der BGH entschieden, dass im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein langfristiger Referenzzinssatz und die Verhältnismethode maßgebend sind, wobei sich das Gericht sachverständiger Hilfe zu bedienen hat⁴.

Aus dem Anlagegeschäft ist das bereits erwähnte Produktverbot (§ 4b WpHG) ein besonderes eindrucksvolles Beispiel für die Veränderung der Aufgabenzuweisung zwischen Aufsichtsbehörden und Zivilgerichten. Wie bereits ausgeführt kann ein **Produktverbot** dazu führen, dass zivilgerichtliche Einschätzungen etwa zur Geeignetheit bestimmter Produkte sowie zu Beratungspflichten bei bestimmten Produkten durch die BaFin vorweggenommen und damit obsolet oder aber entscheidend vorgeprägt werden (vgl. zu dieser sog. „Entprivatisierung des Privatrechts“ bereits Rz. 1.89).

Das Phänomen eines zeitlichen Überholens ist auf anderer Ebene bereits bekannt. Es tritt z.B. bei steuerrechtlichen Fragen im Verhältnis zwischen **BFH** und den **Strafsenaten des BGH** auf, da letztere – zumal in Haftsachen (§§ 112 ff. StPO) – im Rahmen von Urteilen über mögliche Steuerhinterziehung (§ 370 AO) nicht selten steuerrechtliche Fragen aus strafrechtlicher Sicht höchstrichterlich entscheiden, bevor diese vom BFH als dem zuständigen Fachgericht entschieden worden sind. Z.B. war dies bei der Beurteilung sog. Cum-/ex-Geschäfte der Fall, wobei BGH und BFH im Ergebnis zu einer ähnlichen Einschätzung gelangten⁵. Bei der Tätigkeit der BaFin kommt neben der Fachzuständigkeit noch eine andere Dimension hinzu, da hier die Bundes-Exekutive einer anderen Fachzuständigkeit über eine Frage entscheidet, die – auch – einem Bundesgericht fachlich zugewiesen ist.

Der **Rechtsrahmen** für die Tätigkeit von Aufsichtsbehörden unterscheidet sich dabei recht grundlegend von der für **Zivilgerichte** maßgebenden **ZPO**. Während im Zivilprozess in jedem Stadium des Verfahrens der **Partei Grundsatz** (etwa § 253 ZPO) gilt, können Behörden grundsätzlich auch **von Amts wegen** tätig werden (allgemein § 22 VwVfG), gilt im behördlichen Verfahren der **Untersuchungsgrundsatz** (etwa § 24 VwVfG) und sind Behörden bei ihren **Entscheidungen** nicht an die Anträge der Beteiligten gebunden (etwa § 35 VwVfG). All das gilt im **Bankaufsichtsrecht** in besonderem Maße, die **Behörden** verfügen hier über besonderes **weitreichende Befugnisse**, zunächst bei der Frage ihres **Tätigwerdens** und der **Sachverhaltsermittlung** (§ 44 KWG, § 6 Abs. 3 WpHG), aber auch bei den möglichen **Anordnungen** gegenüber dem Institut (§ 6 Abs. 3 KWG, § 6 Abs. 6 WpHG)⁶. Insbesondere **Rechtsgrundlage** und **Rechtsschutz** von und gegen Maßnahmen von Aufsichtsbehörden sind schließlich auch dann jedenfalls unklar, wenn sich diese **informeller Mittel** zur Bankenregulie-

1 Abrufbar unter <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen>.

2 *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 150; *Rott*, BKR 2023, 528, hält die Entscheidung von zivilrechtlichen Fragen durch die BaFin für unkritisch und regt vielmehr an, dagegen den Zivilrechtsweg zu eröffnen, wodurch die BaFin im Wege der sog. Missstands-beseitigung erst eine Entscheidung des BGH herbeiführen könnte, was vom Gesetzgeber kaum gewollt sein dürfte.

3 *Herresthal*, BKR 2021, 131, 140. Vgl. zum Ganzen auch *Edelmann/Schultheiß/Hölldampf*, BB 2021, 835.

4 BGH v. 24.1.2023 – XI ZR 257, 21, WM 2023, 326.

5 Zunächst erging das eine Steuerhinterziehung bejahende Strafurteil des BGH v. 27.7.20202 – 1 StR 519/20, WM 2021, 1892; sodann bejahte der BFH einen Verstoß gegen das Steuerrecht, auch wenn frühere BFH-Rspr. anders verstanden worden sei, BFH v. 2.2.2022 – I R 22/20, DB 2022, 700.

6 *Rott*, WM 2019, 1189, 1191, hält im Rahmen von Thesen weitreichende Anordnungen der BaFin neben dem zivilrechtlichen Schutz für sinnvoll und möglich, geht jedoch nicht davon aus, dass die BaFin bei einer vor den Zivilgerichten anhängigen Frage etwa zu einer AGB-Klausel „vorprescht“ und deren Verwendung „kurzerhand untersagt“.

rung bedienen, indem etwa im BaFin-Journal, in Pressemeldungen oder auch durch Äußerungen leitender Beamter eine Erwartung an die Beaufsichtigten geäußert wird; ungeachtet praktischer Vorteile informeller Mittel für beide Seiten, birgt diese Form des Verwaltungshandelns eine erhebliche Zahl ungeklärter Rechtsfragen¹.

II. Rechtsprechung

- 1.126 Ein anderes Beispiel für die zunehmende Vermengung von Zivil- und Aufsichtsrecht liefert die Rechtsprechung des **BGH** zu den **Aufklärungspflichten** von Banken im **Anlagegeschäft**. Der BGH hatte zunächst entschieden, dass das öffentlich-rechtliche WpHG, auch soweit dieses Verhaltenspflichten der Wertpapierfirma gegenüber dem Kunden normiert, keine eigenständigen schuldrechtlichen Aufklärungspflichten begründe, sondern alleine öffentlich-rechtliche Pflichten. Allerdings könnten die §§ 63 ff. WpHG (§§ 31 ff. WpHG a.F.) für Inhalt und Reichweite der (vor-)vertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten „von Bedeutung“ sein – was bereits nicht ganz einfach einzuordnen war².
- 1.127 Kurz darauf hat der BGH zwar an der Ansicht festgehalten, dass die öffentlich-rechtlichen Pflichten gem. §§ 63 ff. **WpHG** (früher: §§ 31 ff. WpHG) grundsätzlich nicht auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis einwirken würden. Das Gericht hielt es jedoch für „angezeigt, den nunmehr im Bereich des – aufsichtsrechtlichen – Kapitalanlagerechts nahezu flächendeckend vom Gesetzgeber verwirklichten Transparenzgedanken hinsichtlich der Zuwendungen Dritter auch bei der Bestimmung des Inhalts des zivilrechtlichen Beratungsvertrages zu berücksichtigen, weil der Anleger nunmehr für die Bank erkennbar eine entsprechende Aufklärung im Rahmen des Beratungsvertrages erwarten könne (§§ 133, 157 BGB)³. Hierzu ist zu Recht eingewandt worden, dass es nicht überzeuge, dem Anleger eine schutzwürdige Erwartung an Aufklärungspflichten zuzuerkennen, wenn das (Aufsichts-)Recht gerade keine zivilrechtliche Offenlegungspflicht vorsehe⁴.
- 1.128 Richtigerweise ist auch heute die Frage, ob eine Regelung vom deutschen Gesetzgeber im Aufsichtsrecht oder im Zivilrecht verortet wurde, das Ergebnis einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung. **Der europäische Gesetzgeber** kennt diese traditionelle deutsche Unterscheidung hingegen nicht, ihm geht es – zumal in Richtlinien – um **Ziele** (s. dazu Rz. 1.131). Allerdings hat der europäische Gesetzgeber etwa für Wohlverhaltensregeln nach ganz herrschender Auffassung eine **Gesetzgebungskompetenz** nur für das Aufsichtsrecht, nicht aber für zivilrechtliche Beratungspflichten. Folglich liegt es eigentlich fern, deutschen Vorschriften, die auf entsprechenden europäischen Richtlinien beruhen, wie z.B. den §§ 63 ff. WpHG, Einfluss auch auf das Zivilrecht zuzumessen⁵. In jedem Fall liegt es beim nationalen Gesetzgeber zu entscheiden, ob er eine Rechtspflicht im Aufsichtsrecht auch auf das Zivilrecht überträgt⁶.

III. Gesetzgebung

- 1.129 Tatsächlich schafft allerdings auch der **Gesetzgeber** zwischenzeitlich **Mischformen** von Vorschriften. Öffentlich-rechtliche Vorschriften verfolgen neben den originären **gewerbeaufsichtsrechtlichen Zielen** zunehmend – kollektiv – **verbraucherschützende Ziele**. Ein Beispiel ist die MiF-VO⁷, die u.a. die

1 Sehr eingehend zur informellen Bankenregulierung durch die BaFin, *Klöhn*, WM 2021, 1457, 1513.

2 BGH v. 17.9.2013 – XI ZR 332/12, AG 2013, 803 = ZIP 2013, 2001 („Lehman“); dazu *Kropf*, WM 2014, 640.

3 BGH v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, ZIP 2014, 1418.

4 *Freitag*, ZBB 2014, 357, 360 f.; zur aufsichtsrechtlichen Überformung des Bankvertragsrechts allgemein *Herresthal* in FS Canaris, 2017, S. 869, 874.

5 Zum Ganzen *Koch*, ZBB 2014, 211, 212.

6 EuGH v. 30.5.2013 – Rs. C-604/11 – Genil, ZIP 2013, 1417.

7 Verordnung (EU) 2015/751 vom 29.4.2015.

Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge deckelt¹. Das gleiche gilt für das ZKG, dessen drei wesentlichen Regelungsgegenstände – Anspruch auf ein Basiskonto, Kontowechselhilfe und Entgelttransparenz – sämtlich verbraucherschützende Tendenz im schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Bank und Kunde haben (s. dazu Rz. 1.30). Hintergrund ist vor allem erneut, dass der **europäische Gesetzgeber** die deutsche **Unterscheidung** zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht **nicht kennt**². Gerade Richtlinien sind im Wesentlichen auf Zielvorgaben beschränkt. Der jeweilige nationale Gesetzgeber muss dann, wie erwähnt, entscheiden, wie er diese gesetzgeberischen Ziele innerhalb seiner spezifischen Dogmatik umsetzt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dieser Mühe teilweise durchaus unterzogen, etwa bei der Umsetzung der PSD³. Anders liegt es beim gerade genannten Zahlungskontogesetz und teilweise auch bei der PSD II⁴. Hier ist es häufig am Rechtsanwender, insbesondere der Rechtsprechung (s. dazu Rz. 1.130 ff.), zu bestimmen, ob öffentlich-rechtliche Vorschriften auch zivilrechtliche Wirkung entfalten, was sich insbesondere an der Frage festmacht, ob diesen ein Schutzgesetzcharakter gem. § 823 Abs. 2 BGB zukommt. Das allerdings ist eine unbefriedigende Entwicklung, die für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgt. Eine ebenfalls nicht einfach zu lösende Folgefrage ergibt sich dahingehend, ob **zivil- und aufsichtsrechtliche Normen zum gleichen Thema** einheitlich oder unterschiedlich **auszulegen** sind⁵.

IV. Praxis

Für die Praxis kommt hinzu, dass **Kunden** vermehrt dazu bereit sind, der **Durchsetzung** ihrer vermeintlichen **zivilrechtlichen Position** durch **andere Mittel Nachdruck zu verleihen**. Dazu gehören **aufsichtsrechtliche Beschwerden bei der BaFin**, die einerseits Verbraucher auf die Möglichkeit einer Beschwerde bei der BaFin hinweist, jedoch andererseits klarstellt, dass sie gem. § 4 Abs. 1a FinDAG eine Zuständigkeit nur für kollektiven Verbraucherschutz hat⁶. Auch **wettbewerbsrechtliche Instrumente** werden genutzt, etwa da die Aussage einer Bank im Rahmen ihrer Rechtsverteidigung zur Rechtslage bei einem Prämiensparvertrag eine Täuschung gem. § 5 UWG sei⁷ oder die Androhung einer Kündigung für den Fall der Nicht-Zustimmung zu AGB-Änderungen nach Unwirksamkeit der vorherigen Zustimmungsfiktion gem. Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken a.F. eine aggressive geschäftliche Handlung gem. § 4a UWG darstelle⁸. Der europäische Gesetzgeber schafft hierfür auch weitere Grundlagen, indem z.B. Aussagen zur Nachhaltigkeit strengeren Vorgaben unterworfen werden, die sodann im UWG umzusetzen sind⁹. Schließlich werden zivilrechtliche Auseinandersetzungen auch mit **Strafanzeigen** in Bezug auf **nicht-bankspezifische Delikte** verbunden¹⁰. Gerade im Bereich der Anlageberatung ist es heute nicht selten, dass Kläger ihren Schadenersatzprozess wegen einer behaupteten Aufklärungspflichtverletzung der Bank flankieren mit einer Anzeige wegen Betrugs gegen den beratenden Bankmitarbeiter. Damit sollen augenscheinlich zwei Zwecke verfolgt werden: Zum einen wird der Druck auf eine aus Sicht des Kunden befriedigende Einigung im Zivilprozess erhöht. Zum anderen soll über die Ermittlungsakte der Strafverfolgungsbehörde Einblick in die Unterlagen der Bank gewonnen werden. Problematisch ist dabei nicht zuletzt, dass es in Deutschland – anders als im common law

1.130

1 Gurlit, WM 2016, 2053, 2057.

2 Hopt in Hopt, HGB, Rz. A/3.

3 Richtlinie 2007/64/EG vom 13.11.2007.

4 Richtlinie 2015/2366/EU vom 25.11.2015. Vgl. zum Ganzen Omlor, WM 2018, 57 ff.

5 Buck-Heeb, WM 2020, 157.

6 https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/BeschwerdenStreitschlichtung/BeiBaFinbeschwerden/BeiBaFinbeschwerden_node.html.

7 BGH v. 25.4.2019 – I ZR 93/17, WM 2019, 960 Rz. 32, hält dies nur im Ausnahmefall für möglich.

8 Verneinend LG Stuttgart v. 15.2.2022 – 34 O 98/21 KfH, GRUR-RS 2022, 5619. Zum Ganzen Lang, BKR 2022, 834.

9 Richtlinie (EU) 2024/825 vom 28.2.2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen.

10 Schork/Groß, Bankstrafrecht, Rz. 1 ff.

– das rechtliche Gegenstück zu solchen Einsichtnahmemöglichkeiten in die Akten der Gegenpartei (sog. discovery), namentlich in Form einer Ausnahme für die Korrespondenz mit Rechtsanwälten (sog. legal privilege), nur in sehr eingeschränktem Maße gibt (vgl. dazu § 160a StPO).

V. Sanktionierung

- 1.131 In der Zukunft mag dem noch zusätzlich Vorschub leisten, dass es eine zunehmende **gesetzgeberische Tendenz** gibt, auch **aufsichtsrechtliche Pflichten** nahezu als Standard auch **strafrechtlich** oder jedenfalls als **Ordnungswidrigkeit** zu **sanktionieren** (vgl. etwa den sehr umfassenden Bußgeldkatalog des § 53 ZKG). Dem liegt vermutlich nicht selten die europäische Rechtssetzung zugrunde. Denn der **europäische Gesetzgeber** gibt insbesondere bei Richtlinien seine Ziele (s. Rz. 1.129) vor und ergänzt häufig, dass der nationale Gesetzgeber **ausreichende Sanktionen bei Zuwiderhandlungen** vorsehen muss. Man kann die Frage aufwerfen, ob damit tatsächlich in so umfassenden Maß die Sanktionierung durch Ordnungswidrigkeiten gemeint ist; denn nach europäischem Verständnis bleibt die Ausgestaltung der Sanktionierung den Mitgliedstaaten überlassen, die sich davon leiten lassen sollen, was in **vergleichbaren Fällen im nationalen Recht** vorgesehen ist¹. In anderen Fällen ist es allerdings völlig eindeutig, dass EU-Institutionen eine Sanktion in Gestalt einer Strafe oder Geldbuße vorsehen möchten; so ist am 7.1.2020 die sog. Omnibus-Richtlinie in Kraft getreten, wodurch für gleich **vier verbraucher-schützende Richtlinien** Sanktionen dahingehend angepasst und vereinheitlicht werden, dass die nationalen Behörden befugt sind, eine **Geldbuße i.H.v. bis zu 4 % des Umsatzes** des betreffenden Unternehmens zu verhängen²; dementsprechend enthalten Art. 8b Klauselrichtlinie³ und Art. 24 Verbraucherkreditrichtlinie⁴ nunmehr Sanktionsklauseln, die der deutsche Gesetzgeber im **Ordnungswidrigkeitstatbestand des Art. 246e EGBG** umgesetzt hat, der allerdings nur bestimmte **grenzüberschreitende Sachverhalte** innerhalb der EU umfasst, da innerstaatliche Verstöße durch § 309 BGB hinreichend sanktioniert sind⁵. Neben der Frage, ob die EU für diese Gegenstände überhaupt die Regelungskompetenz hat, sind die Verhältnismäßigkeit und die hinreichende Bestimmtheit einer solchen Regelung durchaus zweifelhaft. Zwischenzeitlich hat das KWG selbst – dem Kartellrecht nachfolgend – die **Bußgeldrahmen auf bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des Mutterunternehmens** angehoben (§ 56 Abs. 6, 6a, 6d KWG). Schließlich hat das Aufsichtsrecht in Deutschland neuartige, zunächst in anderen Rechtsordnungen, wie der des Vereinigten Königreichs, übliche Sanktionen eingeführt, wie das **naming und shaming**, also das Veröffentlichlichen von Pflichtverletzungen unter Namensnennung (§ 60b Abs. 1 KWG)⁶.
- 1.132 Gleichzeitig sieht das Aufsichtsrecht eine Verpflichtung für Institute vor, Kommunikationskanäle zu etablieren, die es den Mitarbeitern ermöglichen, unter Wahrung der Vertraulichkeit Verstöße gegen dort genannte Rechtsverstöße an geeignete Stellen zu berichten (§ 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG). Die BaFin selbst ist gem. § 4d Abs. 1 FinDAG verpflichtet, ein System zur Annahme von (anonymen) Meldungen über potentielle oder tatsächliche Verstöße gegen Vorschriften, deren Einhaltung sie beaufsichtigt, einzurichten. Unter dem Stichwort **Whistleblowing** ergänzt (zum Verhältnis § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HinSchG) nun das **HinSchG** den Kreis von Vorschriften, die das Bekanntwerden von Verstößen fördern sollen, indem die betreffenden Hinweisgeber vor Repressalien (§ 3 Abs. 6 HinSchG) geschützt werden⁷.
- 1.133 Die **Aufsicht** macht von diesen Sanktionsvorschriften in der Praxis Gebrauch.

1 Instruktiv zu letzterem *Omlor*, WM 2018, 57, 58; von *Buttler*, EuZW 2020, 598, jeweils m.w.N.

2 Richtlinie 2019/2161 (EU) vom 27.11.2019.

3 Richtlinie 1993/13/EWG vom 5.4.1993.

4 Richtlinie 2008/48/EG vom 23.4.2008.

5 Dazu *Schubert/Schmitt/Jacobs*, BKR 2021, 689 ff.

6 Kritisch *Hopt*, WM 2019, 1771, 1777; differenzierend und mit Blick auf Grundrechtseingriffe kritisch vor allem bei ermessenunabhängigen Veröffentlichungspflichten *Armbrüster/Böffel*, ZIP 2019, 1885.

7 Näher *Schoch* BKR 2023, 154 ff.

Generell ist der Pönalisierung unternehmerischen Handelns kritisch zu begegnen. Ein bedenkliches Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung des **BGH** zur Untreue, die davon ausgeht, dass ein Vorstand, der seine Pflichten gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verletzt, zugleich eine die Untreue gem. § 266 StGB auslösende, gravierende und evidente Pflichtverletzung begehe, da § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG nur dann verletzt sei, wenn der Vorstand seinen unternehmerischen Entscheidungsspielraum (Business Judgment Rule) überschritten habe, weshalb die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten gleichsam automatisch so gravierend sei, dass sie eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB begründe¹. Damit wird das Prinzip, Entscheidungsträgern in Unternehmen einen gewissen Entscheidungsspielraum ohne die Gefahr zivilrechtlicher Haftung oder strafrechtlicher Sanktionierung zuzugestehen, aufgeweicht oder um das anglo-amerikanische sog. floatgates principle aufzugreifen: Der Damm zur Vermeidung von Übermaßhaftung und unbilligen Härten wird mehr und mehr durchbrochen². Zugleich wird zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortung nivelliert³. Ein Beispiel für eine gewisse Nivellierung aufsichtsrechtlicher Pflichten und strafrechtlicher Verantwortung ist die Kreditwürdigkeitsprüfung. Verletzt nämlich die Bank ihre aufsichtsrechtliche Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung (§ 18 KWG), so hält der BGH eine strafrechtliche Untreue (§ 266 StGB) für indiziert⁴. 1.134

Angesichts der deutlichen Zunahme rechtlicher Pflichten für die Leitungsorgane und der damit einhergehenden verschärften Haftungsrisiken wird immer wieder gefordert, die **Business Judgment Rule** des § 93 Abs.1 Satz 1 AktG, die unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Vorstands von Aktiengesellschaften für unternehmerische Entscheidungen entfallen lässt, **um** eine **Legal Judgment Rule** zu **ergänzen**, da die Rechtsprechung die Haftung insoweit nur bei einem unverschuldeten Rechtsirrtum entfallen lässt und hierbei hohe Hürden aufstellt⁵. 1.135

Generell sollte sich **staatliches Handeln**, was die Sanktionierung anbelangt, an der bewährten **Abstufung** orientieren. Zunächst sollte privates Handeln auch privatrechtlichen Vorgaben unterstellt werden. Reicht dies nicht aus, sind öffentlich-rechtliche Vorschriften als Ordnungsrahmen vorzusehen. Nur dann, wenn die Rechtswirklichkeit zeigt, dass solche Vorgaben nicht effektiv durchgesetzt werden können⁶, ist das Strafrecht einzusetzen. Dieses ist Teil des öffentlichen Rechts und sieht als solches Verhaltensverbote vor, sanktioniert jedoch auch zivilrechtliche Verhaltensgebote und -verbote⁷. 1.136

1 BGH v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15 – HSH-Nordbank, AG 2017, 72; BGH v. 27.1.2021 – 3 StR 628/19, WM 2021, 796, zur Kreditvergabe.

2 Möllers, Juristische Methodenlehre, § 5 Rz. 73.

3 Baur/Holle, ZIP 2017, 555, 557.

4 BGH v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, WM 2002, 225; krit. bereits Früh in Beck/Samm/Kokemoor, 91. Erg.-Lfg., 2002, § 18 KWG Rz. 114.

5 Zum Meinungsstand Späth/Werner, CCZ 2022, 107.

6 Vgl. zum Strafrecht als ultima ratio etwa Prittwitz, ZSTW 2017, 129 (2), 390.

7 Zum Ganzen Merkt, ZGR 2016, 201, 203 ff. m.w.N.