

**Prof. Dr. Lars Klöhn, LL.M. (Harvard)**

Humboldt-Universität zu Berlin

## **Rechtsgutachten**

erstellt im Auftrag des

Genossenschaftsverbands Bayern e.V.

zu Fragen des informellen Verwaltungshandelns der BaFin im Bankaufsichtsrecht

Berlin, im März 2021

## Inhaltsverzeichnis

<b>I) INFORMELLE BANKREGULIERUNG DURCH DIE BAFIN – BEGRIFF, ERSCHEINUNGSFORMEN, ABGRENZUNG UND EINORDNUNG .....</b>	<b>7</b>
1) EINLEITUNG .....	7
a) <i>Die BaFin als Aufsichts- und Regulierungsbehörde</i> .....	7
b) <i>Beispiel: Ausschüttungspolitik während Corona</i> .....	8
c) <i>Gründe für den Bedeutungszuwachs informeller Bankregulierung</i> .....	10
2) INFORMELLE BANKREGULIERUNG ALS INFORMELLES VERWALTUNGSHANDELN .....	11
a) <i>Begriff, Arten und Erscheinungsformen informellen Verwaltungshandelns</i> .....	11
b) <i>Einordnung informeller Bankregulierung</i> .....	13
3) STAND DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNG .....	13
<b>II) POTENZIAL UND GEFAHREN INFORMELLER BANKREGULIERUNG .....</b>	<b>15</b>
1) POTENZIAL .....	15
2) GEFAHREN .....	16
a) <i>Überblick</i> .....	16
b) <i>Faktische Bindungswirkung informeller Bankregulierung</i> .....	16
aa) <i>Überblick</i> .....	16
bb) <i>Ökonomische Forschung zur Unternehmensreputation</i> .....	17
cc) <i>Besonders hohe Bedeutung der Reputation für Kreditinstitute</i> .....	21
c) <i>Bedenken gegen informelle Bankregulierung</i> .....	23
aa) <i>Legitimationsproblem</i> .....	23
bb) <i>Kontroll- und Rechtsstaatlichkeitsproblem</i> .....	23
<b>III) RECHTLICHE BINDUNGSWIRKUNG INFORMELLER BANKREGULIERUNG.....</b>	<b>26</b>
1) UNMITTELBARE BINDUNGSWIRKUNG .....	26
a) <i>Grundsatz und dogmatische Einordnung informeller Bankregulierung</i> .....	26
b) <i>Insbesondere: „Umsetzung“ europarechtlicher Vorgaben durch informelle Bankregulierung</i> .....	28
2) MITTELBARE RECHTLICHE BINDUNGSWIRKUNG .....	29
a) <i>Überblick</i> .....	29
b) <i>Selbstbindung der Verwaltung</i> .....	30
c) <i>Berücksichtigung durch Dritte</i> .....	30
d) <i>Grundlage belastender Verfügungen</i> .....	30
e) <i>Verschulden</i> .....	32
aa) <i>Überblick</i> .....	32
bb) <i>Fahrlässigkeit</i> .....	32
cc) <i>Leichtfertigkeit</i> .....	33
<b>IV) RECHTSSCHUTZ DE LEGE LATA.....</b>	<b>35</b>
1) GRUNDLAGEN .....	35
2) BESTANDSAUFNAHE .....	36
3) ANALYSE .....	37
a) <i>Unmittelbarer Rechtsschutz</i> .....	37
b) <i>Inzidenzkontrolle</i> .....	37
aa) <i>Überblick</i> .....	37
bb) <i>Vorgezogener Verwaltungsakt</i> .....	38
cc) <i>„Damokles-Rechtsprechung“ des BVerwG</i> .....	39
<b>V) RECHTSSCHUTZ DE LEGE FERENDA .....</b>	<b>42</b>
1) PRÄMISSEN FÜR DIE BEURTEILUNG .....	42
2) KEINE RECHTSSCHUTZLÜCKEN.....	42

### **Gutachterfragen**

1. Welche rechtliche Bindungswirkung entfaltet informelles Verwaltungshandeln der BaFin (zB durch Äußerungen in Interviews, Reden/Redemanuskripte, Informationen auf Q&A-Websites oder Merkblätter) im Bereich des Bankaufsichtsrechts?
2. Stehen Banken Rechtsschutzmöglichkeiten gegen informelles Verwaltungshandeln der BaFin offen?
3. Bietet es sich aus rechtspolitischer Sicht an, die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen informelles Verwaltungshandeln der BaFin im Bankaufsichtsrecht zu verbessern?

## Executive Summary

### I. Begriff, Erscheinungsformen und Abgrenzung informeller Bankregulierung

1. „Informelle Bankregulierung“ ist die nicht rechtsförmliche Setzung allgemeiner Verhaltensstands durch die BaFin auf dem Gebiet des Bankaufsichtsrechts. In den Kategorien des Verwaltungsrechts handelt es sich um einseitiges normenbezogenes informelles Verwaltungshandeln. Beispiele sind Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter, Auslegungsgesamtheitsentscheidungen und FAQs sowie Erwartungsformulierungen in Pressemitteilungen, Artikeln im BaFin Journal und Redemanuskripten.
2. Informelle Bankregulierung hat eine hohe faktische Bindungswirkung. Grund dafür sind v.a. Reputationsmechanismen, die auf dem Bankenmarkt besonders schlagkräftig sind. Auch die BaFin erwartet, dass sich Kreditinstitute an ihre informelle Bankregulierung halten.

### II. Potenzial und Gefahren informeller Bankregulierung

3. Informelle Bankregulierung birgt ein großes Potenzial zur Verbesserung der Aufsichtspraxis – nicht zuletzt auch im Interesse der Kreditinstitute. Sie kann die Transparenz der Aufsicht erhöhen, zur Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen beitragen, die Rechtssicherheit stärken, Verhalten effizient steuern und Streitigkeiten vermeiden. Zudem birgt sie Lernpotenzial für die BaFin, sofern die Bundesanstalt bereit ist, informelle Bankregulierung schrittweise anzupassen.
4. Nicht zu übersehen sind jedoch auch die Gefahren, die mit der informellen Bankregulierung der BaFin verbunden sind und die man schlagwortartig zusammenfassen kann als Legitimations-, Kontroll- und Rechtsstaatlichkeitsprobleme. Sie ergeben sich aus dem grundsätzlichen Befund, dass Kreditinstitute aufgrund der auf dem Bankenmarkt besonders wirksamen Reputationsmechanismen die Auseinandersetzung mit der BaFin prinzipiell auch dann scheuen, wenn sie der Ansicht sind, dass die BaFin rechtswidrig handelt. Daraus resultiert die grundsätzliche Gefahr, dass die BaFin faktisch selbst gesetztes Recht vollzieht und dabei die Grenzen des aufsichtsrechtlich Zulässigen systematisch überschreitet.

5. Veranschaulichen kann man diese Probleme an den Empfehlungen der BaFin zu Dividendenausschüttungen zu Beginn der COVID-19-Pandemie, die anfangs kaum sachgerechte und aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebotene Differenzierungen zwischen großen und kleinen, finanziell stabilen und weniger stabilen und Genossenschafts- und Privatbanken zuließen.

### III. Rechtliche Bindungswirkung informeller Bankregulierung

6. Die informelle Bankregulierung der BaFin ist nicht regelnd. Sie setzt kein Recht. Sie bindet nicht die Gerichte, sondern muss ihrerseits den Vorgaben von Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) genügen. Sie ist Gegenstand, nicht jedoch Maßstab gerichtlicher Kontrolle. In der Formensprache des Verwaltungsrechts handelt es sich in vielen Fällen um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften. Andere Verlautbarungen wie insbesondere informelle Erwartungsformulierungen sind sonstiges schlichtes Verwaltungshandeln.
7. Die informelle Bankregulierung der BaFin hat jedoch mittelbare rechtliche Bindungswirkungen. Hervorzuheben sind die folgenden Aspekte:
  - a. Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften führen zu einer Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 GG).
  - b. Die Möglichkeit von Kreditinstituten, deren Geschäftsleitern und Repräsentanten, sich über in Verlautbarungen der BaFin über die Rechtslage und Aufsichtspraxis zu informieren, ist bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit ihres Handelns zu berücksichtigen. Gleichwohl darf keinesfalls „automatisch“ von dem Verstoß gegen informelle Bankregulierung auf ein fahrlässiges oder gar leichtfertiges Handeln geschlossen werden.
  - c. Der Verstoß gegen Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter und andere Quellen informeller Bankregulierung genügt *nicht* als Grundlage einer belastenden Verfügung gegen Kreditinstitute. Informelle Bankregulierung ersetzt nicht die Subsumtion unter das Gesetz.

### IV. Rechtsschutz de lege lata

8. Den Kreditinstituten steht grundsätzlich kein *unmittelbarer* Rechtsschutz gegen informelle Bankregulierung der BaFin zur Verfügung. Selbst wenn man die Verlautbarungen

der BaFin als Grundrechtseingriffe qualifizieren würde, müsste eine vorbeugende Feststellungs- bzw. Unterlassungsklage grundsätzlich an dem fehlenden Feststellungsinteresse bzw. Rechtsschutzbedürfnis scheitern, weil die BaFin sich in aller Regel zunächst informell an Marktteilnehmer wendet, bevor sie weitergehende Maßnahmen trifft.

9. Kreditinstitute haben jedoch verschiedene Möglichkeiten, die Rechtmäßigkeit informeller Bankregulierung der BaFin auf *inzidentem* Wege gerichtlich kontrollieren zu lassen. Die größte Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die sog. „Damokles-Rechtsprechung“ des BVerwG, nach der ein hinreichendes Feststellungsinteresse iSv § 43 Abs. 1 VwGO besteht, wenn die Behörde mit einer Strafanzeige, der Einleitung eines Bußgeldverfahrens oder einer ähnlich einschneidenden Maßnahme droht, um den Adressaten zu einem bestimmten verwaltungsrechtlich relevanten Verhalten zu bewegen. Diese Rechtsprechung führt bei richtiger Anwendung zu vergleichsweise frühen Rechtsschutzmöglichkeiten der Kreditinstitute und deren Geschäftsleitern. Insbesondere sind bei der Beurteilung des Feststellungsinteresses die auf dem Bankenmarkt besonders stark ausgeprägten Reputationsmechanismen zu berücksichtigen. Ihretwegen ist es Kreditinstituten und deren Geschäftsleitern regelmäßig unzumutbar, einen längeren Schwebezustand zu akzeptieren, währenddessen die Rechtmäßigkeit ihres Handelns aufgrund von BaFin-Verlautbarungen in Zweifel gezogen werden könnte.

## V. Rechtsschutz *de lege ferenda*

10. Da die „Damokles-Rechtsprechung“ (s.o. 9.) des BVerwG bei richtiger Anwendung durch die Verwaltungsgerichte den notwendigen Rechtsschutz zur Verfügung stellt, ist eine gesetzgeberische Anpassung des derzeitigen Rechtsschutzsystems nicht erforderlich.

## **I) Informelle Bankregulierung durch die BaFin – Begriff, Erscheinungsformen, Abgrenzung**

### **1) Einleitung**

#### **a) Die BaFin als Aufsichts- und Regulierungsbehörde**

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ist eine *Aufsichtsbehörde*, d.h. sie *vollzieht Normen im Einzelfall* gegenüber Kreditinstituten (Banken)<sup>1</sup>, Versicherungen und anderen Finanzmarktteilnehmern (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 FinDAG). Sie ist zudem eine *Regulierungsbehörde*, d.h. sie *erlässt Normen* für eine unbestimmte *Vielzahl von Fällen*. Diese Normsetzung kann auf formalem (= rechtsförmlichem) Wege geschehen, also durch Rechtsverordnungen, zu deren Erlass die BaFin durch das Bundesministerium der Finanzen in zahlreichen Fällen ermächtigt wurde.<sup>2</sup> Normsetzung kann aber auch auf informellem (= nicht rechtsförmlichem) Weg geschehen, insbesondere durch den Erlass von Richtlinien wie etwa der „Aufsichtsrichtlinie“ zur Aufgabenabgrenzung von BaFin und Deutscher Bundesbank,<sup>3</sup> mit Rundschreiben zu Themenkomplexen wie etwa der MaRisk<sup>4</sup> oder der MaComp<sup>5</sup> und mit Merkblättern zu Einzelfragen wie zB den Voraussetzungen des Einlagen-<sup>6</sup> oder Kreditgeschäfts<sup>7, 8</sup>. Zwar betätigt sich die BaFin hier in einem strengen, gewaltenteilungsrechtlichen Sinn nicht als Gesetzgeber, sondern informiert lediglich über ihre Interpretation des Gesetzes.<sup>9</sup> Das Ergebnis ist jedoch ähnlich wie bei der Gesetzgebung, weil die BaFin allgemeine Verhaltensstandards setzt, die eine hohe *faktische Bindungswirkung* gegenüber den Marktteilnehmern entfalten und die *in der*

---

<sup>1</sup> Die Begriffe Bank und Kreditinstitut werden im Folgenden synonym verwendet.

<sup>2</sup> Verordnung zur Übertragung von Befugnissen zum Erlass von Rechtsverordnungen auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFinBefugV) vom 13.2.2002, BGBl. I, S. 3.

<sup>3</sup> Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute durch die Deutsche Bundesbank (Aufsichtsrichtlinie) vom 21. Mai 2013, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Richtlinie/rl\\_130521\\_aufsichtsrichtlinie.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Richtlinie/rl_130521_aufsichtsrichtlinie.html).

<sup>4</sup> Rundschreiben 09/2017 – Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MARisk) vom 27.10.2017, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs\\_1709\\_marisk\\_ba.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs_1709_marisk_ba.html).

<sup>5</sup> Rundschreiben 5/2018 – Mindestanforderungen an Compliance und die weiteren Verhaltens-, Organisations-, und Transparenzpflichten (MAComp) v. 9.4.2018, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macomp.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html).

<sup>6</sup> BaFin Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts (Stand: März 2014), [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_140311\\_tatbestand\\_einlagengeschaeft.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140311_tatbestand_einlagengeschaeft.html).

<sup>7</sup> BaFin Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts (Stand: Mai 2016), [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_090108\\_tatbestand\\_kreditgeschaeft.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_090108_tatbestand_kreditgeschaeft.html).

<sup>8</sup> Zur Abgrenzung von Rundschreiben (Themenkomplexe) und Merkblättern (Einzelfragen) s. BaFin, Verwaltungspraxis, [https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Verwaltungspraxis/verwaltungspraxis\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Verwaltungspraxis/verwaltungspraxis_node.html).

<sup>9</sup> Näher dazu u. III)1).

*Praxis ebenso beachtet* werden wie Gesetze.<sup>10</sup> Entsprechend ist das Selbstverständnis der BaFin.<sup>11</sup>

Diese nicht rechtsförmliche Normsetzung der BaFin auf dem Gebiet des Bankaufsichtsrechts soll im Folgenden als „**informelle Bankregulierung**“ bezeichnet werden.<sup>12</sup> Anknüpfend an die rechtsvergleichend etablierte Unterscheidung zwischen *hard law* und *soft law*<sup>13</sup> kann man auch von „weicher Bankregulierung“ sprechen,<sup>14</sup> obwohl dieser Begriff über die hohe faktische Bindungswirkung hinwegtäuschen könnte<sup>15</sup>.

Gerade in letzter Zeit macht die BaFin von „besonders informellen“ Instrumenten Gebrauch, um allgemeine Verhaltensstandards für Banken zu etablieren. Sie lassen sich am besten als **informelle** (= nicht rechtsförmliche) **Erwartungsformulierungen** bezeichnen. Dies geschieht etwa in Pressemeldungen, Beiträgen im BaFin-Journal<sup>16</sup>, Äußerungen von BaFin-Direktorinnen und -Direktoren<sup>17</sup> in Zeitungsinterviews oder Reden, die anschließend auf der BaFin-Homepage veröffentlicht werden.<sup>18</sup>

## b) Beispiel: Ausschüttungspolitik während Corona

Das bekannteste Beispiel solcher Erwartungsformulierungen sind die Empfehlungen der BaFin zur Ausschüttungspolitik während der COVID-19-Pandemie. Am 27. März 2020 empfahl die Europäische Zentralbank (EZB), gestützt auf Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 SSM-VO<sup>19</sup>, dass

<sup>10</sup> Zu den Gründen u. II)2)b).

<sup>11</sup> Repräsentativ die Äußerung des BaFin-Exekutivdirektors Bankenaufsicht *Raimund Röseler* in Kreditwesen 7/2020, 13: „Das Merkblatt ist erst mal rechtlich unverbindlich. Es drückt lediglich unsere Erwartungen aus. Aber wir als Aufseher setzen auch voraus, dass unsere Erwartungen ernst genommen werden. Das ist der Sinn, wenn wir so etwas veröffentlichen.“

<sup>12</sup> Ähnlich *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 16: „informelle Maßnahmen“, „politische Instrumente, die dem Bereich der moral persuasion zuzuordnen sind“.

<sup>13</sup> Der Begriff „soft law“ wird vielfach *Lord McNair*, *The Law Of Treaties*, 1961 als Urheber zugeschrieben, unbestritten ist dies jedoch nicht, vgl. *J. d’Aspremont*, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, EJIL 2008, S. 1075, 1081 m. w. N.; ausführlich und systembildend für den Bereich des Europarechts *J. Schwarze*, EuR 2011, 3, 4 ff.; aus einer rechtstheoretischen Perspektive etwa *G.P. Callies/Renner*, *From Soft Law to Hard Code: The Juridification of Global Governance* (November 16, 2007), <https://ssrn.com/abstract=1030526>, S. 15 ff.

<sup>14</sup> Vgl. auch *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 889: „weiche Verhaltenssteuerung“.

<sup>15</sup> Besser wäre daher wohl der Begriff „erhärtete weiche Bankregulierung“, vgl. noch u. III)1)a).

<sup>16</sup> Hierzu *Piwowarski* WM 2019, 1957 unter dem Titel „BaFin Journal als neues Aufsichtsinstrument in der Wertpapieraufsicht?“

<sup>17</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden stets nur die männliche Form verwendet.

<sup>18</sup> Vgl. zB [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/CoronaVirus/CoronaVirus\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/CoronaVirus/CoronaVirus_node.html) unter der Rubrik „Reden der Mitglieder des Direktoriums“.

<sup>19</sup> Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. (EU) Nr. L 287 v. 29.10.2013, S. 63.

bedeutende Kreditinstitute zumindest bis 1. Oktober 2020 keine Dividenden ausschütten und keine unwiderruflichen Verpflichtungen zur Dividendenausschüttung für die Geschäftsjahre 2019 und 2020 eingehen sollten.<sup>20</sup> Dieselbe Empfehlung richtete die EZB an die nationalen Aufsichtsbehörden, soweit es um weniger bedeutende Kreditinstitute (LSIs) ging, die gem. Art. 6 Abs. 4 SSM-VO nicht der direkten EZB-Aufsicht unterliegen. Wörtlich heißt es: „Die nationalen zuständigen Behörden und die nationalen benannten Behörden sind gehalten, diese Empfehlung in einer ihnen angemessen erscheinenden Weise auf die genannten Unternehmen und Gruppen anzuwenden.“

Die BaFin bekräftigte daraufhin am 30. März 2020 die schon zuvor geäußerte<sup>21</sup> Erwartung, dass Banken zumindest bis zum 1. Oktober 2020 keine Dividenden und Gewinne ausschütten.<sup>22</sup> In dieser Pressemeldung wird BaFin-Exekutivdirektor *Raimund Röseler* wie folgt zitiert:

„Wir erwarten, dass auch die Institute, die unter unserer direkten Aufsicht stehen (...), bis mindestens Oktober 2020 keine Dividenden zahlen oder Gewinne ausschütten.“<sup>23</sup>

Im April 2020 veröffentlichte *Röseler* einen entsprechenden Appell im BaFin-Journal. In dem Artikel hebt er hervor, dass die BaFin die Banken in der Pandemie entlaste. Aufsichtsrechtliche Prüfungen seien gestoppt, Informationsanfragen auf ein Minimum reduziert und Stresstests verschoben worden.<sup>24</sup> Im Gegenzug erwarte die BaFin, dass Banken ihre Eigenkapitalbasis stärken und Gewinne thesaurieren mögen, anstatt sie auszuschütten.<sup>25</sup> Wörtlich heißt es:

„Das Gros der Institute wird Für und Wider von Ausschüttungen sorgfältig abwägen. Ergebnis dieser Abwägung sollte aber sein, erst einmal keine Dividenden auszuschütten.“

---

<sup>20</sup> Empfehlung der Europäischen Zentralbank vom 27. März 2020 zu Dividendenausschüttungen während der COVID-19-Pandemie und zur Aufhebung der Empfehlung EZB/2020/1 (EZB/2020/19), ABl. EU Nr. C 102 I v. 30.3.2020, S. 1.

<sup>21</sup> BaFin Pressemitteilung 24. März 2020, Corona-Krise: BaFin erläutert veränderte aufsichtliche Anforderungen, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm\\_200324\\_corona-krise\\_aufsichtliche\\_anforderungen.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm_200324_corona-krise_aufsichtliche_anforderungen.html).

<sup>22</sup> BaFin Pressemitteilung 30. März 2020, BaFin bekräftigt ihre Erwartung an Institute, auf Dividendenzahlungen zu verzichten, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm\\_200330\\_corona-krise\\_verzicht\\_dividendenzahlungen.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm_200330_corona-krise_verzicht_dividendenzahlungen.html).

<sup>23</sup> BaFin Pressemitteilung 30. März 2020, BaFin bekräftigt ihre Erwartung an Institute, auf Dividendenzahlungen zu verzichten, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm\\_200330\\_corona-krise\\_verzicht\\_dividendenzahlungen.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2020/pm_200330_corona-krise_verzicht_dividendenzahlungen.html).

<sup>24</sup> *Röseler* BaFin Journal 4/2020, 23, 24.

<sup>25</sup> *Röseler* BaFin Journal 4/2020, 23, 24.

(...) Wer aber entgegen allen Empfehlungen erlaubt, dass sein Institut in diesen schweren Zeiten Dividenden ausschüttet, der sollte sich fragen, ob er noch das volle Vertrauen der Bankenaufsicht verdient.“<sup>26</sup>

Nachdem die EZB am 17. Juli 2020 ihre Empfehlung zu Dividendenausschüttungen bis zum 1. Januar verlängerte,<sup>27</sup> richteten die BaFin und die Deutsche Bundesbank am 3. September 2020 ein Schreiben (ohne Rechtsbehelfsbelehrung) an die Spitzenverbände der Deutschen Kreditwirtschaft (DK). Dividenden sollen jetzt nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen, sondern (nur) ausgeschüttet werden können, „wenn das jeweilige Institut über eine nachhaltig positive Ertragsprognose verfügt und die Kapitalsituation auch in einer anhaltenden Stressphase weiterhin ausreichende Puffer ausweist.“ Zum Verfahren heißt es:

„Falls eines der Mitgliedsinstitute der DK-Verbände, das LSI ist, die Absicht hat, Dividenden auszuschütten, ist dies vor dem Erlass gesellschaftsrechtlich bindender Beschlüsse gegenüber der BaFin und der Deutschen Bundesbank anzuzeigen. Wir bitten Sie, die Mitgliedsinstitute der im DK zusammengeschlossenen Verbände entsprechend zu informieren.“<sup>28</sup>

Am 15. Dezember 2020 empfahl die EZB, dass bedeutende Kreditinstitute bis 30. September 2021 äußerste Zurückhaltung bei ihrer Entscheidung zu Dividendenzahlungen oder Aktienrückkäufen walten lassen.<sup>29</sup> Die BaFin begrüßte diese Entscheidung. In einer Pressemeldung hob sie hervor, dass sie die von der EZB befürwortete Einzelfallbetrachtung bereits praktizieren würde.<sup>30</sup>

### c) Gründe für den Bedeutungszuwachs informeller Bankregulierung

Die Gründe für die gestiegene Bedeutung informeller Bankregulierung sind vielfältig. Wesentlicher Grund ist vermutlich der zunehmende Gebrauch „weicher“ Regulierungsinstrumente im EU-Bank- und Kapitalmarktrecht, v.a. Level-3-Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden

---

<sup>26</sup> Röseler BaFin Journal 4/2020, 23, 25.

<sup>27</sup> Röseler BaFin Journal 4/2020, 23, 25.

<sup>28</sup> Deutsche Bundesbank/BaFin, Schreiben vom 3.9.2020 (dem Verfasser vorliegend).

<sup>29</sup> Empfehlung der Europäischen Zentralbank vom 15. Dezember 2020 zu Dividendenausschüttungen während der COVID-19-Pandemie und zur Aufhebung der Empfehlung EZB/2020/35 (EZB/2020/62), ABl. EU Nr. C 437 v. 18.12.2020, S. 1.

<sup>30</sup> BaFin Pressemitteilung 15.12.2020 EZB zu Ausschüttungen und Vergütung, [https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020\\_21\\_Corona/meldung\\_2020\\_12\\_15\\_corona\\_virus\\_14\\_EZB\\_Dividenden.html](https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020_21_Corona/meldung_2020_12_15_corona_virus_14_EZB_Dividenden.html): „Die BaFin praktiziert bereits die Einzelfallbetrachtung.“

(EBA, ESMA und EIOPA), Q&A-Stellungnahmen dieser Behörden (kürzlich reguliert in Art. 16b ESA-VOen<sup>31</sup>) und – wie das Beispiel der Dividendenpolitik zeigt – Leitlinien und Empfehlungen der EZB. Zudem ist das Bankgeschäft in den letzten Jahren immer internationaler und schnelllebiger geworden, so auch der Bedarf nach schnellen und transparenten Reaktionen der Aufsichtsbehörden gestiegen ist. Schließlich könnte perplexerweise die seit Jahren anhaltende, immer detailliertere Normenflut im Bankaufsichtsrecht dazu beigetragen haben, denn ein Blick in die Geschichte des Verwaltungsrechts lehrt, „dass jede Formalisierung zu weiterer Vorverlagerung informellen Handelns führt“<sup>32</sup>.

## 2) Informelle Bankregulierung als informelles Verwaltungshandeln

### a) Begriff, Arten und Erscheinungsformen informellen Verwaltungshandelns

Informelle Bankregulierung ist ein Unterfall informellen Verwaltungshandelns. Informelles (auch: informales<sup>33</sup>) Verwaltungshandeln ist seit Anfang der 1980er Jahre ein viel diskutiertes Thema in der Verwaltungsrechtswissenschaft. Die Literatur ist reichhaltig und nur schwer zu überblicken<sup>34</sup>. Beispiele informellen Verwaltungshandelns stammen vor allem aus dem Umwelt-<sup>35</sup>, aber auch aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. EU Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 12; Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl. EU Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 84; geändert durch Verordnung (EU) 2019/2175 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2019, ABl. EU L 334 v. 27.12.2019, S. 1; Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Behörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl. EU Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 48.

<sup>32</sup> *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 174.

<sup>33</sup> *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 199 ff.; *Bohne* in Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 7. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 1984, S. 97; *G.F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 236.

<sup>34</sup> *Remmert* in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5: „unübersehbar“. Empfehlenswerte Zusammenfassung v.a. bei *Fehling* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 38.

<sup>35</sup> *Remmert* in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5; *Ritgen* in Knack/Hennecke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, Vor § 9 Rn. 18.

<sup>36</sup> *Remmert* in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5; *Ritgen* in Knack/Hennecke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, Vor § 9 Rn. 18.

Eine einheitliche Begriffsdefinition informellen Verwaltungshandeln hat sich bisher nicht herausgebildet.<sup>37</sup> Dies liegt daran, dass der Begriff viele sehr heterogene Handlungsformen bezeichnet.<sup>38</sup> Gemeinsam ist allen Handlungsformen, dass sie *nicht regelnd* sind,<sup>39</sup> also aus sich heraus keine Rechtsfolge entfalten, insbesondere weder Rechte einräumen noch Pflichten auferlegen, und dass sie nicht Teil der formalisierten Verwaltung sind,<sup>40</sup> insbesondere nicht in einem formalisierten Verwaltungsverfahren erlassen werden. Klassische Beispiele sind unverbindliche Absprachen zwischen Behörden und Bürgern,<sup>41</sup> zB die einvernehmliche Festlegung des Sachverhalts in einem Verwaltungsverfahren, die Verständigung über den Inhalt einer Genehmigung<sup>42</sup> sowie Warnungen und andere Formen staatlicher Öffentlichkeitsarbeit.<sup>43</sup>

Informelles Verwaltungshandeln beruht häufig auf einer Kooperation zwischen Verwaltung und Bürger.<sup>44</sup> Es kann jedoch auch *einseitig* sein, d.h. allein von der Behörde ausgehen, wie die Beispiele der Warnungen und der sonstigen behördlichen Öffentlichkeitsarbeit zeigen.<sup>45</sup> Meist betrifft es den Gesetzesvollzug im Einzelfall („normvollziehend“<sup>46</sup> teilweise auch „projektbezogen“<sup>47</sup>), es kann jedoch auch „normbezogen“ (teilweise auch „normersetzend“<sup>48</sup>) sein, d.h. nicht auf Einzelfälle, sondern auf abstrakt-generelle Regelungen gerichtet.<sup>49</sup> Das in der Ver-

---

<sup>37</sup> Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5.

<sup>38</sup> Gusy NJW 2000, 977, 978 f.

<sup>39</sup> Fehling in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 7; Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5; Ritgen in Knack/Hennecke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, Vor § 9 Rn. 17 („ohne Rechtsfolgenentscheidung“).

<sup>40</sup> Gusy NJW 2000, 977, 979.

<sup>41</sup> Grundlegend *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981; *Bohne* in Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 7. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 1984, S. 97; danach v.a. G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 236 ff.; monographisch Kautz, Absprachen im Verwaltungsrecht, 2002; aus der Kommentarliteratur etwa Ritgen in Knack/Hennecke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, Vor § 9 Rn. 18.

<sup>42</sup> Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 6.

<sup>43</sup> Gusy NJW 2000, 977.

<sup>44</sup> Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 5; zum Teil wird informelles Verwaltungshandeln auch mit Kooperation zwischen Verwaltung und Rechtsunterworfenem gleichgesetzt, vgl. etwa Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 172, der die Begriffe des informellen Verfahrens und des kooperativen Verfahrens gleichsetzt; letztlich möglicherweise auch Remmert aaO „unter Einbeziehung der von der potentiellen Regelung Betroffenen“; ähnlich Ritgen in Knack/Hennecke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, Vor § 9 Rn. 41 f. (informelles Verwaltungshandeln und informelle Absprachen).

<sup>45</sup> Fehling in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 38; monographisch Schramm, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016.

<sup>46</sup> Fehling in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 34; Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 6.

<sup>47</sup> Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 6.

<sup>48</sup> Fehling in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 36.

<sup>49</sup> Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 6.

waltungsrechtswissenschaft am häufigsten diskutierte Beispiel ist die Selbstregulierung („freiwillige Selbstverpflichtung“) beaufsichtigter Industrien durch selbst gesetzte Kodizes oder andere Verhaltensstandards, die meist erfolgt, um staatliche Regulierung zu vermeiden.<sup>50</sup>

### b) Einordnung informeller Bankregulierung

Informelle Bankregulierung ist ein Unterfall normbezogenen informellen Verwaltungshandelns, da es nicht auf einen Einzelfall gerichtet ist, sondern eine Vielzahl von Fällen erfassen soll. Es unterscheidet sich von dem klassischen Beispiel der Selbstregulierung dadurch, dass es nicht das Produkt einer Kooperation zwischen Aufsicht und Beaufsichtigten ist, sondern einseitig erfolgt. Man kann es daher bezeichnen als *einseitiges normbezogenes informelles Verwaltungshandeln im Bankaufsichtsrecht*.

### 3) Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung

Es gibt nur wenig rechtswissenschaftliche Literatur, die sich spezifisch mit informeller Bankregulierung beschäftigt.<sup>51</sup> Obwohl das Phänomen des informellen Verwaltungshandelns in der Verwaltungsrechtswissenschaft seit ca. 40 Jahren diskutiert wird, existieren kaum spezifisch *verwaltungsrechtswissenschaftliche* Abhandlungen zur informellen Bankregulierung.<sup>52</sup> Allzu überraschend ist dies nicht, wenn man berücksichtigt, dass das gesamte „Finanzmarktaufsichtsrecht (...) als Referenzmaterie verwaltungsrechtlicher Systembildung nahezu bedeutungslos“ ist.<sup>53</sup> Grund für das „weitgehende Desinteresse“<sup>54</sup> der Verwaltungswissenschaft an dem Bankaufsichtsrecht ist vermutlich dessen Charakter als Querschnittsmaterie: Die einschlägigen Normen sind ganz überwiegend öffentlich-rechtlicher Natur, werfen aber auf Tatbestandsseite viele, teils sehr anspruchsvolle zivilrechtliche Vorfragen auf. Zudem werden sie von einem

---

<sup>50</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 182; Fehling in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 36; Remmert in Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 37 Rn. 6; monographisch umfassend v.a. Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002.

<sup>51</sup> S. vor allem Schädle, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007; Fekonja, BaFin-Verlautbarungen, 2014; Gurlit ZHR 177 (2013), 862. Reichhaltiger ist die Literatur zu den Level-3-Leitlinien der ESMA bzw. des CESR, vgl. etwa Spindler/Hupka in Möllers, Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 117, 128 ff.; Hupka WM 2009, 1351; Möllers ZEuP 2008, 480, 491 ff.; Veil, ZGR 2014, 544, 584 ff.; Veil ZBB 2018, 151; Veil, FS 25 Jahre WpHG, 2019, S. 87, 97 f.

<sup>52</sup> Vgl. aber Schramm, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016, S. 49 ff.; Schädle, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 80 ff. Die Dissertation von Fekonja, BaFin-Verlautbarungen, 2014 ist mehr rechts(quellen)theoretisch als verwaltungsrechtlich und setzt sich zB auch mit der zivilrechtlichen Bindungswirkung von BaFin-Verlautbarungen auseinander.

<sup>53</sup> So Gurlit ZHR 177 (2013), 862, 864.

<sup>54</sup> So Gurlit ZHR 177 (2013), 862, 864.

privatrechtlichen Durchsetzungsregime (Schadensersatzklagen) flankiert, das in der Praxis eine viel größere Bedeutung hat als verwaltungsgerichtliche Verfahren – letztere sind so gut wie inexistent.<sup>55</sup>

Auch die *bank- oder kapitalmarktrechtliche* Literatur hat kaum einen systembildenden Beitrag zur informellen Bankaufsicht geleistet, was vermutlich daran liegt, dass dieses Thema viele verwaltungsrechtliche Vor- und Folgefragen aufwirft, zu denen zivilrechtlich geprägte Bankrechtler keinen einfachen Zugang finden.

Im Folgenden wird es daher kaum möglich sein, unmittelbar auf Literatur oder gar Rechtsprechung zurückzugreifen, um die Gutachterfragen zu beantworten. Die allgemeine Diskussion über das informelle Verwaltungshandeln hat jedoch einige Erkenntnisse und gefestigte Rechtsprechung zutage gefördert, aus der sich Rückschlüsse zu den Rechtsfragen der informellen Bankregulierung ziehen lassen.

---

<sup>55</sup> Vgl. *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 864; zu den kaum vorhandenen Judikaten, die sich mit den Rechtsschutzmöglichkeiten von Kreditinstituten gegen informelle Bankregulierung auseinandersetzen, s. noch u. IV)2).

## II) Potenzial und Gefahren informeller Bankregulierung

### 1) Potenzial

Informelle Bankregulierung birgt ein großes Potenzial für die Aufsichtspraxis und kann von großem Vorteil für Kreditinstitute sein. Sie macht die Praxis der BaFin *transparent* und bringt Licht in Aufsichtsbereiche, in denen zuvor informelle, individuelle Absprachen existierten, die von dritter Seite kaum oder gar nicht nachvollzogen und kontrolliert werden konnten. Informelle Bankregulierung hat daher das Potenzial, die Aufsichtspraxis zu vereinheitlichen<sup>56</sup> und ein ebenes Spielfeld (*level playing field*) unter den Kreditinstituten zu schaffen, da die BaFin von den selbst gesetzten Standards nur bei nachvollziehbarem sachlichen Grund abweichen darf.<sup>57</sup> Dies trägt zur Marktöffnung bei und belebt den Wettbewerb unter den Kreditinstituten, was langfristig vor allem im Interesse der Bankkunden liegt.

Informelle Bankregulierung kann auch die *Rechtssicherheit* der Kreditinstitute erhöhen, weil sie frühzeitig über das Rechtsverständnis der BaFin informiert und die tragenden Gründe der Aufsichtspraxis offenlegt. Insofern kann man informelle Bankregulierung als eine Form behördlicher Öffentlichkeitsarbeit ansehen, die – wie das BVerfG schon vor langer Zeit entschieden hat – nicht nur mit dem Grundgesetz vereinbar ist<sup>58</sup>, sondern ausnahmsweise sogar verfassungsrechtlich geboten sein kann.<sup>59</sup> Wer eine Staatsaufgabe wahrnimmt, darf über sie informieren und muss dies mitunter sogar tun.<sup>60</sup> Dadurch können Rechtsstreitigkeiten vermieden und Verhalten präventiv gesteuert werden, ohne dass förmliche Verwaltungsverfahren eingeleitet werden müssten.<sup>61</sup>

Informelle Bankregulierung erlaubt der BaFin zudem, *schnell* und *flexibel* auf neue Entwicklungen zu reagieren<sup>62</sup> – man denke nur an das aktuelle Beispiel der Corona-Pandemie. Schließ-

---

<sup>56</sup> Zu diesem Aspekt im Hinblick auf Richtlinien gem. § 7 Abs. 2 KWG s. Begr RegE BT-Drucks. 14/7033, S. 40.

<sup>57</sup> Zur Selbstbindung der BaFin aufgrund von Art. 3 GG noch u. III)2b).

<sup>58</sup> BVerfGE 20, 56, 100: „Weiterhin ist unbedenklich die sogenannte Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften, soweit sie – bezogen auf ihre Organtätigkeit – der Öffentlichkeit ihre Politik, ihre Maßnahmen und Vorhaben sowie die künftig zu lösenden Fragen darlegen und erläutern.“

<sup>59</sup> BVerfGE 40, 287, 293 f.; BVerfGE 44, 125, 147, 152; BVerfGE 63, 230, 242 f.

<sup>60</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen Gusy NJW 2000, 977, 978.

<sup>61</sup> Vgl. auch Eifert in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 46.

<sup>62</sup> Allg. Eifert in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 46.

lich kann die BaFin informelle Bankregulierung nutzen, um von den Marktteilnehmern zu *lernen*. Dies setzt voraus, dass die BaFin Marktteilnehmer oder deren Verbände entweder vor dem Erlass informeller Bankregulierung konsultiert oder bereit ist, ihre Verlautbarungen nach Kritik der Marktteilnehmer zu revidieren und anzupassen. Dann lässt sich informelle Bankregulierung trotz ihrer Einseitigkeit<sup>63</sup> durchaus als *Kooperationsangebot* an die Kreditinstitute verstehen, d.h. als erster Schritt zur Entwicklung einer sachgerechten Aufsichtspraxis, verbunden mit der impliziten Aufforderung an die Kreditinstitute, die Bundesanstalt auf Härten, Lücken oder andere Unzulänglichkeiten ihrer verlautbarten Praxis aufmerksam zu machen.

## 2) Gefahren

### a) Überblick

Selbstverständlich birgt informelle Bankregulierung auch Gefahren [s.u. c)]. Sie ergeben sich aus der hohen faktischen Bindungswirkung informeller Bankregulierung [s.u. b)].

### b) Faktische Bindungswirkung informeller Bankregulierung

#### aa) Überblick

Informelle Bankregulierung ist *per definitionem* nicht regelnd<sup>64</sup> und entfaltet daher aus sich heraus keine rechtliche Bindungswirkung.<sup>65</sup> Gleichwohl hat sie eine starke faktische Bindungswirkung.<sup>66</sup> Verlautbarungen der BaFin wie Richtlinien, Merkblätter und Rundschreiben werden in der Praxis wie geltendes Recht behandelt.<sup>67</sup> In der Praxis werden die Anforderungen in der Regel „aufsichtsrechtlich“<sup>68</sup> und nicht „aufsichtsbehördlich“ genannt<sup>69</sup>. Die faktische Bindungswirkung informeller Bankregulierung wird zum Teil als so stark angesehen, dass die Diskussion über ihre rechtliche Bindungswirkung als müßig empfunden wird.<sup>70</sup> Grund dafür sind

---

<sup>63</sup> S.o. I)2) zur Einordnung informeller Bankregulierung in das Begriffssystem informellen Verwaltungshandelns.

<sup>64</sup> S. bereits o. I)2)a).

<sup>65</sup> Ausführlich noch u. III)1).

<sup>66</sup> Wohl allgA, s. etwa *Bauerfeind* DÖV 2020, 110; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 893; *U.H. Schneider* WM 1996, 712, 713. Von einer „erhebliche Bedeutung in der Praxis“ sprechen *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 16; *Fett* WM 1999, 613 f.; von einem „erheblichen Gewicht für die Adressaten“ spricht *Walther* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 57.

<sup>67</sup> Explizit in diesem Sinne *Bauerfeind* DÖV 2020, 110: „werden in der Praxis wie ein förmliches Gesetz gelesen“; *Walther* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 57: „faktische Rechtsätze“.

<sup>68</sup> Stellvertretend für viele *Walther* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 57 (der im nächsten Satz klarstellt, dass die Verlautbarungen keine rechtliche Außenwirkung entfalten).

<sup>69</sup> *Bürkle*, Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 14 (im Hinblick auf die MaGo).

<sup>70</sup> Pointiert *Röhl* in Ruffert/Fehling, Regulierungsrecht, 2010, § 18 Rn. 66 (mit Blick auf die MARisk).

Reputationsmechanismen [s.u. bb)], die auf dem Bankenmarkt ganz besonders stark ausgeprägt sind [s.u. cc)-dd)]. Sie bewirken, dass Banken und deren Geschäftsleiter Auseinandersetzungen mit der BaFin in aller Regel scheuen – unabhängig davon, ob Grund der Auseinandersetzung geltendes Recht oder informelle Bankregulierung ist, und unabhängig davon, ob sie sich im Recht sehen oder nicht.

## **bb) Ökonomische Forschung zur Unternehmensreputation**

### **(1) Begriff**

Wie Reputationsmechanismen das Verhalten von Unternehmen steuern, ist vor allem in den Wirtschaftswissenschaften untersucht worden.<sup>71</sup> Der Begriff der Unternehmensreputation (*corporate reputation*) wird meist<sup>72</sup> definiert als

die auf dem bisherigen Verhalten der Gesellschaft beruhende Einschätzung der Stakeholder der Gesellschaft, ob und inwieweit sich die Gesellschaft in Zukunft im Interesse der Stakeholder verhalten, insbesondere ihre expliziten und impliziten Versprechen an die Stakeholder halten wird.<sup>73</sup>

Stakeholder im Sinne dieser Definition sind alle Personen, deren Wohlfahrt von den Handlungen der Gesellschaft abhängt,<sup>74</sup> die also reicher werden, wenn sich die Gesellschaft an ihre expliziten oder impliziten Versprechen hält, und die ärmer werden, wenn die Gesellschaft ihre Versprechen bricht.

---

<sup>71</sup> Hellsichtig bereits v. Hayek, *Individualism and Economic Order*, 1948, S. 97; grundlegend sodann Klein/Leffler, 89 J. Pol. Econ. 615 (1981); Kreps/Wilson, 50 *Econometrica* 863 (1982); Milgrom/Roberts, 27 J. Econ. Theory 280 (1982); Shapiro, 13 *Bell J. Econ.* 20 (1982); Shapiro, 98 Q. J. Econ. 659 (1983); für das juristische Publikum aufgearbeitet wird die Forschung von Klöhn/Schmolke NZG 2015, 689.

<sup>72</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Perspektiven, aus denen die ökonomische Forschung die Unternehmensreputation betrachtet, existieren zahlreiche verschiedene Definitionsansätze; für einen Überblick s. etwa Rindova/Martins in Barnett/Pollock (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, 2012, S. 16, 19 ff. Über die folgenden Begriffsmerkmale herrscht jedoch weitgehende Einigkeit.

<sup>73</sup> Vgl. Fombrun, *Reputation: Realizing Value from the Corporate Image*, 1996, S. 165: “a perceptual representation of a company’s past actions and future prospects that describe the firm’s appeal to all of its key constituents”; Fombrun/van Riel, 1 *Corp. Rep. Rev.* 5, 10 (1997): “a collective representation of a firm’s past actions and results that describes the firm’s ability to deliver valued outcomes to multiple stakeholders”; Rindova/Williamson/Petkova/Sever, 48 *Acad. Mgmt. J.* 1033 (2005): “stakeholders’ perception of an organization’s ability to create value relative to competitors”.

<sup>74</sup> Vgl. Noe in Barnett/Pollock (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, 2012, S. 114, 115.

## (2) Grundmodell

Unternehmensreputation hat eine doppelte Bedeutung. Sie ist Vermögensgegenstand und Disziplinierungsmechanismus. Beide Aspekte bedingen einander. Am leichtesten nachvollziehen kann man dies an dem Grundmodell der Reputationsökonomik:<sup>75</sup>

Man stelle sich einen Markt für ein Gut oder eine Dienstleistung vor, deren Qualität zwar von den Anbietern, nicht aber von den Nachfragern zuverlässig eingeschätzt werden kann. Das Paradebeispiel eines solchen Marktes ist der Markt für Gebrauchtwagen;<sup>76</sup> Informationsasymmetrien herrschen jedoch auch auf dem Bankenmarkt, da Bankkunden die Redlichkeit und Solvenz des Kreditinstituts nicht ebenso gut einschätzen können wie dessen Management.<sup>77</sup> Unterstellt sei weiterhin, dass die Parteien zwar vereinbaren können, dass das Gut oder die Dienstleistung eine bestimmte Qualität hat, dass es aber weder Gerichte noch sonstige Institutionen gibt, um diese Vereinbarungen durchzusetzen.<sup>78</sup> Stattdessen können die Kunden Informationen über die Vertragstreue der Anbieter ohne wesentliche Kosten miteinander teilen.<sup>79</sup>

Auf Märkten mit solchen Informationsasymmetrien müssen potenzielle Kunden befürchten, dass ihnen aufgrund ihrer Unfähigkeit, gute Produkte bzw. Dienstleistungen von schlechten zu unterscheiden, stets schlechte Qualität angeboten wird.<sup>80</sup> Sie sind daher bereit, einen *Preisaufschlag* zu bezahlen, sofern sie sicher sein können, dass das Angebot tatsächlich die versprochene Qualität hat. Dies wiederum gibt Anbietern einen Anreiz, sich eine *Reputation* als redliche Marktteilnehmer aufzubauen. Sie tun es, weil sie auf diese Weise Preisaufschläge verdienen und sich so einen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern verschaffen können.

Die Überlegung dahinter ist einfach: Haben Anbieter einmal einen guten Ruf erworben, entscheiden sie sich rational dafür, die versprochene Qualität zu liefern, *wenn der erwartete Gewinn aufgrund der Vertragsverletzung niedriger ist als der erwartete Schaden aufgrund des Rufverlusts*. Dies ist häufig der Fall.

---

<sup>75</sup> Zum Folgenden *Klein/Leffler*, 89 J. Pol. Econ. 615 (1981); *Shapiro*, 98 Q. J. Econ. 659 (1983). Im juristischen Kontext aufbereitet von *Klöhn/Schmolke* NZG 2015, 689, 690.

<sup>76</sup> *Akerlof*, 84 Q. J. Econ. 488 (1970).

<sup>77</sup> Selbstverständlich existiert auf dem Bankenmarkt eine weitere Informationsasymmetrie, und zwar zugunsten des Kunden, nämlich bei der Kreditvergabe. Diese Informationsasymmetrie ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht bedeutsam, da sie höchstens dem Kunden, nicht aber der Bank, einen Grund geben kann, sich einen Ruf als solventer und ehrlicher Kreditnehmer aufzubauen bzw. zu erhalten.

<sup>78</sup> Diese Unterstellung ist notwendig, um die Funktion der Reputation als außerrechtlicher Durchsetzungsmechanismus expliziter und impliziter Versprechen zu verdeutlichen. Natürlich entspricht diese Annahme nicht der Realität. Ebenso unrealistisch wäre jedoch die Annahme, dass Käufer zu 100% sicher sein könnten, jede vertragliche und außervertragliche Abrede mit dem Verkäufer mithilfe der Gerichte oder anderer Institutionen durchsetzen zu können.

<sup>79</sup> Diese Annahme ist im Zeitalter des Internets nicht allzu realitätsfern, man denke nur an Bewertungsportale und Bewertungssysteme großer Plattformanbieter wie zB Amazon.

<sup>80</sup> Sog. "Zitronenmarkt-Problem"; grundlegend *Akerlof*, 84 Q. J. Econ. 488 (1970); instruktiv und auch ohne ökonomische Vorbildung sehr verständlich *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 121 ff.

Denn mit jeder Vertragsverletzung *im Einzelfall* riskiert der Anbieter, den Aufschlagspreis bei *allen zukünftigen Transaktionen* zu verlieren. Anbieter halten sich also *aus purem Eigeninteresse* an der Erhaltung ihres guten Rufs an ihre Versprechen.

### **(3) Vermögensgegenstand**

Man sieht relativ leicht: In diesem Modell ist Reputation weit mehr als ein ideelles Interesse des Unternehmens. Sie ist ein Vermögensgegenstand (*asset*).<sup>81</sup> Sie hat einen Vermögenswert, weil sie das Unternehmen in die Lage versetzt, auf Märkten mit Informationsasymmetrien einen Preisaufschlag zu verdienen, den Verbraucher rational zu zahlen bereit sind. Die Höhe dieses Vermögenswerts ergibt sich aus der Summe der auf den Bewertungsstichtag abgezinsten Preisaufschläge, die sich in Zukunft aufgrund der Reputation verdienen lassen. Dieser Aspekt der wird auch Reputationskapital (*reputational capital*) genannt.<sup>82</sup>

### **(4) Disziplinierungsmechanismus**

Zugleich ist Reputation ein Disziplinierungsmittel. Nach einem Reputationsverlust sind Kunden gerade nicht mehr bereit, einen Preisaufschlag zu bezahlen, und wenden sich anderen Unternehmen zu. Dies gibt Unternehmen einen Grund, sich an ihre expliziten und impliziten Versprechen zu halten. Es bewirkt aber noch mehr: Da schon der *Eindruck* der Nachfrager genügt, Unternehmen würden sich nicht an ihre Versprechen halten, werden Unternehmen zur Wahrung ihres guten Rufs versuchen, bereits diesen Eindruck entgegenzutreten, selbst wenn ihnen tatsächlich kein Fehlverhalten zur Last fällt.

### **(5) Bedeutung der Unternehmensreputation im rechtlichen Kontext**

Unternehmensreputation hat eine erhebliche Bedeutung im rechtlichen Kontext: Wenn Unternehmen Gesetze verletzen, kann dies *rechtliche* Sanktionen nach sich ziehen, vor allem Bußgelder und Schadensersatzforderungen. Daneben können Gesetzesverstöße mit einem *Reputationsverlust*, also einer nicht-rechtlichen Sanktion, verbunden sein: Der Reputationsverlust kann grundsätzlich zwei Formen annehmen:<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Statt vieler *Karpoff* in Barnett/Pollock (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, 2012, S. 361, 363; vgl. auch *Rindova/Martins* in Barnett/Pollock (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, 2012, S. 16, 24 f.: "strategic intangible asset".

<sup>82</sup> *Karpoff* in Barnett/Pollock (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, 2012, S. 361, 364.

<sup>83</sup> Dazu bereits *Klöhn/Schmolke* NZG 2015, 689, 692 f.

- Er kann mit einem Verlust an *Reputationskapital* einhergehen, also mit einem finanziellen Schaden (Verlust an Reputationskapital = Verlust an Unternehmenswert).
- Er kann ein „bloßer“ Reputationsverlust sein, der nicht mit einem Verlust an Reputationskapital korrespondiert („bloßer Reputationsverlust“  $\neq$  Verlust an Unternehmenswert).

Die Grenze zwischen beiden Fällen ist theoretisch sehr einfach zu ziehen: Zu einem *Verlust an Reputationskapital* kommt es immer dann, wenn sich das Fehlverhalten gegen Parteien richtet, die das Unternehmen finanziell „abstrafen“ können, zB indem sie ihre Geschäftsbeziehung zu dem Unternehmen beenden. Diese Parteien werden in der ökonomischen Forschung „*related parties*“<sup>84</sup> oder „*second parties*“<sup>85</sup> genannt, weil sie in einem besonderen Verhältnis zur Gesellschaft stehen: Es handelt sich um Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmer, aber auch Aktionäre, Kreditgeber, und Behörden. In diesen Fällen ist der Reputationsverlust mit künftigen finanziellen Einbußen des Unternehmens verbunden, *weil* das Verhalten der Parteien zu niedrigeren Einnahmen oder höheren Kosten des Unternehmens führt. Kunden kaufen weniger Produkte bzw. senken ihre Nachfrage nach Dienstleistungen, Arbeitnehmer wechseln ihre Anstellung, Kreditgeber verlangen höhere Zinsen, Aktionäre bestehen auf einer höheren Eigenkapitalrendite.

In der Praxis sind solche Schäden in vielfachen Zusammenhängen nachgewiesen worden, etwa dem Rückruf von Produkten<sup>86</sup>, der öffentlichen Berichterstattung über Fehlverhalten gegenüber Kunden, Geschäfts- und Vertragspartnern<sup>87</sup>, der Verurteilung wegen kriminellen Fehlverhaltens gegenüber Vertragspartnern (z.B. Berechnung überhöhter Preise, Verschweigen von Rückvergütungen)<sup>88</sup>, der Fehlinformation des Kapitalmarktes<sup>89</sup> sowie auch mit anderen **Verstößen**

---

<sup>84</sup> Alexander, 42 J. L. & Econ. 489, 491 (1999); Murphy/Shrieves/Tibbs, 44 J. Fin. & Quant. An. 55, 56 (2009).

<sup>85</sup> Armour/Mayer/Polo, 52 J. Fin. & Quant. An. 1429, 1431 (2017).

<sup>86</sup> Jarrell/Peltzman, 93 J. Pol. Econ. 512 (1985); Mitchell, 27 Econ. Inquiry 601, 610-616 (1989); Dranove/Olsen, 37 J. L. & Econ. 323, 329-332 (1994); Barber/Darrough, 104 J. Pol. Econ. 1084 (1996).

<sup>87</sup> Karpoff/Lott, 36 J. L. & Econ. 757 (1993); Murphy/Shrieves/Tibbs, 44 J. Fin. & Quant. Anal. 55 (2009).

<sup>88</sup> Alexander, 42 J. L. & Econ. 489, 508 (1999).

<sup>89</sup> Karpoff in Barnett/Pollock (eds.), The Oxford Handbook of Corporate Reputation, 2012, S. 361, 364-367; Karpoff/Lee/Martin, 43 J. Fin. & Quant. Anal. 581 (2008); Tanimura/Okamoto, 27 Asian Econ. J. 39, 52 (2013); s. auch schon Karpoff/Lott, 36 J. L. & Econ. 757 (1993).

**gegen bank- und kapitalmarktrechtliche Verhaltensnormen**<sup>90</sup>. In all diesen Fällen war der **Reputationsschaden deutlich höher** als die finanziellen Folgen der rechtlichen Sanktionen.<sup>91</sup>

Anders ist dies, wenn von dem reputationsschädigenden Ereignis höchstens solche Personen betroffen sind, die das Unternehmen nicht finanziell „abstrafen“ können. Sie werden in der ökonomischen Forschung „*third parties*“ genannt,<sup>92</sup> weil sie regelmäßig in keiner besonderen Verbindung mit dem Unternehmen stehen. In diesen Fällen ist der Reputationsverlust nicht mit einem Rückgang an Unternehmenswert verbunden. In besonders zynischen Fällen steigt der Unternehmenswert sogar nach dem reputationsschädigen Ereignis.<sup>93</sup> Bloße Reputationsschäden sind nachgewiesen worden im Zusammenhang mit Umweltvergehen<sup>94</sup>, Verstößen gegen Tierschutzvorschriften<sup>95</sup>, Bestechung ausländischer Amtsträger<sup>96</sup>, Verstößen gegen Ausfuhrbestimmungen<sup>97</sup> sowie Geldwäsche<sup>98</sup>.

### cc) Besonders hohe Bedeutung der Reputation für Kreditinstitute

Auf dem Bankenmarkt ist der Disziplinierungseffekt der Unternehmensreputation besonders stark. Grund ist zum einen, dass aufsichtsrechtliche Probleme einer Bank fast immer<sup>99</sup> *related parties* betreffen, also Parteien, die die Bank für ihr – als solches empfundenes – Fehlverhalten abstrafen können, vor allem Sparer, Anleger und Kreditnehmer.

Zum anderen beruht die enorme Bedeutung der Reputationsmechanismen auf dem Geschäftsmodell von Kreditinstituten. Bekanntlich besteht das Kerngeschäft von (kommerziellen) Ban-

<sup>90</sup> *Armour/Mayer/Polo*, 52 J. Fin. & Quant. An. 1429 (2017).

<sup>91</sup> *Karpoff/Lott*, 36 J. L. & Econ. 757, 784 (1993): 6,5% des beobachteten Kursrückgangs beruhten auf den rechtlichen Sanktionen, 93,5% auf den Verlust an Reputationskapital; *Karpoff/Lee/Martin*, 43 J. Fin. & Quant. Anal. 581, 582, 600 (2008): 66% des Verlusts an Börsenwert beruhte auf dem Verlust von Reputationskapital; *Armour/Mayer/Polo*, 52 J. Fin. & Quant. An. 1429, 1443 (2017): Verlust an Reputationskapital war neunmal so hoch wie die verhängten Bußgelder und sonstigen rechtlichen Sanktionen.

<sup>92</sup> *Alexander*, 42 J. L. & Econ. 489, 491 (1999); *Murphy/Shrieves/Tibbs*, 44 J. Fin. & Quant. An. 55, 56 (2009); *Armour/Mayer/Polo*, 52 J. Fin. & Quant. An. 1429, 1431 (2017).

<sup>93</sup> Dazu *Armour/Mayer/Polo*, 52 J. Fin. & Quant. An. 1429, 1439 (2017).

<sup>94</sup> *Alexander*, 42 J. L. & Econ. 489, 508 (1999); *Karpoff/Lott/Wehrly*, 48 J. L. & Econ. 653 (2005); *Brady/Evans/Wehrly*, 57 Int. Rev. L. & Econ. 60 (2019).

<sup>95</sup> *Alexander*, 42 J. L. & Econ. 489, 508 (1999): “wildlife offenses”.

<sup>96</sup> *Karpoff/Lee/Gerald*, Foreign Bribery: Incentives and Enforcement (April 7, 2017), <https://ssrn.com/abstract=1573222> (die Reputationsvermögensschäden nur bei denjenigen Unternehmen feststellen, denen nicht nur die Bestechung ausländischer Amtsträger, sondern auch Irreführung bzw. Betrug von verbundenen Parteien vorgeworfen wird).

<sup>97</sup> *Alexander*, 42 J. L. & Econ. 489, 508 (1999).

<sup>98</sup> *Armour/Mayer/Polo*, 52 J. Fin. & Quant. An. 1429 (2017).

<sup>99</sup> Ausnahme: das soeben unter II)2)b)bb)(5) genannte Beispiel der Geldwäsche.

ken darin, dass sie kurzfristige, liquide und risikoarme Einlagen der Sparer in langfristige, illiquide und risikoreiche Kredite, v.a. für Unternehmen, umwandeln und dadurch Fristen-, Losgrößen- und Risikotransformation erreichen.<sup>100</sup> Dies führt dazu, dass Banken eine „notwendig fragile Finanzierungsstruktur“ haben:<sup>101</sup> Auf der Aktivseite stehen langfristige und risikoreiche Forderungen, die auf der Passivseite mit kurzfristig zu bedienenden Einlagen gegenfinanziert sind. In „guten“ Zeiten tritt diese Fragilität nicht zutage, weil nur ein statistisch vorhersehbarer Bruchteil der Sparer zur selben Zeit Rückzahlung ihrer Einlagen verlangt. In „schlechten“ Zeiten führt die notwendig fragile Finanzierungsstruktur schnell zu einem Kollaps der Bank. Zweifel an der Solvenz der Bank, kommt es zu einem *bank run*, d.h. zu einer Liquiditätskrise, aus der sich ebenso schnell eine Solvenzkrise entwickelt, weil die Bank Aktiva in kürzester Zeit zu schlechten Bedingungen liquidieren muss (*fire sales*). Das Tückische dabei ist, dass schon die Angst der Sparer um die Sicherheit ihrer Einlagen den „Sturm auf die Bank“ auslösen und so zu einer selbsterfüllenden Prophezeiung werden kann.

Aus diesen Gründen haben Banken ein kaum zu unterschätzendes Interesse daran, niemals auch nur in den Verdacht zu geraten, in eine Auseinandersetzung mit der BaFin verwickelt zu sein.<sup>102</sup> Würde die Auseinandersetzung öffentlich bekannt, würden Bankkunden dies in aller Regel als besorgniserregendes Signal für die Integrität und letztlich auch die Solvenz der Bank auffassen und möglicherweise zum Anlass nehmen, die Bank zu wechseln. Dies gilt heute stärker denn je, da Diskont- und Internetbanken den Wechsel des Kreditinstituts zu niedrigen Kosten ermöglichen, so dass die nächste Bank „nur einen Mausklick entfernt“ ist.

#### **dd) Reputationsrisiken für Geschäftsleiter**

All dies gilt *mutatis mutandis* für die Geschäftsleiter von Kreditinstituten. Sie riskieren nicht weniger als ihre Anstellung, wenn sie sich gegen die BaFin stellen.<sup>103</sup> Kommt es zur Abberufung gem. § 36 KWG, finden sie in den meisten Fällen keine Neuanstellung mit Leitungsverantwortung, da Kreditinstitute – unabhängig von den möglichen rechtlichen Konsequenzen der

---

<sup>100</sup> Statt aller *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre, 6. Aufl. 2015, S. 11 ff.

<sup>101</sup> *Armour et al*, Principles of Financial Regulation, 2016, S. 275 f., 279.

<sup>102</sup> S. schon *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 538; *Thiele*, Finanzaufsicht, 2104, S. 217; vgl. auch *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 864 Fn. 6: Reputation ist der Grund, weshalb Banken Auseinandersetzungen mit der BaFin scheuen; gleichsinnig *Fett* WM 1999, 613, 614.

<sup>103</sup> Näher dazu u. IV)3)b)aa) und IV)3)b)bb).

Bestellung – schon aus Reputationsgründen zögern werden, dem Geschäftsleiter eine zweite Chance zu geben.<sup>104</sup>

### c) Bedenken gegen informelle Bankregulierung

#### aa) Legitimationsproblem

Die hohe faktische Bindungswirkung informeller Bankregulierung schafft aus einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive Gefahren bzw. Probleme: Erstens besteht ein *Legitimationsproblem*, da die BaFin kein Gesetzgeber ist, ihre informellen Verlautbarungen in der Praxis jedoch wie formelle Gesetze befolgt werden. Unproblematisch ist dies, soweit informelle Bankregulierung nur die Details des Gesetzesvollzugs konkretisiert. Verfassungsrechtlich unzulässig wäre informelle Bankregulierung hingegen, wenn sie „wesentliche Fragen“ im Sinne der verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitslehre regeln würde.<sup>105</sup> Zwischen diesen Polen bleibt ein Bereich, in dem das Handeln der BaFin zwar nicht verfassungsrechtlich unzulässig, aber mit einem Legitimitätsdefizit behaftet ist.

#### bb) Kontroll- und Rechtsstaatlichkeitsproblem

Damit einher geht ein *Kontrollproblem*. Informelle Bankregulierung ist nicht spezifisch aufsichtsrechtlich geregelt. Die BaFin ist nur in wenigen Vorschriften ausdrücklich zum Erlass von Richtlinien ermächtigt. Rundschreiben, Merkblätter und andere Formen informeller Bankregulierung können sich nicht auf explizite gesetzliche Ermächtigungen stützen, sind aber von der Generalklausel des § 6 KWG gedeckt.<sup>106</sup> Dieses Vakuum spezifischer rechtsstaatlicher Grenzen dürfte der wesentliche Grund sein, der „das informale Verwaltungshandeln mit einem Schleier des Misstrauens umgibt.“<sup>107</sup> Scheuen Kreditinstitute trotz dieses Misstrauens aus Angst um ihren guten Ruf systematisch die Auseinandersetzung mit der BaFin, führt dies letztlich dazu, dass

---

<sup>104</sup> Repräsentativ der Fall OLG Frankfurt Urteil v. 13.7.2006 – 1 U 239/05 (juris) Rn. 1: „Der Kläger war Mitglied des Vorstandes der ...bank. Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen forderte diese mit Bescheid vom 2.6.1998 dazu auf, den Kläger wegen vermeintlich mangelnder fachlicher Eignung als Geschäftsleiter abuberufen. Die ...bank. folgte dem und kündigte das bereits im Jahre 1997 zum 31.3.1999 ordentlich gekündigte Beschäftigungsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich und fristlos am 9.7.1998. Es gelang dem Kläger in der Folgezeit nicht, eine vergleichbare Beschäftigung zu finden.“ Der Fall war später Gegenstand der Entscheidung BVerwG NVwZ 2012, 763 zur grundsätzlichen Umlagefähigkeit der Amtshaftungskosten der BaFin (vgl. dazu noch den Hinweis in Fn. 174).

<sup>105</sup> Nach st. Rspr. des BVerfG verpflichtet das Grundgesetz den Gesetzgeber, die „grundlegenden Entscheidungen“ des Gemeinwesens selbst zu treffen, das Wesentliche selbst festzulegen (zuerst BVerfGE 1, 14, 16 – Südweststaat; aus der Literatur statt aller P. Kirchhof in Maunz/Düring, GG, Stand: Oktober 2019, Art. 3 Rn. 229).

<sup>106</sup> Etwa Fett WM 1999, 613, 614; Pitschas WM 2000, 1121, 1126.

<sup>107</sup> So allg. Gusy NJW 2000, 977, 979.

die BaFin **faktisch selbst gesetztes Recht vollzieht**. Nimmt die Bundesanstalt diese Konfrontationsscheu vorweg, besteht die Gefahr, dass sie die **Grenzen des aufsichtsrechtlich Zulässigen systematisch überschreitet**.<sup>108</sup>

Das Kontrollproblem zeigt, dass die informelle Bankregulierung der BaFin unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht zweifelsfrei ist, also mit einem *Rechtsstaatlichkeitsproblem* verbunden sind. Da informelle Bankregulierung häufig nicht die Schwelle eines Grundrechtseingriffs überschreitet,<sup>109</sup> entfalten auch klassische rechtsstaatliche „Schranken-Schranken“<sup>110</sup> keine Wirkung. Dies gilt vor allem für die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bestimmtheitsgrundsatzes,<sup>111</sup> des Gleichheitsgrundsatzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Als **Beispiel** nehme man die **BaFin-Empfehlung zur Ausschüttungspolitik** weniger bedeutender Institute zu Beginn der COVID-19-Pandemie.<sup>112</sup> Hierbei handelte es sich um keine – etwa auf § 10i KWG gestützte – Allgemeinverfügung, mit denen die Kreditinstitute zur Theaurierung von Gewinnen gezwungen werden sollten. Ziel war, dass die Banken sich „freiwillig“ dazu verpflichten sollten, keine Dividenden auszuschütten.<sup>113</sup> Druckmittel waren keine gesetzlichen Sanktionen bei Zuwiderhandlung, sondern die relativ unverhohlene Drohung der BaFin mit einem Vertrauensentzug.<sup>114</sup> Man mag diese Maßnahme aufgrund der außergewöhnlichen Umstände und besonderen Dringlichkeit der Lage Ende März 2020 gutheißen – nicht zuletzt, weil sie eine „faktisch aufgezwungene Gegenleistung“ der Banken für das Entgegenkommen der BaFin in anderen Bereichen (Prüfungen, Auskunftsverlangen, Stresstests) sein sollte.

---

<sup>108</sup> Kritisch etwa *Dechent* NVwZ 2015, 767, 768: „Indem sie bei Lichte besehen vielfach über eine reine Interpretation des Gesetzes hinaus beansprucht, dieses ‚zu Ende zu schreiben‘ usurpiert sie seitens des Gesetzgebers nicht zuerkannte Standardisierungsspielräume.“ Weniger alarmiert (ohne spezifischen Blick auf das Bankaufsichtsrecht) *Eifert* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 46: „Dabei werden teilweise auch die rechtlichen Grenzen der Entscheidungsspielräume überschritten.“

<sup>109</sup> S. dazu noch u. IV)3a).

<sup>110</sup> Dies sind die verfassungsrechtlichen Grenzen, innerhalb derer der Staat Grundrechte einschränken darf.

<sup>111</sup> Vgl. auch *Gusy* NJW 2000, 977, 979: „Bestimmtheit und Berechenbarkeit“.

<sup>112</sup> S.o. I)1b).

<sup>113</sup> *Röseler* Bafin Journal 4/2020, 23, 24: „Die überwiegende Mehrheit der großen Banken in Europa hat mittlerweile freiwillig erklärt, erst einmal auf Ausschüttungen zu verzichten, zumindest bis zum 1. Oktober 2020. Die Institute stärken damit ihre Kapitalbasis. Genau das war Ziel aller aufsichtlichen Appelle. Ich gehe nun davon aus, dass auch die kleineren und mittleren deutschen Institute ihren Teil der Verantwortung übernehmen und vorübergehend keine Dividenden ausschütten.“

<sup>114</sup> S. nochmals *Röseler* Bafin Journal 4/2020, 23, 25: „Wer aber entgegen allen Empfehlungen erlaubt, dass sein Institut in diesen schweren Zeiten Dividenden ausschüttet, der sollte sich fragen, ob er noch das volle Vertrauen der Bankenaufsicht verdient.“

Klar sollte aber auch sein, dass diese **Maßnahme**, wäre sie als Allgemeinverfügung ergangen, **kaum einer verfassungsrechtlichen Kontrolle standgehalten hätte**, weil sie unterschiedslos für alle weniger bedeutenden Institute gelten sollte, d.h. unabhängig von deren Größe, finanzieller Verfassung und Eigentümerstruktur. Zudem traf sie **Genossenschaftsbanken ungleich härter als Privatbanken**. Denn während bei Privatbanken von dem Ausschüttungsverbot allein die Aktionäre bzw. Gesellschafter betroffen waren, traf es bei den Genossenschaftsbanken auch viele Einleger, da diese – zumindest in ländlichen Regionen – häufig zugleich Mitglieder der Genossenschaft sind. Zudem können die Geschäftsanteile in Genossenschaftsbanken gekündigt werden (vgl. §§ 65, 73 GenG), während ähnliches in der Aktiengesellschaft nicht möglich ist (§ 57 AktG). Die Empfehlung der BaFin barg bei den Genossenschaftsbanken daher das Potenzial eines adversen Effekts: Nahmen Mitglieder das Ausschüttungsverbot zum Anlass, ihre Geschäftsanteile zu kündigen, verloren die Genossenschaftsbanken Eigenkapital, anstatt es hinzuzugewinnen.<sup>115</sup> Dieses Szenario war gerade bei neu erworbenen Mitgliedern durchaus naheliegend, die Geschäftsanteile aufgrund der Aussicht, stetiger und angesichts des Niedrigzinsumfelds attraktiver Dividendenaussichten gezeichnet hatten. Viel spricht daher dafür, dass das grundsätzliche Ausschüttungsverbot vom 30. März 2020, unverhältnismäßig und gleichheitswidrig gewesen wäre, wenn es als Allgemeinverfügung ergangen wäre. Unterstützt wird diese Vermutung durch die Tatsache, dass die BaFin ihre Empfehlung vom 3.9.2020 trotz unveränderter EZB-Empfehlung abschwächte und das Ausschüttungsverbot fortan von der institutsspezifischen Ertragsprognose und Kapitalsituation abhängig machte.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Höbel, Was das Dividendenverbot für Genossenschaftsbanken bedeutet, 4.9.2020, <https://www.der-bank-blog.de/dividendenverbot-genossenschaftsbanken/regulierung-aufsicht/37668717/>.

<sup>116</sup> S.o. I)1)b).

### III) Rechtliche Bindungswirkung informeller Bankregulierung

#### 1) Unmittelbare Bindungswirkung

##### a) Grundsatz und dogmatische Einordnung informeller Bankregulierung

Wie schon mehrfach erwähnt, zeichnet sich informelle Bankregulierung durch ihren nicht-regelnden Charakter aus. Sie entfaltet aus sich heraus keine Rechtsfolgen. Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter und natürlich auch Äußerungen der BaFin in Pressemitteilungen, Appellen und Fachartikeln im BaFin Journal, Interviews oder Redemanuskripten setzen also kein Recht.<sup>117</sup> Sie binden nicht die Gerichte, sondern müssen ihrerseits den Vorgaben von Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) genügen.<sup>118</sup> Sie sind nicht Rechts-, sondern höchstens Rechtserkenntnisquelle.<sup>119</sup> Sie sind „Gegenstand, nicht jedoch Maßstab gerichtlicher Kontrolle“<sup>120</sup>.

All diese Handlungsformen sind Unterfälle schlichten Verwaltungshandelns.<sup>121</sup> Bei Rundschreiben,<sup>122</sup> Merkblättern<sup>123</sup> und Auslegungsentscheidungen<sup>124</sup> handelt es sich in aller Regel<sup>125</sup>

---

<sup>117</sup> Mitunter konnte man den Eindruck gewinnen, als messe die BaFin ihren Verlautbarungen eine regelnde Wirkung bei. So heißt es in der MaRisk, AT1, Ziff. 4 „Durch das Rundschreiben wird zudem über § 33 Abs. 1 des Gesetzes über den Wertpapierhandel (WpHG) in Verbindung mit § 25a Abs. 1 KWG Art. 13 der Richtlinie 2004/39/EG (Finanzmarkttrichtlinie) umgesetzt, soweit diese auf Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute gleichermaßen Anwendung findet.“ Vgl. dazu noch u. III)1b).

<sup>118</sup> Pointiert *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 897.

<sup>119</sup> Vgl. *M. Lehmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2018, Int KapMR Rn. 93.

<sup>120</sup> Vgl. BVerfGE 78, 214, 227; im vorliegenden Kontext aufgegriffen von *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 895 u. 897.

<sup>121</sup> Ausführlich *Schädle*, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 91 ff.

<sup>122</sup> VGH Kassel WM 2007, 392, 393; *M. Lehmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2018, Int KapMR Rn. 94; *Sassenrath-Alberti* in Münchener Kommentar zum VVG, 2. Aufl. 2017, VersicherungsaufsichtsR Rn. 104; *Röhl* in Ruffert/Fehling, Regulierungsrecht, 2010, § 18 Rn. 66; *Bliesener*, Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel, 1998, S. 127 ff.; *Bürkle*, Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 11; *Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016, S. 54; *Sedlak*, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation, 2014, S. 182 f.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 195 f., 512 ff.; *Binder* ZGR 2015, 667, 691; *Armbrüster* VersR 2009, 1293, 1297; *Bürkle* VersR 2009, 866, 868; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 897; *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 20 f.; *Ott* ZGR 2017, 149, 19; *Pitschas* WM 2000, 1121, 1129; im Grundsatz *Bauerfeind* DÖV 2020, 110, 112; der Sache nach ebenso *Veil*, FS 25 WpHG, 2019, S. 87, 93: schlichtes Verwaltungshandeln ohne Regelungscharakter; Information, wie die BaFin das Gesetz auslegt.

<sup>123</sup> *M. Lehmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2018, Int KapMR Rn. 94; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 897; im Grundsatz *Bauerfeind* DÖV 2020, 110, 112. Ausnahmsweise können sich hinter Rundschreiben Allgemeinverfügungen verbergen, so etwa in einem Fall eines Rundschreibens zur Neufassung des aufsichtsbehördlichen Informationsblatts gem. § 10a Abs. 3 VAG aF, das mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war; vgl. dazu *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 895.

<sup>124</sup> Auslegungsentscheidungen sind nach dem Selbstverständnis der BaFin lediglich eine Unterform der Merkblätter; vgl. BaFin, Verwaltungspraxis, [https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Verwaltungspraxis/verwaltungspraxis\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Verwaltungspraxis/verwaltungspraxis_node.html): „Dazu zählen auch Auslegungsentscheidungen.“

<sup>125</sup> Zur mitunter schwierigen Abgrenzung zwischen norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften und sonstigem schlichtem Verwaltungshandeln *Schädle*, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 92 f. Ausnahmsweise können Verlautbarungen auch als Allgemeinverfügungen, d.h. als Verwaltungsakt, ausgestaltet

um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften iSv Art. 84 Abs. 2 GG. Gleiches gilt idR für die Beantwortung von FAQ's<sup>126</sup>, die von der BaFin häufig unter der Rubrik „Auslegungsentscheidungen“ publiziert werden.<sup>127</sup> Erwartungsformulierungen in Pressemitteilungen, Interviews, Vorträgen oder Artikeln des BaFin-Journals sind demgegenüber regelmäßig nur sonstiges schlichtes Verwaltungshandeln, weil sich diese Äußerungen in der Regel nur an die Öffentlichkeit richten.<sup>128</sup> Denkbar ist sogar, dass sie gar nicht den Anspruch erheben, das Gesetz zu interpretieren – als Beispiel diene der Appell zum freiwilligen Ausschüttungsverzicht vom 30. März 2020.<sup>129</sup> Die hohe faktische Bindungswirkung informeller Bankregulierung ändert an dieser rechtsdogmatischen Einordnung nichts.<sup>130</sup> In rechtssoziologischer Hinsicht kann man jedoch von einem „erhärteten“<sup>131</sup> oder von einem „relativ harten“<sup>132</sup> *soft law* sprechen.

All dies gilt insbesondere auch für Richtlinien,<sup>133</sup> zu deren Erlass die BaFin – anders als etwa zur Veröffentlichung von Rundschreiben<sup>134</sup> und Merkblättern<sup>135</sup> – teils ausdrücklich gesetzlich ermächtigt wird (etwa §§ 7 Abs. 2 Satz 1 KWG, §§ 45, 88 Abs. 4 WpHG).<sup>136</sup> Zwar wäre denk-

---

sein, insbesondere, wenn diese Bekanntmachungen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung verbunden sind; vgl. dazu bereits das Beispiel in Fn. 123.

<sup>126</sup> *Piowarski* WM 2019, 1957, 1959. Das BVerwG ZIP 2011, 1313, 1316 hat entschieden, die FAQ des damaligen CESR enthielten „eine gemeinsame Rechtsauffassung der mit dieser Rechtsfrage befassten Behörden, die eine Richtigkeitsvermutung für sich beanspruchen“ könne. Diese Rechtsprechung ist schon der Sache nach abzulehnen, weil sie systemwidrig letztlich doch von einer begrenzten Bindungswirkung der Gerichte ausgeht. Sie ist jedenfalls nicht auf FAQ's und Q&A's der BaFin zu übertragen, weil sich in ihnen keine gemeinsame Rechtsauffassung mehrerer mit der Rechtsfrage befassten Behörden widerspiegelt, sondern nur die Ansicht der BaFin; im Ergebnis wie hier *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 898; aA *Fekonja*, BaFin-Verlautbarungen, 2014, S. 91 ff., der BaFin-Verlautbarungen als „Rechtsformen sui generis“ einordnet und ihnen eine „präsumtive rechtliche Verbindlichkeit im Außenverhältnis, ähnlich dem Präjudizienrecht“ zuschreibt.

<sup>127</sup> ZB BaFin, Fragenkatalog zu erwerbzbaren Vermögensgegenständen (Eligible Assets) v. 22.7.2013 (geändert 5.7.2016), WA 41-Wp 2137-2013/0001.

<sup>128</sup> In diesem Sinne wohl auch *Piowarski* WM 2019, 1957, 1961.

<sup>129</sup> S.o. I)1)b).

<sup>130</sup> AA *Bauerfeind* DÖV 2020, 110, 113, der von einem „auf Außenwirkung abzielendes, atypisches Innenrecht“ spricht, das sich nicht „eindeutig und widerspruchsfrei dem numerus clauses des Handlungsformenbestands“ zuordnen lasse.

<sup>131</sup> Vgl. zu dem Phänomen des „hardening of soft law“ konzeptionell und aus kapitalmarktrechtlicher Perspektive *Karmel/Kelly*, 34(3) *Brook. J. Int'l. L.* 1, 22 ff. (2009).

<sup>132</sup> So die Formulierung von *Brand* in *Brand/Castellvi*, VAG, 2018 Einf. Rn. 97 ff.

<sup>133</sup> BGHZ 147, 343, 350; BGHZ 166, 56 Rn. 24; *Habetha/Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach*, KWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 9; *F.A. Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 15; *Schädle*, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 89.

<sup>134</sup> Dazu *Bauerfeind* DÖV 2020, 110; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 892.

<sup>135</sup> Dazu *Bauerfeind* DÖV 2020, 110.

<sup>136</sup> Richtlinien haben die früheren Bekanntmachungen (vor allem des BAKred) ersetzt, die in der Regel als norminterpretierende Verwaltungsvorschriften, ausnahmsweise als Allgemeinverfügungen ausgestaltet waren (*Habetha/Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach*, KWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 10; *F.A. Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 13, 15).

bar, zumindest diejenigen Richtlinien, die auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage beruhen, als „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften“ einzuordnen.<sup>137</sup> Hierunter versteht man Verwaltungsvorschriften, mit denen Behörden einen ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum für eine Vielzahl künftiger Fälle letztverbindlich – d.h. mit Bindungswirkung für Gerichte – konkretisieren (sog. Standardisierungsspielraum).<sup>138</sup> Eine solche Qualifizierung scheidet hier jedoch schon deshalb aus, weil die Rechtsbereiche, in denen die BaFin Richtlinien erlassen kann, keinen besonderen Beurteilungsspielraum der BaFin verlangen, denn weder erfordert die Bank- und Kapitalmarktaufsicht einen besonderen technisch-wissenschaftlichen Sachverstand noch verlangt sie besondere außerrechtliche, politische Wertungen, die einen gerichtlich nicht überprüfbaren Diskurs in einem pluralistisch zusammengesetzten Gremium voraussetzen.<sup>139</sup> Auch die gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien führt für sich genommen nicht dazu, dass diese Richtlinien normkonkretisierende Wirkung hätten.<sup>140</sup> Die freiwillige Durchführung von Konsultations- oder anderen Partizipationsverfahren ändert daran ebenfalls nichts.<sup>141</sup> Richtlinien der BaFin sind daher nur norminterpretierende Verwaltungsvorschriften.

#### **b) Insbesondere: „Umsetzung“ europarechtlicher Vorgaben durch informelle Bankregulierung**

Richtlinien, Merkblätter, Rundschreiben und andere Formen informeller Bankregulierung haben auch dann keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung, wenn sie – worauf die BaFin manchmal hinweist<sup>142</sup> – zur „Umsetzung“ europarechtlicher Vorgaben dienen. Da Maßnahmen der informellen Bankregulierung keine Rechtsbindung entfalten, eignen sie sich von vornherein nicht zur Umsetzung europarechtlicher Vorgaben,<sup>143</sup> denn dies verlangt nach der st. Rspr. des EuGH eine Umsetzung in außenwirksame Normen<sup>144</sup>. Kommt der deutsche Gesetzgeber dem nicht nach, führt dieses Versäumnis nicht dazu, dass informelle Verlautbarungen, mit denen die

---

<sup>137</sup> So *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, 2003, S. 39 ff.; *J. Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 158 f.; *Lösler* WM 2010, 1917, 1918.

<sup>138</sup> *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 895. Zum Teil wird der Begriff „normkonkretisierend“ mit „norminterpretierend“ gleichgesetzt, so *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 20; *Fekonja*, BaFin-Verlautbarungen, 2014, S. 82; *Piwowski* WM 2019, 1957, 1959.

<sup>139</sup> *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 896; ebenso *Bauerfeind* DÖV 2020, 110, 112 f.

<sup>140</sup> *Bauerfeind* DÖV 2020, 110, 113; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 896 f.

<sup>141</sup> *Bauerfeind* DÖV 2020, 110, 113; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 896 f.

<sup>142</sup> Zu dem Beispiel der MARisk s.o. Fn. 117.

<sup>143</sup> *Bürkle*, Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 11; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 899.

<sup>144</sup> Aus der europarechtlichen Literatur statt vieler *Ruffert* in Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 188 Rn. 37 mwN; spezifisch zum Bankaufsichtsrecht etwa *Schädle*, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 95 f.

BaFin versucht, dieses Versäumnis zu egalisieren, ausnahmsweise Rechtsbindung entfalten.<sup>145</sup> Stattdessen ist der Gesetzgeber angehalten, das Versäumte nachzuholen.

Europarechtlich unbedenklich ist es hingegen, wenn Verlautbarungen der BaFin die Empfehlungen und Leitlinien der EZB und der Europäischen Aufsichtsbehörden umsetzen, zu deren Beachtung die BaFin schon europarechtlich verpflichtet ist (vgl. etwa für EBA-Leitlinien Art. 16 Abs. 3 EBA-VO<sup>146</sup>, für EZB-Leitlinien im Rahmen des Einheitlichen Aufsichtsmechanismus Art. 6 Abs. 5 lit. a SSM-VO<sup>147</sup>).<sup>148</sup> Jedoch sind Empfehlungen und Leitlinien der EZB und der Europäischen Aufsichtsbehörden ihrerseits ausschließlich an die nationalen Aufsichtsbehörden gerichtet und entfalten daher keine rechtliche Bindungswirkung für und gegen Dritte (Art. 16 Abs. 1 ESA-VOen sowie Art. 288 Abs. 5 AEUV).<sup>149</sup> Folglich kann auch die Umsetzung dieser Leitlinien auf nationaler Ebene keine solche Rechte oder Pflichten begründen. Auch insoweit sind Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter und andere Formen informeller Bankregulierung daher nur norminterpretierende Verwaltungsrichtlinien.<sup>150</sup>

## 2) Mittelbare rechtliche Bindungswirkung

### a) Überblick

Von der Frage nach der unmittelbaren rechtlichen Bindungswirkung Bankrechts ist diejenige nach deren mittelbarer Bindungswirkung zu unterscheiden.<sup>151</sup> Diese besteht, soweit Gesetze, die das Verhalten von Kreditinstituten regeln, auf Tatbestandsseite an informelle Bankregulierung anknüpfen. Diese Gesetze dienen als „Einbruchstellen“ oder „Transmissionsriemen“, über die informelle Bankregulierung *letztlich doch* eine rechtliche Relevanz gewinnt.

---

<sup>145</sup> Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 11; Gurlit ZHR 177 (2013), 862, 899; unklar Bauerfeind DÖV 2020, 110, 112, der meint, BaFin-Verwaltungsvorschriften, die europarechtliche Vorgaben „umsetzen“, seien „nicht lediglich, jedenfalls klassisch norminterpretierend“, obschon die BaFin selbst davon ausgehe, dies sei der Fall. Worin genau der Unterscheid zur klassischen Norminterpretation bestehen soll, schreibt Bauerfeind nicht.

<sup>146</sup> Gespiegelt in § 7b Abs. 1 Satz 4 KWG.

<sup>147</sup> Vgl. auch § 7 Abs. 2 Satz 3 KWG.

<sup>148</sup> Ebenso Gurlit ZHR 177 (2013), 862, 900: „eigentliches Anwendungsfeld“.

<sup>149</sup> Klöhn in Langenbucher, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 25; Frank, Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, 2012, S. 179 ff.; Gurlit ZHR 177 (2013), 862, 876; Hupka WM 2009, 1351, 1354 ff.; aA auch nicht Bauerfeind DÖV, 110, 111, der zwar von „[b]ehördlichem (außenwirksamen) ‚Policymaking‘“ spricht und meint, dies sei auf Level 3 des Lamfalussy-Verfahrens ausdrücklich vorgesehen, hiermit aber offenbar nur die faktische, nicht die rechtliche Außenwirkung meint.

<sup>150</sup> Inzident Gurlit ZHR 177 (2013), 862, 900.

<sup>151</sup> Der Sache nach ebenso F.A. Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG Rn. 17 („mittelbare Verbindlichkeit“).

## b) Selbstbindung der Verwaltung

Die rechtswissenschaftlich am tiefsten durchdrungene mittelbare Bindungswirkung informeller Bankregulierung ist die sog. Selbstbindung der Verwaltung. Sie besteht grundsätzlich bei allen norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften, insbesondere also bei Richtlinien, Merkblättern und Rundschreiben der BaFin. Rechtsgrundlage ist Art. 3 GG, aus dem der Anspruch jedes Rechtsunterworfenen folgt, nach den allgemeinen, von der BaFin formulierten Aufsichtsgrundsätzen behandelt zu werden. Selbstbindung bedeutet, dass die BaFin „Gleiches gleich“ und „Ungleiches ungleich“ behandeln muss und daher von den selbst gesetzten Verwaltungsvorschriften nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf.<sup>152</sup> Spiegelbildlich gibt die Selbstbindung der BaFin den Kreditinstituten ein Recht, nach den selbst gesetzten Leitlinien behandelt zu werden, sofern kein sachlicher Grund für eine Abweichung existiert. Dieses Recht hat in der Praxis eine „zentrale Bedeutung“<sup>153</sup>, braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden, da es für Kreditinstitute ausschließlich günstig ist.

## c) Berücksichtigung durch Dritte

Unstreitig ist zudem, dass Dritte – vor allem Prüfer und Rechtsanwälte<sup>154</sup> – Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter, Auslegungsentscheidungen und sogar Artikel aus BaFin-Journals<sup>155</sup> bei ihrer Tätigkeit häufig wie geltendes Recht behandeln und nach diesen Grundsätzen prüfen und – schon aus Haftungsgründen – auch beraten. Selbstverständlich können sich Kreditinstitute über den Rechtsrat ihrer Anwälte hinwegsetzen. Bei Prüfungen würden Abweichungen jedoch zu Beanstandungen führen, die im Prüfbericht erwähnt würden.<sup>156</sup> Hinzukommt, dass die BaFin Prüfungsgegenstände gem. § 30 KWG festlegen und dabei zB auf informelle Verlautbarungen Bezug nehmen kann, etwa auf bestimmte Abschnitte der MaRisk.

## d) Grundlage belastender Verfügungen

Eine denkbar ungünstige mittelbare Wirkung hätte informelle Bankregulierung, wenn der Verstoß gegen Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter und andere nicht-regelnde Verlautbarun-

---

<sup>152</sup> Statt aller *M. Lehmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2018, Int KapMR Rn. 94.

<sup>153</sup> *Habetha/Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 12; gleichsinnig *Mülbert* BKR 2006, 349, 353: „für die Praxis zentral“.

<sup>154</sup> *Bauerfeind* DÖV 2020, 110; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 893 Fn. 187.

<sup>155</sup> Dazu *Piwowski* WM 2019, 1957, 1961.

<sup>156</sup> *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG Rn. 16.

gen der BaFin genügen würde, damit die BaFin auf gesetzlicher Grundlage belastende Verfügungen gegen Kreditinstitute erlassen könnte. In der Praxis soll dies regelmäßig vorkommen. So soll der Verstoß gegen informelle Bankregulierung Grundlage sein für die Ausübung von Auskunfts- und Prüfungsrechten (§ 44 KWG)<sup>157</sup> sowie vor allem für die Abberufung von Geschäftsführern wegen Unzuverlässigkeit (§§ 36 Abs. 1, 35 Abs. 2 Nr. 3, 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG)<sup>158</sup>. Selbst eine Entziehung der Erlaubnis (§ 35 Abs. 2 KWG) aufgrund eines Verstoßes gegen Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter wird für möglich gehalten.<sup>159</sup>

Die Zulässigkeit dieser Praxis wird in juristischen Erläuterungswerken häufig nicht näher hinterfragt.<sup>160</sup> Ihr ist jedoch **entschieden zu widersprechen**. Da Richtlinien, Merkblätter und Rundschreiben Gegenstand und nicht Maßstab gerichtlicher Kontrolle sind,<sup>161</sup> ersetzt der bloße Verweis auf einen Verstoß gegen nicht-regelnde Verlautbarungen der BaFin nicht die Subsumtion unter das Gesetz. Auch begründet der Verstoß gegen Richtlinien, Rundschreiben und Merkblätter nicht die Vermutung, ein Institut habe gegen das Gesetz verstoßen.<sup>162</sup> Stattdessen muss die BaFin stets darlegen, warum das Institut, der Geschäftsleiter oder der sonstige Adressat ihrer Maßnahme gegen das Gesetz verstoßen hat. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass die BaFin dabei Bezug auf ihre Richtlinien nimmt, so dass es inzident zu einer gerichtlichen Überprüfung der BaFin-Verlautbarung kommt.<sup>163</sup>

Nicht ausgeschlossen ist auch, dass die BaFin einen Verstoß gegen eine Richtlinie, ein Merkblatt oder ein Rundschreiben zum Anlass nimmt, um ihre Sachverhaltsermittlungsbefugnisse gem. § 44 KWG auszuüben,<sup>164</sup> da diese Befugnisse grundsätzlich auch ohne besonderen Anlass ausgeübt werden können, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich ist und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird<sup>165</sup>. Gleichwohl dürfen diese Befugnisse **nicht zweckwidrig als Druckmittel instrumentalisiert werden**, um Kreditinstitute zur Befolgung

<sup>157</sup> *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 893: „Abweichen (...) veranlasst die BaFin (...) nicht selten (...) zu Sonderprüfungen der Institute“.

<sup>158</sup> *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 16: Verstoß kann zu einer Prüfung der Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters führen und im schlimmsten Fall zu dessen Abberufung; gleichsinnig *Walther* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 57; *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 893; *U.H. Schneider* WM 1996, 712, 713.

<sup>159</sup> Vgl. *Walther* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 57.

<sup>160</sup> *Walther* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 57: „quasi-rechtliche Wirkung (...), [d]enn die Vorgaben der BaFin statuieren für die regulierten Institute aufsichtsrechtliche Anforderungen, die erfüllt werden müssen, um Sanktionen der Aufsichtsbehörde zu vermeiden.“

<sup>161</sup> S.o. III)1a).

<sup>162</sup> S.o. III)1a) mwN in Fn. 126.

<sup>163</sup> Dazu *Hartig* in Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl. 2020, § 19 Rn. 107.

<sup>164</sup> *Gurlit* ZHR 177 (2013), 862, 898.

<sup>165</sup> Dazu statt aller *Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 44 Rn. 1.

informeller Bankregulierung zu zwingen, da dies dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen würde.

## e) Verschulden

### aa) Überblick

Bedeutung können Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter und andere Akte informeller Bankregulierung schließlich haben, wenn es um die Frage geht, ob eine Bank, deren Geschäftsleiter oder andere Repräsentanten schuldhaft, also fahrlässig [bb)] oder gar leichtfertig [cc)], gehandelt haben.

### bb) Fahrlässigkeit

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB). Verstößt ein Geschäftsleiter oder sonstiger Repräsentant eines Kreditinstituts gegen eine Verlautbarung, die der informellen Bankregulierung zuzurechnen ist, ist dies bei der Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit seiner Handlung zu berücksichtigen, da man von ihm die Kenntnis der BaFin-Verlautbarungen erwarten kann.

Gleichwohl darf nicht gewissermaßen „automatisch“ von dem Verstoß gegen informelle Bankregulierung auf die Fahrlässigkeit der Handlung geschlossen werden. Allgemein gesprochen scheidet Fahrlässigkeit immer aus, wenn der Akteur *nachvollziehbare Gründe* für die Annahme hatte, *nicht gegen das Gesetz* zu verstoßen, so dass sein Handeln unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht als sorgfaltswidrig erscheint. Solche Gründe können vor allem auf zwei Ebenen angesiedelt sein.

- Erstens ist möglich, dass die Verlautbarung der BaFin zu dem konkreten Fall bei näherer Betrachtung *keine oder zumindest keine eindeutige Aussage* macht. In der Praxis kommt dies häufig vor. Da keine Behörde die Vielgestaltigkeit künftiger Fälle vorhersehen kann, müssen Richtlinien, Merkblätter und Rundschreiben notwendig lückenhaft bleiben. Ebenso ist denkbar, dass die Verlautbarung zwar eine Aussage trifft, diese Aussage aber *so allgemein gehalten* ist, dass der Normanwender nicht umhinkommt, eine eigene Rechtseinschätzung vorzunehmen. Geschieht dies durch einen unabhängigen, fachlich

qualifizierten Berufsträger auf informierter Basis,<sup>166</sup> kann man dem Handelnden keinen Sorgfaltsverstoß vorwerfen.

- Zweitens ist es möglich, dass die *Auslegung des Gesetzes durch die BaFin zweifelhaft* ist. Auch dafür gibt es Beispiele. So ist die BaFin mit ihrer Auffassung, die später unter dem Begriff der Anlageverwaltung in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG regulierten Geschäfte seien Finanzkommissionsgeschäfte i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG, sowohl vor dem BVerwG<sup>167</sup> als auch vor dem BGH<sup>168</sup> gescheitert.<sup>169</sup> Die aufsichtsrechtliche Einordnung von Bitcoins als Rechnungseinheiten iSd § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7 KWG stieß in einem strafrechtlichen Verfahren beim KG nicht nur auf taube Ohren, sondern führte zu einer richterliche Ohrfeige für die Bundesanstalt (über deren Angemessenheit man sicherlich geteilter Ansicht sein kann).<sup>170</sup> Kann sich der Handelnde daher auf die Rechtseinschätzung eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers berufen,<sup>171</sup> der nachvollziehbare Gründe dafür herausarbeitet, dass die Auslegung der BaFin mit den gesetzlichen Vorgaben nicht vereinbar ist, muss der Vorwurf der Fahrlässigkeit entfallen.

### cc) Leichtfertigkeit

All dies gilt entsprechend und sogar noch stärker für die Frage, ob der Verstoß gegen Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter und andere Akte der informellen Bankregulierung genügt, um dem Handelnden Leichtfertigkeit vorzuwerfen. Leichtfertigkeit ist eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit. Leichtfertig handelt, wer die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aus besonderem Leichtsinn oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt.<sup>172</sup> Bedeutung hat die Leichtfertigkeit im Bankaufsichtsrecht, weil einige Bußgeldtatbestände des KWG zumindest leichtfertiges Handeln voraussetzen (etwa § 56 Abs. 1a, 4b, 4f, 4g, 4h, KWG).

---

<sup>166</sup> Die Voraussetzungen dieser sog. reliance defense sollen hier schon aus Platzgründen nicht im Einzelnen entfaltet zu werden; vgl. weiterführend Klöhn, MAR, 2018, Art. 14 Rn. 72 ff. mwN.

<sup>167</sup> BVerwGE 130, 262 Rn. 23 ff.; BVerwG ZIP 2009, 1899 Rn. 27 ff.

<sup>168</sup> BGH NJW 2010, 1077 Rn. 14; BGH DStR 2010, 1040 Rn. 19.

<sup>169</sup> Als Beispiel ebenfalls angeführt von Hammen WM 2021, 53.

<sup>170</sup> KG Berlin NJW 2018, 3734 Rn. 13 mit dem bemerkenswerten Satz: „Soweit die BaFin die Ansicht vertritt, es handele sich bei Bitcoins um eine Komplementärwährung, die unter den Begriff Rechnungseinheit zu fassen ist ... (Verweis auf die einschlägigen Merkblätter der BaFin, Anm. d. Verf.), verkennt sie, dass es nicht Aufgabe der Bundesbehörden ist, rechtsgestaltend (insbesondere) in Strafgesetze einzugreifen.“

<sup>171</sup> Grundsätzliche Voraussetzungen wie bei Fn. 166.

<sup>172</sup> BGHSt 33, 66, 67; BGHSt 46, 279, 289.

Selbstverständlich muss bei der Beurteilung der Leichtfertigkeit einer Handlung berücksichtigt werden, dass der Handelnde die Möglichkeit hatte, sich durch einen Blick in BaFin-Verlautbarungen über die mögliche Rechtswidrigkeit seines Handelns zu informieren. Auch in diesen Fällen kann er jedoch einwenden, dass die Verlautbarung den konkreten Fall nicht oder zumindest nicht explizit regelt oder dass er sich auf der Basis qualifizierten Rechtsrats über die Auslegung der BaFin hinwegsetzen durfte.<sup>173</sup> Da Leichtfertigkeit eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit ist, wird der Akteur mit diesen Einwendungen häufiger durchdringen, als wenn er sich gegen den Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit zur Wehr setzt.

---

<sup>173</sup> Deutlich strenger von *Buttlar/Hammermeier* ZBB 2017, 1, 10, die – mit Blick auf das Kapitalmarktrecht – meinen, BaFin- und ESMA-Verlautbarungen „wohnt (...) eine relativ einfache Erkennbarkeit von Risiken für die Erfüllung von Geboten im Falle der starken Abweichung oder Nichtbeachtung inne“ und sie böten „im Umgang mit Regulierungsfragen eine verlässliche Orientierung“; ähnlich im Hinblick auf ESMA-Verlautbarungen *Veil* ZGR 2014, 544, 584 f., 589 f. Dagegen *Klöhn*, MAR, 2018, Art. 14 Rn. 63.

## IV) Rechtsschutz de lege lata

### 1) Grundlagen

Gem. Art. 19 Abs. 4 GG muss jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offenstehen. Das Verwaltungsprozessrecht kennt eine Reihe verschiedener Klagearten, mit denen Bürger und Unternehmen ihre Rechte gegenüber dem Staat gerichtlich geltend machen können. Es stellt zudem vorläufigen Rechtsschutz zur Verfügung, falls die Gefahr besteht, dass ansonsten die Rechtsverwirklichung vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (vgl. §§ 80 Abs. 5, 123 VwGO). Ist ein Kreditinstitut durch die BaFin geschädigt worden, kommt als weitere Rechtsschutzmöglichkeit die Erhebung einer Amtshaftungsklage vor den Zivilgerichten gem. § 839 BGB iVm Art. 34 GG in Betracht,<sup>174</sup> diese Form des Rechtsschutzes bleibt hier jedoch außer Betracht.

Die in der Praxis häufigsten verwaltungsrechtlichen Klagearten, die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO), helfen Kreditinstituten im Zusammenhang mit informeller Bankregulierung regelmäßig nicht, da sie gerade nicht gegen Verwaltungsakte vorgehen wollen und auch nicht den Erlass eines Verwaltungsakts erstreben. Sie wollen sich gegen informelles, nicht-regelndes Handeln der Behörde wehren.<sup>175</sup>

In Betracht kommt daher primär die allgemeine, ggf. im Vorhinein erhobene und daher vorbeugende, Feststellungsklage gem. § 43 VwGO, die zB gerichtet sein kann auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens, dessen Legalität die BaFin in Frage stellt. Ebenso könnten Kreditinstitute möglicherweise auf die in der VwGO nicht spezifisch geregelte, jedoch vorausgesetzte allgemeine Leistungsklage zurückgreifen, vor allem in ihrer speziellen Form der vorbeugenden Unterlassungsklage<sup>176</sup>, gerichtet auf die Verurteilung der Behörde, nicht wegen des fraglichen Verhaltens einzuschreiten. Das Verhältnis dieser beiden Klagearten war früher umstritten; mittlerweile geht man jedoch ganz überwiegend davon aus, dass es kein striktes Rangverhältnis zwischen ihnen gibt, so dass der Kläger prinzipiell zwischen ihnen wählen kann.<sup>177</sup> Voraussetzung *beider* Klagen ist ein hinreichendes Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1, 2. Hs.

---

<sup>174</sup> Schuldnerin eines solchen Anspruchs wäre die BaFin selbst (arg ex § 21 Abs. 1 FinDAG). Zur grundsätzlichen Umlagefähigkeit der Aufwendungen aus Amtshaftung s. BVerwG NVwZ 2012, 763 Rn. 13; BVerfG NVwZ 2016, 606 Rn. 48.

<sup>175</sup> Zu einer Ausnahme bei „vorgezogenen Verwaltungsakten“ s. noch u. IV)3)b)bb).

<sup>176</sup> Sprachlich ist „vorbeugende Unterlassungsklage“ ein Pleonasmus; der Begriff ist trotzdem gebräuchlich.

<sup>177</sup> *Hammen* WM 2021, 53, 55 mzN.

VwGO) bzw. Rechtsschutzbedürfnis (allgemeine Leistungsklage), wobei die hieran zu stellenden Anforderungen in beiden Fällen gleich sind.<sup>178</sup>

## 2) Bestandsaufnahme

In der bankaufsichtsrechtlichen Literatur herrscht weitgehende Einigkeit, dass Kreditinstituten der *direkte* Rechtsweg gegen Maßnahmen der informellen Bankregulierung, insbesondere gegen Richtlinien, Rundschreiben und Merkblätter, grundsätzlich verwehrt ist, weil eine vor dem Verwaltungsgericht eingereichte Klage unzulässig wäre.<sup>179</sup> Institute können daher nur *inzidental* gegen informelle Bankregulierung vorgehen.<sup>180</sup> Sie müssen der Verlautbarung also zuwiderhandeln bzw. diese Verlautbarung ignorieren.<sup>181</sup> Die BaFin wird darauf zunächst mit informellen Maßnahmen wie Missbilligungen oder individuellen Belehrungen reagieren. Zudem wird sie Druck auf die Geschäftsleitung ausüben.<sup>182</sup> Widersetzt sich das Kreditinstitut diesen Maßnahmen, nimmt die BaFin dies zum Anlass, um die Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung zu prüfen und ggf. deren Abberufung verlangen (§ 33 Abs. 1 Nr. 2, § 35 Abs. 2 Nr. 3, § 36 Abs. 1 Satz 1 KWG)<sup>183</sup> oder gem. § 36 Abs. 2 KWG gegen die Geschäftsleiter vorzugehen. Kommt es zu einer förmlichen Abberufung des Geschäftsleiters, und geht der Geschäftsleiter oder das Kreditinstitut gegen diese Verfügung vor, würde – spätestens – in diesem Gerichtsverfahren darüber entschieden werden, ob die BaFin in ihrer Verlautbarung das Gesetz richtig interpretiert hat.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> Ausführlich dazu im Kontext des Bankaufsichtsrechts *Hammen* WM 2021, 53, 55 f.

<sup>179</sup> *Habetha/Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 13; *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG Rn. 24; *Schlette/Bouchon* in Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 131; *Piwowski* WM 2019, 1957, 1962.

<sup>180</sup> *Schlette/Bouchon* in Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 131; *Piwowski* WM 2019, 1957, 1962, 1963.

<sup>181</sup> *Habetha/Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 13 („ignorieren“); *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG Rn. 24 („nicht beachten“).

<sup>182</sup> *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG Rn. 24.

<sup>183</sup> Als ein Hinweis auf diese Praxis dürfte auch die Äußerung *Röseler*s zu verstehen sein, wer trotz aller Empfehlungen Gewinne ausschütten wolle, müsse sich fragen „ob sie noch das volle Vertrauen der Aufsicht verdient“ (s.o. Fn. 26).

<sup>184</sup> *F.A. Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG Rn. 25.

### 3) Analyse

#### a) Unmittelbarer Rechtsschutz

Dieses Meinungsbild ist häufig perpetuiert, aber selten hinterfragt worden. Richtig ist jedoch, dass Kreditinstituten der unmittelbare Rechtsweg gegen informelle Bankregulierung grundsätzlich nicht offensteht. Denn selbst wenn man die Verlautbarungen der BaFin als Grundrechtseingriffe qualifizieren würde,<sup>185</sup> müsste eine vorbeugende Feststellungs- bzw. Unterlassungsklage an dem fehlenden Feststellungsinteresse bzw. Rechtsschutzbedürfnis scheitern, weil die BaFin sich so gut wie immer zunächst informell an Marktteilnehmer wendet, bevor sie weitergehende Maßnahmen trifft. Es ist Kreditinstituten und anderen Marktteilnehmern daher nach Veröffentlichung einer Verlautbarung grundsätzlich zumutbar, zumindest diesen weiteren Schritt abzuwarten, bevor sie sich direkt gegen die Verlautbarung wenden.<sup>186</sup> Selbstverständlich ändern die weitgehend fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten der Kreditinstitute aber nichts daran, dass die BaFin bei der **Formulierung von Verlautbarungen der informellen Bankregulierung die verfassungsrechtlichen Grenzen allen staatlichen Handelns berücksichtigen muss** – insbesondere den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

#### b) Inzidenzkontrolle

##### aa) Überblick

Damit richten sich die Augen auf die Möglichkeit der Inzidenzkontrolle. Dass diese Möglichkeit besteht, dürfte allgemein anerkannt sein. Die entscheidende Frage ist, *ab wann* Kreditinstitute die Möglichkeit haben, informelle Bankregulierung inzidenter kontrollieren zu lassen, wie lange es ihnen also *zumutbar* ist, weitere Verfahrensschritte der BaFin abzuwarten, bis sie Klage vor dem Verwaltungsgericht erheben können. Eine allgemeingültige Antwort auf diese Frage ist kaum möglich, da das Rechtsschutzbedürfnis der Banken davon abhängt, in welchem

---

<sup>185</sup> Dagegen etwa *Schädle*, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 164 f. (Schwelle zum Grundrechtseingriff erst überschritten, wenn den Unternehmen durch eine Verlautbarung oder Richtlinie Pflichten auferlegt würden, die ihre Funktionsfähigkeit gefährden); *Fett* WM 1999, 613, 614 f. (kein Eingriff, weil Verlautbarungen kein Verhalten der Kreditinstitute unmöglich machen); inzident ebenso VG Berlin WM 1996, 1309, 1311; sehr großzügig demgegenüber *Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016, S. 168 f., 242 (Eingriff in Art. 12 GG liegt vor, wenn die Verwaltung von einem regulierten Unternehmen mehr verlangt als das Gesetz ihm zugesteht).

<sup>186</sup> In diesem Sinne zumindest im Ergebnis auch BVerwG NVwZ-RR 2015, 420 Rn. 17 (behördliches Tätigwerden muss sich abzeichnen) in einem nicht bankaufsichtsrechtlichen Fall.

„Inzidenzverfahren“ sie sich befinden und welche Konsequenzen in diesem Verfahren drohen, ob also zB der Entzug der Erlaubnis (§ 35 Abs. 2 KWG), die Abberufung der Geschäftsleitung (§ 36 KWG) oder „nur“ eine Maßnahme zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität (§ 45 KWG) droht. Dennoch lassen sich einige allgemeine Aussagen treffen.

### **bb) Vorgezogener Verwaltungsakt**

Eine unproblematische Rechtsschutzmöglichkeit besteht, soweit im Rahmen des Inzidenzverfahrens ein vorbereitender Verwaltungsakt ergeht. Hauptbeispiel ist das Verfahren zur Abberufung von Geschäftsleitern gem. § 36 Abs. 2 KWG. Dieser Abberufung muss schon nach dem Wortlaut von § 36 Abs. 2 Satz 1 KWG eine Verwarnung vorausgehen.<sup>187</sup> Während dieser Verwarnung früher der regelnde Charakter abgesprochen wurde,<sup>188</sup> wird sie mittlerweile als Verwaltungsakt angesehen,<sup>189</sup> wenngleich sich das BVerwG – soweit ersichtlich – zu der Frage noch nicht geäußert hat.<sup>190</sup> Unter dem Eindruck dieser Rechtsprechung „ist es Verwaltungspraxis der BaFin geworden, entsprechende Maßnahmen förmlich als Bescheid mit Rechtsbehelfsbelehrung zu ergreifen.“<sup>191</sup> Folge ist, dass Kreditinstitute<sup>192</sup> und Geschäftsleiter sich mit der Anfechtungsklage gegen die Verwarnung wehren können. In dogmatischer Hinsicht ist diese Rechtsprechung durchaus zweifelhaft.<sup>193</sup> Dennoch ist sie sinnvoll, da sie eine klar definierte vorgelagerte Rechtsschutzmöglichkeit schafft. Dies leuchtet vor allem vor dem Hintergrund ein, dass das Abberufungsverfahren eines der Verfahren ist, mit denen informelle Bankregulierung inzident überprüft werden kann.<sup>194</sup> Die Rechtsprechung verstößt auch nicht gegen § 44a VwGO,<sup>195</sup> da die Verwarnung nicht den primären Zweck hat, die Abberufung des Geschäftsleiters vorzubereiten, sondern es in erster Linie darum geht, das von der BaFin beanstandete

---

<sup>187</sup> Vgl. auch BVerwG NJW-RR 2007, 492 Rn. 9 (obiter); VG Berlin WM 1992, 1059, 1062.

<sup>188</sup> VG Berlin WM 1992, 1059, 1062; vgl. auch *Habetha/Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 13; *Ficus* NVwZ 2009, 1413.

<sup>189</sup> VGH Kassel WM 2007, 392; VG Frankfurt aM NJW 2004, 1059.

<sup>190</sup> Keine Stellungnahme dazu insbesondere in BVerwG NJW-RR 2007, 492, der Revisionsentscheidung zu VGH Kassel WM 2007, 392.

<sup>191</sup> *Ficus* NVwZ 2009, 1413 f.

<sup>192</sup> Zu deren Klagebefugnis statt aller *Schwennicke* in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 36 Rn. 58.

<sup>193</sup> Beachtliche Gründe gegen die Qualifizierung der Verwarnung gem. § 36 Abs. 2 KWG als Verwaltungsakt bei *Ficus* NVwZ 2009, 1413, 1414.

<sup>194</sup> Nicht überzeugend daher *Ficus* NVwZ 2009, 1413, 1415, der meint die „ursprüngliche, sinnvolle Funktion und einleuchtende Schlichtheit“ der Verwarnung sei durch die Qualifikation als Verwaltungsakt „vollkommen überladen worden“.

<sup>195</sup> AA *Ficus* NVwZ 2009, 1413, 1415.

Verhalten endgültig zu beenden. Insoweit ist die Abberufung nicht mit typischen behördlichen Verfahrenshandlungen iSd § 44a VwGO vergleichbar.<sup>196</sup>

### cc) „Damokles-Rechtsprechung“ des BVerwG

Doch auch ohne einen solchen Verwaltungsakt stehen Kreditinstitute nicht schutzlos dar. Grund ist die sog. „Damokles-Rechtsprechung“ des BVerwG.<sup>197</sup> Demnach liegt ein hinreichendes Feststellungsinteresse iSv § 43 Abs. 1 VwGO vor, wenn die Behörde mit einer Strafanzeige oder der Einleitung eines Bußgeldverfahrens droht, um den Adressaten zu einem bestimmten verwaltungsrechtlich relevanten Verhalten zu bewegen.<sup>198</sup> Die Rechtsprechung ist jedoch nicht auf die Androhung von Strafanzeigen und Bußgeldern beschränkt, sondern greift auch bei ähnlich einschneidenden Maßnahmen.<sup>199</sup> Ein ausdrückliches Androhen der Sanktion ist zudem nicht erforderlich, es genügt, wenn die Behörde auf „gesetzlich zulässige Maßnahmen“ verweist<sup>200</sup>.

Grundgedanke der Damokles-Rechtsprechung ist, dass es unzumutbar wäre, wenn man sich erst in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die Behörde verteidigen könnte.<sup>201</sup> Anders gewendet hat der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse daran, die Klärung einer verwaltungsrechtlichen Streitfrage „nicht auf der Anklagebank zu erleben“.<sup>202</sup> Er soll sich zur Klärung der Rechtsfrage keinem Straf-, Bußgeld- oder vergleichbarem Risiko aussetzen müssen.<sup>203</sup> Dies gilt auch wenn die Entscheidung des Verwaltungsgerichts die Strafgerichte nicht bindet.<sup>204</sup>

---

<sup>196</sup> Vgl. allg. *Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016, S. 243.

<sup>197</sup> Diese Terminologie wird etwa verwendet von BVerwGE 89, 327, 331; *Hammen* WM 2021, 53, 58; *Engels* NVwZ 2018, 1001, 1006.

<sup>198</sup> BVerwGE 77, 207, 213 f.; BVerwGE 89, 327 331 f.; BVerwG NVwZ 1986, 35; aus der unterinstanzlichen Rechtsprechung etwa OVG Münster NVwZ-RR 2018, 43 Rn. 18; aus der Literatur etwa *Möstl* in BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2020, § 43 Rn. 19.2.

<sup>199</sup> Vgl. *Möstl* in BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2020, § 43 Rn. 19.2; *Engels* NVwZ 2018, 1001, 1006; mögliche Szenarien im Bankaufsichtsrecht skizziert *Piwowarski* WM 2019, 1957, 1962.

<sup>200</sup> OVG Münster DVBl. 1961, 885, 886.

<sup>201</sup> Vgl. *Engels* NVwZ 2018, 1001, 1006.

<sup>202</sup> BVerwGE 4, 363, 364; *Möstl* in BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2020, § 43 Rn. 19.2; *Hammen* WM 2021, 53, 58.

<sup>203</sup> Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2018, 43 Rn. 18.

<sup>204</sup> OVG Münster DVBl. 2011, 122.

Im Bankaufsichtsrecht hat diese Rechtsprechung eine besonders hohe Bedeutung,<sup>205</sup> vor allem im Kontext informeller Bankregulierung.<sup>206</sup>

- *Erstens* sind viele Verstöße gegen bankaufsichtsrechtliche Vorschriften zumindest bußgeldbewehrt, wobei die Grenze zur Ordnungswidrigkeit schon bei einfacher Fahrlässigkeit überschritten ist (vgl. nur § 56 KWG). Berücksichtigt man, dass die BaFin den Verstoß gegen informelle Bankregulierung als Grund ansehen könnte, den Rechtsverstoß als fahrlässig oder gar leichtfertig anzusehen,<sup>207</sup> zeigt sich, dass über Kreditinstituten, Geschäftsleitern und sonstigen Repräsentanten, die sich über informelle Bankregulierung hinwegsetzen, **regelmäßig ein „Damoklesschwert“** – zumindest in der Form eines drohenden Bußgeldbescheids – schwebt.<sup>208</sup>
- Doch selbst wenn nicht mit der Eröffnung eines Bußgeld- oder Strafverfahrens zu rechnen ist, greifen *zweitens* viele **Maßnahmen** des KWG so **tief in die Organisationsstruktur** und den **Tätigkeitsbereich von Kreditinstituten** ein, dass auch sie als sonstige schwerwiegende Maßnahme im Sinne der Damokles-Rechtsprechung genügen sollten.
- *Schließlich* ist bei alledem zu bedenken, dass **Kreditinstituten** aufgrund der besonderen Bedeutung, die die Unternehmensreputation im Bankgeschäft hat, nicht nur Nachteile aufgrund möglicher rechtlicher Maßnahmen der BaFin wie Einleitung von Bußgeld- und Strafverfahren drohen, sondern **erhebliche Reputationsverluste**, die selbst bei einem letztlichem Obsiegen in einem Verwaltungsrechtsstreit nicht vollständig ausgeglichen werden können. Gleiches gilt für **Geschäftsleiter**, deren Karrierechancen bei Auseinandersetzungen mit der BaFin erheblich leiden können. Dies rechtfertigt es, Kreditinstituten und Geschäftsleitern einen möglichst frühen Zugang zu den Verwaltungsgerichten zu eröffnen, damit **potenziell rufschädigende Schwebezustände**, in denen am

---

<sup>205</sup> Vgl. auch *Hammen*, WM 2021, 53, 58 f.

<sup>206</sup> Zu restriktiv *Piwowski* WM 2019, 1957, 1962, der Rechtsschutz nur „in Extremfällen“ für möglich hält, sich aber nicht spezifisch mit der Damokles-Rechtsprechung des BVerwG, dem Drohen von Straf- und Bußgeldverfahren und den besonderen Reputationsrisiken auseinandersetzt.

<sup>207</sup> S.o. III)2)e).

<sup>208</sup> Zwar treffen straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Androhungen zunächst nur die für die Institute handelnden natürlichen Personen, denn nur sie sind nach deutschem Recht straffähig. Institute können jedoch gem. § 30 OWiG oder § 130 OWiG belangt werden, wenn ihre Repräsentanten oder „einfachen“ Mitarbeiter Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begehen. Es ist daher nur konsequent, wenn in einem solchen Fall auch Kreditinstitute verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz erlangen können; allg. OVG Münster DB 1994, 1517; OVG Münster ZLR 1996, 603, 604; speziell für das Bankaufsichtsrecht *Hammen* WM 2021, 53, 59.

Markt das Gerücht kursieren kann, das Kreditinstitut würde rechtswidrig handeln, **möglichst früh beendet** werden können.<sup>209</sup>

Nach diesen Grundsätzen kann der Rechtsschutz in den Fällen, in denen die BaFin gegen Geschäftsleiter vorgeht, daher richtigerweise sogar **früher beginnen als mit der Verwarnung des Geschäftsleiters**.<sup>210</sup> Denn zwar werden Verwarnungen gem. § 36 Abs. 2 KWG von der BaFin gem. § 60b Abs. 4 KWG regelmäßig anonymisiert veröffentlicht.<sup>211</sup> Kommt es zur Verwarnung, hat die Auseinandersetzung mit der BaFin jedoch bereits eine so hohe Eskalationsstufe erreicht, dass der Geschäftsleiter mit erheblichen Karriereeinbußen rechnen muss,<sup>212</sup> zumal er befürchten muss, dass sich die BaFin im Rahmen des Anzeigeverfahrens nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 KWG mangels Zuverlässigkeit gegen eine erneute Bestellung als Geschäftsleiter aussprechen würde.

---

<sup>209</sup> Die Besonderheiten des Reputationsmarktes im Bankenwesen beim Feststellungsinteresse berücksichtigend auch VG Berlin WM 1987, 370. 372: „Angesichts der – geradezu seismographischen – Empfindlichkeit des gesamten Kreditgewerbes liegt es nach Auffassung der Kammer auf der Hand, daß ein derartiger Schwebezustand, bei dem eine grundlegende Rechtsfrage zunächst einmal gerichtlicher Klärung zugeführt werden müßte, einen einschneidenden Vertrauensverlust bei den Geschäftspartnern der Klägerin bewirken würde, der für sie zu irreparablen wirtschaftlichen Folgen führen könnte.“

<sup>210</sup> S. dazu o. IV)3)b)bb).

<sup>211</sup> ZB Verwarnung eines Geschäftsleiters, 13.12.2018, <https://www.bafin.de/dok/11801146>: „Die BaFin hat mit Schreiben vom 4. Oktober 2018 gemäß § 36 Absatz 2 Kreditwesengesetz (KWG) den Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes verwarnt. Grund hierfür waren insbesondere Verstöße gegen die Organisationsanforderungen des § 25a Absatz 1 KWG.“; Verwarnung eines Geschäftsleiters, 9.3.2020, <https://www.bafin.de/dok/13782550>: „Die BaFin hat ein Mitglied der Geschäftsleitung eines Versicherungsunternehmens wegen Verstoßes gegen aufsichtsrechtliche Pflichten im Governance-Bereich Risikomanagement gemäß § 303 Absatz 1 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) verwarnt. Festgestellt wurden Verstöße gegen die §§ 23, 26, 27 VAG und Artikel 259 Absatz 1 a), c), 262, 269 Delegierte Verordnung (EU) 2015/35.“

<sup>212</sup> In der Praxis kommt es sehr selten zu förmlichen Verwarnungen nach § 36 Abs. 2 KWG. Stattdessen regt die BaFin bei dem Kreditinstitut eine entsprechende Verwarnung oder gar die Abberufung oder einvernehmliche Trennung von dem Geschäftsleiter an, zu der es dann idR auch kommt.

## V) Rechtsschutz de lege ferenda

### 1) Prämissen für die Beurteilung

Die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen informelle Bankregulierung sollten verbessert werden, wenn die VwGO Kreditinstituten keinen ausreichenden Rechtsschutz gewähren, also *Rechtsschutzlücken* enthalten würde. Die Tatsache, dass Banken nur äußerst selten Rechtsstreitigkeiten gegen die BaFin führen, genügt als Beleg für die Reformbedürftigkeit des Verwaltungsprozessrechts nicht. Denn aufgrund der bei Banken und Geschäftsleitern besonders hohen Reputationsrisiken,<sup>213</sup> werden sie Auseinandersetzungen mit der BaFin gerade auch dann scheuen, wenn sie über hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten verfügen. Ob Rechtsschutzlücken bestehen, kann daher nicht empirisch festgestellt, sondern muss normativ auf der Grundlage der soeben entwickelten Erkenntnisse zu den geltenden Rechtsschutzmöglichkeiten beurteilt werden.

### 2) Keine Rechtsschutzlücken

Rechtsschutzlücken bestehen *nicht*, wenn Kreditinstitute zu einem *hinreichend frühen Zeitpunkt* die Möglichkeit haben, informelle Bankregulierung im Wege der Inzidenzkontrolle vor die Verwaltungsgerichte zu bringen. Dann können sie die Rechtmäßigkeit informeller Bankregulierung überprüfen lassen, ohne allzu große Reputationsrisiken befürchten zu müssen. Aufgrund der Damokles-Rechtsprechung des BVerwG dürfte das geltende Recht daher, wenn es richtig angewandt wird, *keine Rechtsschutzlücken lassen*. Da das besondere Interesse der Kreditinstitute und Geschäftsleiter am Schutz ihrer Reputation bei der Frage berücksichtigt werden muss, ob ein „Damoklesschwert“ über der klagenden Bank bzw. ihrem Geschäftsleiter schwebt, müssen **die Gründe, die *de lege ferenda* für verbesserte Rechtsschutzmöglichkeiten sprechen, schon *de lege lata* berücksichtigt werden**. Selbstverständlich setzt dies voraus, dass Gerichte für die besondere Situation, in der sich Banken befinden, sensibilisiert sind, doch existieren aus Sicht des Verfassers keine Anzeichen, dass hier ein systematisches Defizit herrscht.<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> S.o. II)2)b)cc) und II)2)b)dd).

<sup>214</sup> Im Gegenteil zeugt das Urteil des VG Berlin WM 1987, 370, 372 – eines der wenigen für die Gutachterfragen zumindest entfernt einschlägigen Gerichtsurteile – von einer erstaunlichen Sensibilität für die berechtigten Interessen der Banken (s. dazu bereits Fn. 209).

Keine Rechtsschutzmöglichkeiten haben Banken demgegenüber in Fällen, in denen (a) kein vorgezogener Verwaltungsakt ergeht und (b) es Kreditinstituten zumutbar ist, auf weiteres Handeln der BaFin zu warten. Dies sind jedoch exakt die Fälle, in denen sich verbesserte Rechtsschutzmöglichkeiten auch *de lege ferenda* nicht aufdrängen. Insgesamt erscheint eine Reform des geltenden Rechtsschutzregimes daher nicht geboten.