Ludwig Gramlich

Bankrecht im europäischen Binnenmarkt

– Fortsetzung/Schluß –

4 Bisher koordinierte Bereiche des Bankrechts

4.1 Die zentrale Bedeutung der 2. Koordinierungsrichtlinie

„Grundgesetz" für Banken

Es trifft also zu, wenn die Begründung zur 2. Bankrechtskoordinierungsrichtlinie hervorhebt, zwischen ihrer Zielsetzung und der Liberalisierung des Kapitalverkehrs bestehe eine „notwendige Verbindung". Die Schlüsselstellung dieses Rechtsaktes bei der Verwirklichung der Ziele des EWGV im Bereich des Kreditwesens hat der Richtlinie bereits die Bezeichnung eines „EG-Grundgesetz(es) für Banken" eingebracht.[16] Einige wenige Elemente sind hierfür maßgeblich; sie ergeben sich, etwas verklausuliert, bereits aus der vorangestellten Begründung (Art. 190 EWGV). Dort heißt es, die Richtlinie bezwecke die „Verwirklichung der wesentlichen Harmonisierung, die notwendig und ausreichend ist, um zur gegenseitigen Anerkennung der Zulassung und der Bankenaufsichtssysteme zu gelangen, die die Gewährung einer einzigen Zulassung für die gesamte Gemeinschaft und die Anwendung des Grundsatzes der Kontrolle durch den Herkunftsmitgliedstaat erlauben". Gem. Art. 18 RL sehen daher die Mitgliedstaaten vor, „daß die in erster Linie im Anhang aufgeführten Tätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet ... sowohl über eine (unselbständige) Zweigstelle, als auch im Wege des Dienstleistungsverkehrs von jedem Kreditinstitut ausgeübt werden können, das durch die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaates gemäß dieser Richtlinie zugelassen ist und kontrolliert wird, soweit die betr. Tätigkeiten durch die Zulassung abgedeckt sind". Demgemäß soll künftig § 53b KWG bestimmen, ein Kreditinstitut im Sinne der Richtlinie mit Sitz in einem anderen EG-Mitgliedstaat dürfe in der Bundesrepublik die meisten Bank- und zudem gewisse „banknahe" Geschäfte – also alle im Anhang der Richtlinie aufgeführten Tätigkeiten – ohne Erlaubnis seitens des BAK betreiben. Voraussetzung hierfür ist lediglich, daß dieses Institut von der zuständigen Behörde des Herkunftslandes zum Betreiben der betr. Geschäfte zugelassen worden ist und von ihr beaufsichtigt wird, wobei die Anforderungen der beiden anderen 1989er Richtlinien gelten.

Zentrale Elemente

Kernbestimmung

Eine Zulassung

Besonderheiten

Für die Gründung rechtlich selbständiger Tochtergesellschaften sowie für den Erwerb einer Beteiligung an einem Kreditinstitut in einem anderen Mitgliedstaat sieht die Koordinierungsrichtlinie nur eine Konsultationspflicht der Aufsichtsbehörden vor (Art. 7). Insoweit ist auch künftig eine Erlaubnis nach § 32 KWG vonnöten. Hierauf besteht jedoch ein Rechtsanspruch, der durch die Bestimmungen zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs auch gemeinschaftsrechtlich gewährlei-

stet ist: Derartige Maßnahmen fallen unter die Kategorie der Direktinvestitionen Gebietsansässiger im Ausland bzw. Gebietsfremder im Inland gem. Ziff. I des Anhangs I der 4. Durchführungsrichtlinie von 1988.

Ausnahmen

Eine Zulassung in jedem einzelnen Mitgliedstaat benötigen auch die noch nicht in die Koordinierung einbezogenen „Kreditinstitute". Sie genießen bloß Inländergleichbehandlung nach den allgemeinen vertraglichen Regeln[17], müssen daher auch alle im Aufnahmeland geltenden Bestimmungen für Banktätigkeiten beachten.

4.2 Weitere Eckpfeiler der Koordinierung

Nicht nur die erstmalige Zulassung, sondern auch die laufende Aufsicht obliegt grundsätzlich den Behörden des Herkunftsmitgliedstaates (Art. 13 RL). Zwei weitere Elemente komplettieren die Vereinheitlichung. Zum einen bewirken die bereits genannten und einige weitere Sekundärrechtsakte eine Mindest-Harmonisierung der „Bedingungen für die Aufnahme und Ausübung der (Bank-)Tätigkeit". In Ergänzung zur 1. Koordinierungsrichtlinie legt die 2. nunmehr die Erlaubnisvoraussetzungen abschließend fest: Das geforderte „Anfangskapital" von regelmäßig mindestens 5 Mio. ECU (Art. 4 (1) RL), wobei sich dies der Eigenmittel-Richtlinie zufolge aus „eingezahltem Kapital" und – später – „Rücklagen" zusammensetzt, macht eine Änderung des § 33 I Nr. 1 KWG notwendig. Neu ist auch das Erfordernis der „Zuverlässigkeit" bei Personen, die eine „qualifizierte Beteiligung" an einem Kreditinstitut halten (Art. 5 (2) RL), d. h. mindestens 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte oder zu (nicht näher präzisiertem) „maßgeblichem Einfluß auf die Geschäftsführung" in der Lage sind. Nur empfohlen, aber nicht verbindlich ist schließlich die Mitgliedschaft in einem Einlagensicherungsfonds.[18] Bei der laufenden Kontrolle sodann ist zwar die primäre, aber nicht eine ausschließliche Zuständigkeit der Behörden des Herkunftslandes vorgesehen. Der Bankenaufsicht des Aufnahmelandes gegenüber bestehen nicht nur Anzeigepflichten verschiedenster Art, sondern diese Behörde bleibt auch mit der Kontrolle der Liquidität einer Zweigstelle betraut (Art 14 (2) RL). Dabei kommen sogar Zwangsmaßnahmen in Betracht, allerdings erst, wenn das betr. Kreditinstitut vom Herkunftsmitgliedstaat betroffene, geeignete Aufsichtsmaßnahmen mißachtet oder sich diese als unzulänglich erweisen oder überhaupt kein derartiges Einschreiten erfolgt (Art. 21 (4) RL). Darüber hinaus darf jeder Mitgliedstaat auch in Zukunft intervenieren, um Unregelmäßigkeiten auf seinem Gebiet zu verhindern oder zu ahnden, die einen Verstoß gegen „aus Gründen des Allgemeininteresses" erlassene Rechtsvorschriften ausmachen (Art. 21 (5), (8)). Hierzu zählt etwa die Befugnis, einem (fremden) Kreditinstitut die Aufnahme neuer Geschäftstätigkeiten im Inland zu untersagen. Bis auf weiteres behalten die Aufnahmeländer auch „die volle Zuständigkeit für die Maßnahmen zur Durchführung (ihr)er Währungspolitik" (Art. 14 (2)), und in „dringenden Fällen" dürfen sie zum Schutz der Interessen der Einleger, Investoren oder sonstigen Empfänger von Bankdienstleistungen vorläufig anstelle des Herkunftsstaa-

Mindestharmonisierung

Erlaubniskritierien

Laufende Aufsicht

Verbleibende Zuständigkeiten des Aufnahmelandes

tes Sicherungsmaßnahmen ergreifen (Art. 21 (7)). Stets müssen sie dabei aber das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 7 EWGV) beachten.

Gegenseitige Anerkennung („Cassis de Dijon"-Regel)

Vierter und letzter Kernpunkt der Bankrechtskoordinierung ist die gegenseitige Anerkennung prinzipieller Gleichwertigkeit der Bestimmungen, die in nationaler Zuständigkeit verblieben sind, ebenso wie der Art und Weise der Durchführung mitgliedstaatlicher Bankenaufsicht. Eine Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung dient, bildet den Anhang zur 2. Koordinierungsrichtlinie. Großenteils sind hier „Bankgeschäfte" im Sinne von § 1 I 2 KWG aufgeführt; andere „banknahe" Aktivitäten sollen in einen neuen Abs. 3 des § 1 KWG aufgenommen werden. Bedeutung hat dies zugleich für „Finanzinstitute", die ebenfalls von der Richtlinie erfaßt werden. Auch diese Einrichtungen kommen in den Genuß von deren Bestimmungen über freie Niederlassung und freien Dienstleistungsverkehr, wenn sie (u. a.) mindestens zu 90 % der Stimmrechte zu einem oder mehreren Kreditinstituten gehören (Art. 18 (2) RL). Nach der Richtlinien-Definition sind nämlich Finanzinstitute zwar gerade keine Kreditinstitute, ihre Haupttätigkeit besteht aber darin, Beteiligungen zu erwerben oder eben ein in der Liste aufgeführtes Bankgeschäft (außer dem Einlagengeschäft) zu betreiben.

„Finanzinstitute"

Kooperation der Aufsichtsbehörden

Die Aufteilung der Kontrollzuständigkeiten zwischen Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat bedingt eine enge Zusammenarbeit der nationalen Aufsichtsbehörden. Einzelheiten hierüber regelt die 2. Koordinierungsrichtlinie denn auch in mehreren Bestimmungen, z. B. in Art. 7.

5 Zusammenfassung

Die angesprochenen ausgewählten Aspekte des künftigen Bankrechts im Binnenmarkt lassen sich in wenigen Sätzen resümieren:

Weiterhin nationale Bankenaufsicht

1. Eine Bankenaufsicht durch eine Stelle der Europäischen Gemeinschaften ist derzeit nicht vorgesehen. Zu den grundlegenden Aufgaben eines Europäischen Systems der Zentralbanken („Eurofed") soll es freilich auch gehören, „zur reibungslosen Ausführung der Politiken, die sich auf die Aufsicht über die Kreditinstitute und die Stabilität des Finanzsystems beziehen, beizutragen" (Art. 105 (2) n.F. EWGV).[19]

vor Beginn und während der Banktätigkeit

2. Die statt dessen festgelegte dezentrale Kontrolle betrifft Aufnahme (Zulassung) und Ausübung der Banktätigkeiten. Das Gemeinschaftsrecht schreibt hierfür Mindeststandards vor, deren Beachtung durch die nationalen Aufsichtsbehörden Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat zu gewährleisten haben.

Zu schließende Lücken der Harmonisierung

3. Beabsichtigt, aber noch nicht ins Werk gesetzt ist bisher die Harmonisierung des Finanzsektors, der nicht dem relativ engen „Kreditinstituts"-Begriff des EG-Sekundärrechts unterfällt. Im Interesse eines fairen Wettbewerbs muß jedoch sichergestellt werden, daß insbesondere Wertpapierhäuser und Universal-Banken gleichbehandelt werden. Zu Recht schließt daher der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Rates über Wertpapierdienstleistungen sich eng an die 2. Bankrechtskoordinierungsrichtlinie an.

Bisher unzulänglicher Verbraucherschutz

4. Defizitär erscheint der Stand der Harmonisierung beim Schutz von Bankkunden. Bislang existiert hier im wesentlichen nur die Verbraucherkredit-Richtlinie: Sie ist seit 01.01.1991 durch das Verbraucherkreditgesetz in deutsches Recht umgesetzt. Freilich müßten weitere Vereinheitlichungsschritte zu erheblichen Eingriffen in klassische Bereiche des privaten Vertrags- und Haftungsrechts führen – und würden so an Grenzen der gemeinschaftlichen Zuständigkeiten stoßen.[20] Ob und wie bei einer Rechtsangleichung für die Realisierung des Binnenmarktes Art. 100a (3) EWGV Rechnung getragen werden kann, wonach die EG-Kommission „in ihren Vorschlägen (im Bereich) Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau" ausgehen muß, ist ungewiß.

Stellung der DBP POSTBANK

5. Die DBP POSTBANK kann erst dann in den Genuß des vereinheitlichten Bankrechts gelangen, wenn das Gemeinschaftsrecht geändert wird. Dabei wäre eine Modifikation der Definition des „Kreditinstituts" nicht unbedingt nötig, denn die POSTBANK betreibt neben Giro-/Spar-Einlagengeschäften auch seit je her Aktivgeschäfte (nach Maßgabe der Anlegungsgrundsätze, § 23 Abs. 5 PostVerfG). Jedoch müßte die Bereichsausnahme in Art. 2 der Richtlinie 77/780/EWG entsprechend korrigiert werden. Eine Privatisierung der Rechtsform oder der Trägerschaft wäre nicht ausreichend, ebensowenig die bloße Streichung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 KWG, denn damit würde zwar die POSTBANK der nationalen Bankenaufsicht einschließlich der Erlaubnispflicht unterworfen, deren „(gegenseitige) Anerkennung" in den übrigen Mitgliedstaaten aber noch immer nicht zur gemeinschaftrechtlichen Verpflichtung.

1 Einheitliche Europäische Akte vom 17./28.02.1986 (BGBl. 1987 II, S. 1102), in Kraft seit 01.07.1987 (BGBl. 1987 II, S. 451).
2 Vgl. Ziff. II.4. der EEA-Schlußakte (Erklärung der Kommission zu Art. 100a des EWG-Vertrages).
3 Dazu *Hillmann*, Die Bank 1988, S. 534 ff.: *Berger*, BB 1989, S. 1017 (1018): *Follak*, Bank-Archiv 1990, S. 752 ff.
4 Vgl. *Möschel*, Fs. Steindorff, 1990, S. 427 (435 ff.).
5 Rs. 2/74 vom 21.06.1974: Rs. 33/74 vom 03.12.1974 (auszugsweise in: *Hummer/Simma/Vedder*, 50 Fälle zum Europarecht, 2.A. 1985, S. 306 ff., 311 ff.).
6 Vgl. *Lanzke*, WM 1988, S. 397 (ff.).
7 Dem Erlaubnisantrag ist Art. 3 (4) RL zufolge ein Geschäftsplan beizufügen. § 33 I Nr. 5 KWG normiert dies seit der 3. KWG-Novellierung (vom 20.12.1984, BGBl. 1984 I, S. 1693).
8 Näheres bei *Gramlich*, RabelsZ 55 (1991) S. 91 (115 ff.).
9 Vgl. *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 343 f.
10 Hierzu *Claussen*, DB 1991, S. 1129 ff.: *Vortmann*, NJW 1991, S. 2399 ff.
11 Rs. C-361/88 und C-59/83 vom 30.05.1991, JZ 1991, S. 1031 ff. mit Anm. *Rupp*.
12 Vgl. *Arnold/Boos*, Die Bank 1991, S. 364 ff.
13 Zu den „Anlegungsgrundsätzen" der DBP POSTBANK s. *Gramlich*, RabelsZ 1991, S. 129.
14 Vgl. *Gramlich*, Außenwirtschaftsrecht, 1991, S. 140.
15 Näheres bei *Gramlich*, Bundesbankgesetz – Währungsgesetz – Münzgesetz, Kommentar, 1988, § 16 BBankG Rdnr. 34 f.
16 *Bader*, EuZW 1990, S. 117 (ff.).
17 Vgl. *Oppermann*, Europarecht, 1991, S. 585.
18 Hierzu *Schneider*, EuZW 1990, S. 361
19 S. bereits *auf der Heide*, DVW 6/1990, S. 13 (14).
20 Vgl. *Troberg*, WM 1991, S. 1745 (1747 f.).

Hinweis auf Rechtsvorschriften und Literatur zum EG-Bankrecht

Die im Text genannten EG-Rechtsakte und Vorschläge zu Kreditinstituten finden sich in einem Dokument der EG-Kommission (Stand: Mai 1990) zusammengestellt, weiterhin im Text-Anhang zu *D. Hoffmann*, Bank- und Börsenrecht der EWG 1990. Als vertiefende Aufsätze seien angeführt:

Horn, Bankrecht auf dem Weg nach Europa. ZBB 1989, S. 107 ff.
Hafke, Ordnungspolitische Gesichtspunkte der EG-Bankrechtskoordinierung, in: *Hahn* (Hrsg.), Geldverfassung und Ordnungspolitik 1989, S. 113 ff.
Kluge, Die Mindestharmonisierung des Bankenrechts, ZfgesK 1990, S. 182 ff.
Arnold, Harmonisierung des Bankaufsichtsrechts, Die Bank 1990, S. 668 ff.

□