

Haftung der Finanzaufsichtsbehörde für rechtswidrige Einstellungsanordnungen¹

I. Bedeutung der staatlichen Aufsicht über Banken und Wertpapierdienstleistungsunternehmen

Keine moderne Volkswirtschaft kann ohne eine entwickelte Finanzindustrie auskommen. Der Nukleus jedes Finanzwesens sind diejenigen Banken, die Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegennehmen und das Kreditgeschäft betreiben (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3 d S. 1 des deutschen Kreditwesengesetzes [KWG]). Die Dienste dieser Kreditinstitute sind für das Einlegerpublikum ökonomisch wertvoll, und deshalb sind sie auch volkswirtschaftlich erwünscht, weil sie den Einlegern erstens die Kosten einer Aufbewahrung von Bargeld im eigenen Safe oder im Bankschließfach ersparen, ihnen zweitens eine rentierliche Anlage ermöglichen (Sparbuch, Festgeld usw.) und drittens eine Grundlage für die bargeldlose Begleichung ihrer Verbindlichkeiten bilden (Überweisungsverkehr). Für die Kreditinstitute ist das Einlagengeschäft ökonomisch interessant, weil sie die hereingenommenen Einlagen gewinnbringend für ihr Kreditgeschäft nutzen können. Auch das ist volkswirtschaftlich erwünscht, weil Kreditvergabe Investitionen ermöglicht. Kreditinstitute erfüllen damit eine volkswirtschaftliche Schlüsselfunktion bei der Vermittlung von anlaufsuchendem Kapital an die kreditsuchende Wirtschaft.

Freilich setzt das Funktionieren dieses Systems eine gewisse Absicherung der Einleger voraus, die mit ihren Rückzahlungsforderungen von der Solvenz des Kreditinstituts abhängen. Diese Absicherung wird nicht durch Sicherheitenstellung seitens der Kreditinstitute, etwa durch Bürgschaften oder durch Hypotheken, erreicht,² weil die den Instituten zu Gebote stehenden Sicherungsmöglichkeiten nicht ausreichen, um ein auf solchermaßen gesicherten Einlagen fußendes, gewinnträchtiges Aktivgeschäft aufzubauen. Deshalb sucht man, den Sicherungsbedürfnissen der Einleger mit anderen Mitteln zu dienen. Vertrauen bei den Einlegern wird durch eine effiziente staatliche Aufsicht über Kreditinstitute geschaffen.³ Die Sicherstellung der Solvenz der Banken ist ein Leitbild des modernen Rechts der Aufsicht über Banken mittels Kontrolle der Qualifikation der Geschäftsleiter und der Zuverlässigkeit der Inhaber, mittels der Überwachung der Angemessenheit der Eigenmittel und einer

¹ Ausgearbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 30.06.2010 an der Faculdade de Direito der Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien, gehalten hat.

² Gelder, die unter banküblicher Besicherung angenommen werden, sind keine Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG (Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer, KWG, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 36).

³ Hierzu und zum Folgenden Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, Einf. KWG, Rn. 61 f., 72, 74, 78.

ausreichenden Zahlungsbereitschaft und mittels der Aufstellung von Anforderungen an eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der Kreditinstitute.

In Deutschland obliegt die Aufsicht über das Kreditwesen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Zu den Aufgaben der BaFin gehört nun aber nicht nur die Überwachung der Einlagenkreditinstitute, sondern zur Sicherung der Solidität des Finanzwesens insgesamt auch die Aufsicht über andere Dienstleister, unter anderem über Finanzkommissionäre, Vermögensverwalter und Eigenhändler, also über Intermediäre im Bereich des Wertpapierhandels. Bei den Wertpapierdienstleistungen besteht nämlich eine ähnliche für den Anleger risikoreiche Situation wie beim Einlagengeschäft. Der Anleger kann, wenn er beispielsweise Wertpapiere über die Börse erwerben will, dies nicht selbst erledigen. Vielmehr muß er sich eines Intermediärs bedienen, der über eine Zulassung zum Handel an der Börse verfügt. Dieser Intermediär wird regelmäßig im Wege der (Einkaufs-)Kommission (§§ 383 ff. HGB), d.h. zwar für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen tätig. Deshalb ist er es auch, der – jedenfalls der gesetzlichen Grundkonzeption nach⁴ – zunächst das Eigentum an den Wertpapieren erwirbt, das er dann gemäß § 384 Abs. 2 Halbsatz 2 Alt. 2 HGB an den Kommittenten weiterübertragen muß. Mithin trägt der Kommittent das Risiko der Insolvenz des Kommissionärs. Dieses Risiko ist in der Rechtspraxis nicht absicherbar, weil der Kommissionär, wollte er das Risiko durch Sicherheiten adäquat abdecken, Wertpapiere der zu erwerbenden Art vorab sicherungsübereignen müßte.⁵ Auch dieses Risiko wird ein Stück weit dadurch kompensiert, daß viele Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Interesse des Funktionierens des Kapitalmarkts der Aufsicht der BaFin unterstellt worden sind. Die Aufsicht dient dem Anlegerschutz, der Gewährleistung einer hohen Qualität der Ausführung von Anlegeraufträgen sowie der Integrität, Stabilität und Effizienz des Finanzsystems.⁶

Zu den Aufgaben der BaFin gehört die Erteilung der Konzession für das Betreiben des Bankgeschäfts und für die Vornahme von Finanzdienstleistungen sowie das Einschreiten gegen erlaubnislos betriebene Bank- oder Finanzdienstleistungen nach Maßgabe des Kreditwesengesetzes. Das Recht der BaFin, die Einstellung erlaubnislos betriebener

⁴ Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 383 Rn. 15. In der Rechtspraxis des Börsengeschäfts handelt der Intermediär meist als Bote oder als Vertreter des Kommittenten (Horn WM 2002, Sonderbeilage Nr. 2 S. 19).

⁵ Dem Kommittenten nützt es wenig, daß er in der Insolvenz des Kommissionärs den von ihm geschuldeten Aufwendungsersatz (§ 396 Abs. 2 HGB) zurückbehalten und zudem Schadensersatz nach §§ 384 Abs. 2 HGB, 280 ff. BGB verlangen kann. Sein Schadensersatzanspruch deckt zwar das Kursänderungsrisiko mit ab, führt aber in der Insolvenz des Kommissionärs nicht zu seiner vollständigen Schadlosstellung.

⁶ Erwägungsgrund 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EG und Erwägungsgrund 5 der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente 2004/39/EG.

Bankgeschäfte anzuordnen (§ 37 Abs. 1 KWG), bietet der Behörde die Handhabe, unseriöse Anbieter vom Markt fernzuhalten. Freilich ist auch zu bedenken, daß das gesetzliche Erfordernis einer Erlaubnis für das Betreiben von Bankgeschäften die verfassungsrechtlich garantierte Berufs- und Gewerbefreiheit der Finanzdienstleister erheblich einschränkt. Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber keineswegs sämtliche Finanzdienstleistungen gleich welcher Art unter einen generellen Genehmigungsvorbehalt gestellt. Vielmehr hat er diejenigen Bank- und Finanzdienstleistungen, für deren Erbringung eine Konzession benötigt wird, in § 1 KWG abschließend aufgelistet. Die Genehmigungstatbestände stehen nicht zur Disposition der Finanzaufsichtsbehörde, weil die Behörde an das Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes [GG]).

II. Auswirkungen allzu kostenträchtiger staatlicher Regulierung

Nun ist zu bedenken, daß die Gewährleistung eines soliden Bank- und Finanzdienstleistungswesens durch staatliche Regulierung und Aufsicht für die beaufsichtigten Institute keineswegs kostenfrei ist. Vielmehr tragen die konzessionierten Institute nicht nur im Wege der Umlage (§ 16 des deutschen Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht [FinDAG]) den größten Teil der Kosten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – im Jahre 2009 immerhin 135 Millionen Euro⁷ –, sondern es werden viele von ihnen auch mit Beiträgen zu Einlagensicherungsfonds und Entschädigungseinrichtungen für Wertpapierfirmen (§ 8 EAEG) sowie gegebenenfalls zu einem nationalen Bankensanierungsfonds belastet. Erhebliche interne Kosten entstehen Wertpapierdienstleistungsunternehmen zudem beispielsweise durch die Erfüllung gesetzlicher Anforderungen an ihre innere Organisation (Compliance-Funktion, Beschwerdestelle, Dokumentation der Geschäftstätigkeit und anderes mehr, vgl. §§ 33 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1, Nr. 4 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes [WpHG], 25 a Abs. 1 S. 6 Nr. 2 KWG), durch die Erfüllung mannigfaltiger Meldepflichten (vgl. § 9 WpHG) sowie durch die Gewährleistung der Eigenmittelanforderungen des Kreditwesengesetzes (vgl. § 10 KWG⁸) und seiner Durchführungsbestimmungen.⁹

⁷ BaFin, Jahresbericht 2009, S. 253.

⁸ Hiervon sind freilich manche Anlageberater und Anlagevermittler ausgenommen (§ 2 Abs. 8 KWG).

⁹ Alleine die Solvabilitätsverordnung (BGBl. I 2006, S. 2926) umfaßt mehr als 300 Paragraphen.

In dieser Situation lassen sich nun – läßt man einmal die Fälle vollständigen Marktaustritts einmal beiseite¹⁰ – zwei Ausweichbewegungen beobachten, mittels derer sich Finanzdienstleister jener kostenträchtigen Regulierung zu entziehen suchen. Die erste Vermeidungsstrategie läßt sich am Beispiel der zum 1.1.2010 eingeführten gesetzlich vorgeschriebenen Protokollierung von Anlageberatung durch Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 34 Abs. 2 a WpHG) zeigen. Diese Dokumentationspflicht belastet die Unternehmen erheblich.¹¹ Denn die Dokumentation des Beratungsgesprächs ist nicht nur außergewöhnlich arbeitsaufwendig, weil das Protokoll nicht nur vollständige Angaben über den Anlaß der Anlageberatung, über die Dauer des Beratungsgesprächs und die Informationen über die persönliche Situation des Kunden sowie über die besprochenen Finanzinstrumente und Wertpapierdienstleistungen enthalten, sondern auch die vom Kunden genannten wesentlichen Anliegen und deren Gewichtung sowie die im Verlauf der Beratung erteilten Empfehlungen und die dafür maßgeblichen Gründe dokumentieren muß.¹² Sondern sie bringt, weil es der Gesetzgeber unterlassen hat, das Beratungsprotokoll zu standardisieren, den Wertpapierdienstleistungsunternehmen auch viel Rechtsunsicherheit. In ersten Stellungnahmen zu den neuen Bestimmungen ist angemerkt worden, der Dokumentationspflicht könne nur durch einen Verzicht auf die Kundenberatung und einen Rückzug auf die reine Vermittlung ausgewichen werden.¹³ Und genau dieses ist dann im Wertpapierdienstleistungswesen auch prompt geschehen. Im April 2010 hat ein renommiertes privates Bankhaus mitgeteilt, die Anlageberatung aufzugeben und sich auf die mandatierte Vermögensverwaltung zu konzentrieren, weil die Vorschriften zur Dokumentationspflicht von Beratungsgesprächen zu kompliziert seien.¹⁴

Die zweite Ausweichstrategie setzt bei dem vorstehend geschilderten Umstand an, daß der deutsche Gesetzgeber den Wertpapierdienstleistungssektor keineswegs gleichsam generalklauselartig unter Aufsicht gestellt, sondern die Erlaubnisbedürftigkeit gewerblicher Tätigkeit in diesem Bereich an gesetzlich genau umgrenzte, enumerativ aufgeführte Geschäftsformen geknüpft hat. Versucht wurde, die in § 1 KWG als genehmigungsbedürftig

¹⁰ Solche Verhaltensweisen waren z.B. bei der bis dahin erlaubnisfrei betreibbaren Vermögensverwaltung zu beobachten, die im Jahre 1998 dem Regime des KWG unterstellt wurde. Damals ist so mancher ehrbare Vermögensverwalter zum Schaden des Wettbewerbs aus dem Markt ausgeschieden, weil er die durch die staatliche Aufsicht verursachten Kosten nicht tragen konnte.

¹¹ In größeren Banken können bis zu 20.000 Beratungsprotokolle pro Tag anfallen (Börsen-Zeitung v. 30.6.2010, S. 2).

¹² Vgl. § 14 Abs. 6 der Wertpapierdienstleistungs-, Verhaltens- und Organisationsverordnung, abgedruckt in Kümpel/Hammen/Ekkenga, Kapitalmarktrecht, Kz. 631/6; Wirth, scoach, Ausgabe 02/10, 2010, S. 30, 31.

¹³ Wirth, scoach, Ausgabe 02/10, 2010, S. 30.

¹⁴ Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 21.4.2010, S. 41. Manche Kreditinstitute bieten mittlerweile auch keine telefonische Beratung mehr an (Fröhlich, Börsen-Zeitung v. 28.4.2010, S. 6).

beschriebenen Geschäftsarten, insbesondere das in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG geregelte Finanzkommissionsgeschäft und die in § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 3 KWG definierte Finanzportfolioverwaltung durch Wahl anderer Vertragsgestaltungen zu vermeiden. Beim Finanzkommissionsgeschäft erwirbt oder veräußert der Intermediär Finanzinstrumente im eigenen Namen für Rechnung seiner Kunden. Finanzportfolioverwaltung ist Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum. Alternative Finanzdienstleister haben nun versucht, ihre Dienstleistung – die Mehrung des Vermögens ihrer Kunden mittels Geschäften in Finanzinstrumenten – in andersgearteten Vertragsformen zu erbringen, die bei erstem Hinsehen aus den Tatbeständen erlaubnisbedürftiger Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen in § 1 KWG herausfallen. Diesen Gestaltungen hat die BaFin, nachdem sie solche Dienstleister zuvor jahrelang unbehelligt am Markt hatte auftreten lassen, entgegenzuwirken versucht, indem sie ihre dann ab dem Jahre 2001 erlassenen Untersagungsverfügungen gegen eine ganze Reihe jener alternativen Finanzdienstleister auf eine weite Auslegung der Vorschrift in § 1 KWG und zwar zunächst auf das Nächstliegende, nämlich auf den Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung in § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 3 KWG gestützt hat.

III. Rechtswidrige Untersagungsverfügung der BaFin

Bei einem dieser Dienstleister hatte die Behörde hiermit Erfolg. Der von der BaFin mit einer Einstellungsverfügung überzogene Initiator einer Anlagegesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) (§§ 705 ff. des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs [BGB]) war Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Gegenstand der Gesellschaft war die Kapitalanlage in Devisen-, Aktien-, Zins- und Terminmärkten. Beitretende Anleger wurden Gesellschafter, sobald ihre vereinbarte Einlage auf einem Treuhandkonto gutgeschrieben war. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat im Jahre 2004 die gegen die Einstellungsverfügung der BaFin gerichtete Klage mit der Begründung abgewiesen, der Initiator betreibe Finanzportfolioverwaltung „für andere“, nämlich für die anderen Gesellschafter. Den Einwand, es liege Verwaltung eigenen Vermögens vor, weil der Initiator lediglich das aus dem Beteiligungskapital der beigetretenen Anleger gebildete Gesellschaftsvermögen in Finanzinstrumente investiere, wollte das Gericht nicht gelten lassen. Zwar räumte es ein, daß die GbR nach der grundlegenden Entscheidung

des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Rechtsnatur dieser Gesellschaft aus dem Jahre 2001¹⁵ als eigenständiges Rechtssubjekt zu betrachten sei. Die Konsequenz hieraus, nämlich daß das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft als eigenständigem Rechtssubjekt und nicht etwa ihren Gesellschaftern zugeordnet ist, mochte das BVerwG indes nicht ziehen. Vielmehr verwies das Gericht darauf, es dürfe sich der Vermögensverwalter keineswegs im Zusammenhang mit seiner Dienstleistung ein Gebilde schaffen können, um sich dem Schutzmechanismus zu Lasten der wirklichen Anleger zu entziehen.¹⁶

Dieser Erfolg der BaFin war freilich vergebens. Denn das BVerwG hat in derselben Entscheidung zu erkennen gegeben, die für die Verwaltung des in einer GbR gesammelten Beteiligungskapitals aufgestellten Grundsätze nicht auf die Kapitalsammlung in einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft übertragen zu wollen, weil hier keine Fremdvermögensverwaltung zu Gunsten der Gesellschafter, sondern die Verwaltung des eigenen Vermögens der Gesellschaft stattfindet.¹⁷ Dieses obiter dictum zwang die BaFin, in ihrem Kampf gegen alternative Finanzdienstleister, die in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft organisiert waren, nach einem anderen Eingriffstatbestand zu suchen. Deshalb warf die BaFin nun diesen Dienstleistern das Betreiben unerlaubten Finanzkommissionsgeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG vor. Auf der Grundlage dieser Vorschrift erlassene Einstellungsverfügungen der Behörde richteten sich beispielsweise gegen folgendes Geschäftsmodell:

Der Finanzdienstleister – eine Aktiengesellschaft – begab an Privatanleger gegen Kapitalüberlassung Inhaberschuldverschreibungen, die im Freiverkehr (Open Market) der Frankfurter Wertpapierbörse gelistet waren. Der geschäftliche Erfolg der Gläubiger dieser Schuldverschreibungen hing von dem Anlageerfolg ab, den der Dienstleister mit seinem um das eingezahlte Kapital der Anleger erhöhten Vermögen erzielte. Der Finanzdienstleister reichte nämlich das nunmehr in seinem Vermögen befindliche Kapital gegen Gewährung stiller Beteiligungen an zwei Schwestergesellschaften weiter. Diese Gesellschaften investierten das Kapital in Finanzinstrumente (Aktienoptionsstrategien) und Hedge Fonds. Die BaFin erblickte in diesem Geschäftsmodell im Wege weiter Auslegung aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise erlaubnisbedürftiges Finanzkommissionsgeschäft, also

¹⁵ BGHZ 146, 341.

¹⁶ BVerwG ZIP 2005, 385, 388 f. (bestätigt durch BVerwG ZIP 2010, 1171).

¹⁷ BVerwG ZIP 2005, 385, 389 f.: „... ist ... zweifelhaft“; BVerwG ZIP 2010, 1171, 1172: Unterstellung unter § 1 KWG „jedenfalls einer GbR des vorliegenden Zuschnitts“.

Kommissionsgeschäft mit Finanzinstrumenten, gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG.¹⁸ Da der Finanzdienstleister keine solche Erlaubnis besaß, untersagte ihm die BaFin die Fortführung des Geschäftsbetriebs und ordnete die Abwicklung der Geschäfte an (§ 37 Abs. 1 KWG).

Die Maßnahmen der BaFin gegen die Branche hatten zur Folge, daß einige dieser alternativen Anbieter Insolvenz anmelden mussten. Dem Anbieter des vorstehend beschriebenen Geschäftsmodells gelang es indes, das Bundesverwaltungsgericht anzurufen. Im Februar 2008 entschied der 6. Senat des BVerwG¹⁹ dann letztinstanzlich, die Einstellungsverfügung der BaFin gegen diesen Anbieter sei rechtswidrig gewesen, weil der Finanzdienstleister kein Finanzkommissionsgeschäft, wie es nämlich der Grundform nach in §§ 383 ff. des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB) beschrieben werde, sondern genehmigungsfreies Geschäft betrieben habe.²⁰ Diese Beschreibung in § 383 HGB ist übrigens fast dieselbe wie in Art. 693 ff. des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Damit war für die BaFin eine Schlacht, aber noch nicht der Krieg verloren. Noch in dem Verfahren vor dem 6. Senat und dann noch einmal in einem Verfahren vor dem 8. Senat des BVerwG gegen einen in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft organisierten Finanzdienstleister, der an Anleger Kommanditanteile dieser Gesellschaft vertrieben hatte, berief sie sich nunmehr wieder auf die Vorschrift über Finanzportfolioverwaltung in § 1 Abs. 1 a S. 2 Nr. 3 KWG.²¹ Aber auch dieser Rechtsansicht sind die höchsten Gerichte nicht gefolgt. Vielmehr hat der 8. Senat des BVerwG – wie es schon der 6. Senat getan hatte – hervorgehoben, der Finanzdienstleister sei nicht, wie es aber bei der Vermögensverwaltung typisch sei, als Bevollmächtigter seiner Kunden aufgetreten, sondern habe im eigenen Namen das Vermögen der Kommanditgesellschaft verwaltet.²² Im Dezember 2009 haben sich dann auch der 2. Zivilsenat²³ und im März 2010 der 6. Senat des Bundesgerichtshofs der von den beiden Senaten des BVerwG vertretenen Auffassung angeschlossen, das von den betreffenden alternativen Finanzdienstleistern betriebene Geschäft sei kein Finanzkommissionsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG.²⁴

¹⁸ Vgl. die Aufsätze der Mitarbeiter der BaFin Sahavi ZIP 2005, 929 und Voge WM 2007, 1640.

¹⁹ Nachdem die Instanzgerichte dieses Geschäftsmodell zunächst als Finanzkommissionsgeschäft (VG Frankfurt 9 G 955/03 (1)), dann zumindest als Einlagengeschäft (VGH Kassel 6 TG 1581/03), später als Investmentgeschäft (VG Frankfurt ZIP 2005, 1500) und schließlich als keines von alledem (VG Frankfurt 1 E 1159/05 (V)) eingeordnet hatten.

²⁰ BVerwG WM 2008, 1359; Hammen WM 2005, 813 und WM 2008, 1901.

²¹ Eßer (Mitarbeiter der BaFin) WM 2008, 671, 674 ff.

²² BVerwG ZIP 2009, 1899, 1901.

²³ Nachdem schon der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGHSt ZIP 2003, 2354, 2358) wie später auch der 6. Senat des BVerwG das Finanzkommissionsgeschäft als „Kommissionsgeschäft“ den Fällen „verdeckter Stellvertretung“ zugeordnet hatte.

²⁴ BGH (2. Zivilsenat) WM 2010, 262, 263; BGH (6. Senat) WM 2010, 928, 929 Rn. 19: Verweis auf BVerwGE 130, 262, 265 Rn. 22 ff.

Nunmehr war für die BaFin der Kampf gegen die alternativen Finanzdienstleister vor Gericht auf der ganzen Linie verloren. Denn auch das Urteil des BVerwG aus dem Jahre 2004 war für die zukünftige Aufsichtspraxis mittlerweile bedeutungslos geworden. Das hat folgenden Hintergrund: Initiatoren kollektiver Anlagemodelle bieten ihren Anlegern aus steuerlichen Gründen zusätzliche Vorteile, wenn sie ihr Geschäft in der Rechtsform der Personengesellschaft organisieren. Da die Anlage von (Gesellschafts)Vermögen in Finanzinstrumenten seit jeher als Vermögensverwaltung aufgefaßt wird, die Vermögensverwaltung mangels eines nach außen erkennbaren Marktauftritts aber kein Handelsgewerbe bilden kann, kam für jene Anlagemodelle bis zum Jahre 1998 zuvörderst die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht.²⁵ Diese Gesellschaftsform war für die Anleger bis zum Jahre 1999 ohne weiteres akzeptabel, weil die Gesellschafter nach der bis dahin geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken konnten.²⁶ Im Jahre 1999 erkannte der BGH erstmals auf eine grundsätzlich unbeschränkbare, gesetzliche persönliche Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft.²⁷ Mit dem Handelsrechtsreformgesetz 1998 ließ dann der Gesetzgeber für vermögensverwaltende Gesellschaften auch die Rechtsformen der Offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft zu (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Das erlaubt Anlegern eine Eingrenzung ihrer Haftung auf die übernommene Kommanditeinlage (Haftsumme) (§ 171 Abs. 1 HGB). Als dann der Bundesgerichtshof im Jahre 2001 seine Rechtsprechung zur persönlichen Haftung der Gesellschafter einer GbR für Schulden der Gesellschaft – und zwar aus § 128 HGB analog – noch einmal bekräftigte,²⁸ war die Rechtsform der GbR für alternative Finanzdienstleister unattraktiv geworden.

Mittlerweile enthält indes das KWG auf Betreiben der BaFin²⁹ einen neuen, als Reaktion auf die Entscheidung des BVerwG aus dem Jahre 2008 geschaffenen und speziell auf die vorstehend geschilderten Geschäftsmodelle zugeschnittenen Eingriffstatbestand. Erlaubnisbedürftige Finanzdienstleistung ist gemäß der am 26.3.2009 wirksam gewordenen Vorschrift in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 11 KWG die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten für eine Gemeinschaft von Anlegern, die natürliche Personen sind, mit

²⁵ Ulmer, in: Großkommentar HGB, 2. Bd., 4. Aufl. 2004, § 105 Rn. 26; Schäfer, in: Großkommentar HGB, 3. Bd., 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 28; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 2 I 1 S. 21 Rn. 7.

²⁶ Z.B. BGHZ 113, 216, 219.

²⁷ BGHZ 142, 315.

²⁸ BGHZ 146, 341.

²⁹ Schönemann NZG 2010, 130, 131.

Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Finanzinstrumente, sofern dies ein Schwerpunkt des angebotenen Produkts ist und zu dem Zweck erfolgt, dass diese Anleger an der Wertentwicklung der erworbenen Finanzinstrumente teilnehmen (Anlageverwaltung).³⁰ Allerdings dürfen die Anbieter, für deren Produkte bis zum 24. September 2008 ein Verkaufsprospekt veröffentlicht worden ist, ihr Geschäft weiter betreiben, ohne eine Erlaubnis für die Anlageverwaltung einholen zu müssen (§ 64 I S. 2 KWG). Parallel zu dieser Rechtsentwicklung auf der Ebene des nationalen deutschen Rechts gibt es Bestrebungen der EU-Kommission, mit einer Richtlinie alle Verwalter alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Managers – AIFM) zu regulieren, die mehr als 100 Mill. Euro unter Verwaltung haben.³¹

Für die alternativen Finanzdienstleister war mit den für sie günstigen Entscheidungen des BVerwG aus den Jahren 2008 und 2009 die Sache keineswegs erledigt. Denn die von den Einstellungsverfügungen der BaFin betroffenen Unternehmen haben Schäden in erheblicher Höhe unter anderem dadurch erlitten, daß sie ihren Kundenstamm verloren haben. Deshalb ist bei dem Landgericht Frankfurt am Main im März 2010 eine Schadensersatzklage in Höhe von über 5 Mill. Euro gegen die BaFin erhoben worden.³² Diese Klage stützt sich auf das deutsche Staatshaftungsrecht.

IV. Überblick über das deutsche Staatshaftungsrecht

Das deutsche Staatshaftungsrecht ist nicht kodifiziert. Vielmehr besteht es aus einer Reihe nicht vollständig aufeinander abgestimmter, teils vom Gesetzgeber aufgestellter, teils von der Rechtsprechung entwickelter Tatbestände mit ganz unterschiedlichen Voraussetzungen und verschiedenen Rechtsfolgen. Im Jahre 1981 hat es einen gesetzgeberischen Versuch gegeben, mit einem Bundesgesetz über die Staatshaftung³³ das Staatshaftungsrecht zu ordnen und die bis dahin bestehenden Staatshaftungsinstitute der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG, des enteignungsgleichen Eingriffs, des aufopferungsgleichen Eingriffs und der Folgenbeseitigung³⁴ in einem einzigen gesetzlichen Tatbestand zusammenzufassen.³⁵ In § 1

³⁰ Zu diesem neuen Tatbestand Bärenz/Käpplinger ZBB 2009, 277 ff.; Klebeck/Kolbe ZIP 2010, 215 ff.; Voge WM 2010, 913 ff.

³¹ Hierzu Nietsch/Graef ZBB 2010, 12 ff.

³² Die vorliegende Abhandlung geht auf eine Anfrage aus der Rechtspraxis zurück.

³³ Vom 26.6.1981, BGBl. I, S. 533.

³⁴ Hinzu kommt die Haftung des Staates und seiner Einrichtungen für Handeln seiner bzw. ihrer Organe im zivilrechtlichen Bereich gemäß §§ 21, 89 BGB.

Abs. 1 dieses Gesetzes hieß es: „Verletzt die öffentliche Gewalt eine Pflicht des öffentlichen Rechts, die ihr einem anderen gegenüber obliegt, so haftet ihr Träger dem anderen für den daraus entstandenen Schaden nach diesem Gesetz“. Diese Haftung war im Grundsatz verschuldensunabhängig ausgestaltet. Allerdings ließ § 2 Abs. 1 S. 2 jenes Gesetzes den Geldersatz entfallen, wenn die Pflichtverletzung auch bei Beachtung der bei der Ausübung öffentlicher Gewalt den Umständen nach gebotenen Sorgfalt nicht hätte vermieden werden können. Hierfür war dann aber die haftpflichtige öffentliche Einrichtung darlegungs- und beweispflichtig.³⁶ Dieses Staatshaftungsgesetz ist vom Bundesverfassungsgericht im Jahre 1982 mit der Begründung für nichtig erklärt worden, dem Bund habe die Kompetenz für den Erlaß des Gesetzes gefehlt, weil die Regulierung der Staatshaftung nicht der Bundesrepublik Deutschland, sondern den Bundesländern obliege.³⁷ Deshalb gelten die vorstehend angeführten vier Staatshaftungsinstitute bis heute fort.

Die für das Bankaufsichtsrecht bedeutsamsten Tatbestände sind diejenigen der Amtspflichtverletzung und des enteignungsgleichen Eingriffs. Nach der Vorschrift in § 839 BGB, die schon seit über 100 Jahren im Bürgerlichen Gesetzbuch steht, haftet ein Beamter, wenn er eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt, demjenigen, demgegenüber die Amtspflicht besteht, auf Schadensersatz. Das Grundgesetz aus dem Jahre 1949 hat diese Haftung auf die Anstellungskörperschaft des Beamten übergeleitet (Art. 34 GG). Man spricht deshalb von einer personalen Konzeption der Amtshaftung als einer übergeleiteten Beamtenhaftung.³⁸ Deshalb ist auch eine Haftung der BaFin als einer Bundesbehörde in der Form einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts wegen Amtspflichtverletzungen ihrer Mitarbeiter in Betracht zu ziehen.

V. Haftung der BaFin wegen Amtspflichtverletzung

Besieht man nun den Tatbestand in § 839 BGB, Art. 34 GG näher, führt an der Feststellung, die BaFin habe gegenüber dem vorbezeichneten Finanzdienstleister eine Amtspflichtverletzung begangen, kein Weg vorbei. Die BaFin trifft gegenüber denjenigen Unternehmen, gegen die sie Maßnahmen nach dem Kreditwesengesetz ergreift, die

³⁵ Staudinger/Wurm, BGB, Buch 2, §§ 839, 839 a, 13. Bearb. 2002, § 839 Rn. 13; Richter am Bundesgerichtshof Dr. Michael Wurm war Mitglied des für Staatshaftungsrecht zuständigen 3. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

³⁶ Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 13.

³⁷ BVerfG NJW 1983, 25. Mittlerweile ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 72 GG) auf die Staatshaftung ausgedehnt worden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG).

³⁸ Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 12, 21 ff.

allgemeine Amtspflicht, sich rechtmäßig zu verhalten.³⁹ Hierzu hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß die Finanzaufsichtsbehörde ihre gegenüber dem Adressaten der Untersagungsverfügung bestehende Amtspflicht verletzt, wenn sie das Geschäft des Adressaten als Bankgeschäft oder Finanzdienstleistung gemäß § 1 KWG beurteilt, obgleich sie dies nicht durfte.⁴⁰ Diese Amtspflichtverletzung reicht indes für eine Haftung der BaFin noch nicht aus. Amtshaftung ist nämlich eine Haftung für Verschulden. Deshalb haftet die Körperschaft, die den Beamten mit seinem Amt betraut hat, nur, wenn der Beamte vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Dabei genügt freilich ganz leichte Fahrlässigkeit,⁴¹ denn an die Sorgfaltspflicht des Beamten sind strenge Anforderungen zu stellen.⁴² In einem Rechtsstaat kann der Bürger nämlich erwarten, daß der Beamte die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonderem Maße einhält, weil andernfalls das Schadensrisiko in unzumutbarer Weise auf den Bürger verlagert werden würde, demgegenüber der Beamte rechtswidrig gehandelt hat.⁴³

Die Sorgfaltsanforderungen, die an die Finanzaufsichtsbehörde als Fachbehörde gestellt werden müssen, sind dabei in mehrfacher Hinsicht höher als diejenigen, die an einen durchschnittlichen Beamten in einer Allerweltssituation gestellt werden können. Denn es ist erstens anerkannt, daß sich die Sorgfaltsanforderungen erhöhen, wenn die Verletzung bedeutender Rechtsgüter⁴⁴ und wenn große Schäden drohen.⁴⁵ Hierbei ist nun zu gewichten, daß die Aufsichtsbehörde, wenn sie einem Finanzdienstleister die Fortführung seines Geschäfts untersagt, keine irgendwelche untergeordneten Maßnahmen im einfachgesetzlichen Bereich ergreift, sondern einen schwersten Eingriff in eine durch die Verfassung geschützte Rechtsposition des Finanzdienstleisters vornimmt, nämlich in das durch Art. 14 GG garantierte Grundrecht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Von diesem Recht sagt das Bundesverfassungsgericht, das höchste deutsche Gericht, es sei ein elementares Recht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit stehe und dem die Funktion zukomme, dem einzelnen Bürger hierdurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen.⁴⁶ Zweitens kommt sorgfaltserhöhend hinzu, daß die deutschen Gerichte bei rechtskundigen Beamten wie bei den Juristen der BaFin, die die Unterlassungsverfügungen gegen die alternativen Finanzdienstleister erlassen haben,

³⁹ Soergel/Vinke, BGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 839 Rn. 112.

⁴⁰ BGH WM 2005, 1362.

⁴¹ Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 203.

⁴² BGH VersR 1964, 311.

⁴³ Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 205.

⁴⁴ BGH LM § 276 BGB (Ca) Nr. 31; Staudinger/Löwisch, BGB, §§ 255 – 304, Neubearb. 2004, § 276 Rn. 49.

⁴⁵ BGH VersR 1983, 394, 395.

⁴⁶ BVerfGE 24, 367, 369; 68, 193, 22; 100, 226, 241; Maunz/Dürig/Papier, GG, Lfg. 40. Juni 2002, Art. 14 Rn. 1.

strengere Sorgfaltsanforderungen stellen als bei einem rechtsunkundigen Beamten.⁴⁷ Bei einer objektiv unrichtigen rechtswidrigen Maßnahme einer Fachbehörde wie der BaFin, die über die erforderliche Sach- und Rechtskunde verfügt, spricht eine zu Lasten dieser Behörde gehende Vermutung dafür, daß die rechtswidrige Maßnahme auf einem Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt beruht.⁴⁸

Drittens ist zu gewichten, daß die BaFin keineswegs einen Fehler in einem Einzelfall gemacht hat. Vielmehr hat sie die alternativen Finanzdienstleister, von denen eine größere Zahl am Markt tätig war, zunächst über mehrere Jahre unbehelligt gelassen, obgleich sie über ihre Tätigkeit bestens unterrichtet war. Dann hat sie ab dem Jahre 2001, ohne daß hierfür ein konkreter Anlaß sichtbar geworden wäre, ihre bis dahin vertretene Rechtsauffassung geändert und im Wege einer verwaltungsbehördlichen Gesetzesfortbildung mittels weiter Auslegung aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise in ihr Gegenteil verkehrt. Solche Schwenks erfordern eine besonders sorgfältige juristische Recherche und Vorbereitung. Und es ist viertens zu bedenken, daß die Aufsichtsbehörde keinesfalls in einer Eilsituation – etwa wegen drohender Verluste der Anleger – und deshalb entschuldbar falsch gehandelt hat. Während nämlich viele Anleger in den Jahren nach 2000 mit Aktien und Investmentfondsanteilen erhebliche Verluste erlitten haben, erzielten alternative Finanzdienstleister für ihre Kunden bis heute kontinuierlich Gewinne von durchschnittlich etwa 6 - 8 Prozent pro Jahr. Eines der Zertifikate des Finanzdienstleisters, dessen Geschäftsmodell ich eingangs geschildert habe, war im Jahre 2003 – also in dem Jahr, in dem ihm die Aufsichtsbehörde die Fortführung seines Geschäftsbetriebs verboten hatte – mit einer Performance von 32 % das mit Abstand erfolgreichste Hedge-Fonds-Zertifikat in Deutschland.⁴⁹

Die hiernach zu verlangende Sorgfalt bei der Änderung ihrer Rechtsauffassung hat die BaFin vermissen lassen. In Deutschland erfolgt die Ermittlung des Inhalts einer gesetzlichen Vorschrift in mehreren Auslegungsschritten. Deutsche Juristen fragen nicht nur nach dem Wortlaut einer Bestimmung, sondern auch nach dem systematischen Zusammenhang dieser Bestimmung mit anderen Regelungen, nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach ihrem Zweck; bei Vorschriften wie denjenigen des Kreditwesengesetzes, die in Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Union erlassen worden sind, ist zudem auf die Europarechtskonformität des Auslegungsergebnisses zu achten. Diese Auslegungsaufgaben

⁴⁷ RG Warn. Rspr. 1939 Nr. 62; 1941 Nr. 49; Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 208.

⁴⁸ BGH VersR 1969, 541.

⁴⁹ Euro am Sonntag v. 4.1.2004, S. 55.

hat die BaFin – so hat es das Bundesverwaltungsgericht entschieden⁵⁰ – auf allen Ebenen fehlerhaft erfüllt.

Das wiegt umso schwerer, als sich die BaFin mit ihrer Rechtsauffassung gegen die einmütige Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum⁵¹ gestellt hat, nach der das Finanzkommissionsgeschäft in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG nur Geschäftsmodelle der klassischen handelsrechtlichen Kommission meint. Daß die bei dem Erlaß der gegen die alternativen Finanzdienstleister gerichteten Untersagungsverfügungen von der BaFin vorgebrachte Rechtsauffassung unvertretbar gewesen ist, beweist auch der Umstand, daß sie, obgleich hinter ihr die Autorität einer obersten Bundesbehörde stand, im Schrifttum auch später durchweg abgelehnt worden ist.⁵² Folglich hat die BaFin die durch den Erlaß der Unterlassungsverfügungen begangene Amtspflichtverletzung schuldhaft begangen.

Deshalb muß die BaFin den betroffenen Finanzdienstleistern alle durch die Unterlassungsverfügungen verursachten Schäden ersetzen. Dies schließt insbesondere eine Haftung für entgangenen Gewinn ein (§ 252 BGB). Im Vordergrund stehen dabei Provisionsausfälle, die die Finanzdienstleister dadurch erlitten haben, daß sie von der Aufsichtsbehörde gezwungen wurden, Kundenanlagen abzuwickeln. Hierdurch sind selbst bei kleineren Dienstleistern Schäden in Höhe von mehreren Millionen Euro entstanden.

VI. Haftung der BaFin wegen enteignungsgleichen Eingriffs in den Gewerbebetrieb eines Finanzdienstleisters

Gelegentlich kommt es vor, daß der Geschädigte der öffentlichen Einrichtung, auch wenn feststeht, daß sie rechtswidrig gehandelt hat, ein Verschulden ihres Beamten nicht nachweisen kann. Dann gewinnt der zweite staatshaftungsrechtliche Tatbestand – derjenige des enteignungsgleichen Eingriffs – prozeßentscheidende Bedeutung. Denn dieser Tatbestand ist verschuldensunabhängig ausgestaltet. Blickt man in das Bürgerliche Gesetzbuch, sucht man eine diesbezügliche Vorschrift freilich vergebens. Dies ist darauf zurückzuführen, daß jener Tatbestand nicht vom Gesetzgeber geschaffen, sondern von der Rechtsprechung entwickelt

⁵⁰ BVerwG WM 2008, 1359, 1362 ff.; ZIP 2009, 1899.

⁵¹ Zum Beispiel Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Fülbier, KWG, 1. Aufl. 2000, § 1 Rn. 57 f.; Schimansky/Bunte/Lwowski/Fischer, Bankrechtshandbuch Bd. III, 2. Aufl. 2001, § 127 Rn. 14; Assmann/Schneider, WpHG, 2. Aufl. 1999, § 2 Rn. 45.

⁵² Zum Beispiel Hanten ZBB 2004, 47; Dreher ZIP 2004, 2162; M. Wolf DB 2005, 1723; Hammen WM 2005, 813.

worden ist. Ausgangspunkt dieser Rechtsfortbildung ist Art. 14 Abs. 3 GG. Diese Vorschrift erlaubt Enteignungen zum Wohle der Allgemeinheit,⁵³ aber nur gegen Gewährung einer „Entschädigung“. Das hat zu der Gedankenfolge geführt: Wenn schon eine Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition zu leisten sei, dann müsse das erst recht für rechtswidrige Eingriffe gelten.⁵⁴ Der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 10.6.1952 hierzu ausgeführt: „Der entscheidende Grundgedanke für die Zubilligung eines Entschädigungsanspruchs“ – nämlich der Gedanke, daß der Geschädigte „von der Obrigkeit zufolge ihrer Machtbefugnis zur Aufopferung von Rechten zum Wohl der Allgemeinheit gezwungen worden ist“⁵⁵ – „ist bei einem unrechtmäßigen Staatseingriff, der in seiner Wirkung für den Betroffenen einer Enteignung gleichsteht, mindestens in dem gleichen Maße gegeben wie bei einer rechtmäßigen, also gesetzlich zulässigen Enteignung“.⁵⁶

Ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt einen Eingriff in ein durch Art. 14 GG geschütztes Recht voraus. Anders als es der Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 GG, betrachtet man diese Vorschrift zusammen mit der Vorschrift über den Inhalt des Eigentums in § 903 BGB, nahelegt, ist „Eigentum“ im Sinne von Art. 14 GG keineswegs bloß das Eigentum an Sachen. Vielmehr gehört zu den nach dieser Regelung geschützten Rechtspositionen auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb,⁵⁷ also auch der Geschäftsbetrieb der von den Einstellungsverfügungen der BaFin betroffenen alternativen Finanzdienstleister. Dieser Fall ist höchstrichterlich schon entschiedenen Fällen gleichgelagert, in denen die Kanzlei eines Rechtsanwalts rechtswidrig geschlossen worden war⁵⁸ oder in dem die Justizverwaltung einer Rechtsanwältin durch rechtswidrige Drohung den Verzicht auf die Anwaltszulassung abgenötigt hatte.⁵⁹ Freilich unterfällt es dem Tatbestand des enteignungsgleichen Eingriffs nicht, wenn die Behörde einen Bürger durch rechtswidrige Versagung einer gesetzlich erforderlichen Erlaubnis daran hindert, einen Gewerbebetrieb zu eröffnen.⁶⁰ Denn hier ist nicht das Eigentum des Bürgers, sondern seine Berufsfreiheit betroffen. Da der Haftungstatbestand des enteignungsgleichen Eingriffs in

⁵³ Beispielsweise zur Erhaltung der Wirtschaftsstruktur eines Gebiets, zu einer sozialpolitischen Bodenordnungspolitik oder zur Gewinnung von Rohstoffen für die Energieversorgung (Bryde, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rn. 84).

⁵⁴ Vgl. Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rn. 446.

⁵⁵ RGZ 140, 276, 283.

⁵⁶ BGHZ 6, 270, 290.

⁵⁷ Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 23, 157, 162.

⁵⁸ BGHZ 127, 58, 68.

⁵⁹ BGH DRiZ 1974, 163.

⁶⁰ BGH NJW 1979, 2041, 2043.

Anlehnung an Art. 14 Abs. 3 GG entwickelt worden ist, bei anderen Grundrechten indes eine dieser Bestimmung vergleichbare Regelung fehlt, bleiben solche rechtswidrigen schuldlosen Maßnahmen der Behörde haftungsfrei.

Diese Anlehnung des enteignungsgleichen Eingriffs an denjenigen der rechtmäßigen Enteignung in Art. 14 GG hat auch Auswirkungen auf die Ermittlung des Umfangs der Ersatzleistungspflicht der öffentlichen Hand. Nach Art. 14 Abs. 3 GG besitzt der Bürger bei einer rechtmäßigen Enteignung keinen echten Schadensersatzanspruch, sondern lediglich einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Diese Rechtsfolge gilt auch beim enteignungsgleichen Eingriff. Hiernach erhält der betroffene Bürger lediglich eine Kompensation für den Entzug der Sache, die sich nach dem Verkehrswert der Sache richtet. Ein Ersatz des entgangenen Gewinns findet nicht statt. Freilich gilt bei vorübergehenden Eingriffen eine gewisse Ausnahme von dem Grundsatz der begrenzten Entschädigungspflicht.⁶¹ In solchen Fällen ist der Ertrag zu ersetzen, den der Gewerbebetrieb infolge des Eingriffs weniger als ohne den Eingriff abgeworfen hat, wobei allerdings zukünftige Zuwachsraten außer Betracht bleiben.⁶² Da bei einem enteignungsgleichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Kundenstamm mitgeschützt ist,⁶³ ist der Verlust weggefallener Kundenkreise zu entschädigen.⁶⁴ Diese Rechtslage besitzt für Fehlleistungen der BaFin eine besondere Rolle. Denn die BaFin beläßt es, wenn sie gegen einen Finanzdienstleister wegen unerlaubter Bankgeschäfte vorgeht, nicht bei der Einstellungsverfügung. Vielmehr ordnet sie regelmäßig auch die Abwicklung dieser mit den Kunden des Finanzdienstleisters eingegangenen Geschäfte an. Da diese Verfügungen stets für sofort vollziehbar erklärt werden, verlieren diese Finanzdienstleister meist ihren gesamten Kundenstamm. Entsprechend hoch sind die Entschädigungsforderungen, mit denen sich die BaFin konfrontiert sieht.

VII. Ausblick

Unter den alternativen Finanzdienstleistern, die von der BaFin mit Einstellungsverfügungen überzogen worden sind, befanden sich auch Unternehmen, die seinerzeit rund 1 Milliarde Euro Kundengelder unter Verwaltung gehabt haben.⁶⁵ Das Vorgehen der BaFin begründete

⁶¹ MünchKommBGB/Papier, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 51.

⁶² BGHZ 57, 359, 369.

⁶³ BGH NJW 1978, 373.

⁶⁴ BGH NJW 1966, 493; MDR 1967, 390.

⁶⁵ Zu dem Geschäftsmodell eines dieser Anbieter vgl. Hammen WM 2005, 813.

also erhebliche Haftungsrisiken. Das wirft die Frage auf, wer diese Risiken letztendlich tragen soll. Nach deutschem Bankaufsichtsrecht ist die Aufsichtsbehörde eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 FinDAG). Da mithin die Aufsichtsbehörde rechtsfähig ist, richten sich Amtshaftungsansprüche nur gegen sie. Dies wirft die Frage auf, wer die Mittel aufbringen muß, mit denen Gläubiger der BaFin befriedigt werden können. Naheliegend ist es, hierfür den Träger der Anstalt, bei der BaFin also die Bundesrepublik Deutschland heranzuziehen. Der deutsche Gesetzgeber ist indes einen anderen Weg gegangen. Nach § 16 Abs. 1 FinDAG werden nämlich alle Kosten der BaFin, soweit sie nicht durch Gebühren für Amtshandlungen gedeckt werden, auf die von der Behörde beaufsichtigten Unternehmen umgelegt. Die Aufsicht ist also nicht steuerfinanziert.

Diese Finanzierungsform ist zwar – das hat das Bundesverfassungsgericht entschieden⁶⁶ – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Vor einiger Zeit ist sie indes rechtspolitisch in die Kritik geraten. Gefordert wurde, daß wenigstens die aus der Haftung für Amtspflichtverletzungen der BaFin entstehenden Kosten von der Umlage ausgenommen und steuerfinanziert werden sollten. Hierzu ist jüngst ein neuer Aspekt hinzugetreten. Der Koalitionsvertrag der seit September 2009 amtierenden Bundesregierung⁶⁷ sieht vor, die Abteilung „Bankaufsicht“ der BaFin in die Bundesbank zu integrieren. Hinter diesem Plan steht der Gedanke, die auf die BaFin und die Bundesbank (vgl. §§ 7, 24 ff., 44 ff. KWG) verteilten Aufgaben der Überwachung von Kreditinstituten in eine Hand zusammenzuführen. Ungeklärt ist freilich noch, wie die dann zukünftig bei der Bundesbank angesiedelte Bankenaufsicht finanziert werden soll. Manche meinen, eine Umlagefinanzierung und die hiermit bislang einhergehenden Möglichkeiten der Einflußnahme der Marktteilnehmer auf den Haushaltsplan der Aufsichtsbehörde im Verwaltungsrat der BaFin (§§ 7 Abs. 3, 12 Abs. 2 S. 4 FinDAG) seien mit der Unabhängigkeit der Bundesbank unvereinbar. Deshalb ist vorgeschlagen worden, die Kosten einer in die Bundesbank integrierten Bankaufsicht durch eine Erhöhung der Gebühren für Amtshandlungen im Aufsichtswesen (vgl. § 14 Abs. 1 FinDAG) zu decken. Dabei ist zu bedenken, daß der größte Teil der Kosten der BaFin durch die Umlage gedeckt wird.⁶⁸ Die Gebührenerhöhung müßte also beträchtlich sein. Freilich sind solche Erhöhungen keinesfalls unbegrenzt zulässig. Gebühren sind Geldleistungen, die als

⁶⁶ BVerfG ZIP 2009, 2047.

⁶⁷ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“ (17. Legislaturperiode) v. 26.10.2009.

⁶⁸ Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Lindemann, KWG, § 13 FinDAG Rn. 1; im Jahre 2009 wurden die Ausgaben der BaFin in Höhe von 135 Mill. Euro durch eine Umlage in Höhe von 106 Mill. Euro und durch Verwaltungseinnahmen in Höhe von knapp 30 Mill. Euro gedeckt, BaFin, Jahresbericht 2009, S. 253.

öffentlichrechtliche Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung erhoben werden. Anders als beim Beitrag, zu dem auch die Umlage nach § 16 FinDAG zählt, besteht bei der Gebühr eine unmittelbare Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.⁶⁹ Das gilt auch für die Verwaltungsgebühren, die Entgelte für die Vornahme von Amtshandlungen sind. Solche Gebühren kann nun der Verwaltungsträger keineswegs in beliebiger Höhe festsetzen. Vielmehr folgt aus ihrer Rechtsnatur als Gegenleistung für die Vornahme von Amtshandlungen, daß ein angemessenes Verhältnis zwischen der Gebühr und dem Wert der Amtshandlung bestehen muß (Äquivalenzprinzip). Dieses Prinzip beläßt zwar Spielräume, weil die einzukalkulierenden Kosten der Verwaltungsbehörde nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ermittelt werden können.⁷⁰ Die durch das Äquivalenzprinzip gezogenen Grenzen werden aber sicherlich überschritten, wenn hierbei nicht nur Kosten eingerechnet werden, die in einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entstehen, sondern auch solche, die durch rechtswidriges, zum Schadensersatz verpflichtendes Verwaltungshandeln der Behörde verursacht worden sind. Mithin können Großschäden, wie sie bei der rechtswidrigen Schließung marktmächtiger alternativer Finanzdienstleister von der Aufsichtsbehörde zu ersetzen sind, kaum über die nach § 14 FinDAG zu erhebenden Gebühren abgedeckt werden. Deshalb ist die in dem eingangs geschilderten Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt aufgeworfene Frage nach Grund und Umfang einer Haftung der Finanzaufsichtsbehörde für die rechtspolitische Diskussion um die zukünftige Organisation der Finanzaufsicht in Deutschland von hoher Bedeutung. Man darf gespannt sein, wie die Gerichte diese Frage beantworten werden.

⁶⁹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 42 Rn. 25, 31.

⁷⁰ Vgl. Kümpel/Hammen, Börsenrecht, 3. Aufl. 2003, S. 189.