

# Grenzüberschreitende Sachverhalte im Bankenaufsichtsrecht

Bearbeitet von  
Ulrike Blömer

1. Auflage 2010. Buch. 276 S. Hardcover  
ISBN 978 3 631 60413 7  
Format (B x L): 14,8 x 21 cm  
Gewicht: 510 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Bankrecht, Kapitalmarktrecht > Bankrecht,  
Börsenrecht](#)

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen .....	23
Einleitung und Gang der Untersuchung .....	29
1. Teil: Einführung in das Bankenaufsichtsrecht .....	33
1. Kapitel: Rechtsgrundlagen und Begriffe .....	33
2. Kapitel: Ziele und Institutionen .....	34
3. Kapitel: Folgen der Europäisierung und Internationalisierung .....	35
A. Entwicklung eines europäischen und internationalen Finanzmarkts .....	35
B. Aufsichtsrechtliche Herausforderungen der Europäisierung und Internationalisierung .....	36
C. Grundlagen des europäischen und internationalen Aufsichtsrechts .....	38
I. Europäische Aufsichtsregeln .....	38
1. Inhalt .....	38
2. Theoretische Grundlagen .....	39
a) Herkunftslandprinzip .....	40
b) Prinzip der gegenseitigen Anerkennung .....	40
c) Prinzip der Mindestharmonisierung .....	41
3. Exkurs: Vorschläge für eine Weiterentwicklung des europäischen Bankenaufsichtsrechts .....	41
II. Internationale Aufsichtsregeln .....	43
1. Tragweite .....	43
2. Reziprozitätsprinzip .....	44
2. Teil: Grenzüberschreitende Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen .....	45
1. Kapitel: Systematisierung grenzüberschreitender Geschäfte .....	46
A. Abgrenzung schlicht auslandsbezogener Geschäfte von grenzüberschreitenden Aktivitäten .....	46
B. Vorgaben für eine Systematisierung grenzüberschreitender Aktivitäten .....	47
I. Implikationen des AEUV .....	47
II. Implikationen des GATS .....	49
III. Kongruenz zwischen den Vorgaben des AEUV und des GATS .....	50
C. Systematische Darstellung grenzüberschreitender Aktivitäten .....	51
I. Eintritt in den inländischen Markt .....	52

1.	Eintritt in den inländischen Markt aus anderen Staaten des EWR	52
a)	Formen physischer Präsenz	52
aa)	Tochterunternehmen und Anteilserwerb	53
bb)	Zweigstellen	53
cc)	Repräsentanzen	54
dd)	Kooperationen ohne Kapitalverflechtung	54
ee)	Einschaltung selbstständiger, dauerhaft im Inland präsen­ter Vermittler	55
b)	Aktivitäten ohne physische Präsenz	56
aa)	1. Modus: Der Dienstleistungserbringer überschreitet die Grenze	56
bb)	2. Modus: Die Dienstleistung überschreitet die Grenze	56
cc)	3. Modus: Der Dienstleistungsempfänger überschreitet die Grenze	58
dd)	Weitere Erbringungsmodi	58
ee)	Einordnung von Vorfeldhandlungen zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen	61
2.	Eintritt in den inländischen Markt aus Drittstaaten	61
II.	Austritt aus dem inländischen Markt	61
2.	Kapitel: Kreditwesenrechtliche Erfassung des Eintritts in den inländischen Markt	62
A.	Eintritt in den inländischen Markt aus anderen Staaten des EWR	63
I.	Formen physischer Präsenz	63
1.	Tochterunternehmen	63
a)	Bestimmung des Begriffs des Tochterunternehmens	64
b)	Erlaubnispflicht für Tochterunternehmen	66
aa)	Erfordernis des Betreibens von Bankgeschäften oder des Erbringens von Finanzdienstleistungen	67
(1)	Unterscheidung des Betreibens und Erbringens von einem Tätigwerden im fremden Namen	67
(2)	Einordnung des Betreibens und Erbringens als Ausführungshandlungen	69
(3)	Erläuterung der einzelnen Bankgeschäfte	70
(a)	Einlagengeschäft	71
(b)	Pfandbriefgeschäft	72
(c)	Kreditgeschäft	72
(d)	Diskontgeschäft	73
(e)	Finanzkommissionsgeschäft	73
(f)	Depotgeschäft	74
(g)	Revolvinggeschäft	74

(h)	Garantiegeschäft .....	75
(i)	Girogeschäft .....	75
(j)	Emissionsgeschäft .....	75
(k)	E-Geld-Geschäft .....	76
(l)	Zentraler Kontrahent .....	76
(4)	Erläuterung der einzelnen Finanzdienstleistungen .....	76
(a)	Anlagevermittlung .....	77
(b)	Anlageberatung .....	77
(c)	Betrieb eines multilateralen Handelssystems .....	77
(d)	Platzierungsgeschäft .....	78
(e)	Abschlussvermittlung .....	78
(f)	Finanzportfolioverwaltung .....	78
(g)	Eigenhandel .....	78
(h)	Drittstaateneinlagenvermittlung .....	79
(i)	Finanztransfergeschäft .....	79
(j)	Sortengeschäft .....	80
(k)	Kreditkartengeschäft .....	80
(l)	Factoring und Finanzierungsleasing .....	81
(m)	Anlageverwaltung .....	81
(n)	Eigengeschäft .....	81
bb)	Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit bzw. eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs .....	82
cc)	Inlanderfordernis .....	82
dd)	Gesetzliche Ausnahmen von der Erlaubnispflicht .....	83
ee)	Keine Erlaubnisbefreiung durch den Europäischen Pass .....	84
c)	Erlaubnisfähigkeit von Tochterunternehmen .....	86
aa)	Allgemeine Erfordernisse .....	86
bb)	Erfordernis der inländischen Hauptverwaltung .....	87
(1)	Satzungs- oder verwaltungssitzbezogener Anknüpfungspunkt des KWG .....	88
(2)	Regelungsgehalt des Erfordernisses der inländischen Hauptverwaltung .....	89
cc)	Vorherige Anhörung der Heimatlandbehörde .....	90
d)	Erlaubnisumfang und -träger von Tochterunternehmen .....	92
e)	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung von Tochterunternehmen .....	93
2.	Anteilswerb .....	94
a)	Anteilsignerkontrolle bei bedeutenden Beteiligungen gem. § 2 c KWG .....	94
b)	Anwendbarkeit der Anzeigepflichten des § 24 KWG .....	95

c)	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung des Anteilserwerbs .....	96
3.	Zweigstellen .....	97
a)	Bestimmung des Begriffs der Zweigstelle .....	97
aa)	Darstellung des Regelungsgehalts des § 53 KWG .....	97
bb)	Unterscheidung des KWG zwischen Zweigstellen und Zweigniederlassungen .....	99
cc)	Einordnung besonderer Vertriebsformen als Zweigstellentätigkeiten .....	102
(1)	Einsatz rechtlich selbstständiger Vermittler im Inland .....	102
(2)	Automatisierter Vertrieb .....	103
(3)	Beschränkung auf Hilfs- bzw. Vermittlungstätigkeiten .....	105
dd)	Vergleich zwischen dem kreditwesenrechtlichen Zweigstellenbegriff und dem Parallelbegriff des HGB .....	107
(1)	Teil des Unternehmens .....	107
(2)	Räumliche, organisatorische und personelle Selbstständigkeit .....	108
(3)	Sachlich gleiche Geschäfte .....	109
(4)	Einrichtung von Dauer .....	109
(5)	Befugnis zum selbstständigen Handeln .....	111
(6)	Fehlende rechtliche Selbstständigkeit .....	111
ee)	Ergebnis zur Bestimmung des kreditwesenrechtlichen Zweigstellenbegriffs .....	112
b)	Erlaubnispflicht für Zweigstellen .....	112
aa)	Rechtsgrundlage für eine Erlaubnispflicht .....	112
bb)	Erlaubnispflicht bei Beschränkung der Zweigstellentätigkeiten auf Teilakte – Teilaktstheorie .....	115
cc)	Erlaubnisbefreiung durch den Europäischen Pass .....	118
(1)	Anwendungsbereich .....	118
(2)	Residualaufsicht der BaFin für Zweigniederlassungen .....	120
c)	Erlaubnisfähigkeit von Zweigstellen .....	121
aa)	Anwendbare Normen .....	121
bb)	Erfordernis der inländischen Hauptverwaltung .....	122
d)	Erlaubnisumfang und -träger von Zweigstellen .....	123
e)	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung von Zweigstellen .....	123
4.	Repräsentanzen .....	124

a)	Beschränkung auf ein Anzeige- und Bestätigungsverfahren .....	124
b)	Umfang der erlaubnisfreien Tätigkeiten einer Repräsentanz .....	125
c)	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung von Repräsentanzen .....	127
5.	Kooperationen ohne Kapitalverflechtung .....	127
6.	Einsatz selbstständiger, dauerhaft im Inland präserter Vermittler .....	128
a)	Kreditwesenrechtliche Behandlung des selbstständigen Vermittlers .....	128
b)	Kreditwesenrechtliche Behandlung des ausländischen Unternehmens .....	129
c)	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung des Einsatzes selbstständiger Vermittler .....	130
II.	Aktivitäten ohne physische Präsenz .....	130
1.	Erlaubnispflicht für grenzüberschreitende Dienstleistungen .....	131
a)	Einführung in die Auslegung des Erlaubnistatbestands gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG .....	131
b)	Entwicklung der aufsichtsbehördlichen Auslegung des Erlaubnistatbestands .....	133
c)	Entwicklung der richterlichen Auslegung des Erlaubnistatbestands .....	134
aa)	Entscheidungen des VG Berlin und des OLG Frankfurt am Main .....	134
bb)	Entscheidungen betreffend ein Unternehmen mit Sitz auf den British Virgin Islands .....	135
cc)	Entscheidungen betreffend ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz .....	136
d)	Stellungnahme zur Auslegung des Erlaubnistatbestands .....	139
aa)	Grammatikalische Auslegung .....	139
bb)	Historische Auslegung .....	140
(1)	Formulierung eines institutsunabhängigen Erlaubnistatbestands in § 32 Abs. 1 KWG .....	140
(2)	Einführung einer separaten Regelung für Zweigstellen ausländischer Unternehmen in § 53 KWG .....	141
(3)	Gesetzgeberisches Unterlassen der Neuregelung nach dem Diskussionsentwurf zum 4. FMFG .....	142
(4)	Ergebnis der historischen Auslegung .....	144
cc)	Systematische Auslegung .....	144
(1)	Konsistenz mit den Vorschriften des KWG .....	144

(a)	Regelung auslandsbezogener Sachverhalte im fünften Abschnitt des KWG .....	144
(b)	Institutsbezogene Verweisungen auf den Erlaubnistatbestand .....	145
(c)	Erlaubnisfreiheit des Dienstleistungsverkehrs von passfähigen EWR-Instituten .....	146
(d)	Schlechterstellung von passfähigen EWR-Instituten gegenüber anderen Instituten .....	148
(e)	Erfordernis einer inländischen Hauptverwaltung .....	149
(f)	Erlaubnisspflichtigkeit der Drittstaateinlagenvermittlung .....	150
(2)	Einklang mit bank- und kapitalmarktrechtlichen Vorschriften außerhalb des KWG .....	151
(3)	Vereinbarkeit mit dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip .....	153
(4)	Einklang mit europarechtlichen Vorgaben .....	154
(5)	Einfluss des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots .....	155
(6)	Ergebnis der systematischen Auslegung .....	157
dd)	Teleologische Auslegung .....	157
(1)	Funktionsfähigkeit des Finanzsystems .....	157
(2)	Gläubigerschutz .....	159
(3)	Ergebnis der teleologischen Auslegung .....	160
ee)	Abwägung und Gesamtergebnis der Auslegung .....	161
e)	Fallgruppenspezifische Analyse des Erlaubnistatbestands .....	162
aa)	1. Modus: Der Dienstleistungserbringer überschreitet die Grenze .....	162
(1)	Erforderliche Qualität eines inländischen Teilakts .....	163
(2)	Relevanz eines Vertragsschlusses auf inländischem Gebiet .....	164
bb)	2. Modus: Die Dienstleistung überschreitet die Grenze .....	165
(1)	Einbindung im Inland platzierter Computer und Automaten .....	165
(2)	Abwicklung über inländische Repräsentanzen .....	166
(3)	Einsatz selbstständiger Vermittler im Inland .....	166
cc)	3. Modus: Der Dienstleistungsempfänger überschreitet die Grenze .....	167
dd)	Weitere Erbringungsmodi .....	167
ee)	Kreditwesenrechtliche Erfassung von Vorfeldhandlungen .....	168

f)	Erlaubnisbefreiung durch den Europäischen Pass .....	169
g)	Erlaubnisbefreiung durch Einzelfreistellung gem. § 2 Abs. 4 KWG .....	170
aa)	Freistellungsvoraussetzungen nach den Vorgaben der BaFin .....	170
bb)	Rechtliche Beurteilung der Freistellungspraxis der BaFin .....	171
(1)	Grammatikalische Auslegung des § 2 Abs. 4 KWG .....	171
(2)	Historische Auslegung des § 2 Abs. 4 KWG .....	172
(3)	Systematische Auslegung des § 2 Abs. 4 KWG .....	173
(4)	Teleologische Auslegung des § 2 Abs. 4 KWG .....	173
(5)	Ergebnis zur Vereinbarkeit der Freistellungspraxis mit § 2 Abs. 4 KWG .....	174
2.	Erlaubnisfähigkeit von grenzüberschreitenden Dienstleistungen .....	175
a)	Erfordernis der inländischen Hauptverwaltung .....	175
b)	Vereinbarkeit der fehlenden Erlaubnisfähigkeit von grenzüberschreitenden Dienstleistungen mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 f. AEUV .....	178
aa)	Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Niederlassungserfordernis .....	179
bb)	Rechtfertigung des Niederlassungserfordernisses .....	180
(1)	Gemeinwohlbezogener Zweck .....	181
(2)	Mildestes Mittel .....	181
(a)	Erforderlichkeit bei gleichwertiger Beaufsichtigung durch herkunftsstaatliche Behörden .....	182
(b)	Erforderlichkeit bei unzureichender Beaufsichtigung durch herkunftsstaatliche Behörden .....	183
(aa)	Prüfung von Institutsunterlagen .....	184
(bb)	Durchsetzung von Verwaltungsmaßnahmen .....	185
(c)	Zusammenfassende Beurteilung zur zur Rechtfertigung des Niederlassungserfordernisses .....	186
3.	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen aus anderen Staaten des EWR .....	187
III.	Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung des Zugangs aus anderen Staaten des EWR .....	188



B. Eintritt in den inländischen Markt aus Drittstaaten .....	189
I. Formen physischer Präsenz .....	190
1. Tochterunternehmen .....	190
2. Anteilswerb .....	191
3. Zweigstellen .....	191
4. Sonstige Niederlassungen .....	192
II. Aktivitäten ohne physische Präsenz .....	192
1. Erlaubnisbedürftigkeit und -fähigkeit von grenzüberschreitenden Dienstleistungen .....	192
2. Vereinbarkeit der fehlenden Erlaubnisfähigkeit von grenzüberschreitenden Dienstleistungen mit der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV .....	193
a) Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit seit Entscheidung in der Rechtssache Fidium Finanz .....	193
aa) Begriff des Kapitalverkehrsgeschäfts .....	193
bb) Abgrenzung der Kapitalverkehrsgeschäfte von Dienstleistungen .....	194
b) Beurteilung des Schutzzumfangs für Drittstaateninstitute .....	196
3. Vereinbarkeit der fehlenden Erlaubnisfähigkeit von grenzüberschreitenden Dienstleistungen mit dem GATS .....	197
a) Marktöffnungspflichten für Bank- und Finanzdienstleistungen .....	198
b) Sog. Standstill-Klausel für Bank- und Finanzdienstleistungen .....	201
c) Rechtfertigung durch den sog. Prudential Carve-out .....	201
4. Ergebnis zur kreditwesenrechtlichen Erfassung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen aus Drittstaaten .....	202
C. Vorschlag für eine künftige Erfassung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die Bundesrepublik .....	202
I. Ausweitung der Erlaubnispflicht .....	203
1. Zusätzliche Einführung des Wirkungsprinzips .....	203
2. Grenzen des Wirkungsprinzips .....	204
a) Geschäfte mit inländischen Instituten oder öffentlichen Einrichtungen .....	204
b) Effektive Beaufsichtigung im Herkunftsstaat .....	205
c) Einbeziehungsfähigkeit des Internet-Bankings .....	206
3. Formulierungsvorschlag .....	207
II. Einführung der Erlaubnisfähigkeit .....	208
3. Kapitel: Kreditwesenrechtliche Erfassung des Austritts aus dem inländischen Markt .....	210

A. Austritt aus dem inländischen Markt in andere Staaten des EWR .....	210
I. Formen physischer Präsenz .....	210
1. Tochterunternehmen und Anteilerwerb .....	210
2. Zweigstellen .....	212
3. Sonstige Niederlassungen .....	212
II. Aktivitäten ohne physische Präsenz .....	213
B. Austritt aus dem inländischen Markt in Drittstaaten .....	214
3. Teil: Grenzüberschreitende Verwaltungssitzverlegungen	
von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten .....	215
1. Kapitel: Gesellschaftsrechtliche Anerkennung .....	216
A. Verwaltungssitzverlegungen innerhalb des EWR .....	216
B. Verwaltungssitzverlegungen im Zusammenhang mit Drittstaaten .....	217
2. Kapitel: Kreditwesenrechtliche Erfassung des Zuzugs	
in das Inland .....	218
A. Zuzug aus anderen Staaten des EWR .....	218
I. Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden der anderen Staaten	
des EWR .....	219
II. Zuständigkeiten der BaFin .....	219
1. Im Fall der Aufhebung der Zulassungen durch die	
herkunftsstaatlichen Aufsichtsbehörden .....	219
a) Erlaubnispflicht für inländische Hauptverwaltungen .....	219
b) Erlaubnisfähigkeit von inländischen Hauptverwaltungen .....	221
2. Im Fall der Untätigkeit der herkunftsstaatlichen	
Aufsichtsbehörden .....	222
a) Residualaufsicht als Ermächtigungsgrundlage für	
ein Einschreiten der BaFin? .....	222
b) Erlaubnispflicht für inländische Hauptverwaltungen .....	223
c) Erlaubnisfähigkeit von inländischen Hauptverwaltungen .....	224
d) Vereinbarkeit des unmittelbaren Einschreitens der	
BaFin mit dem Herkunftslandprinzip .....	224
III. Vereinbarkeit der Verwaltungssitzanbindung mit der	
Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 54 AEUV .....	225
1. Untersuchungsgegenstand .....	225
2. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die	
Verwaltungssitzanbindung .....	226
a) Entscheidungen des EuGH zur Reichweite der	
Niederlassungsfreiheit .....	226
aa) Rechtssache Daily Mail .....	226
bb) Rechtssache Centros .....	227

cc) Rechtssache Überseering .....	227
dd) Rechtssache Inspire Art .....	228
ee) Rechtssache Cartesio .....	229
b) Übertragbarkeit der Entscheidungen des EuGH auf die bankenaufsichtsrechtliche Verwaltungssitzanbindung .....	229
3. Rechtfertigung der Verwaltungssitzanbindung .....	230
a) Gemeinwohlbezogenes Ziel .....	231
aa) Umgehungsschutz .....	231
bb) Effektivität der Aufsicht .....	232
b) Mildestes Mittel .....	232
B. Zuzug aus Drittstaaten .....	233
I. Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden .....	233
II. Zweckmäßigkeit der Verwaltungssitzanbindung .....	234
C. Zusammenfassung zur kreditwesenrechtlichen Erfassung des Zuzugs in das Inland .....	234
3. Kapitel: Kreditwesenrechtliche Erfassung des Wegzugs aus dem Inland .....	235
A. Wegzug in andere Staaten des EWR .....	235
I. Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden .....	235
II. Vereinbarkeit der Verwaltungssitzanbindung mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 54 AEUV .....	236
B. Wegzug in Drittstaaten .....	236
I. Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden .....	236
II. Zweckmäßigkeit der Verwaltungssitzanbindung .....	237
C. Zusammenfassung zur kreditwesenrechtlichen Erfassung des Wegzugs aus dem Inland .....	237
4. Kapitel: Neuere Gestaltungsmöglichkeiten für Sitzverlagerungen .....	237
A. Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach dem UmwG .....	238
I. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen .....	238
II. Bankenaufsichtsrechtliche Erfassung grenzüberschreitender Institutsverschmelzungen .....	239
B. Gründung einer SE .....	241
I. Ausgestaltung grenzüberschreitender Sitzverlegungen der SE .....	241
II. Bankenaufsichtsrechtliche Erfassung von SE-Instituten .....	243
C. Zusammenfassende Beurteilung der neueren Gestaltungsmöglichkeiten .....	244
 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	 247
 Literaturverzeichnis .....	 253

Europäische Richtlinien, Verordnungen und Mitteilungen .....	269
Nationale Merkblätter, Mitteilungen und Schreiben .....	271