

Sonderdruck aus:

Festschrift für
KLAUS J. HOPT
zum 70. Geburtstag
am 24. August 2010

Unternehmen, Markt und Verantwortung

Band 2

herausgegeben von

Stefan Grundmann Brigitte Haar Hanno Merkt
Peter O. Mülbert Marina Wellenhofer

sowie

Harald Baum Jan von Hein Thomas von Hippel
Katharina Pistor Markus Roth Heike Schweitzer

Nicht im Buchhandel erhältlich

De Gruyter

Die Verfassungsmäßigkeit des Haftungsausschlusses für fehlerhafte Bankaufsicht

ROLF SETHE

I. Einleitung

Klaus J. Hopt kann auf ein überragendes wissenschaftliches Werk zurückblicken. Kaum eine Persönlichkeit hat das deutsche und europäische Wirtschaftsrecht so nachhaltig geprägt wie er. Seine Expertise und sein Rat waren und sind im In- und Ausland sehr gefragt. Hierfür wird er nun anlässlich seines 70. Geburtstags zu Recht geehrt. Ich möchte mit diesem Beitrag meinen ganz persönlichen Dank für einen Aspekt seines Schaffens aussprechen, den ich als Student genießen durfte. In seiner Tübinger Zeit habe ich den Jubilar als akademischen Lehrer kennen und schätzen gelernt und verdanke ihm meine ersten Einblicke in das Bank- und Börsenrecht im Rahmen eines Seminars, das mir lebhaft in Erinnerung geblieben ist. Seinerzeit wurde u.a. die Amtshaftung für Fehler der Bankaufsicht diskutiert, die der Gesetzgeber nach zwei Haftungsfällen¹ mit der 3. KWG-Novelle² kurzerhand abschaffte, um den Fiskus zu schonen. Dieses Thema hat durch die Finanzkrise leider wieder traurige Aktualität gewonnen, da die Aufsichtsbehörden Systemrisiken nicht erkannt und teilweise viel zu spät reagiert haben.³ Es verwundert nicht, dass nun die Frage der Staatshaftung und insbesondere diejenige nach der Verfassungsmäßigkeit des Haftungsausschlusses wieder in den Blick gerät.⁴

¹ BGHZ 74, 144 ff. (Wetterstein-Wertbrief-Fonds); 75, 120 ff. (Herstatt).

² Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 20.12.1984, BGBl. I 1693.

³ Vgl. statt vieler *Institut der deutschen Wirtschaft* Arbeitsweise der Bankaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzkrise, Bericht vom 17.2.2009, dazu Berliner Morgenpost vom 20.3.2009, „Gutachten deckt Defizite der Bankenaufsicht auf“. S.a. *Stelzner* Versagen der Aufsicht, FAZ-NET vom 21.8.2009.

⁴ *Böhme* Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht nach deutschem und europäischem Recht, 2009; *Forkel* Rechtsfragen zur Krise an den Finanzmärkten, BKR 2008, 183 ff.; *Halfpap* Rechtsschutz gegenüber Kapitalmarktaufsichtsbehörden, RIW 2008, 692 ff.; *Kalss* Amtshaftung und Compliance als Instrumente zur Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Regelungen, in Möllers (Hrsg.) Vielfalt und Einheit, 2008, S. 81 ff.; *dies.* Amtshaftung – ausufernde Absicherung der Anleger im österreichischen Kapitalmarktrecht, FS Schwark, 2009, 459 ff.; *Karner* Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankaufsicht, ÖBA 2007,

Deshalb greife ich dieses Thema auf und hoffe, dass es das Interesse des Jubilars findet.⁵

II. Die Haftungsvoraussetzung einer drittschützenden Amtspflicht

1. Ausgangslage aus Sicht der Bankkunden

Anleger, die nach einem Bankzusammenbruch ihre Einlagen oder Forderungen aus Wertpapiergeschäften eingebüßt haben, suchen verständlicherweise einen Ersatzschuldner.⁶ Dieser findet sich regelmäßig in Gestalt der gesetzlichen Einlagensicherung bzw. Anlegerentschädigung⁷ und – soweit das Institut angeschlossen ist – in branchenspezifischen Sicherungseinrichtungen⁸. Soweit sie dort keinen Ersatz erlangen, weil der Bankkunde nicht zum Kreis der geschützten Personen gehört oder die Haftungshöchstgrenzen der Sicherung eingreifen, stellt sich für die Betroffenen die naheliegende Frage, ob sie Ersatz ihrer verlorenen Einlagen im Wege eines Amtshaftungsanspruchs nach § 839 BGB, Art. 34 GG von der Bundesrepublik verlangen können. Aus Sicht geschädigter Anleger sind drei Arten von Pflichtverletzungen denkbar: (1) Der Aufsicht wird vorgeworfen, sie habe aufgrund unzureichender Kontrolle ein Institut zugelassen, das die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllte, was den baldigen Zusammenbruch und damit die

794 ff.; *Ruffert* Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Finanzmarktkrise, NJW 2009, 2093, 2095; *Werlen/Sulzer* Verantwortlichkeit der FINMA, GesKR 2009, 53 ff.; s.a. *Viegener* Drittschutz staats-, wirtschafts- und gemeinschaftsaufsichtsrechtlicher Bestimmungen, 2008.

⁵ Der Jubilar selbst hat die hier untersuchte Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht aufgegriffen, sondern darauf hingewiesen, dass der Haftungsausschluss fiskalisch nachvollziehbar sei, man darüber aber rechtspolitisch streiten könne, vgl. *Hopt* WM-Festgabe Hellner, 1994, 29; *ders.* ZHR 159 (1995) 135, 158; s.a. *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010 (7) BankGesch Rn. A/5.

⁶ Die Frage einer Amtshaftung stellte sich zuletzt im Falle der BVH Bank, Düsseldorf, dazu die vier Urteile des LG Bonn, Urt. vom 31.3.2000 (unveröffentlicht) sowie LG Bonn, ZIP 1999, 959 mit Anm. *Sethe* EWiR 1999, 883; ZIP 1999, 2051 mit Anm. *Sethe* EWiR 2000, 233 sowie VA 2000, 19 (Zusammenfassung von *Mann*). Das Gericht lehnte Amtshaftungsansprüche aufgrund der Ausschlussnorm des § 6 Abs. 4 KWG a.F. ab. Auch die Berufungsinstanz lehnte die Ansprüche ab, vgl. OLG Köln, ZIP 2001, 645 ff. Der BGH (WM 2005, 369, mit zust. Anm. *Schwintek* EWiR 2005, 793, 794; *Hafke* WuB I L 3 Sonstiges (RL 94/19/EWG) 1.05 und krit. Anm. v. *Danwitz* JZ 2005, 729 ff.) bestätigte das Urteil, nachdem er zuvor dem EuGH die Frage vorgelegt hatte, ob der Ausschluss der Amtshaftung in § 4 Abs. 4 FinDAG europarechtswidrig sei, was der EuGH verneinte, WM 2005, 365 (Peter Paul u.a. ./ Bundesrepublik Deutschland) mit Anm. *Pott* EWiR 2005, 219. Dem EuGH stimmt zu *Binder* GPR 2005, 28; *Hafke* WuB I L 3 Sonstiges (RL 94/19/EWG) 1.05; ebenso *Dreher/Görner* EWiR 2004, 63, 64, zur Stellungnahme der EuGH GA.

⁷ Überblick bei *Sethe* in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 25 Rn. 37 ff., 93 ff.

⁸ *Sethe* (Fn. 7), § 25 Rn. 49 ff.

Schädigung des Anlegers bewirkt habe. (2) Die Aufsichtsbehörde habe eine an sich gebotene Maßnahme gegen das Institut unterlassen oder nicht rechtzeitig ergriffen und dadurch den Schaden der Anleger (mit-)verursacht.⁹ (3) Schließlich ist die Konstellation denkbar, dass die staatliche Aufsicht nicht gebotene oder unverhältnismäßige Maßnahmen gegen ein Institut ergreift und dieses dadurch in seiner Existenz vernichtet.¹⁰ Da sich ein einmal insolvent gewordenes Institut aufgrund des Vertrauensverlustes nicht wieder am Markt etablieren lässt,¹¹ kommt aus Sicht der geschädigten Kunden nur ein Amtshaftungsanspruch auf Ersatz der Einlagen in Betracht.

2. Die drittschützende Amtspflicht

Ein Amtshaftungsanspruch setzt eine drittschützende, bei Banken also eine anlegerschützende Amtspflicht voraus. Es ist die Aufgabe der Aufsichtsbehörden (Bundesbank und Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) zu kontrollieren, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung eines Instituts vorliegen und die Voraussetzungen des laufenden Betriebs eingehalten werden. Zudem sind Missstände abzustellen. Auf diese Weise soll eine Insolvenz des Instituts nach Möglichkeit verhindert, zumindest aber in ihren Auswirkungen begrenzt werden.

Die ganz herrschende Meinung vertritt zunächst den Standpunkt, dass die Aufsicht die ihr insoweit obliegenden Aufgaben nicht im Interesse des einzelnen Anlegers wahrnehme, sondern allein im öffentlichen Interesse tätig sei.¹² Die Rechtsprechung hat mehrfach entschieden, der staatlichen Wirtschaftsaufsicht komme keine individualschützende Funktion zu;¹³ gleiches gelte für die Bankenaufsicht.¹⁴ Die überwiegende Lehre ist diesem Ansatz gefolgt.¹⁵

⁹ So der Vorwurf der Kläger im Verfahren BGH, WM 2005, 369 – BVH Bank.

¹⁰ Ein solches Vorgehen warf das Bankhaus Partin GmbH & Co. KGaA, Bad Mergentheim, dem damaligen BAKred vor. Im einstweiligen Rechtsschutz unterlag die Antragstellerin jedoch, VG Köln, WM 2001, 1612 ff.; OVG Münster, WM 2002, 847 ff. Auch im Fall BGH, NZG 2005, 670, behauptete der Kläger ein solches Verhalten.

¹¹ Als Beispiel für die Wirkung der Veröffentlichung von (vermeintlich) skandalträchtigen Tatsachen sei die Mody Bank genannt, die aufgrund der von Focus ausgelösten Spekulationen über die Solvenz des Instituts schließen musste, da der so ausgelöste Run die zuvor solvente Bank ruinierte, vgl. LG Hamburg, WM 1998, 497 ff.; OLG Hamburg 2003, 170 ff.

¹² Zum sehr uneinheitlichen Streitstand bis zum Wetterstein-Urteil des BGH im Jahr 1979 siehe *Kopf/Bäumler* NJW 1979, 1871 f.; *Hönn* Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 234 ff.; *Gratias* Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt, 1999, S. 65 f.

¹³ BGHZ 35, 44, 46 (Notar-Aufsicht); 39, 358, 362 f. (Bauaufsicht); 56, 40, 45 (Wohnraumbewirtschaftung); 58, 96, 97 ff. (Versicherungsaufsicht).

¹⁴ BGH, VersR 1960, 979, 980 (Aufsicht über Kreditinstitute).

¹⁵ Statt vieler *Kleinewefers/Boujong* FS Klingmüller, 1974, S. 219, 222 ff. m.w.N. Allerdings war diese Position in einer Fallgestaltung schon „aufgeweicht“. *Kleinewefers/Boujong*

Mit den Entscheidungen „Wetterstein“ und „Herstatt“ aus dem Jahre 1979 änderte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung. Bei der Beurteilung der drittschützenden Funktion einer Aufsicht stellte er nun auf die konkreten Vorschriften der gesetzlichen Regelung ab und nicht mehr auf das Kreditwesengesetz im Ganzen. In Bezug auf den konkret in Rede stehenden § 6 Abs. 1 KWG bejahte er die Drittbezogenheit;¹⁶ diese Vorschrift diene zumindest auch dem Schutz der Gläubiger eines Kreditinstituts.¹⁷ Die Aufsicht habe zudem die Pflicht, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 44 KWG Prüfungen vorzunehmen. Soweit die einzelnen Bestimmungen des Kreditwesengesetzes Amtspflichten zugunsten der Gläubiger einer Bank enthielten, seien sie zugleich Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.¹⁸

Die Entscheidungen fanden nicht die ungeteilte Zustimmung des Schrifttums.¹⁹ Vielmehr wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass der individuelle Bankkunde durch diese Rechtsprechung seine Risiken auf den Staat abwälzen könne. Zudem bewirke eine Amtshaftung, dass die Aufsicht übervorsichtig werde, deshalb die Kreditinstitute in ihrer Tätigkeit über Gebühr einenge und so deren Position im internationalen Wettbewerb dauerhaft schwäche. Diese Argumentation unterstellt allerdings, dass die ausländischen Staaten keine Amtshaftung für fehlerhafte Bankaufsicht kennen. Dieser Ausgangspunkt ist jedoch unzutreffend. Vielmehr herrscht insoweit ein recht uneinheitliches Bild. Einige Staaten schließen die Haftung für Fehler der Aufsicht aus.²⁰ Andere lassen sie zu, passen die Haftungsregeln aber den Erfordernissen der Finanzmarktaufsicht an.²¹ So unterwirft Art. 19 Abs. 1 FINMAG die schweizerische Finanzmarktaufsicht grundsätzlich dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14.3.1958, beschränkt aber die Haftung auf den

wiesen zu Recht darauf hin, dass der Einzelne einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten habe, wenn das Ermessen der Polizei auf Null reduziert sei. Unterbleibe das Einschreiten, bestehe ein Amtshaftungsanspruch (BGH, LM § 839 (Fg) BGB Nr. 3 und Nr. 5; BGH, NJW 1962, 1245 f.). Diese für das allgemeine Polizeirecht entwickelten Regeln übertrugen sie auf die spezialpolizeiliche Wirtschaftsaufsicht (aaO, S. 228).

¹⁶ BGHZ 74, 144 ff. (Wetterstein-Wertbrief-Fonds); 75, 120 ff. (Herstatt); zustimmend *Bender* NJW 1978, 622 f.; *Kopf/Bäumler* NJW 1979, 1871 ff.; *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 476 ff.; kritisch *Schwark* JZ 1979, 670 ff.; *Starke* WM 1979, 1402 ff.; *Püttner* JZ 1982, 47 ff.; differenzierend *Papier* JuS 1980, 265 ff.

¹⁷ Für die parallele Versicherungsaufsicht hatte das Bundesverwaltungsgericht dagegen entschieden, sie werde nur im öffentlichen Interesse tätig, BVerwGE 61, 59, 64 f.

¹⁸ BGHZ 74, 144, 149 (Wetterstein-Wertbrief-Fonds).

¹⁹ Hierzu und zum Folgenden *Hönn* (Fn. 12) S. 235 f.

²⁰ Großbritannien schließt beispielsweise in Schedule 1 para. 19 (1) und s. 102 (1) des Financial Services and Markets Act 2000, die Haftung der FSA als Aufsicht und als Listing Authority aus. Allerdings gilt dies nicht für den Fall der arglistig vorgenommenen Pflichtverletzung, Schedule 1 para. 19 (3); Einzelheiten bei *Halfpap* RIW 2008, 692, 696 f.

²¹ Zur Situation in den USA *Werlen/Sulzer* GesKR 2009, 53, 58; *Halfpap* RIW 2008, 692, 698.

Fall, dass wesentliche Amtspflichten verletzt wurden und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufichtigten zurückzuführen sind. Der Aufsicht wird also ein weiter Ermessensspielraum zugestanden.²² Auch das österreichische Recht ließ die Amtshaftung grundsätzlich zu, schränkte diese aber beim Schutzzweck der Haftung wieder ein.²³ Um die Amtshaftung zu begrenzen, hat der Gesetzgeber 2008 reine Reflexschäden aus der Haftung ausgenommen.²⁴ Es sind also auch andere Wege als ein völliger Haftungsausschluss denkbar, um die Gefahr einer übervorsichtigen Aufsicht und der zu starken Inanspruchnahme des Staates einzudämmen.²⁵

Weiterhin wurde vorgebracht, dass die Aufsicht den Anleger nur reflexartig schütze. Die Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten verletze nicht nur das Vermögen der Anleger, sondern immer auch öffentliche Interessen. Der dem Einzelnen entstehende Schaden unterscheide sich daher nicht vom Schaden der Allgemeinheit, weshalb bei teleologischer Auslegung des § 823 Abs. 2 BGB ein Schadensersatzanspruch ausscheide.

Der Befürchtung einer uferlosen Ausdehnung der Amtshaftung wurde 1984 zumindest teilweise die Grundlage entzogen, als der Bundesgerichtshof betonte, ein Amtshaftungsanspruch komme nur in Betracht, wenn die verletzte Amtspflicht zumindest *auch* den Zweck habe, den Geschädigten zu schützen. Dieser müsse also zu dem Personenkreis gehören, dessen Belange nach dem Zweck und nach den rechtlichen Bestimmungen des Amtsgeschäfts geschützt werden sollen.²⁶ Hierzu gehöre aber nicht jeder Gläubiger der Bank; man müsse vielmehr zwischen Eigenkapitalgebern und außenstehenden Kunden unterscheiden. Kunden des Instituts fielen in den Schutzbereich, da sie als Außenstehende dem Institut Vermögenswerte anvertraut hätten.²⁷ Stille Gesellschafter einer Bank seien demgegenüber Eigenkapitalgeber, die ein unternehmerisches Risiko trügen. Dieses Risiko werde ihnen vom Kreditwesengesetz nicht abgenommen.²⁸ Der Bundesgerichtshof hat mit dieser Entscheidung deutlich gemacht, dass er nicht nur innerhalb des Kreditwesengesetzes nach dem Schutzbereich einzelner Normen differenziert, sondern auch, dass er den Schutzbereich von – anerkannt drittschützenden – Normen eng begrenzt.

²² Werlen/Sulzer GesKR 2009, 53, 55 m.w.N.

²³ Kalss (Fn. 4) S. 81 ff.; Karner ÖBA 1997, 794, 795 ff.

²⁴ Art. 3 Abs. 1 S. 2 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, dazu Kalss FS Schwark, 2009, S. 459, 472 f.

²⁵ Wie hier auch die Einschätzung von Kalss FS Schwark, 2009, S. 459, 472.

²⁶ BGHZ 90, 310, 311. Ebenso zuvor schon BGHZ 74, 144, 146 f. (Wetterstein-Wertbrief-Fonds).

²⁷ BGHZ 90, 310, 313; Beck/Samm/Kokemoor KWG (Stand Februar 2009) § 6 Rn. 77.

²⁸ BGHZ 90, 310, 313 ff. sowie später BGH, NZG 2005, 670.

3. Eingriff des Gesetzgebers

Angesichts der Höhe potentieller Ansprüche wartete der Gesetzgeber das Ergebnis der wissenschaftlichen Diskussion nicht ab, sondern schloss mit der 3. KWG-Novelle²⁹ Amtshaftungsansprüche aus, indem er festlegte, dass die Aufsichtsbehörden ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnehmen (§ 6 Abs. 3 später Abs. 4 KWG). Die Vorschrift wurde später durch entsprechende Regelungen § 1 Abs. 4, später Abs. 6 und § 3 Abs. 3 BörsG³⁰, § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG, § 4 Abs. 2 WpHG ergänzt. Im Jahre 2002 wurden die Regelungen aus dem KWG, WpHG und VAG in § 4 Abs. 4 FinDAG überführt.³¹

Der Gesetzgeber betonte das Ziel einer Korrektur der beiden BGH-Entscheidungen. Er griff einen Teil der geschilderten Argumente des Schrifttums auf und begründete den Haftungsausschluss damit, eine Staatshaftung für die Bankenaufsicht berge die Gefahr einer übervorsichtigen Bankaufsicht; dies gefährde die bisherige Aufsichtskonzeption, die den Kreditinstituten einen großen Entscheidungsspielraum für eine eigenverantwortliche wirtschaftliche Betätigung beließe.³² Nicht erörtert wurde jedoch, warum man der Aufsicht keinen weiten Beurteilungsspielraum zubilligt, so dass sich der Verdacht aufdrängt, dass allein fiskalische Erwägungen den Gesetzgeber veranlasst haben, die Amtshaftung auszuschließen. Der EuGH hat die Bankenrichtlinie, auf der mittlerweile weite Teile des KWG beruhen, als nicht individualschützend und das Vorgehen des deutschen Gesetzgebers damit als europarechtskonform eingeordnet.³³ Offen ist damit noch die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 4 Abs. 4 FinDAG.

III. Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Amtshaftung

Das Eingreifen des Gesetzgebers beendete die Diskussion keineswegs. Schon im Gesetzgebungsverfahren äußerte der Bundesrat Zweifel an der Ver-

²⁹ Fundstelle s.o. Fn. 2.

³⁰ Nach Ansicht des OLG Frankfurt ZIP 2001, 730, 732, bezieht sich die Norm nur auf die Haftung der Börsenaufsicht, nicht aber auch auf das Handeln der Geschäftsführung der Börse, aA offenbar *Ledermann* in Schäfer/Hamann, WpHG, 2. Aufl., Loseblatt 2006 ff., § 1 BörsG Rn. 40.

³¹ Das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz wurde als Art. 1 des Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22.4.2002, BGBl. I 1310, eingeführt.

³² RegE 3. KWG-Novelle, BT-Drucks. 10/1441, S. 20; zustimmend etwa *Bäbre/Schneider* KWG, 3. Aufl. 1986, § 6 Anm. 4 a.E.; *Haug* in Szagunn/Haug/Ergenzinger, Gesetz über das Kreditwesen, 6. Aufl. 1997, § 6 Rn. 14a.

³³ S.o. Fn. 6 m.w.N. Zu der umgekehrten Fragestellung, ob nicht eine exzessive Amtshaftung eine versteckte Beihilfe sein könne, vgl. *Kalss* FS Schwark, 2009, S. 459, 462 f.

fassungsmäßigkeit der geplanten Regelung.³⁴ Dem schlossen sich gewichtige Stimmen im Schrifttum an.³⁵

1. Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip

Ein Teil des Schrifttums sieht in dem Umstand, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur drittschützenden Wirkung aufgehoben hat, einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung.³⁶ Zwar stehe dem Gesetzgeber die Möglichkeit zu, Inhalt, Umfang und Zweckrichtung der Amtspflichten zu regeln. Eine solche Zielrichtung habe § 4 Abs. 4 FinDAG aber gerade nicht, da der Gesetzgeber nur die an die Pflichten geknüpfte Haf-

³⁴ Antrag des Landes Berlin im Bundesrat, BR-Drucks. 60/2/84; sowie Beschluss des Bundesrats vom 6.4.1984, BR-Drucks. 60/84 (Beschluss) = BT-Drucks. 10/1441, S. 58 (Anlage 2); ebenso *Scholz ZVersWiss* 1984, 15 Fn. 44. Der Finanzausschuss war – allerdings ohne Begründung – der Ansicht, die Norm lasse die „Mindestgarantie des Art. 34 GG unberührt“, BT-Drucks. 10/2510, S. 2, weshalb der Gesetzgeber sie trotz der geäußerten Bedenken verabschiedete.

³⁵ Den Haftungsausschluss für verfassungs- bzw. europarechtswidrig halten *Beck/Samm/Kokemoor* KWG (Fn. 27), § 6 Rn. 61 ff.; *Habscheid* Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht?, 1988, S. 119 ff.; *ders.* BB 1988, 2333 Fn. 57; *Nicolaysen* Gedächtnisschrift W. Martens, 1987, S. 663 ff.; *Ossenbübl* Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 63 f.; *Papier* in Münch. Komm. BGB, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 255; *ders.* in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34, Rn. 190; *Plück/Schmutzler/Kühn* Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2003, S. 74 ff.; *Schäfer* in Schäfer, WpHG, 1. Aufl. 1999, § 4 WpHG Rn. 26 f.; *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473 ff. (zu § 81 Abs. 1 VAG); *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324 ff.; *Tönnies* Staatshaftung für Versicherungsaufsicht, 1985, S. 55 ff.; aA LG Bonn, ZIP 1999, 959 ff.; ZIP 1999, 2051 ff.; VA 2000, 19; *Habethal/Schwennicke* in Schwennicke, Kreditwesengesetz, 2009, § 6 Rn. 33 (allerdings keine Stellungnahme zur Frage der Verfassungswidrigkeit); *Kümpel* Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 16.225, 18.85, 19.258 ff.; *Lange* Informationspflichten von Finanzdienstleistern, 2000, S. 276 Fn. 21; *Schlette/Bouchon* in Fuchs, WpHG, 2009, § 4 Rn. 14; *Schwirten* in Boos u.a., KWG, 3. Aufl. 2008, § 4 FinDAG Rn. 11; *Stober* Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, S. 1189 f.; wohl auch *Haug* (Fn. 32) § 6 Rn. 14a (wobei die Autoren teilweise eine Begründung schuldig bleiben). Einen Mittelweg geht *Habscheid* (aaO), S. 85 ff., der § 6 Abs. 3 KWG a.F. (= § 4 Abs. 4 FinDAG) nicht auf ein Unterlassen behördlicher Maßnahmen anwenden will; zu Recht aA *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 482 f., Fn. 40. Offen *Fischer* in Boos u.a., KWG, 3. Aufl. 2008, Einf. Rn. 63; *ders.* in Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 125 Rn. 18. S.a. *Roblfing* WM 2005, 311 ff. Im englischen Recht wurde diese Frage ebenfalls virulent; vgl. die Entscheidung des House of Lords, [2000] 3 ALL.E.R. 1 ff. (*Three Rivers DC v. Bank of England*). Das House of Lords stellte sehr hohe Anforderungen an das Vorliegen einer Schadensersatzpflicht nach den Grundsätzen eines „tort of misfeasance in public office“, indem es die subjektive Vorhersehbarkeit der Schädigung der Anleger durch den Amtsträger verlangte. Eine anleger-schützende Wirkung der 1. BKRL lehnte das Gericht ab und verneinte infolgedessen eine darauf gestützte Haftung.

³⁶ *Papier* in Münch. Komm. BGB (Fn. 35) § 839 Rn. 255; *ders.* in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rn. 190; *Beck/Samm/Kokemoor* KWG (Fn. 27) § 6 Rn. 65.

tung ausschließen wollte. Damit greife der Gesetzgeber unzulässigerweise in die Kompetenz der Judikative ein.³⁷

Wollte man dieser Argumentation folgen, wäre der Gesetzgeber stets gehindert, eine Norm, die die Rechtsprechung in bestimmter Weise ausgelegt hat, später noch zu ändern. Es käme zu einem partiellen Gesetzgebungs- oder -änderungsverbot. Die Judikative kann jedoch mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichts nicht für sich in Anspruch nehmen, dass eine von ihr vorgenommene Gesetzesauslegung allgemein verbindlich (oder gar für alle Zeiten gültig) ist. Daher muss dem Gesetzgeber die Möglichkeit offen stehen, eine von der Rechtsprechung vorgenommene Auslegung durch eine Änderung der betroffenen Vorschrift oder durch Einfügung einer korrigierenden Norm zu ändern. Wenn man die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung grundsätzlich akzeptiert, muss man als Korrelat auch die Möglichkeit anerkennen, dass der Gesetzgeber eine durch die Rechtsprechung entwickelte Auslegung später korrigiert. Hierin liegt kein Eingriff in den Kernbereich der Kompetenzen, die der Judikative zugewiesen sind.³⁸

2. Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip

Weiterhin wird der Haftungsausschluss als Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip angesehen. Kleinanleger blieben bei einer von der BaFin durch unverhältnismäßige Eingriffe verursachten Insolvenz schutzlos.³⁹ Gegen diese Position spricht die Einführung der gesetzlichen Einlagensicherung und Anlegerentschädigung, die gerade dem Schutz der Kleinanleger dient. Ein weitergehender Anspruch lasse sich aus dem Sozialstaatsprinzip nicht ableiten.⁴⁰ Diese Argumentation erweist sich als zu pauschal, wie an späterer Stelle zu zeigen sein wird, denn entscheidend ist nicht nur das bloße Vorhandensein einer Einlagensicherung und Anlegerentschädigung, sondern auch deren konkrete Ausgestaltung (dazu sogleich im Zusammenhang mit Art. 14 GG).⁴¹

³⁷ Generell zur Frage, wann der änderungsfeste Kernbereich der Gewaltenteilung betroffen ist, vgl. *Sommermann* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 214 ff.

³⁸ Ebenso BGH, WM 2005, 369, 373; OLG Köln, ZIP 2001, 645, 647; LG Bonn, ZIP 1999, 959, 964 f.; aA *Böhme* (Fn. 4) S. 44 ff.; *Dreher/Görner* EWiR 2004, 63, 64; *Habscheid* (Fn. 35) S. 123; *Nicolaysen* Gedächtnisschrift W. Martens, 1987, S. 663, 666; *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2326 Fn. 20; *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 487 (zu § 81 Abs. 1 VAG).

³⁹ *Habscheid* (Fn. 35) S. 125 f.; grundsätzlich aA *Böhme* (Fn. 4) S. 40 ff.

⁴⁰ BGH, WM 2005, 369, 375; OLG Köln, ZIP 2001, 645, 649; *Nicolaysen* Gedächtnisschrift W. Martens, 1987, S. 663, 676 f. Zu den – hier nicht vorliegenden – Voraussetzungen, unter denen der Gesetzgeber zum Einschreiten verpflichtet wird, *Sommermann* (Fn. 37) Art. 20 Rn. 108 ff.

⁴¹ Anders aber *Schlette/Bouchon* in Fuchs, WpHG, 2009, § 4 Rn. 14.

3. Verstoß gegen Art. 14 GG

a) Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht

Rege diskutiert wird sodann die Frage, ob der Ausschluss der Amtshaftung einen Verstoß gegen Art. 14 GG darstellt. Eine Extremposition nimmt das OLG Köln im BVH-Verfahren ein. Es verneint grundsätzlich eine Schutzpflicht des Staates gegenüber Eingriffen Dritter.⁴² Da die Bankenaufsicht eine vom Staat freiwillig übernommene Aufgabe darstelle, stünde dem Staat ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Gerade weil der Verlust des Eigentums durch das Verhalten Dritter herbeigeführt werde, sei deshalb ein Haftungsausschluss zulässig. Im Übrigen könne der Einzelne Eigenvorsorge betreiben und genieße die Vorteile der Einlagensicherung, so dass er nicht schutzlos dastehe. Der Gesetzgeber habe mit der Bankenaufsicht ein Kontrollorgan geschaffen, das seinen Aufgaben offensichtlich im Allgemeinen gerecht geworden sei.

Das zuletzt genannte Argument belegt, dass das Oberlandesgericht mit der verfassungsrechtlichen Frage wohl überfordert war, denn die Kläger begehren gerade Schadensersatz mit der Behauptung, das damalige BAKred habe seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllt. Der Hinweis darauf, die Aufsicht arbeite *im Allgemeinen* fehlerfrei, muss den Klägern wie Hohn vorgekommen sein. Auch das Abstellen auf die Freiwilligkeit der übernommenen Aufgabe geht fehl. Denn damit unterstellt das Gericht, dass der Staat nicht zum aktiven Schutz des Eigentums verpflichtet sei. Den gegenteiligen Standpunkt nimmt das Bundesverfassungsgericht ein, das auch bei Art. 14 GG grundrechtliche Schutzpflichten anerkennt.⁴³ Solche Schutzpflichten können sich entweder aus einem ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes oder im Wege der Verfassungsinterpretation aus der in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG enthaltenen Grundentscheidung ergeben.⁴⁴ So ist etwa anerkannt, dass Art. 14 GG den Staat verpflichtet, eine Privatrechtsordnung zur Verfügung zu stellen, für den strafrechtlichen Schutz des Eigentums sowie für angemessene Verfahren der Rechtsdurchsetzung zu sorgen.⁴⁵ Die Argumentation des OLG Köln vermag daher nicht zu überzeugen.

⁴² OLG Köln, ZIP 2001, 645, 648 re. Sp. oben. Im Ergebnis verneinen auch *Steinberg/Lubberger* Aufopferung, Enteignung und Staatshaftung, 1991, S. 299, eine Verletzung von Schutzpflichten des Staates im Falle des § 4 Abs. 4 FinDAG. Das grundsätzliche Bestehen einer Schutzpflicht auch bei Art. 14 GG bejahen mit detaillierter Begründung *Wieland* in Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 176; *Nicolaysen* Gedächtnisschrift W. Martens, 1987, S. 663, 677 f.; *Cremer* JuS 2001, 643, 649. Eine Schutzpflicht für die Exekutive und die Judikative, nicht aber für die Legislative bejaht auch *Erichsen* Jura 1997, 85, 86 f. Generell zu Schutzpflichten des Staates *Jarass* in Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Vor Art. 1 Rn. 6 ff., 10; *Klein* NJW 1989, 1633 ff.

⁴³ BVerfG, NJW 1998, 3264 ff. (Waldsterben). Dazu *Murswiek* JuS 1999, 406 ff. sowie die abl. Anm. v. *Hippel* NJW 1998, 3254 f.

⁴⁴ BVerfG, NJW 1998, 3264, 3265 (Waldsterben).

⁴⁵ *Deppenheuer* in v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 37), Art. 14 Rn. 96 m.w.N.

Gerade die Finanzkrise hat gezeigt, welchen Stellenwert Banken im Wirtschaftsleben haben und welche zentrale Rolle ihrer Beaufsichtigung zukommt. Diese Erwägung lag auch schon dem Erlass des Kreditwesengesetzes und der europäischen Bankrechtsharmonisierung zugrunde. Ein Großteil des Eigentums besteht heute in Kontoguthaben. Die zunehmende Privatisierung der Altersversorgung führt dazu, dass weite Bevölkerungskreise auf Finanzintermediäre angewiesen sind, um Vorsorge für ihr Alter treffen zu können und ein langfristiges Sparverhalten zu ermöglichen. Ein Selbstschutz ist Privatkunden nicht möglich, da sie weder über die Kenntnisse noch über die Möglichkeiten verfügen, ihre Bank zu überwachen. Auch scheidet bei Kleinanlegern eine Diversifizierung des Vermögens (mangels Masse) regelmäßig aus. Bei langfristigen vertraglichen Bindungen (etwa zur Altersvorsorge) ist es zudem schwierig, die künftige Entwicklung der Bonität des Instituts voraussehen. In dieser Situation ist allein der Staat in der Lage, das Bankensystem zu beaufsichtigen, dadurch die Wirtschaft insgesamt zu schützen und ein Marktversagen zu verhindern. Diese existenzielle Bedeutung der Aufsicht ist dem Gesetzgeber sehr wohl bewusst, da die Aufsicht Missständen auch deshalb entgegenzuwirken hat, um erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft abzuwenden (so ausdrücklich §§ 6 Abs. 2, 47 Abs. 1 KWG). Da der Zusammenbruch des Bankensystems massive Auswirkungen auf das gesamte Wirtschaftssystem und damit auch auf die grundrechtlich geschützte Eigentumsordnung haben dürfte, besteht in jedem Fall die objektive Notwendigkeit, zum Schutze des Eigentums der Bevölkerung das Bankwesen zu beaufsichtigen und vor einem Zusammenbruch zu schützen.

b) Ausmaß und Grenzen der Schutzpflicht

Bejaht man eine grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 14 GG, muss man sich gleichwohl ihrer Grenzen bewusst sein. Sie ist in erster Linie eine objektivrechtliche Staatsaufgabe. Wie der Gesetzgeber seiner Pflicht durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen nachkommt, hängt einerseits von wirtschaftlichen, politischen und haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen und andererseits vom Bestehen und Ausmaß möglicher Gefahren ab. Dies bedeutet, dass sich gesetzgeberische Maßnahmen einer richterlichen Überprüfung regelmäßig entziehen.⁴⁶ Der Bürger hat daher nur einen Anspruch auf sachgerechte Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens. Nicht jeder Schutzpflicht entspricht ein subjektives Recht des Bürgers auf Durchsetzung individueller Rechtspositionen.⁴⁷ Allein aus der Betroffenheit Einzelner lässt sich

⁴⁶ So jetzt auch BGH, WM 2005, 369, 374; *Dreher/Görner* EWiR 2004, 63, 64.

⁴⁷ *Isensee* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 184 f. (in 3. Aufl. nicht mehr vorhanden); *Depenheuer* (Fn. 45) Art. 14 Rn. 97 m.w.N. Ob aus einer objektiven Schutzpflicht auch ein subjektives Recht des Einzelnen auf Schutz

noch keine aktive Schutzpflicht des Staates ableiten. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts reduziere sich die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nur unter ganz besonderen Umständen so stark, dass er allein durch eine bestimmte Maßnahme seiner objektiven Schutzpflicht genügen könne.⁴⁸ Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Verpflichtung, Grundrechte in privatrechtlichen Beziehungen zu schützen.⁴⁹

Maßstab der Prüfung ist damit die Frage, ob in der vorliegenden Konstellation die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auf Erlass einer bestimmten Maßnahme reduziert ist oder konkreter gefasst, ob der Haftungsausschluss in § 4 Abs. 4 FinDAG eine Ermessensüberschreitung darstellt.⁵⁰ Dies wird man verneinen müssen. Es steht dem Staat frei, eine Versicherungslösung, eine Aufsichtslösung oder eine Kombination aus beidem vorzusehen. Die Beaufsichtigung einerseits und die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung andererseits sind Teil dieses staatlichen Schutzes.⁵¹ Im Grundsatz kommt der Gesetzgeber damit seiner Schutzpflicht aus Art. 14 GG nach, da die Bürger bei einem Versagen der Aufsicht immerhin noch über die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung geschützt sind. Offen ist damit allerdings die Anschlussfrage, ob das anstelle der Staatsaufsicht vorgesehene System der Sicherung in seiner konkreten Gestalt ausreicht, um die als schutzbedürftig identifizierten Kleinanleger effektiv abzusichern.

c) Notwendiger Umfang des Schutzes

Der dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsspielraum muss so ausgenutzt werden, dass das gefundene Ergebnis der objektiven Schutzpflicht genügt. Erforderlich ist daher, dass die gesetzgeberischen Entscheidungen in sich schlüssig sind und den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG entsprechen. Mit anderen Worten: Das vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte

folgt, ist streitig, wird aber von einigen Autoren prinzipiell bejaht, da nur dann der grundrechtliche Schutz auch eingefordert und damit durchgesetzt werden könne, vgl. die ausführliche Begründung bei *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2327; *Klein* NJW 1989, 1633, 1636 f.; *Erichsen* Jura 1997, 85, 88 f., jeweils m.w.N. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Einzelne den Erlass eines bestimmten Gesetzes einfordert, was auf Seiten des Gesetzgebers eine Ermessensreduzierung auf Null voraussetzt, oder nur den grundrechtskonformen Vollzug eines bereits vorhandenen grundrechtskonkretisierenden Gesetzes. Bei Letzterem besteht ein subjektives Recht auf behördliche Erfüllung der gesetzlich niedergelegten, grundrechtskonkretisierenden Schutzpflichten, vgl. *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 496 f.

⁴⁸ BVerfG, NJW 1998, 3264, 3265 (Waldsterben).

⁴⁹ *Klein* NJW 1989, 1633, 1640.

⁵⁰ Unscharf die Prüfung von *Böhme* (Fn. 4) S. 83, der zum einen nicht untersucht, ob die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung der Höhe nach ausreicht und zum anderen auf die konkret ergriffenen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde abstellt. Um diese geht es aber nicht bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 4 FinDAG.

⁵¹ BGH, WM 2005, 369, 375. Im Ergebnis wohl auch *Habscheid* BB 1988, 2328, 2333 f.

Maßnahmenpaket muss systemgerecht und folgerichtig sein. Als schwierig erweist sich dabei die Klärung der Frage, wann die Grenze von einem bloßen Kodifikationsmangel hin zur Verfassungswidrigkeit überschritten ist.⁵² Denn nicht jede schlechte Kodifizierung wird die Voraussetzungen erfüllen, bei denen ein Verstoß gegen die grundrechtlich gebotene Schutzpflicht vorliegt.

Ob man diesen im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 GG entwickelten Gedanken auf andere grundrechtliche Schutzpflichten übertragen kann, soll hier dahinstehen. Denn die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Folgerichtigkeit kann nur darin bestehen, dem Gesetzgeber eine Pflicht zum Handeln aufzuerlegen, um den vorhandenen Gestaltungsspielraum in verfassungsgemäßer Weise auszufüllen. Keinesfalls kann man aber feststellen, dass der Ausschluss der Haftung in § 4 Abs. 4 FinDAG deshalb schon verfassungswidrig ist, denn erst die Kombination aus Haftungsausschluss und zu niedriger Einlagensicherung führt zu einer Verletzung der Schutzpflicht. Greift man isoliert den Haftungsausschluss heraus und hält ihn für verfassungswidrig, trifft man mit einer solchen Feststellung im Kern eine Entscheidung, die eigentlich dem Gesetzgeber zusteht. Dieser muss entscheiden, ob er dem Bürger einen Anspruch aus Amtshaftung zubilligt oder die Entschädigungshöchstsummen bei der Einlagensicherung erhöht. Im Ergebnis kann man daher nur festhalten, dass der Staat seine Haftung für Fehler der Aufsicht nur ausschließen darf, wenn er der Branche einen ausreichenden Versicherungsschutz vorschreibt und so verhindert, dass eigene Fehler mittelbar zu einer Vernichtung des Eigentums breiter Bevölkerungskreise führen. Der Bundesgerichtshof hat jüngst das an dieser Stelle auch relevante Sozialstaatsprinzip lediglich mit einem Nebensatz als nicht tangiert eingeordnet.⁵³

Betrachtet man das bisherige System der Einlagensicherung und Anlegerentschädigung, genügte dies den geschilderten Anforderungen nicht. Bis zur Reform der Einlagensicherung im Jahre 2009⁵⁴ musste man feststellen, dass der Schutzzumfang (je 20.000 Euro für Einlagen und für Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften bei einem Selbstbehalt von 10%) bei weitem nicht ausreichend war,⁵⁵ da die gesetzliche Einlagensicherung sich nur auf einen klei-

⁵² P. Kirchhof in Handbuch des Staatsrechts (Fn. 47) § 124 Rn. 231 ff. (in 3. Aufl. nicht mehr vorhanden).

⁵³ BGH, WM 2005, 369, 375.

⁵⁴ Richtlinie 2009/14/EG zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist vom 11.3.2009, ABl. EU Nr. L 68 vom 13.3.2009, S. 3, umgesetzt durch das Gesetz zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze vom 25.6.2009, BGBl. I, S. 1528, berichtigt BGBl. I 1682.

⁵⁵ So Sethe *Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung*, 2005, S. 965 f. Auch die EU-Kommission ging davon aus, dass die Entschädigungssummen bei weitem nicht mehr ausreichend waren, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf Deckungssumme und Auszahlungsfrist

nen Teil des Vermögens der Bürger erstreckte. Ein Unterlassen der Aufsicht kann existenzvernichtende Folgen für breite Bevölkerungskreise haben, etwa wenn eine Bankensparte zusammenbricht, wie im Falle der US-amerikanischen Savings & Loans Associations. Durch die Reform wird nun die Sicherungsgrenze bei Einlagen auf 50.000 Euro angehoben und der Selbstbehalt abgeschafft. Ende 2010 wird die Sicherungsgrenze dann auf 100.000 Euro festgesetzt. Für Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften verbleibt es bei der bisherigen Sicherungshöhe von 20.000 Euro und dem Selbstbehalt, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Wertpapierinhaber durch das Depotgesetz ausreichend geschützt sind, da sie als Eigentümer die Aussonderung der Wertpapiere im Konkurs der Depotbank verlangen können. Das durchschnittliche Vermögen der Deutschen umfasste 2007 Einlagen im Wert von 25.654 Euro und Bausparguthaben von 21.798 Euro.⁵⁶ Dabei werden jedoch alle Altersgruppen in Ost und West ab dem 17. Lebensjahr einbezogen. Berücksichtigt man den Umstand, dass die Vermögensverteilung in den alten und neuen Bundesländern sehr ungleich ist und die Menschen für das Alter ansparen, muss man – um eine Sicherung der Bürger auch im Alter zu gewährleisten – Kontoguthaben in größerem Umfang absichern. Die EU-Kommission geht davon aus, dass eine Sicherungsgrenze von 20.000 Euro nur 65 % der Einlagen erfasst. Bei einer Einlagensicherung von 50.000 Euro oder 100.000 Euro seien ca. 80 % bzw. 90 % der Einlagen gesichert.⁵⁷ Es lässt sich damit festhalten, dass die bisherige Sicherungsgrenze von 20.000 Euro deutlich zu niedrig war, um einen wirksamen Schutz zumindest des durchschnittlichen Privatkunden zu erreichen.

Anders ist die Ausgangslage für Anleger, die über ein großes Vermögen verfügen. Sie können und müssen sich selbst schützen. Die Einlagensicherung basiert auf der Idee, dass der Anleger über den Umfang der Einlagensicherung aufgeklärt wird (vgl. § 23a KWG)⁵⁸ und er größere Vermögen ausreichend diversifiziert. Aus diesem Grund wird man für diesen Personenkreis keine staatliche Schutzpflicht bejahen können.

Durch die Anhebung der Sicherungsgrenze hat der Gesetzgeber nun einen Betrag vorgesehen, der die Ersparnisse weiter Kreise der Bevölkerung schützt. Offen ist allerdings der Schutz von Versicherungen und Altersvor-

vom 15.10.2008, KOM(2008) 661 endg., S. 2. Zudem anerkennt die Kommission, dass der Selbstbehalt von 10 % wirkungslos sei, um einen Moral Hazard zu verhindern, da Kleinanleger die Bonität ihrer Bank ohnehin nicht überprüfen können; so bereits *Sethe* (Fn. 7) § 25 Rn. 9; *ders.* (Fn. 55) S. 445.

⁵⁶ *Frick/Grabka* Gestiegene Vermögensungleichheit in Deutschland, Wochenbericht des DIW 4/2009, S. 54, 60.

⁵⁷ Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf Deckungssumme und Auszahlungsfrist vom 15.10.2008, KOM(2008) 661 endg., S. 4 f.

⁵⁸ Dies betont der BGH, WM 2005, 369, 375, der deshalb keine Schutzlücke sieht.

sorgesparplänen, deren Laufzeit zumeist sehr lang ist und die deshalb weder eine Umschichtung noch eine Diversifizierung erlauben. Mit zunehmender Privatisierung der Altersversorgung durch Förderung von Rentensparplänen müssen solche Vermögensmassen auch in die Sicherung einbezogen werden, wenn man verhindern will, dass in einer Krise kapitalgedeckte Altersversorgungen vernichtet werden. Vorbild könnte die jüngst eingeführte⁵⁹ schweizerische Regelung von Art. 37b Abs. 4 BankG sein, die Altersvorsorgeguthaben der Säulen 2 und 3a bis zu einem Betrag von 100.000 CHF pro Person im Konkurs privilegiert. Da der vorliegende Beitrag sich aus Platzgründen auf die Bankaufsicht i.e.S. beschränken muss, kann die Frage des Insolvenzschutzes der Altersvorsorge hier nicht vertieft werden.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass der Gesetzgeber mit der jüngst erfolgten Erhöhung der Einlagensicherungsgrenzen die als schutzbedürftig identifizierten Kleinanleger nun ausreichend absichert und damit den Ausschluss der Amtshaftung angemessen kompensiert hat. Ein Verstoß gegen die Schutzpflicht des Staates aus Art. 14 GG liegt nun nicht mehr vor. Allerdings wird man für eine ordnungsgemäße Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht verlangen müssen, dass der Gesetzgeber die Sicherungshöhe in regelmäßigen Abständen überprüft und ggf. anpasst.

d) Reichweite des Schutzes bei der Eingriffsverwaltung

Von der soeben erörterten Schutzpflicht für gesetzgeberisches Unterlassen zu unterscheiden ist die Abwehrfunktion des Art. 14 GG. Diese ist betroffen, wenn die Aufsicht im Wege der Eingriffsverwaltung tätig wird. Maßnahmen der Aufsicht können sich dahingehend auswirken, dass eine an sich überlebensfähige Bank durch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Insolvenz getrieben wird und Einleger dadurch geschädigt werden. Dieser staatliche Eingriff in das Unternehmen wiederum setzt sich als mittelbar-faktischer Eingriff in die Grundrechte der Einleger fort.⁶⁰ In diesem Fall wäre die Abwehrfunktion des Grundrechts betroffen,⁶¹ auf die der Bundesgerichtshof⁶²

⁵⁹ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 19. Dez. 2008 (Verstärkung des Einlegerschutzes), in Kraft vom 20.12.2008 bis 31.12.2010, Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 2009, 55; vgl. auch die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Verstärkung des Einlegerschutzes), BBl 2008, 8841, 8852.

⁶⁰ Zu den faktischen Grundrechtseingriffen etwa BVerwGE 87, 37, 43 f.; *Gallwas* Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; *Ramsauer* Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980; *Roth* Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum – Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der Eingriffsrechtfertigung, 1994; *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 490 f.; *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2326; *Krebs* in v. Münch, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 19 Rn. 60.

⁶¹ *Byrde* in v. Münch (Fn. 60) Art. 14 Rn. 40 m.w.N.; *Wendt* in Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 52, 121; *Wieland* (Fn. 42) Art. 14 Rn. 85.

⁶² BGH, WM 2005, 369, 374 f.

nicht einget. Sofern aufgrund der Schwere einer Maßnahme ein mittelbar-faktischer Eingriff in Grundrechte des Einlegers vorliegt, steht diesem das jeweilige Grundrecht in seiner Abwehrfunktion grundsätzlich zur Verfügung.⁶³ Ein völliger Ausschluss der staatlichen Haftung führt letztlich zu einem Leerlauf des Grundrechts aus Art. 14 GG, da aus tatsächlichen Gründen eine einmal als illiquide eingestufte Bank nicht mehr zu retten ist.⁶⁴ Der Wortlaut von § 4 Abs. 4 FinDAG differenziert leider nicht zwischen einer bloß reflexhaften Betroffenheit und einem Eingriff in die Rechte des Einlegers. Wenn die Abwehrfunktion des Grundrechts betroffen ist, muss der einzelne Anleger die Möglichkeit erhalten, sich gegen ein ihn beeinträchtigendes, rechtswidriges staatliches Handeln zu wehren und ggf. Ersatz zu fordern. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass der in § 4 Abs. 4 FinDAG angeordnete Haftungsausschluss eng auszulegen ist und keineswegs Fälle erfasst, in denen die Aufsicht Einleger durch rechtswidriges Tun unmittelbar oder mittelbar-faktisch schädigt. Genauso wenig wie § 4 Abs. 4 FinDAG die Rechte der beaufsichtigten Institute gegen Eingriffe der BaFin schmälern soll,⁶⁵ kann die Norm Rechte der Einleger ausschließen, soweit die BaFin in deren Rechtsstellung eingreift.⁶⁶ Die Wirkung des Haftungsausschlusses beschränkt sich damit auf den Fall des Unterlassens einer ordnungsgemäßen Aufsicht.

4. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

Die Regelung des § 4 Abs. 4 FinDAG wird zum Teil als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG eingeordnet.⁶⁷ Dieser setzt jedoch das Bestehen subjektiver Rechte voraus und begründet keine solchen. Da sich der Haftungsausschluss des § 4 Abs. 4 FinDAG rein materiell-rechtlich auswirkt, besneidet er nicht den Rechtsweg, weshalb auch kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG vorliegt.⁶⁸

⁶³ Zur Diskussion, wann eine drittschützende Regelung des einfachen Rechts, zu der sicherlich auch Teile des Aufsichtsrechts des KWG zu zählen sind, zugleich als zulässige Eigentumsbindung eingestuft werden kann, *Wendt* in *Sachs* (Fn. 61), Art. 14 Rn. 53 m.w.N. Das Aufsichtsrecht richtet sich jedoch nur an die Ausübung der Tätigkeit der Institute und konkretisiert daher allenfalls das Eigentum der Bank(-aktionäre), keinesfalls aber die Einlagen der Kunden. Bei diesen liegt keine Inhaltsbestimmung des Eigentums vor.

⁶⁴ S.o. Fn. 11.

⁶⁵ So jetzt auch *Fischer* in *Boos* (Fn. 35), Einf. Rn. 63; *Forkel* BKR 2008, 183, 187; *Habetha/Schwennicke* (Fn. 35) § 6 Rn. 34.

⁶⁶ *Habetha/Schwennicke* (Fn. 35) § 6 Rn. 34.

⁶⁷ *Beck/Samm/Kokemoor* KWG (Fn. 27) § 6 Rn. 67.

⁶⁸ Ebenso OLG Köln ZIP 2001, 645, 647; *Böhme* (Fn. 4) S. 64 ff.; *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 487 f. (zu § 81 Abs. 1 VAG); *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2326; *Habscheid* (Fn. 35) S. 148 ff.

5. Verstoß gegen Art. 34 GG

a) Drittbezogenheit

Ein Teil des Schrifttums sieht in dem Vorgehen des Gesetzgebers einen Formenmissbrauch und ordnet § 4 Abs. 4 FinDAG deshalb als Verstoß gegen Art. 34 GG ein.⁶⁹ Bevor man diese Frage prüft, ist zunächst zu klären, ob Art. 34 GG eine bestimmte Ausgestaltung des Staatshandelns vorgibt. Grundsätzlich ist der Gesetzgeber, wie auch die Ausführungen zu Art. 14 GG gezeigt haben, in der Ausgestaltung des Wirtschaftsaufsichtsrechts frei. Er ist nicht gezwungen, dem Einzelnen eine Behörde zur Seite zu stellen, die seine Rechte wahrnimmt und durchsetzt.⁷⁰ Vielmehr ist die Entscheidung des Gesetzgebers, angesichts der Komplexität der Bankenaufsicht und der Vielzahl der Geschäftsvorfälle eine behördliche Durchsetzung individueller Ansprüche nicht vorzusehen, nachvollziehbar.⁷¹ Art. 34 GG setzt eine Drittbezogenheit der Amtspflicht voraus und begründet dieses nicht. Daher ist der Tatbestand des Art. 34 GG von vornherein nicht einschlägig. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung scheidet demnach aus.⁷²

b) Formenmissbrauch

Diejenigen, die im Vorgehen des Gesetzgebers einen Formenmissbrauch sehen,⁷³ weisen darauf hin, dass die Einführung des damaligen § 6 Abs. 3 KWG und heutigen § 4 Abs. 4 FinDAG nicht auf eine Definition der Amtspflichten selbst zielte, sondern ein vollständiger Haftungsausschluss für Ansprüche der durch eine fehlerhafte Aufsicht geschädigten Anleger erreicht werden sollte.⁷⁴ Beleg hierfür ist die Gesetzesbegründung: „In erster Linie soll durch die gesetzübergreifende Neuregelung ausgeschlossen werden, dass einzelne Personen [...] Schadensersatzansprüche gegen den Staat erheben können.“⁷⁵ Die gesetzlich vorgesehene Tätigkeit der Aufsichtsbehörde und der materielle Inhalt der Amtspflichten veränderten sich durch die Maß-

⁶⁹ *Habscheid* (Fn. 35) S. 127 ff.; *Nicolaysen* Gedächtnisschrift W. Martens, 1987, S. 663, 669 ff.; *Nüssgens* FS Gelzer, 1991, S. 293, 300; *Ossenbühl* (Fn. 35) S. 63 f.; *Papier* in Münch. Komm. BGB (Fn. 35) § 839 Rn. 255; aA *Dreher/Görner* EWiR 2004, 63, 64.

⁷⁰ So im Ergebnis *Cremer* JuS 2001, 643, 649; *Jarass* (Fn. 42) Art. 34 Rn. 13; *Schenke* FS Lorenz, 1994, S. 473, 486 (zu § 81 Abs. 1 VAG); *Schenke/Ruthig* NJW 1994, 2324, 2326; *Tönnies* (Fn. 35) S. 60; *Steinberg/Lubberger* (Fn. 42) S. 299 (die aber auf die sich aus Grundrechten ergebenden Grenzen hinweisen); wohl auch *Wieland* (Fn. 42) Art. 34 Rn. 34.

⁷¹ BGH, WM 2005, 369, 374.

⁷² *Böhme* (Fn. 4) S. 58 ff.

⁷³ S.o. Fn. 69.

⁷⁴ *Nüssgens* FS Gelzer, 1991, S. 293, 299 f.; *Nicolaysen* Gedächtnisschrift W. Martens, 1987, S. 663, 669 f.; *Papier* in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rn. 190; *Tönnies* (Fn. 35), S. 52 f.

⁷⁵ Begründung zu § 6 Abs. 3 KWG a.F. im RegE. BT-Drucks. 10/1441, S. 20.

nahme des Gesetzgebers in keiner Weise; der vorgeschriebene Umfang der Prüfungen und die aufzuwendende Sorgfalt waren vor und nach der Gesetzesänderung gleich. Der Gesetzgeber wollte im Weg des Sondergesetzes allein die Rechtsprechung in Sachen „Wetterstein“ und „Herstatt“ umkehren und die eigene Haftung, also die an Amtspflichten geknüpften Folgen, ausschließen. Ein derartiger Ausschluss der Haftung bei fehlerhafter Aufsicht muss sich an Art. 34 GG messen lassen.

Nach herrschender Meinung belegt der Wortlaut („grundsätzlich“), dass die Vorschrift unter einem Gesetzesvorbehalt steht. Somit kann der einfache Gesetzgeber die in Art. 34 GG angeordnete Haftung des Staates für Fehlverhalten seiner Beamten, die das Bundesverfassungsgericht als Mindestgarantie versteht,⁷⁶ nur in Ausnahmefällen ausschließen, wenn überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls bestehen, die einen solchen Haftungsausschluss rechtfertigen, und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird.⁷⁷ Solche Gründe glaubt das Schrifttum durchaus zu erkennen, indem es auf das Funktionalisieren der Wirtschaftsaufsicht als gleichwertiges Gut verweist.⁷⁸ Die drohende Amtshaftung führe zu einer Lähmung der Tätigkeit der Aufsicht.

Diese Argumentation erweist sich jedoch als wenig überzeugend. Mit ihr könnte man jede Staatshaftung ablehnen, da auch andere Behörden durch die Sanktionsdrohung zu einer kontraproduktiven Überreaktion veranlasst werden können. Will man das Funktionalisieren der Marktkräfte der Branche einerseits und die Arbeit der Aufsichtsbehörden andererseits nicht durch übermäßige Haftungsdrohungen beeinflussen, würde es in Anlehnung an die geschilderten Regelungen in Österreich und der Schweiz ausreichen, der BaFin bei der Bewältigung ihrer Aufgaben einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage zuzugestehen, ob es zur Rettung der Einlagen von Kunden sinnvoller ist, ein angeschlagenes Institut sofort zu schließen und so potentielle Kunden zu schützen, oder ob man im Interesse der schon vorhandenen Kunden dem Institut Gelegenheit zu einer Sanierung gibt mit dem Risiko, dass diese scheitern kann und dann auch Neukunden Verluste erleiden.⁷⁹ Haftungsrechtliche Sanktionsdrohungen dürfen nicht zum alleinigen Instrument der Steuerung der Wirtschaft werden.

⁷⁶ BVerfGE 61, 149, 199.

⁷⁷ BGHZ 25, 231, 237; 62, 372, 376 ff.; 99, 62, 64; *Byrde* in v. Münch, GG, 4./5. Aufl. 2001, Art. 34 Rn. 33; *Papier* in Münch. Komm. BGB (Fn. 35) § 839 Rn. 255; *Ossenbühl* (Fn. 35) S. 96 f.; *Richter* Ausschluß der Staatshaftung nach Art. 34 GG, Diss. München 1968, S. 141 ff.; *Bonk* in Sachs (Fn. 61) Art. 34 Rn. 88 jeweils m.w.N. Das BVerfG (E 61, 149, 199) hat die Frage, wann ein Haftungsausschluss zulässig ist, nicht angesprochen, sondern nur festgestellt, dass die Mindestgarantie nicht unterschritten werden dürfe.

⁷⁸ Statt vieler etwa *Schwirten* (Fn. 35) § 4 FinDAG Rn. 11; aA *Beck/Samm/Kokemoor* KWG (Fn. 27) § 6 Rn. 66.

⁷⁹ Im Ansatz ebenso *Püttner* JZ 1982, 47, 48.

Würde die Befürchtung der Kreditwirtschaft nach einer Verschärfung der Aufsicht zutreffen, wäre dies zugleich ein Beleg dafür, dass die Aufsichtsbehörden ihre gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse derzeit nicht ordnungsgemäß ausüben. Ein solcher Zustand aber verdient keinen Bestandsschutz. Ein weiterer Umstand stimmt in diesem Zusammenhang nachdenklich: Die Mitglieder des freiwilligen Einlagensicherungsfonds werden nach den Richtlinien des verbandseigenen Prüferverbands geprüft, der wesentlich strengere Maßstäbe anzulegen pflegt als die staatliche Aufsicht, da es immer wieder Kreditinstitute gibt, die zwar eine Zulassung von der BaFin erhalten, denen aber die Aufnahme in den Einlagensicherungsfonds des BdB versagt wird (z.B. die BVH-Bank). Über diese strengen Kriterien und Prüfungen beklagt sich – soweit ersichtlich – kein Vertreter der Kreditwirtschaft, da die durch den Einlagensicherungsfonds gebotenen Vorteile überwiegen. Die Strenge einer Prüfung wird also von der Kreditwirtschaft nur dann gefürchtet, wenn sie von außen kommt, nicht aber, wenn sie branchenintern erfolgt.

Nicht überzeugen kann auch der Einwand, dem Staat werde ein unkalkulierbares Risiko zugewiesen. Der Staat soll dem Einzelnen gerade nicht sämtliche Risiken aus der Rechtsbeziehung zum Institut abnehmen, sondern nur für *eigene* Fehler einstehen, denn auch die beste Aufsicht kann selbstverständlich einen Zusammenbruch eines Instituts nicht verhindern. Dies kann daher auch nicht ihre Aufgabe sein. Vielmehr soll sie lediglich die Wahrscheinlichkeit eines Zusammenbruchs verringern, indem sie die Einhaltung der gesetzlichen Zulassungsbedingungen in regelmäßigen Abständen kontrolliert. Nicht mehr, aber auch nicht weniger wird von ihr verlangt. Dies ist bei der Bestimmung des Schutzbereichs einer Haftungsnorm zu berücksichtigen. Dass der Aufsicht dabei ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden werden muss, wurde im Übrigen auch vom Bundesgerichtshof in seinen beiden Urteilen zur Amtshaftung der Bankaufsicht anerkannt.⁸⁰ Eine Haftung kam nach Ansicht des BGH nur in Betracht, wenn ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null vorliege.⁸¹ Um dies beurteilen zu können,

⁸⁰ BGHZ 74, 144, 151 (Wetterstein); 75, 120, 123 (Herstatt).

⁸¹ BGHZ 75, 120, 124 (Herstatt). Hier setzt die Kritik von *Püttner* JZ 1982, 47, 48, an, der dem BGH leichtfertigen Umgang mit der Ermessensreduzierung auf Null vorwirft. Das damalige BAKred nahm im Verfahren Herstatt trotz erwiesener Widersprüche zwischen den Angaben der Geschäftsleitung, dem letzten Jahresabschluss und den Daten für das Geschäftsjahr 1974 keine eigene Prüfung des Instituts vor, sondern beschränkte sich darauf, Weisungen hinsichtlich der Prüfung des letzten Jahresabschlusses zu geben. Es ging damit nicht um die Frage einer Ermessensreduzierung auf Null, sondern darum, dass die Behörde trotz umfassender Kenntnisse *neuer* Risiken untätig blieb und sich auf die Klärung *vergänger* Sachverhalte beschränkte. Im Übrigen kann eine unterstellte fehlerhafte Prüfung der Ermessensreduzierung auf Null durch den BGH kein Argument für einen völligen Haftungsausschluss durch den Gesetzgeber sein, sondern nur für eine Änderung der Rechtsprechung oder eine Präzisierung der gesetzlichen Vorschriften.

legte der Bundesgerichtshof eine ex-ante-Betrachtung zugrunde und stellte darauf ab, was aus der Sicht eines mit den Verhältnissen vertrauten und sachverständigen Dritten geboten gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund überzeugt der pauschale Hinweis, eine Haftung für Fehler der Wirtschaftsaufsicht schränke indirekt die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Institute ein, nicht.

Geht man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon aus, dass Art. 34 GG einschlägig ist, sind die Argumente für das Vorliegen eines Formenmissbrauchs also überzeugend.

IV. Schlussfolgerungen

Die im Schrifttum vertretene Ansicht, dass der Haftungsausschluss für Fehler der Aufsichtsbehörden verfassungswidrig sei, ist zu undifferenziert. Die Regelung in § 4 Abs. 4 FinDAG verstößt nur in Kombination mit einer zu niedrig bemessenen Einlagensicherung gegen Art. 14 GG, da die aus diesem Grundrecht folgende Schutzpflicht verletzt wird. Da der Gesetzgeber die bestehende Lücke im Bereich der Einlagensicherung jüngst geschlossen hat, ist er seiner Schutzpflicht nun nachgekommen. Für eine ordnungsgemäße Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 14 GG wird man verlangen müssen, dass der Gesetzgeber die Sicherungshöhe künftig in regelmäßigen Abständen überprüft und ggf. anpasst. Den übrigen Bedenken im Schrifttum kann durch die aufgezeigte enge Auslegung des § 4 Abs. 4 FinDAG Rechnung getragen werden.

Die Abgrenzung von Normen, die einen unmittelbaren Schutz Dritter gewährleisten, und solchen, die den Dritten nur reflexartig schützen sollen, erscheint häufig willkürlich und ist daher regelmäßig umstritten. Dies zeigt nicht zuletzt die historische Entwicklung des hier untersuchten Themas. Deshalb ist es sicherlich positiv zu bewerten, dass der Gesetzgeber bei der Aufsicht über den Finanzsektor diese Frage ausdrücklich regelt. Allerdings sprechen auch gewichtige dogmatische und rechtspolitische Gründe gegen die Regelung des § 4 Abs. 4 FinDAG:

- Wie aufgezeigt, wird die gesetzgeberische Intention eines völligen Haftungsausschlusses für Fehlverhalten der Aufsicht verfehlt, denn der Anwendungsbereich des Haftungsausschlusses ist eng auszulegen: (1) Die der Aufsicht unterstehenden Institute können sich gegen unrechtmäßige Maßnahmen der BaFin zur Wehr setzen; sie sind unstreitig von § 4 Abs. 4 FinDAG nicht erfasst. (2) Gleiches muss dann aber auch für sonstige Personen gelten, die durch rechtswidrige Eingriffe der BaFin in ihren Rechten verletzt werden. Schädigt die BaFin Anleger durch eine gesetzlich nicht gebotene, unverhältnismäßig strenge Aufsicht, greift § 4 Abs. 4 FinDAG nicht ein und der Anleger kann einen Amtshaftungsanspruch geltend

machen. Andernfalls wäre er mittelbar-faktischen Eingriffen schutzlos ausgeliefert. (3) Letztlich behält § 4 Abs. 4 FinDAG damit nur Bedeutung für den Fall einer Anlegerschädigung durch eine unzureichende, d.h. zu lasche Aufsicht. (4) Sicherlich vom Gesetzgeber nicht intendiert war die Auslegung, die die BaFin der Vorschrift zusätzlich beimisst. Sie verweigert geschädigten Anlegern jede Hilfestellung unter Hinweis darauf, dass sie nur im öffentlichen Interesse tätig sei. Nimmt man die dargestellten Gesetzgebungsmaterialien zu § 6 Abs. 3 KWG a.F. ernst, kann dies nicht der Sinn der Vorschrift sein. Die Bafin muss ihre Rechtsauffassung daher auf eine andere Grundlage stützen oder ändern.

- Das eigentlich mit der Norm verfolgte Ziel, den Staat von *allen* Ansprüchen geschädigter Anleger freizustellen, lässt sich also von vornherein nicht erreichen. Die Lösung der Frage, ob der Anleger nur reflexartig oder unmittelbar geschützt ist, wird um den Preis einer anderen Abgrenzung erkaufte: Nunmehr muss die Fallgruppe der unverhältnismäßig strengen Aufsicht durch aktives Tun von einer zu laschen Aufsicht in Form des Unterlassens abgegrenzt werden. Die Aufsichtspraxis hat jedoch mehrfach gezeigt, dass eine Kumulation von Fehlern Schäden verursacht, so dass es durchaus sein kann, dass bei einer Bankinsolvenz eine zunächst zu lasche Aufsicht durch ein Übermaß an Aufsicht kompensiert wird. Nicht nur bei der Kumulation von Fehlern treten Schwierigkeiten auf; Tun und Unterlassen sind an sich schon nicht leicht abzugrenzen. Zum anderen werden falsche Anreize gesetzt. Eine Aufsicht, die nur dann haftet, wenn sie nachlässig ist, dagegen eine Haftung befürchten muss, wenn sie aktiv an der oberen Grenze zulässigen Handelns operiert, wird tendenziell eher weniger genau arbeiten. Es drängt sich damit der Gedanke auf, dass der Gesetzgeber mit dem Haftungsausschluss letztlich genau das herbeiführt, was er vermeiden wollte, nämlich eine Lähmung der Aufsicht.
- Vorzuzugswürdig wäre eine Lösung, bei der der Gesetzgeber eine Amtshaftung zulässt, der Aufsicht aber einen weiten Ermessensspielraum zugeht und die Bedingungen der gesetzlichen Einlagensicherung so ausgestaltet, dass die Schäden der Privatanleger abgedeckt und auch die zur Altersvorsorge getätigten langfristigen Anlagen wirksam geschützt sind. Geschädigte Kleinanleger kann er dann auf die Ersatzleistungen der Entschädigungseinrichtungen verweisen. Inhabern größerer Vermögen und professionelle Kunden müssen sich den Einwand des Mitverschuldens entgegenhalten lassen, wenn sie ihre Einlagen nicht ausreichend diversifiziert haben. Diese Lösung hätte den Vorteil der Rechtsklarheit; sie würde zudem die rechtspolitische Frage, inwieweit kollektive Schäden mit den Mitteln des Deliktsrechts bewältigt werden können oder ob sie über eine Versicherung sozialisiert werden müssen, für die Bankaufsicht eindeutiger beantworten als die heutige – letztlich unehrliche – Lösung. Denn diese

versucht (m.E. vergeblich), mittelbar-faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen „wegzudefinieren“. Schließlich würde so eine Widersprüchlichkeit im System der Amtshaftung beseitigt, da zahlreiche Aufsichtstätigkeiten, die das Risiko einer viel höheren fiskalischen Belastung bergen, nicht mit einem völligen Haftungsausschluss kombiniert wurden (vgl. etwa §§ 34 ff. Atomgesetz).