

A. Einführung	1
B. Bankbetriebliche Anmerkungen	2
C. Allgemeines Konzernrecht	3
D. Vertriebsregelung durch das BAKred	5
I. Ermächtigungsgrundlagen für eine unmittelbare Vertriebsregelung	7
1) Einschreiten des BAKred durch Anordnung gem. § 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG	7
2) Vertriebsregelung durch das BAKred mittels Anordnung gem. §§ 6 Abs. 3, 25 a Abs. 2 KWG ..	9
a) Wegfall der Vertriebsmöglichkeit	12
b) Verbraucherschutz gegen Übervorteilung	18
c) Konzernabhängigkeit	20
aa) Subventionierung der Tochter	20
bb) Übervorteilung der Bausparkasse durch die Konzernmutter	21
d) Ergebnis	21
3) Vertriebsregelung durch Rechtsverordnung des BAKred	21
II. Ermächtigungsgrundlagen für eine mittelbare Vertriebsregelung	22
1) Änderungsverlangen nach § 9 Abs. 2 S. 1 BSpKG	22
2) Erlaubnisrücknahme gem. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG i.V.m. §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 1 BSpKG	23
3) Erlaubnisrücknahme gem. § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG	24
4) Erlaubnisrücknahme gem. §§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1, 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KWG	25
5) Erlaubnisrücknahme gem. §§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2, 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG	26
E. Ergebnis	27

Bausparkassen als Konzerntöchter

Konzern- und bankenaufsichtsrechtliche Fragen einer Vertriebsausgliederung*)
 Von Prof. Dr. Theodor Baums und wiss. Mitarbeiter Kai-Uwe Steck, Osnabrück

A. Einführung

Private Bausparkassen sind häufig Töchter eines Bank- oder Versicherungskonzerns.¹ In der Praxis ist sowohl der - im folgenden ausgeblendete - Vertragskonzern als auch der faktische Konzern anzutreffen. Wie überall zeigt sich die Ambivalenz der Einbeziehung eines Unternehmens in einen Konzernverbund auch hier: Einerseits läßt sie das Tochterunternehmen an den betriebswirtschaftlichen Vorteilen dieses Verbunds partizipieren. Solche Vorteile mögen auf Synergien und Skalenerträgen (economies of scale and scope), Teilhabe an der Reputation der Obergesellschaft, steuerlichen Effekten oder vielfältigen anderen Gründen beruhen.² Andererseits können sich bekanntlich im Konzern für außenstehende Gesellschafter und Gläubiger spezifische Gefahren ergeben; Einzelheiten dazu und zu den gesellschaftsrechtlichen Mechanismen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes im Konzern brauchen hier nicht ausgebreitet zu werden. Ist ein Kreditinstitut abhängiges Unternehmen, dann muß zusätzlich zum allgemeinen gesellschafts- und konzernrechtlichen Instrumentarium sichergestellt werden, daß die Ziele der im Einlegerinteresse geschaffenen Regulierung nicht in Frage gestellt werden.³ Bei der Spezialbanktochter „Bausparkasse“ geht es vornehmlich um den Schutz der Bausparer. Er ist Zweck des Bausparkassengesetzes,⁴ der nicht durch konzernmäßige Verbindungen der Bausparkasse beeinträchtigt werden darf. So dürfen zum Beispiel die von den Bausparkassen aufbrachten Einlagen grundsätzlich nur für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen verwendet und nur nach Maßgabe der einschränkenden Bestimmungen des Bausparkassengesetzes für allgemeine konzernwirtschaftliche Belange, z. B. durch Darlehen an verbundene Unternehmen,

*) Die Verfasser haben zu dem angesprochenen Fragenkreis in einem Rechtsgutachten Stellung genommen.

¹ Zu den öffentlichen Bausparkassen s. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 4. Aufl. 1992, BSpKG § 2 Anm. 4.

² S. nur *Theisen*, Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung (1991).

³ Dazu vor allem *U. H. Schneider* WM 1978, 1250 ff.; ders. WM 1990, 1649 ff.; *Schieber*, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate (1998), S. 57 ff. m. w. Nachw.; zum Regulierungsziel „Einlegerschutz“ etwa *Baums*, Verbindungen von Banken und Unternehmen im amerikanischen Wirtschaftsrecht (1992), S. 50 ff.

⁴ *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), S. 39.

eingesetzt werden (vgl. § 4 Abs. 1 Ziff. 7 BSpKG). Im folgenden sollen nicht sämtliche denkbaren Risiken und Schädigungsmöglichkeiten für die Bausparer infolge des Konzernverbunds erörtert werden. Sondern es soll nur der - im Bausparkassengesetz nicht ausdrücklich geregelte - Fall herausgegriffen werden, daß die von der Tochterbausparkasse erstellte Finanzdienstleistung, der Bausparvertrag, nicht mehr von dieser selbst vertrieben wird. Sondern der Vertrieb wird auf die Mutter oder eine Schwestergesellschaft verlagert, die dieses Produkt gemeinschaftlich mit anderen Produkten des Konzerns, z. B. Versicherungsverträge oder, bei Bankkonzernen, über ihre Bankfilialen absetzt. Dies wirft Fragen des allgemeinen Konzernrechts (unten C.) wie vor allem des Bankenaufsichtsrechts (unten D.) auf.

B. Bankbetriebliche Anmerkungen

Der gemeinsame Vertrieb von Bank- oder Finanzdienstleistungen im Konzern gilt als klassisches Beispiel dafür, auf welche Weise im Unternehmensverbund Synergievorteile erzielt werden können.⁵ Im Versicherungskonzern mit einer Bausparkassentochter etwa brauchen nicht mehr zwei verschiedene Außendienstorganisationen unterhalten zu werden, sondern die Produkte der Finanzdienstleistungsgruppe können „aus einer Hand“ vertrieben werden. Andererseits könnten sich aus der Aufgabe eines selbständigen Vertriebs für die Vertragspartner der Bausparkasse, insbesondere die Bausparer, aber auch besondere Risiken ergeben. Zum einen entsteht durch den Gemeinschaftsvertrieb das Problem der Zurechnung des Aufwands und damit der korrekten Berechnung der Vergütung für den Außendienst.⁶ Zum anderen ist es denkbar, daß die bisher der Bausparkasse gebotene Möglichkeit des Vertriebs über ein verbundenes Unternehmen wegfällt, sei es, weil die Obergesellschaft oder die Vertriebstochter in Konkurs geraten sind, sei es aus anderen Gründen, z. B. als Folge einer Umstrukturierung im Konzern. Speziell für die Bausparer könnten sich daraus besondere Probleme ergeben, weil der Wegfall oder auch nur die gravierende Beeinträchtigung des Neugeschäfts das Kollektivsystem einer Bausparkasse gefährdet. Dieses System ist darauf aufgebaut, daß die Neukunden Gelder zunächst, in der Ansparphase, zu vergleichsweise niedrigen Zinsen

⁵ Vgl. *Hagenmüller/Jacob*, Der Bankbetrieb, Bd. III, 5. Aufl. 1988, S. 341 ff.; *Büschgen*, Bankbetriebslehre, 3. Aufl. 1991, S. 486 ff., 491 f.; *Süchting*, Bankmanagement, 3. Aufl. 1992, S. 457 ff.

⁶ Zu den damit verbundenen, im folgenden nicht näher behandelten Rechtsfragen *Wiedemann/Fleischer*, Das Recht der konzerninternen Verrechnungspreise, Konzernumlagen und verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern, in: *Lutter/Scheffler/U. H. Schneider* [Hrsg.], Handbuch der Konzernfinanzierung (1998), S. 951 ff.

einzahlen. Die so angesammelten Bausparguthaben dienen der Finanzierung der Bausparvorhaben der Altkunden.⁷ Somit ist die Bausparkasse notwendig auf die Anwerbung von Neukunden angewiesen, wenn sie selbst ihre Verbindlichkeiten gegenüber den Altkunden erfüllen will. Die Frage ist, ob dieses denkbare Risiko es rechtlich ausschließt, den Vertrieb einer Bausparkasse einem verbundenen Unternehmen zu überlassen und auf einen eigenen Vertrieb zu verzichten.

C. Allgemeines Konzernrecht

Fehlt es an einem Beherrschungsvertrag, so vermögen Interessen des herrschenden Unternehmens oder mit ihm verbundener Unternehmen eine Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft grundsätzlich nicht zu rechtfertigen. Das geltende Recht geht davon aus, daß der abhängigen Gesellschaft letzten Endes keine Nachteile aus ihrer Abhängigkeit erwachsen dürfen.⁸ Nach § 311 Abs. 1 AktG darf deshalb ein herrschendes Unternehmen im faktischen Konzern seinen Einfluß auf die abhängige Gesellschaft nicht dazu benutzen, daß diese ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vornimmt oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil trifft oder unterläßt, es sei denn, das herrschende Unternehmen sorgt für einen Ausgleich der Nachteile.

Die Ausgleichspflicht setzt neben einem Abhängigkeitsverhältnis und dem Fehlen eines Beherrschungsvertrages die Veranlassung einer Maßnahme oder eines Rechtsgeschäfts durch das herrschende Unternehmen voraus. Dabei muß die Maßnahme oder das Rechtsgeschäft einen Nachteil für die abhängige Gesellschaft zur Folge haben.⁹ Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang insbesondere die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang aufgrund einer Veranlassung des herrschenden Unternehmens, die in jedweder Form der Einflußnahme mit Steuerungsabsicht liegen kann,¹⁰ ein Nachteil für die abhängige Gesellschaft entsteht. Dies gilt insbesondere, wenn strukturverändernde Maßnahmen in Frage stehen, welche die Autonomie der abhängigen Gesellschaft einschränken. Deren Effekte sind häufig schwer oder gar nicht zu quantifizieren. Beispielhaft seien in diesem Zusammenhang die Auf-

⁷ Fischer, Bankrecht (1989), S. 25; Laux, Die Bausparfinanzierung, 6. Aufl. 1992.

⁸ Vgl. Hüffer, AktG, 3. Aufl. 1997, § 311 Rdn. 1; Koppensteiner, Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 6, 2. Aufl. 1987, Vorb. § 311 Rdn. 2.

⁹ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Auflage 1997, § 19 V; Hüffer, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 12 ff.

¹⁰ Koppensteiner, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 2 ff.; Kropff in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG Bd. VI (1976), § 311 Rdn. 90 ff.

gabe der eigenen Produktion, die Aufgabe einer eigenen Forschungseinrichtung und die hier vertieft zu behandelnde Aufgabe des eigenen Vertriebsapparates genannt. Teilweise wird insoweit sogar vertreten, solche sog. „konzernintegrativen Maßnahmen“ seien gar nicht über das System des Nachteilsausgleichs gemäß § 311 AktG zu erfassen.¹¹ Vielmehr sei hypothetisch zu prüfen, ob die Gesellschaft nach Ausführung der fraglichen Maßnahme noch über den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verfüge. Andernfalls sei die Maßnahme prinzipiell unzulässig. Dies ziehe dann die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die unabhängige Gesellschaft nach sich, wobei hauptsächlich an eine Schadensersatzpflicht gemäß § 117 AktG gedacht wird.¹² Dem wird jedoch überwiegend entgegengehalten, daß § 117 AktG der abhängigen Gesellschaft keinen besseren Schutz vermittelt als §§ 311, 317 AktG.¹³

Es führt demnach kein Weg an der Anwendbarkeit des § 311 AktG auch bei sog. strukturändernden Maßnahmen vorbei. In solchen Fällen muß daher wie auch sonst danach gefragt werden, ob die Maßnahme sich als „Nachteil“ für die abhängige Gesellschaft darstellt.¹⁴ Der Nachteil muß sich allerdings als Folge der Abhängigkeit erweisen; insofern ist mit der ganz h. M. ein Sorgfaltsverstoß auf Seiten des Veranlassungsadressaten zu fordern.¹⁵ Es kommt mithin bei der Nachteilsbewertung darauf an, ob sich ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft ebenso oder anders verhalten hätte. Nur im letzteren Fall liegt ein Nachteil im Sinne von § 311 I AktG vor.¹⁶

Hinsichtlich der Abgabe des Vertriebsapparats einer konzernabhängigen Bausparkasse an ein verbundenes Unternehmen auf Betreiben der Mutter kann nun selbst dann nicht ohne weiteres von einer sorgfaltsgemäßen Maßnahme der Geschäftsleitung gesprochen werden, wenn sich ex ante beträchtliche Synergien andeuten und sich diese im nachhinein sogar verwirklichen.¹⁷

¹¹ *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht (1982), 132 ff., 135.

¹² *Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 11), S. 138 f.

¹³ *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 8), Vorb. § 311 Rdn. 18 sowie § 311 Rdn. 32.

¹⁴ *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 25 ff; *Krieger* in Münchener HB des Gesellschaftsrechts, Band 4 (1988), § 69 Rdn. 65; *Kropff* in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, a.a.O. (Fn. 10), § 311 Rdn. 107.

¹⁵ *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 22; *Krieger*, a.a.O. (Fn. 14), § 69 Rdn. 65; *Kropff* in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, a.a.O. (Fn. 10), § 311 Rdn. 108 m. w. Nachw.; a. A.: v. *Godin/Wilhelmi*, AktG, 4. Aufl. 1971, § 311 Anm. 3.

¹⁶ Statt vieler *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 27 m. w. Nachw.; *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 25 m. w. Nachw.

¹⁷ Zur Maßgeblichkeit des Vornahmezeitpunkts s. *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 28.

Vielmehr müssen etwaige nachteilige Spätfolgen gleichfalls berücksichtigt werden. Ein sorgfältiger Geschäftsleiter wird nämlich im Beurteilungszeitpunkt nicht nur auf die vorteilhaften Synergieeffekte abstellen, mögen diese auch von einer gewissen Dauer sein. Entscheidend ist vielmehr, daß ein pflichtgemäßer Geschäftsleiter angesichts der Gefahren, die der abhängigen Gesellschaft ohne eigenen Vertrieb bei Eintritt des Konkurses der Muttergesellschaft oder im Falle einer Umstrukturierung des Konzerns drohen könnten, von der *ungesicherten* Aufgabe des eigenen Vertriebs absehen würde. In der Literatur heißt es durchweg, eine sorgfaltswidrige Übernahme solcher unübersehbarer Risiken durch die abhängige Gesellschaft sei als Nachteil im Sinne der §§ 311, 317 AktG zu werten.¹⁸ Praktisch bedeutet dies, daß derartige Maßnahmen nur veranlaßt werden dürfen, wenn der abhängigen Gesellschaft die Risiken durch eine Garantie oder in anderer Weise abgenommen werden.¹⁹ Eine solche Sicherungsvereinbarung kann in verschiedener Weise ausgestaltet sein. Gefahren infolge einer Umstrukturierung können beispielsweise schon durch eine Nutzungsvereinbarung in Verbindung mit einer ausreichend bemessenen Kündigungsfrist entschärft werden. Sichert also eine Konzernmutter ihrer Tochtergesellschaft die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit des ausgegliederten Vertriebs vertraglich zu, verbleiben der Tochter hinreichende Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten, und wird das Recht zur Kündigung an eine hinreichend lange Frist geknüpft, so erhält die Tochter einen ausreichenden Schutz. Falls die Mutter sich gleichwohl zur Umstrukturierung entscheiden sollte, bleibt der Tochter zumindest ausreichend Zeit, wieder einen eigenen Vertrieb aufzubauen. Um ferner Gefahren im Zusammenhang mit einem etwaigen Konkurs der Mutter entgegenzuwirken, könnten in die Vereinbarung Eigentumsvorbehalte hinsichtlich der von der Tochter zur Verfügung gestellten Daten, Software oder sonstigem Inventar aufgenommen werden. In der Praxis sind solche Nutzungsvereinbarungen denn auch anzutreffen.

D. Vertriebsregelung durch das BAKred

Einen engeren Rahmen als das allgemeine Konzernrecht setzt allerdings möglicherweise das Bausparkassenaufsichtsrecht. Dem ist im folgenden nachzugehen. Zunächst ist klarzustellen, auf welche gesetzlichen Grundlagen sich das BAKred stützen kann, wenn es einer Tochterbausparkasse aufgeben will, ein eigenes, organisatorisch selbständiges Vertriebssystem einzurichten (im folgenden kurz „Vertriebsregelung“ genannt).

¹⁸ Vgl. dazu *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 8), § 311 Rdn. 31 m. w. Nachw.

¹⁹ *Kropff*, a.a.O. (Fn. 10), § 311 Rdn. 40, 117.

Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 BSpKG übt das BAKred die Aufsicht über die Bausparkassen nach dem Bausparkassengesetz und nach dem KWG aus. Demnach kommen hier als aufsichtsrechtliche Handlungsgrundlagen für das BAKred das BSpKG und das KWG in Betracht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das BSpKG gegenüber dem KWG *lex specialis* ist, wenn aufsichtsrechtliche Fragen in bezug auf Bausparkassen auftreten.²⁰

Folglich sind in erster Linie das BSpKG und erst dann das KWG auf eine Handlungsermächtigung hin zu untersuchen, die es dem BAKred ermöglicht, eine Vertriebsregelung zu treffen. Die Notwendigkeit einer solchen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ergibt sich aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, die ihrerseits letzten Endes auf Verfassungsprinzipien beruhen. Insbesondere müssen Eingriffe in Freiheit und Eigentum durchweg auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können.²¹ Die Aufsicht durch das BAKred ist nach ihrer grundsätzlichen Aufgabenstellung auf eine allgemeine Wirtschaftsaufsicht, also auf die Verhinderung von Mißbräuchen und Gefahrenabwehr, ausgerichtet.²² Eine derartige Aufsichtstätigkeit bedarf in jedem Falle einer hinreichend konkreten Befugnisnorm. Die Wirtschaftsaufsicht stellt zwar einen speziellen Bereich der öffentlichen Verwaltung dar, der aber dennoch den allgemeinen Grundsätzen verpflichtet ist und somit dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen muß.²³ Außerdem unterliegen die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen den verfassungsrechtlichen Grenzen des Prinzips privater Wirtschaftsfreiheit, wie es vor allem in den grundrechtlichen Garantien der Berufs-, Gewerbe- und Eigentumsfreiheit gem. Art. 12, 14 GG verankert ist.²⁴ Schließlich muß das BAKred auch die Grundsätze des Übermaßverbotes beachten.²⁵

Diese Grundsätze lassen sich daneben auch auf das Rechtsstaatsprinzip stützen. Das BAKred muß sich - wie jede staatliche Behörde im Fall der Eingriffsverwaltung - bei seiner Eingriffstätigkeit an dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und dem daraus abgeleiteten Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ausrichten.²⁶

Wenn nun das BAKred einer Bausparkasse aufgeben wollte, einen gesonderten und selbständig steuerbaren Vertriebsweg wiederaufzubauen, dann greift die Behörde auf diese Weise in den

²⁰ *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 Anm. 2.

²¹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 6 Rdn. 12.

²² *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 Anm. 3.

²³ Vgl. *Mösbauer* BB 1987, 1688, 1689.

²⁴ *Scholz ZVersWiss.* 1984, 1, 5.

²⁵ *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 Anm. 3.

²⁶ Vgl. *Maurer*, a.a.O. (Fn. 21), § 6 Rdn. 1.

Bereich der Selbstorganisation und damit in die Ausübung der gewerblichen Betätigung einer solchen Gesellschaft ein. Der erwähnte Wirtschaftsfreiheitsbereich des Grundgesetzes ist dadurch nachteilig betroffen. Eine solche Maßnahme des BAKred kann also nur dann rechtmäßig ergriffen werden, wenn eine entsprechend konkrete Eingriffsnorm vorhanden ist. Außerdem müssen die Tatbestandsvoraussetzungen einer solchen Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein. Im Anschluß an die Prüfung der Tatbestandsmerkmale ist gegebenenfalls die Frage nach der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne der Maßnahme zu erörtern.

Somit kann schon an dieser Stelle gesagt werden, daß ohne eine gesonderte Ermächtigungsgrundlage im BSpKG oder im KWG eine rechtmäßige Vertriebsregelung durch das BAKred nicht getroffen werden kann.

Demnach muß im folgenden zunächst eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage ausgemacht werden, die dann auf ihre tatbestandlichen Voraussetzungen hin zu überprüfen ist.

I. Ermächtigungsgrundlagen für eine unmittelbare Vertriebsregelung

1) Einschreiten des BAKred durch Anordnung gem. § 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG

Zunächst ist zu prüfen, ob das BAKred gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG gegenüber der Bausparkasse, die ein konzerngebundenes Vertriebssystem nutzt, eine Vertriebsregelung durch Anordnung treffen kann.

Diese Vorschrift gibt dem BAKred die Befugnis, die zur Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsgrundsätze (AGG) und der Allgemeinen Bausparbedingungen (ABB) erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die notfalls mit Zwangsmitteln nach § 50 KWG durchgesetzt werden können.²⁷ Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG handelt es sich bei dieser Norm um eine Generalklausel. Das BAKred scheint danach für alle erdenklichen geschäftsbetrieblichen Bereiche einer Bausparkasse Anordnungen treffen zu können, soweit dies nur erforderlich in dem dort beschriebenen Sinne ist. Demgegenüber ist jedoch festzuhalten, daß sich das BAKred bei seiner Aufsicht nicht in den Bereich der Wirtschaftslenkung begeben darf, da diese eben aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht Aufgabe der Bausparkassenaufsicht sein kann.²⁸ Grundsätzlich obliegt der Behörde zwar eine umfassende Fachaufsicht, insbesondere eine

²⁷ Amtliche Begründung zum BSpKG von 1972, BT.-Drucks. Band 147 (1971), VI/1900 S. 16.

²⁸ Vgl. dazu die einleitenden Ausführungen unter D.

„Produktaufsicht“, über die Bausparkassen. Dabei bilden letztlich die Belange der Bausparer das Schutzgut dieser Amtsaufsicht. Jedoch kann das BAKred die Belange der Bausparer nicht in jeder Hinsicht schützend wahren, da die Aufsicht sonst in eine staatliche Wirtschaftslenkung umschlagen würde. Dies ist aber gerade nicht das Ziel der Aufsicht.²⁹ Ferner ist dem BAKred zwar grundsätzlich ein Ermessensspielraum gegeben. Dieser endet aber dort, wo die Belange der Bausparer ausreichend gewahrt sind.³⁰ Außerdem beschränkt § 3 I S. 2 BSpKG schon nach seinem Wortlaut die Aufsichtstätigkeit auf die Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsgrundsätze (AGG) und der Allgemeinen Bausparbedingungen (ABB).

Der Gesetzgeber hat in § 5 BSpKG festgelegt, welche inhaltlichen Bestimmungen in den AGG (§ 5 Abs. 2) und in den ABB (§ 5 Abs. 3) enthalten sein müssen. Im Gegensatz zu den ABB regeln die AGG nicht das Verhältnis der Bausparkasse zu den Bausparern, sondern sind im Verhältnis der Bausparkasse zum BAKred von Bedeutung.³¹ Dabei beschränken sich die AGG auf typische, sich aus dem kollektiven Bausparsystem ergebende Sondertatbestände und dabei insbesondere auf die bausparmathematischen Grundlagen der wesentlichen Tarifmerkmale (Spar- und Tilgungsbeiträge, Wartezeiten); auf die Berechnung der Zuteilungsmittel, die vorübergehend nicht zugeteilt werden können; der Mehrerträge aus der Anlage dieser Mittel einschließlich ihrer Verwendung, sowie auf Regeln des Aktivgeschäfts der Bausparkassen, die eine gleichmäßige Behandlung aller Bausparer gewährleisten sollen.³²

Mit der Festlegung der AGG geht die Bausparkasse eine Art Selbstbindung ein, indem sie dadurch erklärt, bei der Durchführung des Bauspargeschäfts und der Abwicklung der Bausparverträge die dafür wesentlichen Tatbestände und Regeln strikt zu beachten.³³ Eine Vorschrift jedoch, wonach die Abschlußfragen und die Außendienstfragen einer Bausparkasse in den AGG zu regeln wären, hat keinen Eingang in § 5 II BSpKG gefunden.³⁴ Freilich steht es der Bausparkasse frei, über den gesetzlichen Mindestinhalt hinaus in ihren AGG noch weitere Bestimmungen über ihr Bauspargeschäft aufzunehmen.³⁵

²⁹ *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 Anm. 3.

³⁰ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 Anm. 3.

³¹ Vgl. *Degner/Röher*, Bausparkassen, in: Steffan, Handbuch des Real- und Kommunalkredits (1977), S. 686.

³² Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 5 Anm. 3.

³³ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 5 Anm. 3.

³⁴ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 5 Anm. 7.

³⁵ Vgl. *Lehmann/Zink*, Das neue Bauspar-ABC (1984), „AGG“ S. 7 f.

Da die ABB hier unter keinen Umständen näher in Betracht kommen, müßte die Organisation des Vertriebs also Gegenstand der AGG sein, um überhaupt unter den Tatbestand von § 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG subsumiert werden zu können. Weil die Bausparkassen aber gesetzlich nicht dazu verpflichtet sind, eine Regelung über ihren Vertriebsweg in ihre AGG aufzunehmen, wird dies aus praktischen Gründen in der Regel auch nicht geschehen. Damit ist schon wegen des Nichtvorliegens eines entsprechenden Allgemeinen Geschäftsgrundsatzes die Generalklausel des BSpKG (§ 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG) nicht anwendbar.

Folglich scheidet diese Norm ungeachtet der Frage nach einer etwaigen Beeinträchtigung der Bausparerbelange als Rechtsgrundlage für eine Vertriebsregelung durch das BAKred von vornherein aus.

2) Vertriebsregelung durch das BAKred mittels Anordnung gem. §§ 6 Abs. 3, 25 a Abs. 2 KWG

Weiterhin ist zu prüfen, ob das BAKred der Tochterbausparkasse die Errichtung eines selbständigen Vertriebsnetzes aufgrund von § 6 Abs. 3 i.V.m. § 25a Abs. 2 KWG aufgeben kann.

Nach § 6 Abs. 1 KWG übt das BAKred die Aufsicht über die Kreditinstitute aus. Diese Bankenaufsicht dient dem Zweck der Gefahrenabwehr. Insoweit sind die Funktionen der Bankenaufsicht mit den Aufgaben der Ordnungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr vergleichbar.³⁶ Die laufende Überwachung gemäß § 6 Abs. 1 KWG bezieht sich grundsätzlich auf die Einhaltung der den Kreditinstituten nach dem KWG auferlegten Pflichten.³⁷ Bei Verletzung der Vorschriften des KWG oder verwandter Vorschriften darf das BAKred einschreiten.³⁸ Als verwandte Vorschriften sind das HypothekbankG, das KapitalanlagegesellschaftenG und das BSpKG zu nennen.³⁹ Weder im KWG noch im BSpKG findet sich eine Vorschrift, die einem Kreditinstitut konkret vorschreibt, wie seine Vertriebsorganisation ausgestaltet sein muß. Diese Organisationsfrage ist damit grundsätzlich in das Ermessen des einzelnen Unternehmens gestellt. Allerdings normiert seit Inkrafttreten der

³⁶ Kümpel, Bank- u. Kapitalmarktrecht (1995), Teil 15 Rdn. 138.

³⁷ Vgl. Nirk, Das Kreditwesengesetz, 9. Aufl. 1992, S. 31.

³⁸ Vgl. Reischauer/Kleinhaus, Kreditwesengesetz, Band I (1963; Stand Dez. 1996), 115 § 6 Rdn. 1a.

³⁹ Vgl. Schork, Gesetz über das Kreditwesen, (Sparkassen Praxis Wissen) 18. Aufl. 1993, § 6 Anm. 2.

6. KWG-Novelle⁴⁰ (1.1.1998) § 25a KWG besondere organisatorische Pflichten von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsunternehmen. Nach § 25a Abs. 1 Nr. 2 KWG muß das Institut über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen. Dies betrifft vornehmlich die interne Organisation der Institute.⁴¹ Für die hier betrachtete Vertriebsausgliederung kommt als gesetzlich normierter Spezialfall § 25a Abs. 2 KWG in Betracht. Danach darf die Ausgliederung von *Bereichen* auf ein anderes Unternehmen, die für die Durchführung der Bankgeschäfte wesentlich sind, nicht die Ordnungsmäßigkeit dieser Geschäfte beeinträchtigen (§ 25a Abs. 2 S. 1 KWG). Diese Vorschrift setzt Artikel 10 Abs. 1 Anstr. 10 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie⁴² um und betrifft das sog. „Outsourcing“. Falls das Kreditinstitut der ihm danach obliegenden Organisationspflicht nicht nachkommt, kann das BAKred von seiner ihm ebenfalls durch die 6. KWG-Novelle eingeräumten Befugnis nach § 6 Abs. 3 KWG Gebrauch machen. Nach § 6 Abs. 3 KWG kann das BAKred Anordnungen gegenüber dem Institut und seinen Geschäftsleitern treffen, um Mißständen in dem Institut entgegenzuwirken, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte oder die ordnungsgemäße Geschäftstätigkeit beeinträchtigen. Seither besitzt das BAKred also eine Anordnungs-kompetenz in bezug auf Organisationsvorgänge einer Bank, wozu namentlich die Auslagerung von Geschäftsbereichen auf andere Unternehmen zählt.⁴³ Überdies dürften Verstöße gegen § 25 a Abs. 2 KWG verwarnungsfähig gemäß § 36 Abs. 2 KWG sein. § 25 a Abs. 2 KWG gilt auch für Auslagerungsmaßnahmen, die vor dem 1.1.1998 ergriffen worden sind.

Die erste Frage, die § 25 a Abs. 2 KWG im vorliegenden Zusammenhang aufwirft, ist die, ob die Auslagerung des Vertriebs überhaupt in den Anwendungsbereich der Norm fällt. Diese Frage stellt sich, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen, in zwei Richtungen: Der Vertrieb von Bausparverträgen könnte, erstens, zum grundsätzlich nicht auslagerungsfähigen "Kernbereich" dieser Bankdienstleistung gehören Oder, zweitens, der bloße Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluß fällt möglicherweise deshalb aus dem Anwendungsbereich des

⁴⁰ Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapierrechtlicher Vorschriften vom 22.10.1997, BGBl. I S. 2518.

⁴¹ Vgl. Reg.-Begr., BR-Drucks. 963/96, S. 87.

⁴² Richtlinie des Rates 93/22/EWG vom 10.05.1993; ausführlich dazu: *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl. 1996, S. 450 ff. m. w. Nachw.

⁴³ Reg.-Begr., BR-Drucks. 963/96, S. 74.

§ 25 a Abs. 2 KWG heraus, weil er für die Durchführung dieses Bankgeschäfts nicht im Sinne dieser Norm "wesentlich" ist.

Es erscheint als außerordentlich fraglich, ob der Regelung des § 25 a Abs. 2 KWG die Vorstellung eines festen, generell nicht auslagerungsfähigen "Kernbereichs" zugrunde liegt. Der Wortlaut der Vorschrift gibt dafür nichts her. Das Gesetz setzt vielmehr voraus, daß gerade auch "wesentliche" Bereiche ausgelagert werden können, sofern nur die dort aufgestellten Voraussetzungen erfüllt werden. Bankaufsichtsrechtlich bedeutsamer als der Vorbehalt und die eigene Erledigung tatsächlicher Handlungen und Funktionen erscheinen die ohnedies nach § 25 a Abs. 2 KWG vorzubehaltenden Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung. Wie dem auch sei, jedenfalls kann der Vertrieb von Bausparverträgen nicht zum undelegierbaren "Kernbereich" dieser Bankdienstleistung gerechnet werden: Der Gesetzgeber, der die gewachsene Struktur des Absatzes dieser Finanzdienstleistung kannte, hätte deutlich zum Ausdruck bringen müssen, wenn er dies hätte ändern wollen. Überdies geht § 2 Abs. 10 KWG ausdrücklich davon aus, daß Kreditinstitute die "Abschlußvermittlung" auf andere Unternehmen übertragen können.

Auf der anderen Seite wäre § 25 a Abs. 2 KWG auf die Auslagerung des Vertriebs auch dann nicht anwendbar, wenn dieser "Bereich" - darunter sind Hilfsfunktionen und tatsächliche Handlungsabläufe zu verstehen⁴⁴ - für die Durchführung eines Bankgeschäfts nicht "wesentlich" ist. Bei oberflächlicher Betrachtung wird man den Vertrieb ohne weiteres für "wesentlich" halten - denn ohne Vertrieb kommt der Bausparvertrag nicht zustande. Wie überall ist aber auch hier bei der Auslegung die ratio legis dieser bankaufsichtsrechtlichen Norm heranzuziehen: An Hilfsfunktionen oder tatsächliche Handlungsabläufe, deren Erbringung ersichtlich keinerlei oder vernachlässigbare bankgeschäftliche Risiken heraufbeschwören, brauchen die strengen Anforderungen des § 25 a Abs. 2 KWG nicht gestellt zu werden. Für die Tätigkeit des Bausparkassen-Außendienstes, der lediglich Bauspar-Anträge einsammelt, diese der Bausparkasse weiterleitet, und ihr die Letztentscheidung vorbehält, liegen die damit verbundenen bankgeschäftlichen Risiken jedenfalls nicht ohne weiteres auf der Hand. Auch hier mag es nun unterschiedliche Antworten geben je nachdem, in welcher Weise der Vertrieb organisiert, und auf wen er ausgelagert ist: auf selbständige Handelsvertreter mit Ein- oder mit Mehrfirmenvertretung; auf eine abhängige Tochtergesellschaft; oder auf eine Mutter- oder Schwestergesellschaft im Konzern. Im folgenden wird ausschließlich der zuletzt

⁴⁴ Vgl. *Zerwas/Hanten*, WM 1998, 1110, 1112 f.

genannte Fall erörtert, und zumindest hier kann die Vertriebsausgliederung ohne vertragliche Vorkehrungen spezifische Risiken mit sich bringen, wie bereits oben (C.) gezeigt wurde und im folgenden näher zu erörtern sein wird. Dies rechtfertigt, jedenfalls in diesem Fall einer Ausgliederung des Vertriebs auf eine Mutter- oder Schwestergesellschaft § 25 a Abs. 2 KWG dem Grunde nach für anwendbar, den ausgelagerten Vertrieb für einen "wesentlichen" Bereich zu halten.

Weitere Eingriffsvoraussetzung ist dann, daß die Auslagerung nicht zu einer "Beeinträchtigung" der Ordnungsmäßigkeit dieser Geschäfte, noch der Steuerungs- oder Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung, noch der Prüfungs- und Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung führen darf. In der Literatur finden sich zu § 6 Abs. 2 (a. F.) KWG, der gleichfalls bereits auf die ordnungsgemäße Durchführung von Bankgeschäften abstellte, aber noch keine Eingriffsbefugnis des BAKred vorsah,⁴⁵ zumeist nur Fallbeispiele, die eine "konkrete Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit" darstellen sollen.⁴⁶ Eine allgemeine Definition, die dieser Generalklausel scharfe Konturen verliehen hätte, ist nicht entwickelt worden.⁴⁷ Deshalb sollen im folgenden zunächst die wahrscheinlichen oder zumindest denkbaren Folgen der Vertriebsausgliederung ermittelt und dann auf ihre Bedeutung für die Ordnungsmäßigkeit der Bausparkassentätigkeit anhand des Gesetzeszwecks und der grundsätzlichen Aufgabenstellung der Bankenaufsicht beurteilt werden.

a) Wegfall der Vertriebsmöglichkeit

Zunächst ist zu fragen, ob eine tatsächliche Situation denkbar ist, in der das konzerneigene Vertriebsnetz für die Tochterbausparkasse kurzfristig nicht mehr zur Verfügung steht. Eine weitere Werbung von neuen Bausparern wäre damit unmöglich und könnte in der Folgezeit die vorhandenen Bausparer gefährden. Durch einen Wegfall des Neugeschäfts wäre das Kollektivsystem der Bausparkasse gefährdet. Es ist darauf aufgebaut, daß Neukunden Gelder ohne sofortige Darlehensvergabe an sie einzahlen (Ansparzeit). Die so angesammelten Bau-

⁴⁵ *BGHZ* 74, S. 144, 148; *Gramlich* in: Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, BT 1 (1995), § 5 II Rdn. 88.

⁴⁶ *Reischauer/Kleinhans*, a.a.O. (Fn. 38), § 6 Rdn. 15 ff.; *Szagunn/Haug/Ergenzinger*, *Gesetz über das Kreditwesen*, 6. Aufl. 1997, § 6 Rdn. 5.

⁴⁷ S. auch den Versuch von *Zerwas/Hanten*, a.a.O. (Fn. 44), S. 1114, die zunächst auf banktypische Risiken abstellen und dann für eine „Ordnungsmäßigkeit“ verlangen, daß das Unternehmen, auf das ausgelagert wird, die gleiche Sorgfalt anwendet, die auch beim auslagernden Institut anzuwenden wäre.

sparguthaben dienen der Finanzierung der Bausparvorhaben der Altkunden.⁴⁸ Somit ist eine Bausparkasse notwendigerweise auf die Anwerbung von Neukunden angewiesen, um dauerhaft ihren Bestand zu sichern und ihre Verbindlichkeiten gegenüber den Altkunden zu erfüllen. In diesem Zusammenhang sind drei Fallgestaltungen theoretisch möglich und im folgenden darzustellen, die gegebenenfalls jeweils dazu führen würden, daß die Bausparkasse ihre Vertriebsmöglichkeit nicht mehr nutzen könnte.

Erstens könnte eine Anordnung der Konzernmutter, die bei ihr angestellten Vertriebspersonen sollten fortan keine Bausparverträge mehr vertreiben, dazu führen, daß der Bausparkasse kurzfristig keine Absatzmöglichkeit mehr zur Verfügung stände. Zweitens könnte das gleiche Ergebnis eintreten, wenn die Tochterbausparkasse von der Konzernmutter ohne dazugehöriges Vertriebsnetz verkauft werden würde. Der Unternehmenserwerber könnte dann das Neugeschäft nur mehr betreiben, wenn er auf einen eigenen Vertrieb zurückgreifen könnte. Und drittens ist schließlich denkbar, daß ein Konkurs der Konzernmutter auch das Vertriebsnetz erfassen würde. Praktisch betrachtet liegen sämtliche genannten Alternativen jedoch so fern, daß sie ernsthaft nicht in Erwägung zu ziehen sind.

Zunächst einmal wird der Vertrieb von Bausparverträgen nicht auf Veranlassung der Konzernmutter eingestellt werden. Die Konzernmutter würde sich angesichts ihrer Kapitalbeteiligung durch diesen Beschluß selbst schädigen. Eine solche Selbstschädigung widerspricht jeder wirtschaftlichen Vernunft. Damit kann dieser Sachverhalt nicht als hinreichend naheliegende Gefährdung von Bausparerinteressen, die Anlaß zu einer Eingriffsverfügung geben könnte, in Betracht gezogen werden.

Davon abgesehen besteht in der Praxis zwischen der Bausparkasse und der Konzernmutter regelmäßig eine vertragliche Vereinbarung, aus der die Bausparkasse einen Anspruch auf Nutzung des Vertriebsnetzes ableiten kann. Daher ist die Nutzungsmöglichkeit nicht in das freie Ermessen der Konzernmutter gestellt. Diese Praxis entspricht auch der gesetzlichen Organisationspflicht, die sich für die Bausparkassenleitung aus § 6 Abs. 3 KWG ergibt. Danach kann das BAKred - wie bereits erwähnt - Anordnungen gegenüber den Geschäftsleitern treffen, falls ein Mißstand in dem Institut die ordnungsgemäße Geschäftstätigkeit beeinträchtigt. Daraus läßt sich schließen, daß die Geschäftsleitung geeignete Maßnahmen ergreifen muß, die einen solchen Mißstand erst gar nicht entstehen lassen. Zudem normiert § 25a Abs. 1 Nr. 2 KWG eine solche Organisationspflicht neuerdings ausdrücklich. Dieser

⁴⁸ Vgl. *Fischer* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. III (1997), § 124 Rdn. 134; *ders.*, a.a.O. (Fn. 7), S. 25 f.

Verpflichtung kann die Bausparkassenleitung im Fall der Vertriebsausgliederung im besonderen durch eine vertragliche Nutzungsvereinbarung nachkommen. Letzten Endes ist die Bausparkasse nicht auf die Freigebigkeit der Konzernmutter angewiesen, sondern kann zumindest insofern auf eine rechtlich abgesicherte Vertriebsmöglichkeit zurückgreifen. Die denkbare Kündigung eines solchen „Vertriebsvertrages“ durch die Konzernmutter mit der Folge des Verlustes einer Absatzmöglichkeit für die Bausparkasse ist deshalb ebenfalls als fernliegende Selbstschädigung zu bezeichnen. Damit kann auch diese Möglichkeit hier nicht weiter von Bedeutung sein. Davon abgesehen würde eine Kündigung wegen der in der Praxis üblicherweise vereinbarten Kündigungsfrist von mindestens 12 Monaten auch nicht ad hoc zum Verlust der Vertriebsmöglichkeit führen. Vielmehr hätte die Tochterbausparkasse bis zum Fristablauf noch genügend Zeit, Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Dies gilt insbesondere deswegen, weil schon im Vorfeld einer eventuellen Kündigung die Informationen darüber frühzeitig bei der Bausparkasse vorliegen würden.

Nach allem ergibt sich aus dieser nur theoretisch denkbaren Gestaltung keinerlei Gefahrenpotential für die Bausparer.

Auch aus der zweiten oben angeführten Gestaltung kann keine derartige Gefahr abgeleitet werden. Ein potentieller Käufer der Bausparkasse erlangt schon im Vorfeld des Unternehmenskaufs die Kenntnis vom Fehlen eines selbständigen Vertriebsnetzes. Damit liegt nahe, daß er das Unternehmen nur dann kaufen wird, wenn er über ein eigenes Vertriebsnetz verfügen kann. Andernfalls hätte er keine Möglichkeit, das Bauspargeschäft entsprechend seiner Kaufabsicht nach dem Erwerb erfolgreich fortzuführen. Insofern würde sich das fehlende Vertriebsnetz mindernd auf den Kaufpreis auswirken. Außerdem würde sich jedenfalls beim Verkauf der Unternehmensanteile („share deal“) nichts an einem etwaigen vertraglichen Anspruch der Bausparkasse gegen die jetzige Konzernmutter hinsichtlich der Vertriebsnetznutzung ändern. Dieses Recht könnte also auch noch nach einer Veräußerung geltend gemacht werden.

Deshalb wird selbst beim Verkauf der Bausparkasse ein stetiges Neugeschäft möglich sein, so daß auch insofern keine Gefahr für die Bausparer besteht.

Letztlich kommt demnach nur noch die Fallgestaltung in Betracht, daß die Konzernmutter in Konkurs gerät, und damit zugleich die Nutzung des Vertriebsnetzes durch die Tochterbausparkasse entfällt. Letzteres ist ebenfalls regelmäßig nur als theoretische Möglichkeit in Betracht zu ziehen.

Praktisch werden einem Konkurs der Konzerngesellschaften, denen der Vertrieb zugeordnet ist, regelmäßig schon im Vorfeld deutliche Krisensignale vorangehen, so daß noch rechtzeitig Maßnahmen zur Sicherung des Vertriebs der Bausparverträge ergriffen werden können, gegebenenfalls unter Mitwirkung des BAKred. Davon abgesehen wäre selbst im Konkursfall der Mutter- oder Schwestergesellschaften der Bausparkasse der Vertrieb und das Neugeschäft der Bausparkasse selbst praktisch kaum in Frage gestellt. Ein Konkursverwalter müßte und würde - um die Werthaltigkeit des Beteiligungsbesitzes der Muttergesellschaft nicht weiter zu vermindern - für eine Fortführung des Bauspargeschäfts in der Tochter sorgen oder die Bauspartochter am Markt an einen Erwerber veräußern müssen, der dann seinerseits den Betrieb fortführen würde. Nebenher würde die Bausparkasse ihrerseits bestrebt sein, zumindest einen Teil der Vertriebspersonen von der Konzernmutter zu übernehmen.

Entscheidend kommen zu alledem die gesetzlichen Sicherungsmittel hinzu, die gerade dafür sorgen sollen, daß die dauerhafte Zahlungsfähigkeit der Bausparkasse sichergestellt bleibt, und daß die Interessen der Altkunden auch im Fall eines - gänzlich unwahrscheinlichen - Wegfalls des Neugeschäfts gewahrt bleiben. Zu diesen technischen Sicherungen sind zunächst einmal die kundenschützenden zwingenden Vorschriften des BSpKG selbst zu rechnen, insbesondere die Anlagebeschränkung in § 4 Abs. 3 BSpKG, die Normierung der zulässigen Geschäfte in § 4 Abs. 1, Abs. 2 BSpKG und die in § 6 BSpKG aufgestellte Zweckbindung der Bausparmittel. Vor allem aber gehört zu diesen Sicherungstechniken der Fonds zur bauspartechnischen Absicherung im Sinne der §§ 8, 9 der Bausparkassen-Verordnung.⁴⁹ Dieser Fonds bezweckt unter anderem die Sicherstellung der dauerhaften Zahlungsfähigkeit einer Bausparkasse, und zwar gerade auch und namentlich für den Fall, daß das Neugeschäft der Bausparkasse einbricht.⁵⁰ Ein solcher Einbruch kann erfordern, daß der Zuteilungsmasse Fremdgelder zugeführt werden, um einen sprunghaften Anstieg der Wartezeit abzubremsen. Solche Fremdmittel wären am Markt aber nur zu entsprechenden Konditionen erhältlich. Insofern kann die Bausparkasse die Mittel des Fonds zur bauspartechnischen Absicherung für eine

⁴⁹ Rechtsverordnung zum Schutze der Gläubiger von Bausparkassen, BGBl. 1990 I S. 2947; erlassen auf Grund von § 10 BSpKG i.V.m. § 1 der Verordnung zur Übertragung der Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach § 10 S. 1 BSpKG auf das BAKred (BGBl. 1973 I S. 17).

⁵⁰ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 5 Anm. 18b und § 9 Anm. 5 zur Bausparkassenverordnung; s. auch § 9 Abs. 3 Bausparkassenverordnung.

Zinssubventionierung verwenden.⁵¹ Die Betragsgrenze, bis zu welcher die Bausparkassen Zuführungen zu diesen Bilanzsonderposten vornehmen müssen, beläuft sich auf 3 % des gesamten Bauspareinlagenbestandes.⁵² Hierzu ist eine überschlägige Berechnung angestellt worden, wonach dieses Maximum des Fonds in Höhe von 3 % der Bauspareinlagen bei 3 %iger Differenz zwischen Fremdgeldzinssatz und Kollektivzinssatz ausreicht, einen Stützungsbedarf in Höhe der gesamten Bauspareinlagen für ein Jahr mit 3 % zu subventionieren.⁵³ Diese Fondsmittel versetzen die Tochterbausparkasse somit in die Lage, die gesamten Bauspareinlagen für ein Jahr mit Fremdkapital zu stützen, ohne ertragsmäßige Einbußen erleiden zu müssen, solange der Fremdgeldzinssatz den Kollektivzinssatz nicht mehr als 3% überschreitet. Unterstellt man also einmal den völligen Wegfall des Neugeschäfts, so wäre die Bausparkasse unter marktüblichen Zinsbedingungen imstande, ihren Bausparverpflichtungen durch Zuführung von Fremdmitteln ein Jahr lang ohne weiteres nachzukommen. Also kann selbst ein völliger Wegfall des Neugeschäfts jedenfalls für eine Übergangsperiode aus dem Fonds ausgeglichen werden. In dieser Übergangszeit hätte die Bausparkasse die Gelegenheit, sich eine neue Vertriebsmöglichkeit aufzubauen. Gegenüber dem Einwand, daß diese Übergangsphase vielleicht zu kurz sein oder andere Schwierigkeiten auftreten könnten, einen voll funktionsfähigen Vertrieb selbst aufzubauen, bleibt festzuhalten, daß schon der unterstellte Wegfall des Neugeschäfts an sich abwegig erscheint, so daß schon die Ausgangsposition und somit der gesamte Gedankengang nur theoretischer Natur ist. Weiterhin kommt der Bausparkasse in einer solchen Krisensituation auch die besondere Planungssicherheit entgegen, die das Zuteilungssystem der Bausparkassen mit sich bringt. So werden die gegen die Bausparkasse gerichteten Forderungen der Bausparer nicht auf einmal fällig, sondern verteilen sich hinsichtlich ihrer Fälligkeit über einen mehrjährigen Zeitraum. Abgesehen von der Zuführung von Fremdkapital unter Einsatz der Fondsmittel verbleibt der Bausparkasse auch die Möglichkeit, zur Kollektivstützung ihre frei verfügbaren Eigenmittel einzusetzen. Eine dritte Möglichkeit der Kollektivstützung ist der Verkauf der Forderungen aus zugeteilten Bauspardarlehen durch die Bausparkasse an einen Dritten.⁵⁴ Außerdem kommt noch der Fonds für allgemeine Bankrisiken i.S.v. § 340g Abs. 1 HGB als zusätzliche Reserve

⁵¹ *Laux*, Der neue Fonds zur bauspartechischen Absicherung in: Blätter der Deutschen Gesellschaft für Versicherungsmathematik, Bd. XX 1992, S. 183, 198.

⁵² *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 6 Anm. 5e; s. auch § 6 I S. 3 BSpKG.

⁵³ *Laux*, a.a.O. (Fn. 51) S. 199.

⁵⁴ Vgl. *Laux*, a.a.O. (Fn. 51) S. 198 f.

in Betracht.⁵⁵ Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch auf das am 1. August 1998 in Kraft getretene Einlagensicherungsgesetz hingewiesen,⁵⁶ welches die lange Zeit umstrittene Einlagensicherungsrichtlinie⁵⁷ in geltendes Recht umgesetzt hat.⁵⁸ Danach müssen zukünftig u. a. alle Einlagenkreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 3d S. 1 KWG - also auch private Bausparkassen - einer Entschädigungseinrichtung⁵⁹ angehören. Die Entschädigungseinrichtung hat die Aufgabe, im Entschädigungsfall, also für den Fall, daß ein Institut nicht in der Lage ist, die bei ihm eingelegten Mittel zurückzuzahlen, die geschützten Einleger⁶⁰ nach Maßgabe des Gesetzes zu entschädigen. Der Entschädigungsanspruch ist der Höhe nach auf 90% der jeweiligen Einlagen (10% Selbstbehalt) und den Gegenwert von 20.000 ECU begrenzt.⁶¹

In Anbetracht dieser umfangreichen und vielfältigen Absicherungen gegen Geschäftseinbußen kann selbst bei Annahme eines Konkurses der Konzernmutter ein besonderes Gefahrenpotential für die Kunden einer Bausparkasse nicht festgestellt werden. Vielmehr ist die Bausparkasse regelmäßig in der Lage, jede vorübergehende Neugeschwäche zu überstehen und den gegenüber ihren Kunden bestehenden Verbindlichkeiten selbst im ganz unwahrscheinlichen Fall des völligen Wegfalls ihres Vertriebs nachzukommen.

⁵⁵ S. dazu *Büschgen*, a.a.O. (Fn. 5), S. 167 ff. u. 679; *Fischer* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, a.a.O. (Fn. 48), § 129 Rdn. 17 u. § 136 Rdn. 11.

⁵⁶ BT-Drucks. 13/10846 vom 27.05.1998.

⁵⁷ Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.1994, ABl. Nr. L 135/5; ausführlich dazu *Lutter*, a.a.O. (Fn. 42), S. 434 ff. m. w. Nachw.; *Weber* Die Bank 1994, S. 476 ff.

⁵⁸ Zur durch Urteil vom 13.05.1997 (Rs C-233/94) abgewiesenen Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Einlagensicherungsrichtlinie s. *ZBB* 1997, S. 269 u. 365 ff. sowie die Anmerkungen von *Roth* *ZBB* 1997, S. 373 ff.

⁵⁹ Dies ist die Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH, eine 100%-Tochter des Bundesverbandes deutscher Banken e. V.

⁶⁰ Nach § 3 Abs. 2 des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes sind vor allem institutionelle Anleger (Einlagenkreditinstitute, Versicherungsunternehmen, Kapitalanlagegesellschaften, mittelgroße und große Kapitalgesellschaften i.S.v. § 267 Abs. 2 und 3 HGB) von einem Entschädigungsanspruch ausgeschlossen.

⁶¹ Ausführlich zum Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz *Weber* Die Bank 1998, S. 470 ff.; umfassende Analyse bei *Kleinert*, Einlagensicherungssysteme nach deutschem und US-amerikanischem Recht. Jur. Diss. Osnabrück 1998 (demnächst Nomos-Verlag, Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik).

b) Verbraucherschutz gegen Übervorteilung

Denkbar ist des weiteren, daß das BAKred als Folge des gemeinschaftlichen Vertriebs von Versicherungs- und Bausparverträgen potentielle Bausparer, die sich für den Abschluß eines Bausparvertrages interessieren, in der Gefahr sieht, daß ihnen neben dem Abschluß eines Bausparvertrages noch ein ursprünglich nicht gewollter Versicherungsvertrag aufgedrängt wird. Die Frage ist, ob dies Bausparerbelange beeinträchtigt und deshalb ein organisatorisch verselbständigter Vertrieb von Bausparverträgen gefordert werden kann.

Ein solch kombinierter Vertrieb erfolgt in der Praxis häufig. Hierfür sind zwei miteinander verknüpfte Gründe maßgeblich. Zunächst einmal führt ein gemeinschaftlicher Vertrieb zu betriebswirtschaftlichen Synergien. Auf diesem Effizienzsteigerungspotential beruht letzten Endes das Allfinanzkonzept,⁶² das Kostensenkungsvorteile nicht nur für die beteiligten Unternehmen verspricht, sondern sich zudem bei wirksamem Wettbewerb auch zugunsten der Nachfrager nach den angebotenen Finanzdienstleistungen auswirkt. Zweitens kommt gerade im Fall des Vertriebs von Bausparverträgen ein besonderer Synergievorteil hinzu. Bausparkassen bestehen grundsätzlich darauf, daß bereits bei Vertragsabschluß auch eine Risiko-lebensversicherung für den Fall der Inanspruchnahme des Bauspardarlehens vereinbart wird. Dadurch läßt sich die Bausparkasse eine mittelbare Absicherung für ihr Ausfallrisiko einräumen, das sie mit der Darlehensvergabe eingeht. Ebenso liegt es im Interesse des Bausparers, wenn er zur Absicherung eines Ausfallrisikos eine Versicherung erhält, damit Personen, die gleichfalls in den Genuß der Vorteile des Bausparvertrages kommen (häufig Familienmitglieder), durch seinen Tod nicht ihrerseits in die Gefahr eines wirtschaftlichen Zusammenbruchs geraten. Damit dieser Bedarf an Risikoabsicherung, der sich gerade bei Bausparverträgen und Baudarlehensverträgen wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die Betroffenen als notwendig erweist, auch gedeckt werden kann, ist es nur konsequent, wenn eine Bausparkasse beim Vertrieb von Bausparverträgen auf ein Versicherungsunternehmen aus ihrem Konzern zurückgreift. Allerdings bestehen die Bausparkassen üblicherweise nicht auf der Einbeziehung einer Risikolebensversicherung, sondern räumen ihren Kunden diesbezüglich ein Widerspruchsrecht ein und akzeptieren zumeist alternativ die Abtretung eines Versicherungsanspruchs ihres Bausparkunden gegen ein konzernfremdes Unternehmen. Dessen ungeachtet kommt der Gemeinschaftsvertrieb sowohl der Tochterbausparkasse als auch ihren Kunden wegen der damit gegebenen Kosteneffekte bei der Risikoabsicherung besonders

⁶² S. dazu *Grandi*, Rahmenbedingungen der Allfinanz-Konzeption aus aufsichtsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht (1990), S. 3 ff.

entgegen und ist deshalb effizient. Denn bei einer Trennung müßte der potentielle Bausparkunde, der noch keine vergleichbare Absicherung vorweisen kann, sich an eine andere Versicherung wenden, um dort letzten Endes - wegen des gesonderten Vertriebs - zu erhöhten Kosten einen vergleichbaren Versicherungsschutz zu erhalten. Ansonsten hätte er keine Möglichkeit, an den Bausparvertrag zu gelangen, soweit die Bausparkasse - wie im Bausparkassengeschäft üblich - auf einer Absicherung der Bausparerfamilie besteht. Eine entsprechende Argumentation könnte umgekehrt ebenso für Versicherungsverträge angeführt werden, die der Absicherung eines Bauvorhabens dienen. Mit derartigen Verträgen wird einem vergleichbaren Absicherungsbedürfnis der Bausparerfamilie entsprochen.

Nach allem stellt der kombinierte Vertrieb gerade auch unter Kostengesichtspunkten und unter Kundenserviceaspekten insgesamt einen Vorteil für den einzelnen Bausparer dar, so daß zumindest insofern keine Gefahr in dem hier beschriebenen Sinne festgestellt werden kann. Auch der Gesetzgeber geht selbst in § 5 Abs. 3 Nr. 9 BSpKG ausdrücklich davon aus, daß eine Bausparkasse dem Bausparkunden durch eine Lebensversicherung eine umfassende Ausfallabsicherung vermitteln kann. Insofern ist der kombinierte Vertrieb von Versicherungsverträgen und Bausparverträgen keine Besonderheit, sondern im Gegenteil gesetzlich berücksichtigter Normalfall.

Es soll nicht bestritten werden, daß in einem konzerngebundenen Vertriebsnetz die Vertriebspersonen in Einzelfällen zu „Drückermethoden“ verleitet werden können. Das heißt, den Bausparkunden könnten Versicherungsverträge vermittelt werden, obgleich aus bauspar-technischer Sicht kein Bedarf besteht. Insbesondere ein gesteigerter Provisionsanreiz für die Vertreter kann einen solchen Mißstand heraufbeschwören. Dennoch kann die Gefahr solcher Mißstände keine so drakonische Maßnahme wie die teilweise Neustrukturierung eines Unternehmens auf Anordnung des BAKred rechtfertigen. Das BAKred ist keine Verbraucherschutzbehörde.⁶³ Der Schutz der Verbraucher vor aufdringlichem Vertreterverhalten findet vielmehr vor allem auf zivilrechtlichem Wege (Haustürwiderrufsgeschäft; §§ 8 Abs. 4, 5a VVG; § 123 BGB) und - in Extremfällen - durch strafrechtliche Sanktionen (§§ 123, 263 StGB) statt. Außerdem kann diesem Problem durch die interne Vertriebsorganisation begegnet werden. Handelt es sich bei den Vertriebspersonen um festangestellte Mitarbeiter, so ist die Bereitschaft zum „aufdringlichem Verkauf“ erfahrungsgemäß nicht so ausgeprägt, wie dies bei selbständigen Vertriebspersonen mit ausschließlich erfolgsabhängiger Vergütung begegnet.

⁶³ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 Anm. 3 a. E.

c) Konzernabhängigkeit

Im folgenden sind zwei weitere Gesichtspunkte zu erörtern, die gegen einen Vertrieb des Produkts einer Bausparkasse durch konzernverbundene Unternehmen sprechen könnten, nämlich Bedenken gegen eine mögliche Subventionierung der Bausparkasse (aa) oder, umgekehrt, gegen eine denkbare Übervorteilung der Bausparkasse (unten bb).

aa) Subventionierung der Tochter

Wenn für die Vorhaltung oder Übernahme des Vertriebs der Bausparverträge durch konzernverbundene Unternehmen kein marktgerechtes Entgelt an diese gezahlt werden muß, liegt im Ergebnis eine Subventionierung der Tochterbausparkasse mit Konzernmitteln vor. Dies könnte der Bausparkasse im Wettbewerb einen nicht hinzunehmenden Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen.

Diese Argumentation kann freilich aus mehreren Gründen nicht für eine Vertriebsregelung durch das BAKred herangezogen werden. Zunächst einmal ist es nicht Aufgabe des BAKred, wettbewerbsrechtliche Bedenken in dieser Hinsicht durch Untersagungsverfügungen, Auflagen o. ä. geltend zu machen. Ergäbe sich infolge der Finanzkraft des Konzerns, dem eine Bausparkasse angehört, für diese ihrerseits eine marktbeherrschende Stellung, dann könnte die zuständige *Kartellbehörde* gegen den Mißbrauch dieser Stellung einschreiten (§§ 22 Abs. 5, 44 GWB). Das BAKred ist hierzu nicht berufen (vgl. auch §§ 44 Abs. 2, 102 GWB). Davon abgesehen ist gegen eine Subventionierung von Konzerntöchtern durch verbundene Unternehmen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht im Grundsatz nichts einzuwenden, im Gegenteil. Eine Subventionierung kann auf vielfache Weise, nicht nur durch kostengünstige Vertriebsleistungen, erfolgen und führt zunächst einmal *ceteris paribus* nur zu einer - begrüßenswerten - Intensivierung des Wettbewerbs. Bedenken ergeben sich nur dort, wo die Finanzkraft konzernverbundener Unternehmen der betreffenden Konzerntochter - hier: der Bausparkasse - eine marktbeherrschende Stellung verleihen würde, die dann von dieser im Sinne eines Verdrängungswettbewerbs eingesetzt werden könnte. Dies ist ersichtlich auf dem deutschen Markt für Bauspardienstleistungen, der von lebhaftem Wettbewerb privater wie öffentlich-rechtlicher Anbieter geprägt ist, nicht der Fall. Diese grundsätzlich positive Bewertung der Subventionierung von Konzerntöchtern durch verbundene Unternehmen in wettbewerblicher Hinsicht, wie sie in § 22 GWB zum Ausdruck kommt, ist hinzunehmen und darf nicht durch gegenläufige Maßnahmen der Bankaufsicht in Frage gestellt werden.

bb) Übervorteilung der Bausparkasse durch die Konzernmutter

Eine Übervorteilung der Tochterbausparkasse durch die Konzernmutter könnte sich dann ergeben, wenn diese sich die Vorhaltung und Durchführung des Vertriebs zu nicht marktüblichen, überhöhten Preisen vergüten ließe.

In einem solchen Fall greift jedoch das aktienrechtliche Instrumentarium (§§ 311 ff. AktG) ein mit der Ausgleichspflicht der Konzernmutter, der Haftung der Organe und der Verpflichtung zur Offenlegung und Prüfung der Vergütung im Abhängigkeitsbericht (s dazu ausführlich oben unter C.). Auch auf diesen Gesichtspunkt kann das BAKred also keine Vertriebsregelungsanordnung stützen.

d) Ergebnis

Insgesamt sind also keine Gesichtspunkte ersichtlich, die eine Gefährdung der Bausparerbelange infolge einer Vertriebsausgliederung im Konzern befürchten lassen müßten. Infolgedessen stellt die Vertriebsauslagerung nicht per se eine pflichtwidrige Organisationentscheidung der Bausparkasse im Sinne des § 25a Abs. 2 S. 1 KWG dar, und die Nutzung eines ausgelagerten Vertriebs beeinträchtigt die ordnungsgemäße Geschäftstätigkeit der Bausparkasse nicht ohne weiteres. Somit besteht für das BAKred im Regelfall auch keine Veranlassung und keine Grundlage, zum Schutze der Bausparer nach § 6 Abs. 3 KWG einzuschreiten. Allerdings hat sich das Institut die erforderlichen Weisungsbefugnisse vertraglich zu sichern und die ausgelagerten Bereiche in seine internen Kontrollverfahren einzubeziehen (§ 25 a Abs. 2 S. 2 KWG).

3) Vertriebsregelung durch Rechtsverordnung des BAKred

Fraglich bleibt, ob das BAKred eine Vertriebsregelung durch eine Rechtsverordnung treffen kann, die nach ihrem Erlaß von der Bausparkasse als Regelungsadressat zu befolgen wäre.

Zwar hat der Gesetzgeber in § 10 S. 1 BSpKG eine Verordnungsermächtigung niedergelegt, die auch durch eine Übertragungsverordnung⁶⁴ des Bundesministers für Finanzen auf das BAKred übergeleitet wurde. Dennoch kann diese Ermächtigung eine Vertriebsregelung nicht

⁶⁴ § 10 S. 2 BSpKG i.V.m. Verordnung zur Übertragung der Ermächtigung zum Erlaß von RVO nach § 10 S. 1 BSpKG auf das BAKred vom 08.01.1973, BGBl. I S. 17 Anh. Nr. 2.

stützen. Vielmehr ist der Ermächtigungsrahmen wegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in § 10 S. 1 Nr. 1-10 BSpKG abschließend festgelegt. Dabei ist keine dieser Ermächtigungen für die hier fragliche Vertriebsregelung einschlägig. Daher kann eine Verordnung, die eine Errichtung eines selbständigen Vertriebsnetzes vorschreibt, jedenfalls nicht aufgrund des BSpKG erlassen werden.

Auch die im KWG erschöpfend genannten Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen sind hier allesamt tatbestandlich nicht einschlägig.⁶⁵

Nach allem kann das BAKred in Ermangelung weiterer Ermächtigungsgrundlagen keine unmittelbare Anordnung treffen, wonach die Tochterbausparkasse ein eigenes Vertriebsnetz einzurichten hat.

II. Ermächtigungsgrundlagen für eine mittelbare Vertriebsregelung

1) Änderungsverlangen nach § 9 Abs. 2 S. 1 BSpKG

Des weiteren ist fraglich, ob das BAKred nach § 9 Abs. 2 S. 1 BSpKG eine Änderung der AGG dahingehend verlangen kann, daß die Tochterbausparkasse darin die Einrichtung und Nutzung eines selbständigen Vertriebsweges festlegt. Damit könnte das BAKred die Bausparkasse mittelbar zur Einrichtung eines eigenen Vertriebsweges zwingen, da sie ansonsten das Bauspargeschäft unter Verstoß gegen ihre AGG fortsetzen würde. Dies würde wiederum ein Einschreiten des BAKred nach § 3 Abs. 1 S. 2 BSpKG zur Folge haben können (s. dazu oben unter D. I. 1.).

Wie oben ausgeführt wurde, sind Abschlußfragen und Außendienstfragen nicht zwingend in den AGG zu regeln (vgl. § 5 Abs. 2 BSpKG). Dennoch ist nicht ausgeschlossen, daß in die AGG über den gesetzlichen Mindestinhalt des § 5 Abs. 2 BSpKG hinaus derartige Vertriebsregelungen aufgenommen werden. Damit besteht die Möglichkeit, daß das BAKred bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 S. 1 BSpKG eine entsprechende Ergänzung der AGG der Bausparkasse verlangt.

Voraussetzung dafür ist nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 S. 1 BSpKG, daß die Erfüllung der von der Bausparkasse vertraglich übernommenen Verpflichtungen nicht mehr gewährleistet

⁶⁵ Vgl. §§ 10 Abs. 2b S. 4, 10a Abs. 6 S. 14, 22 S. 3, 24 Abs. 4 S. 2, 25 Abs. 3 S. 3, 29 Abs. 4 S. 2, 31 Abs. 1 S. 2 KWG.

erscheint. Dafür ist zwar keine akute, aber dennoch eine hinreichend wahrscheinliche Gefahr zu verlangen.⁶⁶ Unter anderem kann die Erfüllung der Verpflichtungen einer Bausparkasse fraglich sein, wenn bei der Bausparkasse keine angemessene Neueinwerbung von Kunden aufrechterhalten wird.⁶⁷

Die oben unter D. I. 2. a) erwogenen, wenig wahrscheinlichen Fallgestaltungen erweisen im Regelfall nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, daß wegen Fehlens eines eigenen Vertriebs eine Neugeschäftsschwäche bevorstünde, die die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Tochterbausparkasse gefährden würde. Es fehlt damit im Normalfall an dem in § 9 Abs. 2 S. 1 BSpKG vorausgesetzten Gefahrentatbestand. Damit bedarf es keiner Ergänzung der AGG der Bausparkasse, da diese in ihrer jetzigen Form einer Erfüllung der Verbindlichkeiten der Bausparkasse nicht entgegenstehen.

Folglich greift diese Norm als Rechtsgrundlage für eine mittelbare Vertriebsregelung grundsätzlich nicht ein.

2) Erlaubnisrücknahme gem. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG i.V.m. §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 1 BSpKG

Weiterhin ist zu prüfen, ob das BAKred der Bausparkasse die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb gem. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG i.V.m. §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 1 BSpKG nachträglich entziehen kann, weil die Bausparkasse kein separates Vertriebsnetz vorzuweisen hat. Mit der Androhung der Entziehung könnte das BAKred einen mittelbaren Zwang zur Errichtung eines solchen eigenen Vertriebsnetzes ausüben.

Ein Antragsteller, der das nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG erlaubnispflichtige Bausparkassengeschäft betreiben will, wird, und zwar bevor das BAKred die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb erteilt, nach §§ 8 Abs. 1, 5 Abs. 1 BSpKG auch daraufhin geprüft, ob seine AGG und ABB im Sinne von § 5 Abs. 1 BSpKG den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Sollte dies nicht der Fall sein, ist die Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 BSpKG zu versagen. Aber auch nachträglich kann eine bereits erteilte Erlaubnis nach § 8 Abs. 2 BSpKG zurückgenommen werden, wenn später ein entsprechender Versagungsgrund bekannt wird. Als Grund für eine Versagung oder eine Rücknahme kommt zunächst einmal § 8 Abs. 1 Nr. 1 BSpKG in Betracht. Darin wird vorausgesetzt, daß die AGG oder die ABB die Erfüllbarkeit der Bausparverträge nicht dauerhaft gewährleistet erscheinen lassen. Ein weiterer Versagungsgrund ist in § 8 Abs. 1 Nr. 2

⁶⁶ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 9 Anm. 4.

⁶⁷ Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, a.a.O. (Fn. 1), § 9 Anm. 4.

BSpKG für den Fall enthalten, daß die AGG oder die ABB Spar- und Tilgungsleistungen oder andere Verpflichtungen vorsehen, die unter anderem die Zuteilung unangemessen hinausschieben oder zu unangemessen langen Vertragslaufzeiten führen.

Letzteres kann hier schon deswegen nicht Platz greifen, weil die hier betrachtete Ordnung des Vertriebs einer Tochterbausparkasse nicht erkennbar eine solche Unangemessenheit hervorruft. Ganz im Gegenteil wird die Ansparzeit und die Vertragslaufzeit dadurch nicht beeinflusst. Davon abgesehen ist die Nutzung des konzerneigenen Vertriebs - wie schon oben gezeigt wurde - nicht Gegenstand der AGG der Bausparkasse. Deswegen scheidet grundsätzlich auch § 8 Abs. 1 Nr. 1 BSpKG aus. Denn mangels einer Regelung in den AGG kann die Nutzung des konzerneigenen Vertriebs auch kein Allgemeiner Geschäftsgrundsatz im Sinne dieser Vorschrift sein, der eine Erfüllbarkeit der Bausparverträge in Frage stellt.

Andererseits könnte das BAKred gerade das Fehlen einer Vertriebsregelung in den AGG zum Anlaß nehmen, die Geschäftsbetriebserlaubnis zurückzunehmen. Das heißt, das BAKred könnte der Ansicht sein, daß die AGG der Bausparkasse ohne die Regelung eines selbständigen Vertriebs nicht die Erfüllbarkeit der Bausparverträge gewährleistet erscheinen lassen. Diesbezüglich kann aber auf die eingehenden Ausführungen oben verwiesen werden (oben D. I. und II.). Danach lassen AGG ohne besondere Vertriebsregelung nicht die "Erfüllbarkeit der Bausparverträge nicht dauerhaft gewährleistet erscheinen". Es fehlt also an der in § 8 Abs. 1 Nr. 1 BSpKG tatbestandlich vorausgesetzten Gefahr.

Damit ist sowohl die Nr. 1 als auch die Nr. 2 des § 8 Abs. 1 BSpKG hier nicht einschlägig. Folglich kann auf § 8 Abs. 2 BSpKG keine nachträgliche Untersagung gestützt werden, so daß dadurch auch kein mittelbarer Zwang zur Errichtung eines eigenständigen Vertriebsnetzes ausgeübt werden kann.

3) Erlaubnisrücknahme gem. § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG

Weiterhin ist zu prüfen, ob das BAKred der Tochterbausparkasse wegen der Benutzung des konzerngebundenen Vertriebsnetzes die Erlaubnis zum Betrieb von Bankgeschäften nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG nachträglich entziehen kann. Dadurch könnte die Behörde die Bausparkasse mittelbar zur Einrichtung eines eigenen Vertriebsnetzes zwingen.

Aus § 8 Abs. 2 BSpKG ergibt sich, daß diese Regelung für die Erlaubnisrücknahme gegenüber einer Bausparkasse nicht abschließend ist. Ausdrücklich wird dem BAKred darin vorbehalten, auch die Erlaubnis nach § 35 Abs. 2 KWG zurückzunehmen. Nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG ist für eine Rücknahme der Bankbetriebserlaubnis unabdingbare Voraussetzung, daß eine Gefahr

für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstituts gegenüber seinen Gläubigern besteht.

Zunächst einmal ist insoweit darauf hinzuweisen, daß die Entziehung der Erlaubnis, wie § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG ausdrücklich deutlich macht, nur das äußerste Mittel sein kann, wenn andere Maßnahmen versagen. Außerdem sind hier die Voraussetzungen dieser Ermächtigungsgrundlage nicht erfüllt: Die Norm setzt das Bestehen einer konkreten, nicht nur abstrakten, theoretisch denkbaren Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes voraus. Dies ist der Fall, wenn bei dem Kreditinstitut Tatsachen vorliegen, die nach der Lebenserfahrung die Besorgnis erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten begründen.⁶⁸ Die hier vorausgesetzte Gefahr besteht daher erst dann, wenn das Kreditinstitut einmal einen hohen Verlust verbuchen mußte oder laufend unrentabel arbeitet.⁶⁹

Wie oben unter D. I. 2. eingehend begründet worden ist, kann von einer solchen Gefahr hier nicht die Rede sein. Somit scheidet eine Erlaubnisrücknahme durch das BAKred nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG aus. Auch eine Eilmaßnahme im Sinne von § 46 Abs. 1 KWG scheidet aus diesem Grunde aus.

4) Erlaubnisrücknahme gem. §§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1, 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KWG

Zu prüfen ist weiterhin, ob das BAKred der Tochterbausparkasse die Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gem. §§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1, 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KWG entziehen kann, weil die Bausparkasse kein selbständiges Vertriebsnetz vorzuweisen hat. Damit würde die Behörde zumindest mittelbar einen Zwang zur Errichtung eines solchen ausüben können.

Voraussetzung dafür ist, daß Tatsachen vorliegen, die eine Versagung der Geschäftserlaubnis nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 KWG rechtfertigen würde. Diese Norm verweist inhaltlich auf § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis Nr. 7 KWG. Einzig in Betracht kommt hier § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KWG,⁷⁰ wonach die Erlaubnis versagt werden darf, wenn das Institut nicht bereit oder in der Lage ist, die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zum ordnungsgemäßen Betreiben der Geschäfte zu schaffen. Dieser Tatbestand der unzureichenden Organisation ergänzt den

⁶⁸ Vgl. *Bähre/Schneider*, KWG-Kommentar, 3. Aufl. 1986, § 46 Anm. 2.

⁶⁹ *Bähre/Schneider*, a.a.O. (Fn. 68), § 35 Anm. 8.

⁷⁰ Mit Wirkung vom 1.1.1998 eingefügt durch Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapierrechtlicher Vorschriften vom 22.10.1997 (6. KWG-Novelle), BGBl. I S. 2518.

Schutzbereich des § 25a KWG.⁷¹ Wie die vorstehenden Erwägungen jedoch ergeben haben, steht die Ausgliederung des Vertriebs nicht der ordnungsgemäßen Geschäftstätigkeit im Sinne von § 25a Abs. 2 KWG entgegen (s. oben D. I. 2).

Damit scheidet auch diese Norm als Ermächtigungsgrundlage für eine mittelbare Vertriebsregelung durch Erlaubnisrücknahme des BAKred aus.

5) Erlaubnisrücknahme gem. §§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2, 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG

Des weiteren ist zu fragen, ob das BAKred die Bankbetriebserlaubnis der Bausparkasse nach §§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2, 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG aufheben kann, weil die Bausparkasse ein nichtselbständiges Vertriebsnetz benutzt. Dadurch könnte die Behörde zumindest mittelbar die Errichtung eines selbständigen Vertriebs erreichen.

Nach § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG kann die Erlaubnis versagt und damit gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 KWG entzogen werden, wenn das Kreditinstitut mit dem Inhaber einer bedeutenden Beteiligung im Sinne von § 15 AktG verbunden, und wegen dieser Unternehmensverbindung oder der Struktur der Unternehmensverbindung des Inhabers der bedeutenden Beteiligung mit anderen Unternehmen eine wirksame Aufsicht über das Kreditinstitut nicht möglich ist.

Auch diese Ermächtigungsgrundlage kann im vorliegenden Fall eine Untersagung regelmäßig nicht stützen. Eine faktisch konzernierte Tochterbausparkasse gehört zwar einer Unternehmensverbindung im Sinne von § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG an. Durch die Auslagerung ihres Vertriebs auf ein verbundenes Unternehmen wird aber die behördliche Aufsicht nicht notwendig beeinträchtigt. Die verantwortlichen Personen und der Aufbau der Bausparkasse und der mit ihr verbundenen Unternehmen, die ihrerseits in der Praxis regelmäßig der Versicherungs- oder Bankenaufsicht unterliegen, jedenfalls aber den §§ 2b, 44b KWG unterstehen, sind ohne besondere Anstrengungen auszumachen. Eine Aufsicht über das Institut wird durch die Ausgliederung des Vertriebs auf ein verbundenes Unternehmen nicht im Sinne des § 33 Abs. 3 Nr. 1 KWG verhindert.

Somit scheidet auch diese Ermächtigungsgrundlage für eine Erlaubnisentziehung, die mittelbar zu einer Vertriebsnetzerrichtung zwingen würde, aus.

⁷¹ Reg.-Begr. BR-Drucks. 963/96, S. 89.

E. Ergebnis

Eine Ausgliederung des Vertriebs einer konzernangehörigen Bausparkasse auf ein verbundenes Unternehmen („Outsourcing“) ist sowohl nach allgemeinem Konzernrecht als auch nach Bankenaufsichtsrecht grundsätzlich zulässig. Allerdings darf eine solche Maßnahme weder die ordnungsgemäße Geschäftstätigkeit der ausgliedernden Bausparkasse noch die Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten ihrer Geschäftsleitung, noch die Prüfungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen beeinträchtigen. Deshalb ist die Geschäftsleitung der Bausparkasse dazu verpflichtet, Sicherungsmaßnahmen zu treffen, die auch in Zukunft trotz der Ausgliederung eine ordnungsgemäße Erfüllung dieser Anforderungen gewährleisten. Insofern bietet sich vornehmlich eine vertragliche Nutzungsvereinbarung, verbunden mit einer ausreichend bemessenen Kündigungsfrist, an. Kommt die Geschäftsleitung der ihr obliegenden Organisationspflicht im Einzelfall nicht nach, kann das BAKred seit Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle vor allem aufgrund von § 6 Abs. 3 i. V. m. § 25a Abs. 2 KWG gegen das „Outsourcing“ einschreiten.