

## Reichweite der Sparkassen- im Verhältnis zur Bankenaufsicht

Iwers, Steffen Johann

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Iwers, S. J. (2023). *Reichweite der Sparkassen- im Verhältnis zur Bankenaufsicht*. (Wahlperiode Brandenburg, 7/29). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-85165-7>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

## **Reichweite der Sparkassen- im Verhältnis zur Bankenaufsicht**

Bearbeiter: Dr. Steffen Johann Iwers

Datum: 16. Januar 2023

---

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind unter [www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de](http://www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de) veröffentlicht. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

---

## Inhaltsverzeichnis

A.	Auftrag.....	3
B.	Stellungnahme .....	4
I.	Rechtsnatur der Sparkassenaufsicht .....	4
II.	Normbestand der Sparkassenaufsicht.....	5
1.	Brandenburgisches Sparkassengesetz .....	5
2.	Erweiterung der Aufsicht durch oder um Bundesrecht? .....	7
a)	Sparkassen unterliegen der Bankenaufsicht.....	8
b)	Verhältnis Banken- und Sparkassenaufsicht.....	8
aa)	Sparkassenaufsichts- und kompetenzrechtliche Begründungsansätze .....	9
(1)	Bankenaufsicht als Teil der Sparkassenaufsicht nach § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG?.....	9
(2)	Formelles Sparkassenrecht als Maßstab der Sparkassenaufsicht .....	11
(a)	Sparkassenaufsicht zwischen Kommunal- und Bankenaufsicht .....	12
(b)	Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Bankwesen .....	12
(3)	Verwaltungszuständigkeiten.....	14
bb)	§ 52 Kreditwesengesetz .....	15
cc)	Stellungnahme und Zwischenergebnis .....	17
(1)	Keine Gesetzgebungskompetenz der Länder per Öffnungsklausel .....	17
(2)	Sperrwirkung der abschließenden bundesrechtlichen Regelung für Landesrecht .....	20
(3)	Ergebnis.....	23
c)	Zivilvertragliche Beziehungen als Gegenstand der Bankenaufsicht?.....	23
aa)	Einzelvertragliche Beziehungen nicht Gegenstand der Aufsicht der BaFin .....	24
bb)	Schutz kollektiver Verbraucherinteressen, § 4 Abs. 1a FinDAG.....	26
(1)	§ 4 Abs. 1a FinDAG keine Grundlage für Eingriffe, die unmittelbar in zivilrechtliche Beziehungen erfolgen sollen.....	27
(2)	§ 4 Abs. 1a FinDAG Grundlage von Anordnungen gegenüber den Kreditinstituten .....	27
d)	Ausübung der Sparkassenaufsicht parallel zur BaFin?.....	28

### A. Auftrag

Der Parlamentarische Beratungsdienst ist mit der Beantwortung folgender Fragen beauftragt worden:

„1. Inwieweit ist das Ministerium der Finanzen und für Europa (MdFE) als Aufsichtsbehörde über die Sparkassen des Landes Brandenburg, gestützt auf das Brandenburgische Sparkassengesetz, befugt oder gar gefordert, die Vertragsbeziehung zwischen diesen Sparkassen und ihren Kunden zu kontrollieren?

2. Inwieweit darf das MdFE als Aufsichtsbehörde über die Sparkassen des Landes Brandenburg, gestützt auf das Brandenburgische Sparkassengesetz, diesen Sparkassen Vorgaben machen, wie die Vertragsbeziehungen mit deren Kunden auszugestalten sind?

3. Inwieweit ist das MdFE als Aufsichtsbehörde über die Sparkassen des Landes Brandenburg, gestützt auf das Brandenburgische Sparkassengesetz, befugt, diesen Sparkassen Vorgaben in Bezug auf die Umsetzung des vorgenannten Urteils des Bundesgerichtshofs sowie der Aufsichtsmitteilung der BaFin an die Kreditwirtschaft zu machen?“

Die Auftraggeberin legt den Fragen folgenden Sachverhalt zugrunde:

Der Bundesgerichtshof (BGH) habe mit Urteil vom 27. April 2021 (Az. XI ZR 26/20) eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank, die ohne inhaltliche Einschränkung die Zustimmung des Bankkunden zu Änderungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Sonderbedingungen fingierte, für unwirksam erklärt. Mit Aufsichtsmitteilung vom 26. Oktober 2021 habe die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ihre Erwartungshaltung zur Umsetzung des genannten Urteils gegenüber der Kreditwirtschaft formuliert. Dies beziehe sich nicht nur, aber insbesondere auf die sich aus dem Urteil des BGH ergebenden Entgeltrückforderungen von Bankkunden gegenüber deren kontoführenden Banken. Mit Stand Februar 2022 lägen der BaFin 35 Beschwerden von Kunden der Brandenburger Sparkassen vor, die sich auf acht von elf Sparkassen in Brandenburg bezögen und vorgenannte Entgeltrückforderungen zum Inhalt hätten.

In der 45. Sitzung des Ausschusses für Haushalt und Finanzen vom 10. Februar 2022 sei das MdFE befragt worden, wie es als Aufsichtsbehörde der Sparkassen des Landes Brandenburg die Rechtsaufsicht über diese Sparkassen in Umsetzung der Entscheidung des BGH zu den für unwirksam erklärten Gebührenerhöhungen wahrnehme. Die Ministerin für Finanzen habe hierzu darauf verwiesen, ihr Haus sei als Aufsichtsbehörde über die Sparkassen des Landes Brandenburg nicht für derartige verbraucherschutzrechtliche Fragestellungen zuständig und habe keine Befugnis, die Vertragsgestaltung der Sparkassen gegenüber deren Kunden zu kontrollieren.

Die Auftraggeberin führt aus, diese Auffassung scheine in Widerspruch zu § 31 Abs. 1 Satz 1 des Brandenburgischen Sparkassengesetzes (BbgSpkG) zu stehen.

## **B. Stellungnahme**

Die Fragen richten sich sämtlich darauf, ob die Sparkassenaufsichtsbehörde berechtigt ist, Einfluss auf die zwischen den Sparkassen und ihren Kunden bestehenden vertraglichen Beziehungen zu nehmen. Nur dann ist es vorstellbar, dass sie die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen allgemein „kontrollieren“ oder den Sparkassen entsprechende „Vorgaben“ machen kann, etwa bezüglich der Berücksichtigung des in Rede stehenden Urteils des BGH. Hieran schließt sich die Frage an, ob die Sparkassenaufsicht zur Umsetzung der Aufsichtsmitteilung der BaFin tätig werden kann.

### **I. Rechtsnatur der Sparkassenaufsicht**

Fraglich ist, ob sich bereits aus der Rechtsnatur der Sparkassenaufsicht ableiten lässt, dass diese auch die Geschäftsbeziehungen der Sparkassen zu ihren Kunden betrifft.

Die Sparkassenaufsicht stellt eine besondere Form der Aufsicht dar, die aus der Rechtsform der Sparkassen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BbgSpkG) und daraus folgt, dass die Sparkassen somit ihre Aufgaben außerhalb der sie tragenden kommunalen Gebietskörperschaften (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG) und der für diese existierenden aufsichtsrechtlichen Regelungen wahrnehmen. Die Kommunen sind gem. Art. 97 Abs. 1 Satz 2 Verfassung des Landes Brandenburg der Rechtsaufsicht des

Landes unterworfen; diese wird mit §§ 30 f. BbgSpkG auch für die von den Kommunen getragenen Sparkassen landesgesetzlich vorgegeben.<sup>1</sup>

Gem. § 30 BbgSpkG unterliegen die Sparkassen der Aufsicht des Landes (Abs. 1) und ist Sparkassenaufsichtsbehörde das Ministerium der Finanzen (Abs. 2 Satz 1). Gem. § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG erstreckt sich die Aufsicht darauf, dass „Verwaltung und Geschäftsführung der Sparkasse den Gesetzen, den Rechtsverordnungen, der Satzung und den aufsichtsbehördlichen Anordnungen entsprechen (Rechtsaufsicht)“.

Indem die Sparkassenaufsicht als Rechtsaufsicht qualifiziert wird, wird sie auf die Überwachung der Einhaltung der für die Sparkassen geltenden Rechtsvorschriften beschränkt; sie ist keine Fachaufsicht, mit der auch die Zweckmäßigkeit des Handelns der Sparkassen überprüft werden könnte.<sup>2</sup> Hiermit ist aber nur der Umfang der Aufsicht vorgegeben, es wird nichts darüber gesagt, welche Rechtsvorschriften zum Maßstab genommen werden; damit bleibt auch offen, ob sie die Geschäftsbeziehungen der Sparkassen zu ihren Kunden betrifft.

## **II. Normbestand der Sparkassenaufsicht**

### **1. Brandenburgisches Sparkassengesetz**

Mit der Vorgabe des § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG, wonach sich die Aufsicht u.a. auf die Einhaltung der für die Verwaltung und Geschäftsführung der Sparkasse geltenden „Gesetze“ richtet, wird die Aufsicht jedenfalls (zur Frage der Einbeziehung auch sonstigen, insbesondere Bundesrechts, sogleich 2.) auf die Erfüllung des Errichtungszwecks der Sparkassen, ihres öffentlichen Auftrags (§ 2 Abs. 1 BbgSpkG) und die Einhaltung der spezialgesetzlichen Normen (BbgSpkG, Sparkassenverordnung, Satzungsrecht [§ 4 BbgSpkG]) bezogen.<sup>3</sup> Erfasst wird die sparkassenrechtlich relevante Tätigkeit der Sparkasse und aller ihrer Organe; die Aufsicht soll die Einhaltung aller sparkassenrechtlichen Bestimmungen

---

<sup>1</sup> Vgl. *Biesok*, Sparkassenrecht, 1. Aufl. 2021, Rn. 1146; *Fischer/Boegl*, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 110. Grundlagen, Rn. 31; *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1994, S. 291; *Kemmler*, Öffentlich-rechtliche Sparkassen: Trägerschaft und Aufsicht im Umbruch?, Die Verwaltung 49 (2016), S. 397, 402 f.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Biesok* (Fn. 1), Rn. 1147, 1164.

<sup>3</sup> *Fischer/Boegl* (Fn. 1), Rn. 31.

gewährleisten, z.B., dass bestehende Geschäftsbeschränkungen oder Zuständigkeitsabgrenzungen eingehalten werden.<sup>4</sup> Sie soll überwachen, „ob die Sparkasse die Grenzen der zulässigen Geschäfte nicht überschreitet und ob sich ihre Organe innerhalb der ihnen zustehenden Befugnisse bewegen“<sup>5</sup>.

Die juristische Literatur zum Sparkassenrecht der Länder – Rechtsprechung zu dieser Frage existiert, soweit ersichtlich, nicht – geht weiter offenbar einhellig davon aus, dass es dagegen nicht Aufgabe der Sparkassenaufsicht ist, die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen zu überwachen. Vertragspartner der Sparkassen werden vielmehr auf den Zivilrechtsweg und die prozessuale Durchsetzung ihrer Ansprüche verwiesen. Die Sparkassenaufsicht soll sich nicht in zivilrechtliche Auseinandersetzungen einschalten (und etwa anstelle der ordentlichen Gerichte bei unterschiedlichen Sachdarstellungen Tatsachenaufklärung betreiben dürfen, beweis helfend tätig werden oder sonst in schwebende Prozesse eingreifen). Auch soll weder den Vertragspartnern einer Sparkasse ein Rechtsanspruch auf aufsichtliches Einschreiten zustehen noch die Sparkassenaufsicht befugt sein, „ihre Rechtsauffassung der Sparkasse aufzudrängen oder eine bestimmte materielle Entscheidung auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet zu verlangen oder gar selbst zu treffen“<sup>6</sup>.

Zur Begründung wird zuvörderst darauf verwiesen, dass die Sparkassenaufsicht im öffentlichen Interesse tätig werde, das sich nicht auf die (gesetz- und vertragsgemäße) Einhaltung zivilrechtlicher Verpflichtungen der Sparkasse zu ihren Vertragspartnern richte. Zu deren Durchsetzung reichten (regelmäßig) die zivilprozessualen Möglichkeiten der Kontrahenten der Sparkasse aus.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> *Klüpfel/Gabardiell/Gnam/Höppel*, Kommentar zum Sparkassengesetz Das Sparkassenrecht in Baden-Württemberg, 9. Aufl. 2017, § 48 Ziff. II. 2.; vgl. auch *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 52 KWG, Rn. 4; *Baldus*, in: Beck/Samm/Kokemoor, Kreditwesengesetz mit CRR, 214. AL Juli 2020, § 52 KWG, Rn. 4.

<sup>5</sup> *Klüpfel/Gabardiell/Gnam/Höppel* (Fn. 4), § 48 Ziff. II. 1.

<sup>6</sup> *Klüpfel/Gabardiell/Gnam/Höppel* (Fn. 4), § 48 Ziff. II. 2; vgl. aber auch *Bierschenk*, Zum Verhältnis von behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung in der Finanzdienstleistungsaufsicht, NVwZ 2022, S. 307, 309.

<sup>7</sup> *Schlierbach* (Fn. 1), S. 295; *Berger*, Niedersächsisches Sparkassengesetz, 2. Aufl. 2006, § 25 Rn. 4, 8; *Papsthart*, Die Sparkassen in Bayern, Praxis der Kommunalverwaltung, PdK Bay L-17, Ziff. 2.1.2 m.w.N. und unter Hinweis auf den für die Bankenaufsicht Gleiches anordnenden § 4 Abs. 4 FinDAG. Anderes soll nach *Schlierbach* (Fn. 1), S. 295, bei groben Gesetzesverstößen und dann gelten, wenn die Nichterfüllung von Verbindlichkeiten zu u.a. „Erörterungen in der Öffentlichkeit, die für die Sparkasse ernstlich abträglich sind“, führt.

Diese Auffassung überzeugt und kann sich auch auf eine vergleichbare Argumentation im Bereich der Kommunalaufsicht stützen: Die Kommunalaufsicht, aus der die Sparkassenaufsicht hervorgegangen ist,<sup>8</sup> ist ebenfalls (nur) auf das öffentliche Interesse gerichtet.<sup>9</sup> Sie kann darüber hinaus für sich in Anspruch nehmen, Gewaltenteilungsgesichtspunkten Rechnung zu tragen, weil die exekutiven von den judikativen Kompetenzen klar abgegrenzt werden.<sup>10</sup>

Im Ergebnis ist die Sparkassenaufsicht nicht unmittelbar nach § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG befugt, Vertragsbeziehungen zwischen den Sparkassen und ihren Kunden umfassend am Maßstab des Zivilrechts zu kontrollieren oder ihnen zu deren Ausgestaltung entsprechende Vorgaben zu machen. Dies gilt auch in Bezug auf die Umsetzung des in Rede stehenden Urteils des BGH sowie für die Aufsichtsmitteilung der BaFin an die Kreditwirtschaft: Sie betreffen die Frage, inwieweit die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach den §§ 307 ff. BGB (insbesondere des § 308 Nr. 5 BGB) vor dem Hintergrund der speziellen Norm des § 675g BGB (Änderung des Zahlungsdiensterahmenvertrags) noch greifen kann, mithin die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Kreditinstitut und Kunde.

## 2. Erweiterung der Aufsicht durch oder um Bundesrecht?

Eine Kompetenz der Sparkassenaufsicht, Normen des für die vertraglichen Beziehungen zwischen Sparkassen und ihren Kunden geltenden Zivilrechts gegenüber den Sparkassen in konkreten Einzelfällen durchzusetzen, könnte sich aber aus dem Bankenaufsichtsrecht des Bundes – vorliegend das Kreditwesengesetz (KWG) und das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) – ergeben. Voraussetzung wäre, dass die Sparkassen der Bankenaufsicht unterworfen sind (a), diese auch von der Sparkassenaufsicht ausgeübt wird (b) und

---

<sup>8</sup> Oebbecke, Sparkassenaufsicht und Bankenaufsicht, ZBB/JBB 2016, S. 336; vgl. Biesok (Fn. 1), Rn. 1146 f.; Berger (Fn. 7), § 25 Rn. 1; vgl. auch BGH, Urt. vom 16. Feb. 1984, Az. III ZR 196/82, juris, Rn. 17.

<sup>9</sup> Vgl. etwa OVG NRW, Entscheidung vom 23. Jan. 1963, Az. III A 355/57, VerwRspr 1964/1965, S. 80, 81 f.; Brüning/Vogelgesang, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl. 2009, S. 104, Rn. 155; a.A. Hassel, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalaufsicht, DVBl. 1985, S. 697 ff.

<sup>10</sup> Zur gleichgelagerten Problematik von Anordnungen der BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG vgl. Buck-Heeb, Missstandsaufsicht durch die BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG, BKR 2021, S. 141, 142 f.; eingehend Möllers, Zur Verfassungsmäßigkeit von § 4 Abs. 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, insbesondere zum Erlass von zivilrechtsakzessorischen Allgemeinverfügungen, DÖV 2022, S. 314, 321–324; Ohler, in: Ehlers/Felling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 32 Rn. 15. Kritisch auch Edelmann/Schultheiß/Hölldampf, Grenzen der Eingriffsbefugnisse der BaFin gegenüber Kreditinstituten nach § 4 Abs. 1a FinDAG, BB 2021, S. 835 f. Vgl. auch VG Frankfurt (Main), Urt. vom 24. Juni 2021, Az. 7 K 2237/20.F, juris, Rn. 25–28; a.A. (jedenfalls für Sonderkonstellationen) Bierschenk (Fn. 6), S. 309.



die Bankenaufsicht die Durchsetzung zivilrechtlicher Vorschriften in konkreten Einzelfällen umfasst (c).

#### **a) Sparkassen unterliegen der Bankenaufsicht**

Gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 KWG übt die BaFin die (bankfachliche) Aufsicht über die Kreditinstitute aus.<sup>11</sup> Zu den Kreditinstituten i.S.d. KWG rechnen unstreitig auch die Sparkassen (§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1b KWG), die somit der Bankenaufsicht unterliegen.<sup>12</sup>

#### **b) Verhältnis Banken- und Sparkassenaufsicht**

Für das Verhältnis der Bankenaufsicht des Bundes zur Sparkassenaufsicht der Länder sieht § 52 KWG vor, dass eine „andere staatliche Aufsicht“, der die Kreditinstitute unterliegen, neben der Aufsicht der BaFin bestehen bleibt. Hierzu zählt anerkanntermaßen die Sparkassenaufsicht.<sup>13</sup> Im Ergebnis unterliegen die Sparkassen damit einer zweifachen Aufsicht – der für alle Kreditinstitute geltenden Bundesaufsicht und der Sparkassenaufsicht der Länder als Sonderaufsicht.<sup>14</sup>

Fraglich ist aber, ob die Sparkassenaufsicht auch die durch die Bankenaufsicht zu überwachenden Normen einschließen kann, mit der Folge einer parallelen (Doppel-)Zuständigkeit der beiden Aufsichtsbehörden, der BaFin und der jeweiligen Sparkassenaufsicht. Da nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KWG die BaFin die Bankenaufsicht ausübt, müsste eine hinzutretende Kompetenz der Sparkassenaufsicht im Bundesrecht selbst vorgesehen sein oder sich (zulässigerweise) aus dem Sparkassenrecht der Länder ergeben.

---

<sup>11</sup> Der Deutschen Bundesbank obliegt nach § 7 Abs. 1 Satz 2 KWG zudem die „laufende Überwachung“ der Institute. Diese beinhaltet gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 KWG „insbesondere die Auswertung der von den Instituten eingereichten Unterlagen, der Prüfungsberichte nach § 26 und der Jahresabschlussunterlagen sowie die Durchführung und Auswertung der bankgeschäftlichen Prüfungen zur Beurteilung der angemessenen Eigenkapitalausstattung und Risikosteuerungsverfahren der Institute und das Bewerten von Prüfungsfeststellungen.“

<sup>12</sup> Vgl. nur *Kemmler* (Fn. 1), S. 402.

<sup>13</sup> Vgl. nur *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 11; *Auerbach*, in: Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), 4. Aufl. 2021, KWG § 52, Rn. 7.

<sup>14</sup> Vgl. nur *Biesok* (Fn. 1), Rn. 1146; *Kemmler* (Fn. 1), S. 402 f.; *Papsthart* (Fn. 7), Ziff. 2.1.2; *Fischer/Boegl*, (Fn. 1), § 110 Grundlagen, Rn. 31.

## aa) Sparkassenaufsichts- und kompetenzrechtliche Begründungsansätze

### (1) *Bankenaufsicht als Teil der Sparkassenaufsicht nach § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG?*

In Teilen der juristischen Literatur wird die Ansicht vertreten, Sparkassen- und Bankenaufsicht „überlappten“ sich und stünden in Konkurrenz zueinander. Die Maßstäbe der Bankenaufsicht stellten eine Teilmenge der Maßstäbe der Sparkassenaufsicht dar, und die Sparkassenaufsicht könne prinzipiell auch die „Überwachung der Beachtung des deutschen und unionsrechtlichen Bankenaufsichtsrechts“<sup>15</sup> leisten (sie soll sich allerdings im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens angesichts der besseren Eignung der Bankenaufsicht regelmäßig dafür entscheiden, von Aktivitäten abzusehen).

Zur Begründung wird zuvörderst auf den Wortlaut der jeweiligen landesgesetzlichen Bestimmungen des Sparkassenrechts verwiesen, wonach sich die Aufsicht darauf erstreckt, dass „Verwaltung und Geschäftsführung der Sparkasse den Gesetzen und der Satzung entsprechen“<sup>16</sup>. Gegenstand der Aufsicht sei damit die gesamte Tätigkeit der Sparkasse, Aufsichtsmaßstab das gesamte geltende Recht.<sup>17</sup> Auch die bankenaufsichtsrechtlichen Bestimmungen seien „Gesetze“ im Sinne des Sparkassenrechts, deren Beachtung durch die Sparkassenaufsicht nach den Sparkassengesetzen der Länder umfassend zu gewährleisten sei. Die sich bei dieser Überlappung der aufsichtsrechtlichen Kontrollmaßstäbe ergebende konkurrierende Zuständigkeit zwischen Banken- und Sparkassenaufsicht sei nicht ungewöhnlich und verfassungsrechtlich nur dann problematisch, wenn sich rechtliche Standards in der Weise widersprüchen, dass es zu einander ausschließenden aufsichtsbehördlichen Vorgaben kommen könnte, wofür nichts ersichtlich sei. Das durchzusetzende materielle Recht sei wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts und des Geltungsvorrangs des Bundesrechts (Art. 31 GG) widerspruchsfrei.<sup>18</sup> Vielmehr sei es dem Bund verfassungsrechtlich aus Gründen der Gesetzgebungskompetenz verwehrt, die Staatsaufsicht der

---

<sup>15</sup> Oebbecke (Fn. 8), S. 338.

<sup>16</sup> Oebbecke (Fn. 8), S. 336, unter Zugrundelegung des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes.

<sup>17</sup> Oebbecke (Fn. 8), S. 336; so im Ausgangspunkt auch Schlierbach (Fn. 1), S. 294.

<sup>18</sup> Oebbecke (Fn. 8), S. 338. Auch die Vorgaben des europäischen Rechts (VO Nr. 1024/2013) würden eingehalten, mit der die dort geregelte Aufsicht an die Stelle der bisher mitgliedstaatlich ausgeübten Bankenaufsicht trete. Ihr Ziel sei die „Integration der Bankenaufsicht“ (so der Erwägungsgrund 2 der VO Nr. 1024/2013), nicht hingegen der Ausschluss anderer rechtlicher Sicherungen. Es gehe um die Beaufsichtigung der Institute als Kreditinstitute, die Aufsicht im Rahmen des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (Englisch: Single Supervisory Mechanism, SSM) sei nach ihrem Zweck dagegen nicht darauf angelegt, anderweitige Mechanismen zu verdrängen, welche die Beachtung des geltenden Rechts sicherstellen sollten.

Länder über landesrechtliche juristische Personen durch eine bundesgesetzliche Regelung auszuschließen. § 52 KWG trage dieser Verfassungslage Rechnung, indem das Fortbestehen von (landesrechtlich begründeten) Sonderaufsichten anerkannt werde.<sup>19</sup>

Hierneben wird – wohl ebenfalls mit dem Ergebnis einer Doppelzuständigkeit – auf die unterschiedliche Zielstellung der beiden Aufsichtsarten verwiesen: Die Sonderaufsicht als Staatsaufsicht und die allgemeine Bankenaufsicht als Wirtschaftsaufsicht machten sich gegenseitig nicht entbehrlich, weil sie jeweils unterschiedliche Ziele auf Grund unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Vorgaben und aus unterschiedlicher Perspektive verfolgten. Die allgemeine Bankenaufsicht diene vor allem der Gefahrenprävention und -beseitigung. Sie greife dafür in die Freiheitsrechte der Marktteilnehmer ein, sodass insbesondere die Grundrechte der Beaufsichtigten sowie das Rechtsstaatsprinzip die verfassungsrechtlichen Maßstäbe dieser Aufsichtsart seien. Die Aufsicht der BaFin sei nicht primär auf das einzelne Kreditinstitut und dessen individuelles Geschäft ausgerichtet, sondern sichere branchengerechtes Verhalten und den Markt als Ganzen, wobei regelmäßig auf die besonderen Aufgaben öffentlicher Unternehmen keine Rücksicht genommen werde. Die Bankenaufsicht als Wirtschaftsaufsicht sei im Grundsatz eine „negativ“ wirkende Aufsicht, die nach ihrer Grundstruktur nicht gestaltend, sondern überwachend und sanktionierend sei. Dagegen seien die Ziele der Sonderaufsicht die Sicherung der Erfüllung des öffentlichen Auftrags sowie die Sicherung der Rechtmäßigkeit der Aufgabenerfüllung, wobei sich die Aufsicht auf die einzelne Sparkasse richte und diese bei ihrer eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung fördern solle. Die Sparkassenaufsicht sei damit eine „positive“ Aufsicht, da sie primär nicht Rechtsverstöße verhindern und sanktionieren wolle, sondern auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben hinwirke, die dem beaufsichtigten Trabanten übertragen seien. Sie betreffe anders als die Bankenaufsicht nicht das Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern die verwaltungsorganisatorische und -kompetenzielle Ebene. So seien die für die Sparkassenaufsicht wesentlichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe das Demokratieprinzip, die Grundsätze der Selbstverwaltung und das Rechtsstaatsprinzip. Wegen dieser unterschiedlichen Ziele und Grundlagen könnten sich die Aufsichtsarten nicht gegenseitig ersetzen, sondern stünden

---

<sup>19</sup> *Oebbecke* (Fn. 8), S. 336, 338; vgl. auch *Kemmler* (Fn. 1), S. 413 f. Im Ansatz, bzgl. der Auslegung des Begriffs der „Gesetze“, zunächst ebenso *Berger* (Fn. 7), § 25 Rn. 4, der dann aber (in Rn. 6 und Rn. 13) ausführt, dass sich die Sparkassenaufsicht (dennoch) nicht auf Bereiche beziehe, die einer besonderen Fachaufsicht durch andere Aufsichtsbehörden, z.B. die BaFin, unterlägen. Wenn der Sparkassenaufsicht ein Verstoß gegen Bestimmungen des KWG bekannt werde, könne sie nicht selbst tätig werden, sondern müsse sie die BaFin einschalten.

parallel nebeneinander, worauf § 52 KWG deklaratorisch verweise. Im Ergebnis blieben die Rechte und Pflichten der allgemeinen Bankenaufsichtsbehörde auch gegenüber den einer Sonderaufsicht unterliegenden Sparkassen dieselben wie gegenüber anderen Instituten und werde umgekehrt die Sonderaufsicht nicht wegen der bestehenden BaFin-Aufsicht obsolet. Die Prüfungsmaßstäbe der BaFin und der Sonderaufsichtsbehörden wiesen mit den bankenaufsichtsrechtlichen Regeln eine Schnittmenge auf, weil auch diese Regeln zu „Recht und Gesetz“ und damit zum Gegenstand der Rechtsaufsicht gehörten. Die Wirtschafts- und Staatsaufsicht über Sparkassen stünden parallel und ohne Friktionen in einer Ergänzungsfunktion nebeneinander. Nur rechtspolitisch könne überlegt werden, den Prüfungsmaßstab der Sonderaufsichtsbehörden zu beschränken, indem die bankaufsichtsrechtlichen Regelungen aus dem Prüfungsmaßstab der Sparkassenaufsicht herausgenommen würden.<sup>20</sup>

Folgte man dieser Ansicht, wäre die Sparkassenaufsicht berechtigt, Verstöße auch gegen Rechtsvorschriften, die der Überwachung der Bankenaufsicht unterliegen, zu ihrem Gegenstand zu machen.

## *(2) Formelles Sparkassenrecht als Maßstab der Sparkassenaufsicht*

Anderer Auffassung nach ist die Sparkassenaufsicht auf die Wahrung des sog. formellen Sparkassenrechts begrenzt. Hierzu werden „insbesondere die Vorschriften über den Organaufbau, die Personalhoheit und die Stellung des Trägers der Sparkassen“<sup>21</sup> gerechnet. Dagegen soll das sog. materielle Sparkassenrecht nicht erfasst sein. Dieses habe die Geschäftspolitik und die Geschäftsführung der Sparkasse zum Gegenstand und unterliege der Bankenaufsicht.<sup>22</sup>

Zur Begründung dieses engeren Verständnisses der Sparkassenaufsicht wird auf die Verortung der Sparkassenaufsicht im Landesrecht (a) und auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder für eine umfassend zu verstehende Sparkassenaufsicht (b) verwiesen. Im Einzelnen verläuft die Argumentation wie folgt:

---

<sup>20</sup> Kemmler (Fn. 1), S. 412 ff.

<sup>21</sup> Biesok (Fn. 1), Rn. 15 m.w.N.

<sup>22</sup> Biesok (Fn. 1), Rn. 15, 18 m.w.N.

(a) *Sparkassenaufsicht zwischen Kommunal- und Bankenaufsicht*

Zum erstgenannten Aspekt – der Verortung der Sparkassenaufsicht im Landesrecht – wird ausgeführt, das Erfordernis einer eigenen Sparkassenaufsicht ergebe sich aus der öffentlich-rechtlichen Rechtsform der Sparkassen. Das Landesrecht stelle die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BbgSpkG) nur für bestimmte Aufgaben zur Verfügung und lasse sie nicht allgemein für eine hoheitliche oder kommunale Betätigung zu. Die Entscheidung der kommunalen Träger, eine Sparkasse zu betreiben, sei verbunden mit der Notwendigkeit einer neben die Kommunalaufsicht tretenden Aufsicht über ihre rechtlich selbstständigen Anstalten des öffentlichen Rechts. Hierfür werde die Sparkassenaufsicht eingerichtet,<sup>23</sup> die darauf gerichtet sei, die Erfüllung des Errichtungszwecks (öffentlicher Auftrag) und die Einhaltung der spezialgesetzlichen Normen (Sparkassengesetze, Sparkassenverordnungen, Satzungsrecht) zu überwachen.<sup>24</sup> Mit ihr werde sichergestellt, dass die Sparkassen die für sie geltenden Landesvorschriften einhielten; sie schließe die Lücke zwischen der Kommunalaufsicht über die (kommunalen) Träger der Sparkassen und der bankfachlichen Aufsicht (der BaFin und der Deutschen Bundesbank).<sup>25</sup>

(b) *Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Bankwesen*

Den Ländern soll auch die Gesetzgebungskompetenz für die Normierung eines umfassenden Sparkassen(aufsichts)rechts fehlen. Hierzu wird argumentiert, das Sparkassenrecht liege im Schnittbereich zwischen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das „Bank- und Börsenwesen“ als Teils des Rechts der Wirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG<sup>26</sup> und der Landesgesetzgebungszuständigkeit für das Sparkassenorganisationsrecht. Mit dem „Bankwesen“ würden dabei alle Rechtsnormen erfasst, die sich auf die Kreditinstitute und ihre Aktivitäten bezögen. Die Definition des Bankgeschäfts in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG bilde den Regelungsrahmen. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute unterlägen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzgl. des materiellen Bereiches ihrer Tätigkeit (materielles Sparkassenrecht), der

---

<sup>23</sup> *Biesok* (Fn. 1), Rn. 1146; vgl. auch *Fischer/Boegl* (Fn. 1), § 110 Grundlagen, Rn. 30.

<sup>24</sup> *Fischer/Boegl* (Fn. 1), Rn. 31.

<sup>25</sup> *Biesok* (Fn. 1), Rn. 1147 f.

<sup>26</sup> *Biesok* (Fn. 1), Rn. 15; vgl. auch *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 74 Rn. 27.

die Geschäftspolitik und die Geschäftsführung der Sparkassen erfasse.<sup>27</sup> Der Bundesgesetzgeber habe mit dem KWG von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und die Aufsicht über Kreditinstitute einheitlich geregelt.<sup>28</sup> Ungeregelt bleibe der Bereich der Organisation der Sparkassen (formelles Sparkassen- oder Sparkassenorganisationsrecht), der der Gesetzgebung der Länder nach Art. 70 GG vorbehalten bleibe; der Bund habe keine Gesetzgebungskompetenz für die Ausgestaltung landesrechtlicher Anstalten.<sup>29</sup>

*Berger* führt hierzu aus:

„Die Sparkassen sind als öffentliche Wirtschaftsunternehmen privatwirtschaftlich tätig. Für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung im Kreditwesen (‚Bankwesen‘) besteht nach Art. 74 Nr. 11 GG eine (konkurrierende) Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Rahmen der Thematik ‚Recht der Wirtschaft‘, von der der Bund durch Erlass des Kreditwesengesetzes Gebrauch gemacht hat. Die Zuständigkeit des Bundes beschränkt sich allerdings auf das materielle Recht der Kreditwirtschaft, das sich mit der Geschäftspolitik und der Geschäftsführung der Institute (Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute) befasst. In diesem Bereich kann der Bund grundsätzlich alle geschäftlichen Aktivitäten der Institute regeln. Er kann z.B. betriebswirtschaftliche Anforderungen (z.B. über die Eigenkapitalausstattung und die Liquidität) und Geschäftsbeschränkungen (z.B. im Kreditgeschäft) normieren sowie Organisations- und Verfahrensvorschriften zur betriebsinternen Aufbau- und Ablauforganisation erlassen (z.B. Pflicht zur Bestellung von mindestens zwei Geschäftsleitern, Risikokontrolle, ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, Outsourcing, Regeln zur Behandlung von Kreditangelegenheiten). [...] Die Gesetzgebungszuständigkeit zur Regelung des Organisationsrechts der Sparkassen steht dagegen allein den Ländern zu. Dem Sparkassenorganisationsrecht sind auch die landesgesetzlichen Bestimmungen über das Geschäftsrecht zuzuordnen, die nur im Sparkassenrecht gelten. Es handelt sich dabei typischerweise um Vorschriften, die die geschäftliche Tätigkeit der Sparkasse im Interesse ihres öffentlichen Auftrags und zum Schutz ihres Trägers reglementieren. So darf die Sparkasse landesrechtlich grundsätzlich nur in ihrem Geschäftsgebiet werbend tätig werden (§ 4 Abs. 2). Ferner kann die Sparkassenaufsichtsbehörde zur Begrenzung des Geschäftsrisikos durch Verordnung festlegen, dass die Sparkassen bestimmte Arten von Geschäften nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen betreiben dürfen (§ 6 Abs. 1). Insoweit steht die Frage im Vordergrund, in welchem Umfang die Sparkassen in dem vom Bund vorgegebenen kreditwirtschaftlichen Rahmen geschäftliche Aktivitäten entfalten dürfen (z.B. Festlegung von Höchstkreditgrenzen, Beschränkung des Aktien- und Beteiligungserwerbs nach der früheren NSpVO). Damit ist die Aufgabenbestimmung für kommunale Einrichtungen angesprochen, die ‚zu den essentiellen Teilen der

---

<sup>27</sup> *Biesok* (Fn. 1), Rn. 15 m.w.N.

<sup>28</sup> Hierzu *Biesok*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Regelungen für den Vorstand und den Verwaltungsrat in den Sparkassengesetzen der Länder nach dem CRD IV-Umsetzungsgesetz, DVBl. 2017, S. 677 f.

<sup>29</sup> *Biesok* (Fn. 1), Rn. 15 m.w.N.

organisationsrechtlichen Kompetenz der Länder gehört'. Der Sache nach geht es hier um eine geschäftspolitische Selbstbindung der öffentlichen Hand im Sparkassenwesen, die der Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Organisationsgewalt anordnen kann. Dies macht im Übrigen deutlich, dass die Differenzierung von ‚Organisation‘ und ‚Geschäftspolitik‘ zur Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes und der Länder kaum praktikabel ist.“<sup>30</sup>

Ergänzend wird schließlich darauf hingewiesen, dass die Bundesgesetzgebung zur Bankenaufsicht auf die Umsetzung europäischen Rechts<sup>31</sup> gerichtet gewesen sei, das es seinerseits zum Ziel genommen habe, einen einheitlichen Aufsichtsrahmen (SSM) in Europa herzustellen, wonach die Aufsicht von der Europäischen Zentralbank und den nationalen Aufsichtsbehörden (Bundesbank und BaFin) ausgeübt werden soll. Mit dieser Zielsetzung sei es unvereinbar, eine weitere Aufsicht mit gleichem Aufsichtsmaßstab parallel zu betreiben. Daher könne das vormalige Rechtsverständnis, wonach „Aufsichtsmaßstab [...] das gesamte geltende Recht und die gesamte Tätigkeit der Sparkasse sein“ sollte, nicht mehr aufrechterhalten werden.<sup>32</sup>

### (3) Verwaltungszuständigkeiten

Zuletzt wird auch auf die Regelung der Verwaltungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern verwiesen: Eine parallele staatliche Aufsicht einer Landes- und einer Bundesbehörde hinsichtlich der gleichen Regelungsmaterie sei kompetenzrechtlich prinzipiell unzulässig. Deshalb könne die Sparkassenaufsicht nur den Vollzug von Gesetzen überwachen, für die das Land die Gesetzgebungskompetenz habe – dies sei das formelle Sparkassenrecht.<sup>33</sup> Der Landesaufsicht sei es dagegen verwehrt, die Einhaltung der Vorschriften des KWG sicherzustellen, da die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern in den Art. 83 ff. GG abschließend geregelt und Kompetenzverschiebungen nicht zulässig seien (hingewiesen wird auf das Verbot der Mischverwaltung).<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Berger (Fn. 7), § 25 Rn. 11.

<sup>31</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) vom 28. Aug. 2013, BGBl. I S. 3395.

<sup>32</sup> Biesok (Fn. 1) Rn. 1148.

<sup>33</sup> Biesok (Fn. 1), Rn. 1155; Papsthart (Fn. 7), Ziff. 2.1.2.

<sup>34</sup> Berger (Fn. 7), § 25 Rn. 13.

## bb) § 52 Kreditwesengesetz

Fraglich ist weiter, ob sich aus Bundesrecht, hier dem KWG, eine Kompetenz der Sparkassenaufsicht ableiten lässt, die Bankenaufsicht parallel zur BaFin auszuüben. Im KWG findet sich zum Verhältnis der Bankenaufsicht zu anderen (Sonder-)Aufsichten die Vorschrift des § 52 („Sonderaufsicht“). § 52 KWG lautet:

„Soweit Institute einer anderen staatlichen Aufsicht unterliegen, bleibt diese neben der Aufsicht der Bundesanstalt bestehen.“

Die bankenrechtliche Literatur zu § 52 KWG folgert hieraus das *Nebeneinander* von Banken- und Sparkassenaufsicht. Der Gesetzeswortlaut des § 52 KWG, wonach eine andere staatliche Aufsicht „neben“ der Aufsicht der BaFin bestehen bleibe, stelle zunächst klar, dass die Bestimmung institutionell ausgerichtet sei, also eine Beaufsichtigung meine, „die durch andere Gremien oder Stellen ausgeübt“<sup>35</sup> werde. Bei der „anderen staatlichen Aufsicht“ handele es sich schon nach dem Gesetzestext nicht um eine speziell auf die Institute zugeschnittene Aufsicht, vielmehr bleibe jede sonstige Aufsicht von der kreditwesengesetzlichen Aufsicht unberührt. Dies, so wird eingeschränkt, gelte aber nur, wenn und soweit solche Bestimmungen nicht an Sachverhalte anknüpfen, die im KWG abschließend geregelt seien. Hier gelte das Subsidiaritätsprinzip.<sup>36</sup> Eine Sonderaufsicht komme nur in Betracht, soweit Bestimmungen außerhalb des KWG betroffen seien.<sup>37</sup>

Die Ziele der Sonderaufsicht seien enger gefasst als die der Bankenaufsicht: Das KWG und die Aufsicht durch die BaFin dienen der Abwendung von Gefahren im Kreditwesen und damit dem Schutz des Finanzsektors sowie der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Volkswirtschaft. Es solle die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft gewahrt, und die Gläubiger der Kreditinstitute sollten nach Möglichkeit vor Verlusten geschützt werden. Die Sonderaufsicht diene hingegen der Sicherstellung der Erfüllung der jeweiligen besonderen staatlichen Aufgaben durch die betroffenen Institute.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 9.

<sup>36</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 9.

<sup>37</sup> *Auerbach* (Fn. 13), KWG § 52, Rn. 6.

<sup>38</sup> *Auerbach* (Fn. 13), KWG § 52, Rn. 12, unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs des KWG, BT-Drs. 3/1114, S. 25 f.; *Lindemann* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 4: „Die Anstaltsaufsicht verfolgt den Zweck zu überwachen, dass das Institut in hinreichendem Maße seinen gesetzlichen Aufträgen nachkommt und die im Interesse des jeweiligen öffentlichen Auftrags angeordneten Geschäftsbeschränkungen beachtet.“



Der Inhalt der Sonderaufsicht werde demnach im Einzelnen durch die institutsspezifischen Bundes- bzw. Landesgesetze bestimmt, und die Aufsichtsbehörden hätten vor allem darüber zu wachen, dass die hiernach maßgebenden Rechts- und Satzungsvorschriften eingehalten würden.<sup>39</sup> Für die Sparkassenaufsicht gelte, dass das formelle Sparkassenrecht, also die Gesetzgebung über Verfassung und Organisation der Sparkassen, den Ländern zustehe. Das materielle Sparkassenrecht, das sich mit der Geschäftspolitik und Wirtschaftsführung der Sparkassen befasse, unterliege dagegen der Kompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.<sup>40</sup>

Das Verhältnis von Banken- und Sonderaufsicht wird wie folgt beschrieben: § 52 KWG stelle fest, dass „die entsprechenden materiellen Vorschriften und die Aufsichtszuständigkeiten“ der Sonderaufsicht bestehen blieben; § 52 KWG gehe von einem grundsätzlichen Nebeneinander der beiden Aufsichten aus.<sup>41</sup> Hieraus folge, dass diese unabhängig voneinander ausgeübt würden. Weder sei eine Koordination der beiden Aufsichten vorgesehen, noch sehe das KWG die Übertragung einzelner Aufsichtsbefugnisse auf die besonderen Aufsichtsbehörden vor.<sup>42</sup> Dies entspreche dem vom Gesetzgeber verfolgten Prinzip einer einheitlichen Institutsaufsicht, das grundsätzlich die gleiche Anwendung des KWG gegenüber allen Instituten verlange. Diese Gleichmäßigkeit sei, so die Einschätzung des Gesetzgebers, nicht gewährleistet, wenn wichtige Vorschriften des Gesetzes von mehreren voneinander unabhängigen Behörden angewendet würden.<sup>43</sup> Daher verbiete es sich auch, die Aufsichtsbehörde bei ihren Entscheidungen gegenüber Instituten, die unter Sonderaufsicht stehen, an das Einvernehmen der Sonderaufsichtsbehörde zu binden.<sup>44</sup>

Die vorstehend dargestellte bankenrechtliche Literatur ist zusammenfassend dahingehend zu verstehen, dass die Sparkassen- von der Bankenaufsicht der BaFin getrennt sei und als

---

<sup>39</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 22.

<sup>40</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 11.

<sup>41</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 25.

<sup>42</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 25 f.

<sup>43</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 26; *Auerbach* (Fn. 13), KWG § 52, Rn. 15, unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs des KWG, BT-Drs. 3/1114, S. 45. Im Übrigen könne, so *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 27, § 52 KWG auch nicht in dem Sinne verstanden werden, dass das KWG keine abschließende Regelung enthalte und im Regelungsbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eine „Ausfüllung“ durch Landesrecht zulasse. Die Vorschrift besage nicht, dass der Bund mit dem KWG seine Gesetzgebungskompetenz aus den Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zur Regelung des Bankwesens etwa hinsichtlich der Sparkassen nicht ausgeschöpft habe.

<sup>44</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 26.

solche nach § 52 KWG erhalten bleibe. Sie soll sich nach den spezifischen sparkassenrechtlichen Regelungen richten, hierauf beschränkt sein und nicht auch bankenrechtliche Regelungen zum Maßstab nehmen.

### cc) **Stellungnahme und Zwischenergebnis**

Die Einwände gegen die Annahme, die Sparkassenaufsichtsbehörde habe über die Einhaltung auch derjenigen Normen zu wachen, die der Bankenaufsicht durch die BaFin unterliegen, wiegen schwer.

#### (1) *Keine Gesetzgebungskompetenz der Länder per Öffnungsklausel*

Das KWG als auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestütztes Bundesrecht<sup>45</sup> enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die in § 6 Abs. 1 KWG generalklauselartig<sup>46</sup> vorgesehene aufsichtliche Zuständigkeit der BaFin keine abschließende Regelung darstellen, sondern diese Zuständigkeit auch den verschiedenen, in § 52 KWG erfassten „anderen staatlichen Aufsicht[en]“ unmittelbar hiernach oder mittelbar nach Maßgabe des für diese geltenden Rechts zukommen soll. Gerade im Gegenteil wird in der juristischen Literatur darauf hingewiesen, dass eine bundesrechtliche *Bündelung* der Aufsicht bei der BaFin auch insoweit erfolgt, als es „die Einhaltung solcher Gesetze, die in untrennbarem Zusammenhang mit der Aufsicht nach dem KWG stehen“<sup>47</sup>, betrifft (angeführt werden Gesetze aus dem Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie Spezialgesetze, in denen der BaFin ausdrücklich Aufsichtsbefugnisse zugesprochen werden).<sup>48</sup> Insbesondere § 52 KWG setzt die Aufsicht der BaFin voraus und enthält für den Sonderfall des Bestehens anderer staatlicher Aufsichten

---

<sup>45</sup> BVerfG, Urt. vom 24. Juli 1962, Az. 2 BvF 4/61 u.a., juris, Rn. 61. Der Bundesgesetzgeber hat sich sowohl für das ursprüngliche Gesetz als auch für die Änderung des KWG auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen, BT-Drs. 3/1114, S. 19 und BT-Drs. 17/10974, S. 64. Der Begriff des Bankwesens umfasst dabei gerade auch die bankenfachliche Aufsicht, vgl. nur *Broemel*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 41 m.w.N.: „Mit dem Bankwesen gemeint sind diejenigen vor allem aufsichtsrechtlichen Regelungen, die sich auf die Institute und ihre Aktivitäten beziehen.“

<sup>46</sup> *Habetha/Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG), 4. Aufl. 2021, KWG § 6, Rn. 5; *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 6 KWG, Rn. 7.

<sup>47</sup> Schäfer (Fn. 46), § 6 KWG, Rn. 4.

<sup>48</sup> Schäfer (Fn. 46), § 6 KWG, Rn. 4.

eine abgrenzende, klarstellende Regelung, dass die Aufsicht der BaFin diese nicht *verdrängt*.<sup>49</sup> Der Norm kann dagegen nicht der Charakter einer zugunsten Landesrechts wirkenden „Öffnungsklausel“ zugesprochen werden.<sup>50</sup> Ihr lassen sich positiv keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass den anderen staatlichen Aufsichten nach Maßgabe des für diese einschlägigen (Landes-)Rechts zusätzlich auch die aufsichtlichen Zuständigkeiten der BaFin zur parallelen Wahrnehmung zugewiesen werden könnten.<sup>51</sup> Ihr Wortlaut deutet vielmehr auf das Gegenteil: Es wird eine „andere“ staatliche Aufsicht vorgesehen, keine „überlappende“. Diese Aufsicht bleibt „bestehen“, sie wird also als fix vorausgesetzt und nicht erweitert.

Dass verfassungsrechtlich eine andere Auslegung geboten wäre (s.o. aa (1)), überzeugt nicht: Von einer fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Normierung des Anstaltsrechts der Länder kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Länder ihrerseits befugt wären, die ihnen insoweit zustehende Gesetzgebungskompetenz dazu zu nutzen, ihre Aufsichtsbefugnisse in Bereiche auszudehnen, die bereits bundesrechtlich auf Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes normiert sind, vorliegend mit § 6 KWG. Bereits das Bundesverwaltungsgericht hat vielmehr der alten, zu § 52 KWG aber inhaltsgleichen Fassung des § 52 Abs. 1 KWG<sup>52</sup> einen entsprechenden Sinn beigelegt (wenn auch zu einer anderen tatsächlichen Konstellation):

„§ 52 Abs. 1 KWG begründet mithin keinen Regelungsvorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung im Sinne des vom Berufungsgericht angenommenen ‚Ausfüllungs‘-Vorbehalts, sondern setzt voraus, daß das Landesrecht, das die Grundlage einer behaupteten Sonderaufsicht bildet, durch außerhalb des § 52 Abs. 1 KWG normierte Gesetzgebungsbefugnisse des jeweiligen Landes gedeckt ist.“<sup>53</sup>

Dass die §§ 6, 52 KWG eine abschließende Regelung mit dem Ziel der bundeseinheitlichen Ausübung der Bankenaufsicht über die dem KWG unterworfenen Kreditinstitute darstellen,

---

<sup>49</sup> *Lindemann* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 2.

<sup>50</sup> Vgl. BVerwG, Urt. vom 14. Feb. 1984, Az. 1 C 81/78, juris, Rn. 36.

<sup>51</sup> Vgl. auch *Auerbach* (Fn. 13), KWG § 52, Rn. 1, der annimmt, § 52 KWG korrespondiere zu § 62 Abs. 1 Satz 2 KWG, wonach Rechtsvorschriften, die für die geschäftliche Betätigung bestimmter Arten von Kreditinstituten weitergehende Anforderungen stellen als das KWG, unberührt bleiben. § 62 Abs. 1 Satz 2 KWG regle die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsvorschriften, § 52 KWG bestimme die entsprechende – parallele – Zuständigkeit der jeweiligen Aufsichtsinstanz.

<sup>52</sup> BGBl. 1961 I, S. 881. Die Norm lautete: „Soweit Kreditinstitute einer anderen staatlichen Aufsicht unterliegen, bleibt diese neben der Aufsicht des Bundesaufsichtamtes bestehen.“

<sup>53</sup> BVerwG, Urt. vom 14. Feb. 1984, Az. 1 C 81/78, juris, Rn. 36.

wird durch die Entstehungsgeschichte der Normen bestätigt. Bereits in der Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Fassung des KWG war das Verhältnis der Aufsicht durch das seinerzeitige Bundesaufsichtsamt zu den staatlichen Sonderaufsichten über Kreditinstitute zum Gegenstand genommen worden. Im Allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung wurde ausgeführt:

„Soweit eine staatliche Sonderaufsicht über Kreditinstitute besteht, bleiben nach § 57 die entsprechenden materiellen Vorschriften und vorbehaltlich des § 57 Abs. 2 auch die Aufsichtszuständigkeiten erhalten. Dies hat besondere Bedeutung für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute unter Anstaltsaufsicht. Allgemeine Bankenaufsicht und Anstaltsaufsicht haben unterschiedliche Zielsetzung. Die Bankenaufsicht soll durch vorbeugende Überwachung allgemein das Entstehen von Schäden im Kreditwesen und von Verlusten der Institutsgläubiger verhindern, also vorwiegend gefahrenabwehrend wirken. Demgegenüber soll die Anstaltsaufsicht auch fördernd auf die ihr unterliegenden Institute einwirken, um sicherzustellen, daß diese den öffentlichen Aufgaben dienen, zu deren Erfüllung sie errichtet wurden. Die Übernahme der Anstaltsaufsicht durch das Bundesaufsichtsamt würde dieses daher in eine Kollision zu seiner Pflicht der gleichen Behandlung aller Kreditinstitute bringen. Soweit die Anstaltsaufsicht auf Landesrecht beruht, verbietet sich ihre Übertragung auf das Bundesaufsichtsamt schon aus rechtlichen Gründen.“<sup>54</sup>

In der Einzelbegründung wurde erläutert:

„Die Sonderaufsicht und die allgemeine Bankenaufsicht sollen grundsätzlich unabhängig voneinander ausgeübt werden. Der Entwurf weicht insoweit von § 49 des geltenden Kreditwesengesetzes ab, der gewisse Befugnisse der allgemeinen Bankenaufsicht der Sonderaufsichtsbehörde überträgt. Eine solche Regelung widerspricht jedoch dem Prinzip einer einheitlichen Bankenaufsicht, das grundsätzlich die gleichmäßige Anwendung des Gesetzes gegenüber allen Kreditinstituten verlangt. Diese Gleichmäßigkeit ist nicht gewährleistet, wenn wichtige Vorschriften des Gesetzes von mehreren voneinander unabhängigen Behörden angewandt werden. Deshalb verbietet es sich auch, das Bundesaufsichtsamt bei seinen Entscheidungen gegen Kreditinstitute, die unter Sonderaufsicht stehen, an das Einvernehmen der Sonderaufsichtsbehörde zu binden.“<sup>55</sup>

Diese Erwägungen des historischen Gesetzgebers verdeutlichen, dass dieser von einem mit der jeweiligen Sonderaufsicht verbundenen materiellen Normbestand ausging, auf den sich die Sonderaufsicht bezog und beschränkt bleiben sollte, und dass nur die Ausübung

---

<sup>54</sup> BT-Drs. 3/1114, S. 25 f.

<sup>55</sup> BT-Drs. 3/1114, S. 45.

der Sonderaufsicht durch die allgemeine Bankenaufsicht, keineswegs aber umgekehrt eine parallele Zuständigkeit der Sonderaufsicht für die Bankenaufsicht zur Diskussion stand.

Auch die weitere Entwicklung des KWG war durch eine Verstärkung der Bündelungsfunktion der Bundesaufsicht im Sinne einer Allfinanzaufsicht der BaFin geprägt;<sup>56</sup> die Abgrenzung zu den anderen staatlichen Aufsichten wurde im Gesetzgebungsverfahren wiederum nur im Sinne ihres Fortbestandes, nicht aber dahin aufgegriffen, dass es um eine Erweiterung der Befugnisse der Sonderaufsichten gegangen wäre<sup>57, 58</sup>

(2) *Sperrwirkung der abschließenden bundesrechtlichen Regelung für Landesrecht*

Soweit angenommen wird, es bestehe eine nicht aus § 52 KWG abgeleitete, sondern allein landesrechtlich begründete Kompetenz der Sparkassenaufsicht zur Wahrnehmung der Bankenaufsicht, erscheinen die hiergegen vorgebrachten kompetenzrechtlichen Einwände berechtigt:

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG umfasst die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Wirtschaft, als deren Bestandteil die Norm das Bankwesen ausweist. Dabei werden nach der (insoweit einheitlichen) verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur mit dem Begriff des Bankwesens „Regelungen über die typische Geschäftstätigkeit von Kreditinstituten“<sup>59</sup> erfasst. Differenziert wird – ebenso wie in der sparkassen- und bankenrechtlichen Literatur – hinsichtlich des Organisationsrechts: Das der privatrechtlich organisierten Kreditinstitute sei „von Art. 74 I Nr. 11 GG gedeckt, während die öffentlich-rechtlichen Sparkassen und Landesbanken insoweit dem Landesrecht unterfallen“<sup>60</sup>. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzgl. der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfasse nur den „materiellen Bereich ihrer Tätigkeit, nicht den formellen Bereich ihrer Organisation“<sup>61, 62</sup>

---

<sup>56</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 7; vgl. auch Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht, BT-Drs. 14/7033, S. 1.

<sup>57</sup> Vgl. BT-Drs. 13/7142, S. 95; zur 6. KWG-Novelle 1997 *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 7.

<sup>58</sup> BT-Drs. 17/10974, S. 64.

<sup>59</sup> *Wittreck*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 53.

<sup>60</sup> *Wittreck* (Fn. 59), Art. 74 Rn. 53.

<sup>61</sup> *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 48 m.w.N.

<sup>62</sup> Ebenso *Kment* (Fn. 26), Art. 74 Rn. 27; *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 93; *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 53. Ed., Stand: 15.11.2022, Art. 74 Rn. 40; *Szczekalla*, Bonner Kommentar, 209. Aktualisierung, Dez. 2020, Art. 74 Rn. 148 f. m.w.N.; *Sannwald*, in:

Das BVerwG hat sich ebenfalls entsprechend geäußert:

„Die Annahme des Beklagten, das Sparkassenwesen sei wegen der Aufgaben der Sparkassen eine – letztlich außerhalb des Bankwesens, des bürgerlichen Rechts und hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Sparkassen auch außerhalb des Kommunalrechts liegende – einheitliche und eigenständige Materie, die als solche der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder überantwortet sei, trifft nicht zu. Diese Auffassung übersieht, daß von den möglichen Regelungsgegenständen des Sparkassenrechts nur diejenigen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegen, die nicht bereits durch die Art. 73 ff. GG erfaßt und damit der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder von vornherein entzogen sind.

Der streitige Genehmigungsvorbehalt für die Errichtung von Zweigstellen freier Sparkassen ist mithin durch die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Landes Schleswig-Holstein nur gedeckt, wenn er auf einem nicht bereits von den Art. 73 ff. GG – insbesondere nicht von Art. 74 Nr. 11 und Nr. 1 GG – erfaßten Rechtsgebiet besteht. Das ist nicht der Fall.“<sup>63</sup>

„Auch die Statuierung einer Gewährträgerschaft ist der Zuständigkeit der Länder zuzuordnen und nicht dem Recht der Wirtschaft, für das der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat. Die Abgrenzung ist freilich – wie das Sparkassenrecht zeigt, das insofern eine parallele Problematik aufweist – anerkanntermaßen schwierig und umstritten. Auf dem Gebiete des Sparkassenwesens unterscheidet man das Sparkassenverfassungsrecht und Sparkassenorganisationsrecht als formelles Sparkassenrecht, das man der Gesetzgebung der Länder zuweist, vom materiellen Sparkassenrecht, das die Geschäftspolitik und Geschäftsführung der Sparkassen betrifft und nach Art. 74 Nr. 11 GG der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegt.“<sup>64</sup>

Gem. Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“. Der Bundesgesetzgeber hat gem.

---

Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 74 Rn. 130; *Braun Binder*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Werkstand: Lfg. 2/22, Mai 2022, Bearbeitungsstand: Lfg 1/19, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Rn. 14; *Andreas Thiele*, Finanzaufsicht, 2014, S. 280 f.; *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 99. Lfg. Sept. 2022, Art. 74 Rn. 251; vgl. auch *Broemel* (Fn. 45), Art. 74 Rn. 41: „Mit dem Bankwesen gemeint sind diejenigen vor allem aufsichtsrechtlichen Regelungen, die sich auf die Institute und ihre Aktivitäten beziehen. [...] Zur Regelungskompetenz zählen auch organisationsbezogene Regelungen mit Ausnahme der traditionell in die Landeskompentenz fallende Organisation der öffentlich-rechtlichen Institute wie Landesbanken und Sparkassen. In dem Maße, in dem der Bund unionsrechtliche Vorgaben, die auch Aspekte der Organisation betreffen für alle Kreditinstitute regelt, ist die Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Ausgestaltung der Organisation öffentlich-rechtlicher Institute allerdings gesperrt.“

<sup>63</sup> BVerwG, Urt. vom 14. Feb. 1984, Az. 1 C 81/78, juris, Rn. 47 f.; vgl. auch BGH, Urt. vom 16. Feb. 1984, Az. III ZR 196/82, juris, Rn. 17.

<sup>64</sup> BVerwG, Urt. vom 18. Dez. 1986, Az. 3 C 39/81, juris, Rn. 33.

Art. 72 Abs. 2 GG auf den Gebieten u.a. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG das Gesetzgebungsrecht, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“. Der Bundesgesetzgeber hat sich für das KWG darauf berufen, die bundeseinheitliche Regelung sei in diesem Sinne erforderlich, weil sonst die konkrete Gefahr bestehe, dass diese Zielvorgaben ohne eine bundeseinheitliche Regelung beeinträchtigt würden. Gemeint war damit im hier interessierenden Zusammenhang u.a. eine Neugestaltung der bankaufsichtlichen Regelungen im Sinne einer grundlegenden Neugestaltung des EU-Bankenaufsichtsrechts.<sup>65</sup>

Da es sich bei § 6 Abs. 1, § 52 KWG um Normen handelt, die ihre Grundlage in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG finden und die Bankenaufsicht im Verhältnis zu anderen staatlichen Aufsichten abschließend regeln,<sup>66</sup> besteht gem. Art. 72 Abs. 1 GG insoweit keine Gesetzgebungskompetenz der Länder mehr. Diese können im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 KWG, also soweit die hiernach der BaFin zugewiesene Aufsicht sachlich reicht, keine eigenen (parallelen, doppelten) Zuständigkeiten der Sparkassenaufsichten normieren.<sup>67</sup> § 52 KWG lässt sich auch nicht dahingehend verstehen, dass Aufsichtsrechte insoweit bestehen bleiben sollten, als diese zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KWG den Ländern oblagen<sup>68</sup> (und die Geschäftstätigkeit der Sparkassen erfassten). Dem steht die Absicht des Gesetzgebers entgegen, das Prinzip einer einheitlichen Bankenaufsicht zu begründen (s.o. (1)). „Auch Kreditinstituten unter Sonderaufsicht gegenüber sollten die Befugnisse nach dem KWG allein der Bankaufsichtsbehörde zustehen.“<sup>69</sup> Wenn § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG die Sparkassenaufsicht auf die Überprüfung der Einhaltung der „Gesetze“ bezieht, kann dies daher nicht auf die die Bankenaufsicht regelnden bundesrechtlichen Normen erstreckt werden. Vielmehr überzeugt die – allein dem Gebot geltungserhaltender bundesrechtskonformer Auslegung von Landesrecht<sup>70</sup> gerecht werdende – Annahme (s.o. b aa (2) (a)), dass sich der Landesgesetzgeber hiermit auf die Aufsicht über die Anwendung der spezifischen

---

<sup>65</sup> BT-Drs. 17/10974, S. 62.

<sup>66</sup> Vgl. für die Regelungen zu freien Sparkassen BVerwG, Urt. vom 14. Feb. 1984, Az. 1 C 81/78, juris, Rn. 30–35; *Lindemann* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 11; *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 27.

<sup>67</sup> Vgl. allg. nur *Kment* (Fn. 26), Art. 72 Rn. 6, 11 f.

<sup>68</sup> Vgl. *Ohler* (Fn. 10), § 32 Rn. 2.

<sup>69</sup> *Baldus* (Fn. 4), § 52 KWG, Rn. 8.

<sup>70</sup> BVerfG, Urt. vom 30. Juli 2008, Az. 1 BvR 3262/07 u.a., juris, Rn. 100, st. Rspr.

sparkassenrechtlichen Regelungen des Landesrechts (formelles Sparkassenrecht) beschränkt.

Dass es tatsächlich verschiedentlich in anderen Konstellationen zu einander überschneidenden Zuständigkeiten verschiedener Behörden kommen mag,<sup>71</sup> ändert nichts an den dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben zu den Gesetzgebungskompetenzen, die zu beachten sind. Jedenfalls das BVerwG geht im Übrigen auch vom Grundsatz der Unzulässigkeit behördlicher Doppelzuständigkeiten aus (s.u., d).<sup>72</sup>

### (3) Ergebnis

Der Bundesgesetzgeber hat mit den § 6 Abs. 1, § 52 KWG auf Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Normen geschaffen, die die Bankenaufsicht im Verhältnis zu anderen staatlichen Aufsichten abschließend regeln, sodass gem. Art. 72 Abs. 1 GG insoweit keine Gesetzgebungskompetenz der Länder mehr besteht, hierzu parallele Zuständigkeiten der Sparkassenaufsichten zu normieren.<sup>73</sup> Der Bundesgesetzgeber hat auch nicht etwa § 52 KWG als eine Öffnungsklausel zugunsten der Länder ausgestaltet, die es ihnen erlaubte, die Sparkassenaufsicht auch auf die Bankenaufsicht zu erstrecken. § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG ist daher dahingehend auszulegen, dass sich die Sparkassenaufsicht nur auf die Einhaltung der spezifischen sparkassenrechtlichen Normen erstreckt und jedenfalls nicht auf die der Bankenaufsicht unterliegenden.

### c) Zivilvertragliche Beziehungen als Gegenstand der Bankenaufsicht?

Möchte man trotz der soeben dargestellten guten Gründe, die für eine Beschränkung der Sparkassenaufsicht sprechen, davon ausgehen, dass die Sparkassenaufsicht die von der Bankenaufsicht zu gewährleistenden Normen (mit-)umfasst, ist weiter zu fragen, ob die Bankenaufsicht (anders als die Sparkassenaufsicht selbst, s.o. 1.) die Einhaltung der die vertraglichen Beziehungen zwischen den Kreditinstituten (den Sparkassen) und ihren Kunden regelnden zivilrechtlichen Vorschriften umfasst. Nur dann bestünde für die in Rede stehenden Maßnahmen der Sparkassenaufsicht (allgemeine Kontrolle der Vertragsbeziehungen,

---

<sup>71</sup> Vgl. *Oebbecke* (Fn. 8), S. 338; *Jestaedt*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 993.

<sup>72</sup> BVerwG, Urt. vom 4. Juli 1986, Az. 4 C 31/84, juris, Rn. 26.

<sup>73</sup> Vgl. allg. nur *Kment* (Fn. 26), Art. 72 Rn. 6, 11 f.



Vorgaben zur Umsetzung des Urteils des BGHs und der Aufsichtsmitteilung der BaFin) die erforderliche gesetzliche Grundlage.

#### **aa) Einzelvertragliche Beziehungen nicht Gegenstand der Aufsicht der BaFin**

Die Zulässigkeit eines derartigen Eingriffs der BaFin in die vertraglichen Beziehungen zwischen den Kreditinstituten und ihren Kunden wird in der juristischen Literatur zunächst einmal grundsätzlich mit überzeugender Begründung verneint: Zweck der staatlichen Bankenaufsicht sei es, durch präventive Überwachung der Institute die allgemeine Ordnung im Kreditwesen zu gewährleisten, die Funktionsfähigkeit des Kreditgewerbes zu wahren und die Bankgläubiger nach Möglichkeit vor Verlusten zu schützen. Die BaFin nehme ihre Aufgaben und Befugnisse dabei gem. § 4 Abs. 4 FinDAG nur im öffentlichen Interesse wahr, weshalb es „grundsätzlich nicht ihre Aufgabe [ist], bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Sparkasse und einem Kunden in einem Einzelfall (z. B. Abwicklung eines Kredites) aufsichtlich in die Rechtsbeziehung einzugreifen“<sup>74, 75</sup>.

Diese Beschränkung der Tätigkeit der BaFin wird auch mit Blick auf § 6 Abs. 2 f. KWG zu gelten haben. Hiernach hat die Bankenaufsicht „Missständen“ im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken, welche u.a. die „ordnungsmäßige Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen“ beeinträchtigen können; sie kann hierzu die erforderlichen Anordnungen treffen. Diesen Normen wird die Funktion zugewiesen, der BaFin den Erlass von Untersagungsverfügungen zumindest in solchen Fällen zu eröffnen,

---

<sup>74</sup> *Berger* (Fn. 7), § 25 Rn. 10 m.w.N. (allerdings vor Einfügung des § 4 Abs. 1a FinDAG) § 4 Abs. 4 FinDAG lautet: „Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr.“

<sup>75</sup> BGH, Urt. vom 20. Jan. 2005, Az. III ZR 48/01, juris, Rn. 27: „Der Gesetzgeber durfte ungeachtet der Möglichkeit des einzelnen, sich an die zuständige Behörde zu wenden, schon mit Rücksicht auf die unübersehbare Vielzahl von Einlegern – wie von Kunden im Versicherungsbereich – die Entscheidung treffen, daß privatrechtliche Ansprüche nicht geprüft und die Durchsetzung individueller Ansprüche nicht zu den Aufgaben der neu gebildeten Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gehört (vgl. BT-Drucks. 14/7033 S. 34).“ BVerwG, Urt. vom 15. Dez. 2010, Az. 8 C 37/09, juris, Rn. 17: „Hiernach nimmt die Beklagte ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr (so bereits § 6 Abs. 3 und später § 6 Abs. 4 KWG a.F.). Die Durchsetzung individueller Ansprüche fällt nicht in ihren Aufgabenbereich; privatrechtliche Ansprüche sind von ihr nicht zu prüfen (vgl. BTDrucks 14/7033 S. 34).“ Nach *Möllers* (Fn. 10), S. 321 m.w.N., war diese Frage vor Inkrafttreten von § 4 Abs. 1a FinDAG „geklärt“ und galt, „dass die BaFin über zivilrechtliche Gegenstände nicht zu entscheiden hatte und individuelle zivilrechtliche Ansprüche nicht durchsetzen durfte.“ Vgl. auch *Klöhn/Adam*, Grenzen des Verbraucherschutzes durch die BaFin – eine Untersuchung zu § 4 Abs. 1a FinDAG – Teil I, WM 2022, S. 1097 ff., Teil II, WM 2022, S. 1149, die darauf hinweisen, dass gem. § 6 Abs. 1 KWG die Aufsicht nur „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“, nicht hingegen nach Maßgabe des Zivilrechts ausgeübt werde.

in denen sich eine rechtswidrige Übung einzelner Institute oder der gesamten Branche zu entwickeln droht oder sich Schadensersatzpflichten eines Instituts ergeben können.<sup>76</sup>

Vorliegend sind diese Vorschriften allerdings nicht einschlägig. Bei § 6 Abs. 2 KWG handelt es sich um eine Norm, der das „Prinzip der konkreten Missstandsaufsicht [...] im Sinne der vorbeugenden Gefahrenabwehr für das Kredit- und Finanzdienstleistungswesen“<sup>77</sup> zugrunde liegt. Ob ein Missstand<sup>78</sup> vorliegt, soll sich zuvörderst nach den Gesetzen und Verordnungen des Kredit- und Finanzdienstleistungswesens bestimmen.<sup>79</sup> Nur ausnahmsweise sollen allgemeine Gesetze und Verordnungen, deren Beaufsichtigung der BaFin nicht speziell zugewiesen ist, den maßgeblichen Standard dann darstellen, „wenn und soweit die KWG-rechtlichen Schutzgüter auch dort zu den geschützten Rechtsgütern gehören“<sup>80</sup>. Dies soll aber „in der Regel bei allgemeinen zivilrechtlichen Normen außerhalb der handels- und gesellschaftsrechtlichen Institutsverfassung nicht der Fall sein“<sup>81</sup>.

Damit bilden die vorliegend in Rede stehenden Vorschriften des BGB (§§ 307 ff., § 675g BGB, s.o. 1.) keinen Gegenstand der Missstandsaufsicht nach § 6 Abs. 2 KWG.<sup>82</sup> Sie sind dem Gebiet des Verbraucherschutzes zuzuordnen<sup>83</sup> und unterfallen somit der zu § 6 Abs. 2, Abs. 3 KWG (wohl) speziellen<sup>84</sup> Norm des § 4 Abs.1a FinDAG, die einen eigenen Missstandsbegriff enthält und eine gesonderte Anordnungsbefugnis statuiert (hierzu sogleich, bb)).<sup>85</sup>

---

<sup>76</sup> *Bierschenk* (Fn. 6), S. 309.

<sup>77</sup> *Habetha/Schwennicke* (Fn. 46), Rn. 30.

<sup>78</sup> Beispiele bei *Schäfer* (Fn. 46), § 6 Rn. 51 ff.

<sup>79</sup> *Habetha/Schwennicke* (Fn. 46), Rn. 32.

<sup>80</sup> *Habetha/Schwennicke* (Fn. 46), Rn. 32.

<sup>81</sup> *Habetha/Schwennicke* (Fn. 46), Rn. 32; vgl. auch *Schäfer* (Fn. 46), § 6 Rn. 38–41; *Andreas Schäfer*, Das öffentlich-rechtliche Bankensystem, 2015, S. 185.

<sup>82</sup> So wohl auch *Klöhn/Adam* (Fn. 75), S. 1149.

<sup>83</sup> *Klöhn/Adam* (Fn. 75), S. 1151.

<sup>84</sup> *Ohler* (Fn. 10), § 32 Rn. 68.

<sup>85</sup> So wohl auch *Habetha/Schwennicke* (Fn. 46), Rn. 32, 40 f.; *Klöhn/Adam* (Fn. 75), S. 1149; vgl. auch *Schäfer* (Fn. 46), § 6 Rn. 58; für Spezialität des § 4 Abs. 1a FinDAG zu § 6 Abs. 2, Abs. 3 KWG im Ergebnis auch *Rott*, Thesen zur Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts durch die BaFin, WM 2019, S. 1189, 1195.

Im Ergebnis wären die zur Begutachtung gestellten Fragen zur Möglichkeit einer unmittelbar auf die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Sparkassen und ihren Kunden gerichteten Einflussnahme der Sparkassenaufsicht abermals zu verneinen. Weder kann sie diese einer allgemeinen Kontrolle unterwerfen, noch kann sie Vorgaben im Einzelfall machen, wie die Vertragsbeziehungen auszugestalten und wie Urteile des BGH umzusetzen sind.

#### **bb) Schutz kollektiver Verbraucherinteressen, § 4 Abs. 1a FinDAG**

Wegen der speziellen Norm des § 4 Abs. 1a FinDAG, wonach die BaFin innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz von kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet ist, könnte aber angenommen werden, dass die Bankenaufsicht auf die Einhaltung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen gerichtet ist, die die vertraglichen Beziehungen zwischen Sparkassen und ihren Kunden regeln und dem Verbraucherschutz zurechnen (sodass sie hierzu etwa Vorgaben zur Beachtung von einschlägigen Urteilen des BGH machen könnte).

Der im Jahr 2015 mit dem Kleinanlegerschutzgesetz eingefügte § 4 Abs. 1a FinDAG lautet:

„Die Bundesanstalt ist innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet. Unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen kann die Bundesanstalt gegenüber den Instituten und anderen Unternehmen, die nach dem Kreditwesengesetz, dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, dem Versicherungsaufsichtsgesetz, dem Wertpapierhandelsgesetz, dem Kapitalanlagegesetzbuch sowie nach anderen Gesetzen beaufsichtigt werden, alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint. Ein Missstand im Sinne des Satzes 2 ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe des Satzes 2 kann die Bundesanstalt auch im Wege verdeckter Testkäufe Finanzprodukte erwerben und Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen.“

Die nachfolgend dargestellte Diskussion zu der Frage, ob und inwieweit § 4 Abs. 1a FinDAG der BaFin Zugriff auf vertragliche Beziehungen eröffnet, ist in der juristischen Literatur nicht

abgeschlossen, höchstrichterliche Rechtsprechung existiert offenbar nicht, Rechtsprechung der Instanzgerichte nur sehr vereinzelt.<sup>86</sup>

(1) § 4 Abs. 1a FinDAG keine Grundlage für Eingriffe, die unmittelbar in zivilrechtliche Beziehungen erfolgen sollen

Wie bereits der Wortlaut der Bestimmung ausweist, ist die Verpflichtung der BaFin auf die „kollektiven“ Verbraucherinteressen und gerade nicht auf den Individualschutz, also den Schutz individueller Verbraucher als Kunden von Sparkassen bzgl. bestimmter zivilrechtlicher Verträge, bezogen. Die BaFin soll vielmehr eine „generelle Klärung“ im Interesse des Verbraucherschutzes herbeiführen und nicht Einzelfällen nachgehen, sondern Anordnungen treffen, um verbraucherschutzrelevante „Missstände“ zu verhindern oder zu beseitigen. Diese wiederum werden gesetzlich von vornherein dahin definiert, dass sie die Interessen „nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher“ beeinträchtigen oder gefährden können.

Auch nach § 4 Abs. 1a FinDAG lässt sich damit ein unmittelbar erfolgreicher Eingriff der BaFin in *einzelne* konkrete zivilrechtliche Beziehungen zwischen Sparkassen und ihren Kunden zum Schutz nur *individueller* Interessen im Ausgangspunkt nicht rechtfertigen, worauf auch die in § 4 Abs. 4 FinDAG vorgesehene Verpflichtung der BaFin, die sich ausschließlich auf die Verfolgung öffentlicher Interessen richtet, deutet.<sup>87</sup>

(2) § 4 Abs. 1a FinDAG Grundlage von Anordnungen gegenüber den Kreditinstituten

Allerdings sollen sich die nach § 4 Abs. 1a FinDAG zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen möglichen „Anordnungen“ der BaFin unmittelbar an Kreditinstitute richten und diesen ein bestimmtes Handeln in Bezug auf die mit ihren Kunden bestehenden Beziehungen aufgeben können („Ermächtigungsgrundlage mit Anordnungsbefugnis“<sup>88</sup>).<sup>89</sup> Wo die Grenzen zulässiger Wahrnehmung kollektiver Verbraucherschutzinteressen durch die BaFin in

---

<sup>86</sup> VG Frankfurt (Main), Urt. vom 24. Juni 2021, Az. 7 K 2237/20.F, juris; HessVGH, Urt. vom 30. April 2020, Az. 6 A 2149/18, juris, Rn. 96; zum Diskussionsstand vgl. etwa *Edelmann/Schultheiß/Hölldampf* (Fn. 10), S. 835 ff.; *Klöhn/Adam* (Fn. 75), S. 1150; *Möllers* (Fn. 10), S. 314 ff.

<sup>87</sup> Ebenso *Möllers* (Fn. 10), S. 319, 321: „Dies schließt es aus, Einzelverstöße zu beanstanden.“, „Verbot der behördlichen Intervention in individuelle private Rechtsgeschäftsbeziehungen.“; *Edelmann/Schultheiß/Hölldampf* (Fn. 10), S. 837.

<sup>88</sup> Gesetzesbegründung zum Kleinanlegerschutzgesetz, BT-Drs. 18/3994, S. 36.

<sup>89</sup> VG Frankfurt (Main), Urt. vom 24. Juni 2021, Az. 7 K 2237/20.F, juris, Rn. 20, 35; str., vgl. *Buck-Heeb* (Fn. 10), S. 147 m.w.N.: u.a. Verwaltungsakt, Allgemeinverfügung, Rundschreiben; *Klöhn/Adam* (Fn. 75),

Abgrenzung zu einem (wie dargestellt prinzipiell unzulässigen) Beitritt zum Individualrechtsschutz verlaufen,<sup>90</sup> ist derzeit offen.<sup>91</sup> Festzuhalten ist aber, dass sich die Aufsicht der BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG auch auf zivilrechtliche Beziehungen zwischen den Sparkassen und ihren Kunden erstrecken kann. Nimmt man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – an, dass die Sparkassen- auch die Bankenaufsicht erfasst, könnte man ersterer auch die Funktion zuweisen, Verbraucherschutzrecht zum Gegenstand zu nehmen.

#### d) Ausübung der Sparkassenaufsicht parallel zur BaFin?

Auch wenn angenommen wird, dass die Sparkassenaufsicht prinzipiell berechtigt sein soll, Verbraucherschutzrecht zu ihrem Gegenstand zu nehmen, ist vorliegend weiter zu prüfen, ob dies auch dann der Fall sein kann, wenn die BaFin bereits aufsichtlich tätig geworden ist; zu fragen ist also, ob sich die Sparkassenaufsicht an eine Anordnung der BaFin anschließen und zur Umsetzung derselben (bzw. zur Umsetzung einer hierin zum Gegenstand genommenen Entscheidung des BGH) Vorgaben machen oder sie ergänzen könnte.

---

S. 1150; für Verfassungswidrigkeit der Norm mit beachtlichen Argumenten *Möllers* (Fn. 10), S. 325. Als prominentes Beispiel gilt die „Allgemeinverfügung bezüglich Zinsanpassungsklauseln bei Prämienparverträgen“, die als Maßnahme nach § 4 Abs. 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz erlassen wurde;

hier abrufbar: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf\\_210621\\_allgvfg\\_Zinsanpassungsklauseln\\_Praemiensparvertraege.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_210621_allgvfg_Zinsanpassungsklauseln_Praemiensparvertraege.html).

Hierzu *Möllers* (Fn. 10), S. 320 ff.; weitere Beispiele von Anordnungen der BaFin im Bereich des Verbraucherschutzes bei *Klöhn/Adam* (Fn. 75), S. 1099 f.

<sup>90</sup> Nach *Edelmann/Schultheiß/Höldampf* (Fn. 10), S. 837, soll gelten, dass die Schwelle dann überschritten ist, wenn „die Verfügung [der BaFin] inhaltlich mit dem Anspruch, welchen der einzelne Verbraucher in einem zivilgerichtlichen Verfahren durchsetzen müsste (z. B. die Klage auf Zinsnachzahlung) kongruent ist. Je näher der Inhalt der aufsichtsrechtlichen Verfügung an ein theoretisches zivilrechtliches Klageziel heranrückt, desto mehr spricht das für die Einordnung als unzulässiges individualrechtsschützendes Primärziel der Maßnahme.“ Nach *Klöhn/Adam* (Fn. 75), S. 1152, besteht ein grundsätzlicher Vorrang der Zivil- vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit für zivilrechtliche verbraucherschutzrelevante Fragestellungen.

<sup>91</sup> Zu den sich hier für die BaFin ergebenden Problemen vgl. ausf. *Buck-Heeb* (Fn. 10), S. 147–150, Auszug (S. 147 f.): „Ungeeignet ist eine solche Anordnung, wenn es nicht um einen bloßen Klauselwegfall geht, sondern sich die Notwendigkeit einer Klauselersetzung ergibt. Dann ist eine bloße Unterlassungsanordnung aufgrund der zivilrechtlichen ‚Gegebenheiten‘ für den Verbraucher wenig hilfreich. Ein Beispiel hierfür sind Zinsanpassungsklauseln, bei deren Unzulässigkeit eine Vertragslücke entsteht. Hier hat zivilrechtlich keine der Parteien ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht, auch existiert keine Verhandlungspflicht. Vielmehr nimmt der (zivilgerichtliche) Trichter im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Bestimmung des Anpassungsmaßstabs und -modus vor. Dabei wird auf den hypothetischen Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgehoben. In anderen Konstellationen erfolgt bei einer Klauselunzulässigkeit eine gerichtliche Anpassung der Gegenleistungspflicht. Die Aufsichtsbehörde kann dagegen keine ergänzende Vertragsauslegung vornehmen und anordnen, welche ‚Ersatz-Klausel‘ zu gelten hat. Ausscheiden muss auch eine behördliche Anordnung zur Verhandlungspflicht der Parteien. Eine solche Anordnung wäre zu unbestimmt. Offen ist dabei schon, wer hier Verhandlungspartner des Instituts bzw. der Institute sein soll, da es nicht um den Individualrechtsschutz geht.“

Die dem Gutachtenauftrag zugrunde liegende Aufsichtsmitteilung<sup>92</sup>, die in Reaktion auf das Urteil des BGH vom 27. April 2021 erging und dieses ausdrücklich zum Ausgangspunkt nimmt,<sup>93</sup> lautet:

#### „Aufsichtsmitteilung

Erwartungshaltung der BaFin zur Umsetzung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 27. April 2021 (Az. XI ZR 26/20)

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 27. April 2021 eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einer Bank, die ohne inhaltliche Einschränkung die Zustimmung des Kunden zu Änderungen der AGB und Sonderbedingungen fingiert, für unwirksam erklärt.

Die Bedeutung sowie die Auswirkungen dieser Entscheidung sind erheblich, da die Unwirksamkeit nicht nur den Änderungsmechanismus als solchen, sondern auch sämtliche darauf beruhenden Vertragsänderungen erfasst. Neben der Frage der Entgeltänderung, erstreckt sich die Unwirksamkeit auch auf andere, auf dieser Grundlage vorgenommenen Vertragsänderungen und damit auf die Grundlage der Vertragsbeziehungen insgesamt.

Wegen der weitreichenden Folgen der Entscheidung sind viele Kundinnen und Kunden verunsichert. Dies zeigt sich auch anhand einer beträchtlichen Anzahl von Beschwerden bei den Verbraucherzentralen und der BaFin, die auf diesen Sachverhalt Bezug nehmen.

Die BaFin hat daher die folgende Erwartungshaltung an die gesamte Kreditwirtschaft:

Im Interesse der vielfach jahrzehntelang bestehenden Vertragsbeziehungen zwischen Kundinnen und Kunden und ihren Kreditinstituten ist es aus Sicht der BaFin geboten, offen, transparent und partnerschaftlich mit der Umsetzung der BGH-Entscheidung umzugehen. Dies gilt sowohl für die Schaffung einer wirksamen vertraglichen Grundlage für die Zukunft, als auch den Umgang mit berechtigten Rückforderungsverlangen der Kundinnen und Kunden hinsichtlich – mangels wirksamer vertraglicher Grundlage – zu Unrecht erhobener Entgelte.

---

<sup>92</sup> Hier abrufbar: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsmitteilung/2021/aufsichtsmitteilung\\_211026\\_Urteil\\_BGH\\_zu\\_AGB.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsmitteilung/2021/aufsichtsmitteilung_211026_Urteil_BGH_zu_AGB.html).

<sup>93</sup> Die Abweichung der Praxis der Kreditinstitute von einer einschlägigen Entscheidung des BGH vermag ein Einschreiten der BaFin zu begründen, vgl. nur *Bierschenk* (Fn. 6), S. 309 f.; *Buck-Heeb* (Fn. 10), S. 146 f.; Gesetzesbegründung zum Kleinanlegerschutzgesetz, BT-Drs. 18/3994, S. 36: „Ein Missstand liegt insbesondere dann vor, wenn ein Institut oder Unternehmen im Sinne des Satzes 2 eine einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Anwendung einer zivilrechtlichen Norm mit verbraucher-schützender Wirkung nicht beachtet. In Fällen, in denen die Bundesanstalt Kenntnis von systematischen oder gewichtigen Verstößen gegen verbraucher-schützende Rechtsvorschriften erhält und in absehbarer Zeit kein höchstrichterliches Urteil zu erwarten ist, hat sie ebenfalls die Möglichkeit einzuschreiten.“

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, Kundinnen und Kunden über die Entscheidung des BGH und deren Auswirkungen umfassend, klar und verständlich zu informieren. Hierfür können seitens der Kreditinstitute beispielsweise Hinweise auf den Kontoauszügen, Informationen über FAQ oder E-Mails erfolgen. Bestehende Unklarheiten auf Seiten der Kundinnen und Kunden können durch eine klare und verständliche Darstellung vermieden werden. Kundinnen und Kunden sollte eine konkrete Stelle bei den Kreditinstituten benannt werden, die sie zu Fragen zu den Auswirkungen der BGH-Entscheidung kontaktieren können. Dies soll allen Kundinnen und Kunden ermöglichen, sich direkt und unkompliziert mit Ansprechpersonen auszutauschen.

Um die Vertragsverhältnisse im Interesse der Rechtssicherheit zügig auf eine wirksame Grundlage zu stellen, haben einige Institute bereits persönliche Anschreiben an ihre Kundinnen und Kunden versandt und mit angemessener Frist um Zustimmung zu den neuen Vertragsgrundlagen gebeten. Ein solches Vorgehen ist aus Sicht der BaFin zu begrüßen.

Im Hinblick auf die Vielzahl vertraglicher Änderungen, mit denen die Kundinnen und Kunden nunmehr konfrontiert werden und denen sie zustimmen sollen, ist es geboten, den betroffenen Kundinnen und Kunden eine ausreichend bemessene Prüfungs- und Entscheidungsfrist einzuräumen. Insbesondere sind Kontosperrungen oder eine Sperrung des Zugangs zum Online-Banking zur Erlangung der Zustimmung bzw. Freischaltung des Zugangs nur bei Zustimmung zu den Vertragsänderungen nicht Ausdruck eines fairen Umgangs. Die Zustimmung der Kundinnen und Kunden sollte weder durch den Einsatz solcher oder anderer Maßnahmen unter Druck erreicht werden.

Gebühren und Entgelte, die im Hinblick auf die BGH-Entscheidung unwirksam sind, sind zukünftig – sofern keine gültige Vereinbarung mit den Kundinnen und Kunden getroffen wird – nicht mehr zu erheben.

Damit Kundinnen und Kunden prüfen können, ob sie von dem Urteil des BGH betroffen sind und ihnen ein Erstattungsanspruch zusteht, sind den Kundinnen und Kunden auf Anforderung alle erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, aus denen sich umfassend die in der Vergangenheit vorgenommenen sie betreffenden Änderungen ergeben. Dies betrifft insbesondere die Einführung bzw. Erhöhung von Gebühren und Entgelten mit den jeweiligen konkreten Stichtagen. Kundinnen und Kunden soll es durch eine vollständige Information ermöglicht werden, die Höhe der zu Unrecht erhobenen Gebühren und Entgelte im konkreten Fall zu berechnen.

Erstattungsverlangen der Kundinnen und Kunden sollten zeitnah umfassend geprüft und zu Unrecht erhobene Gebühren und Entgelte umgehend erstattet werden.

Die BaFin weist darauf hin, dass es den Kundinnen und Kunden zusteht, Erstattungsansprüche geltend zu machen. Die Ausübung dieses Rechts kann daher keine unmittelbare Kündigung der Geschäftsverbindung zur Folge haben.

Darüber hinaus geht die BaFin davon aus, dass für die vor und nach dem Urteil des BGH vom 27. April 2021 aufgrund des unwirksamen AGB-Änderungsmechanismus unrechtmäßig erhobene Entgelte Rückstellungen auf Basis der erwarteten Inanspruchnahme gebildet werden, um die Finanz- und Ertragslage ihres Instituts korrekt in der Bilanzierung auszuweisen.“

Die BaFin äußert gegenüber den betroffenen Kreditinstituten in Bezug auf die Kundenbeziehungen hiermit ihre „Erwartungshaltung“, dass die Institute ihre Kunden über das Urteil des BGH informieren und ihnen die für die Bewertung der Auswirkungen des Urteils auf die jeweilige vertragliche Beziehung erforderlichen Informationen umfassend zur Verfügung stellen, dass sie Ansprechpartner benennen, dass Angebote zu neuen Vertragsgrundlagen unterbreitet und mit angemessenen Fristen versehen werden, dass auf eine Sperrung des Kontos oder des Online-Bankings verzichtet wird und dass schließlich zukünftig unwirksame Gebühren und Entgelte nicht mehr erhoben werden.

Mit dieser Aufsichtsmitteilung wird aber eine etwa als Verwaltungsakt<sup>94</sup> durchsetzbare Anordnung<sup>95</sup> kaum vorliegen. Vielmehr werden Aufsichtsmitteilungen generell als ein „mildes Instrument des informellen Verwaltungshandelns“<sup>96</sup> qualifiziert.<sup>97</sup> Daher erschließt sich bereits nicht, dass die (Banken- bzw. die) Sparkassenaufsicht „Vorgaben“ (diesen soll im Sinne des Gutachtenauftrages offenbar rechtsverbindlicher Charakter zukommen) zur „Umsetzung“ dieser (bloßen) Aufsichtsmitteilung machen könnte.<sup>98</sup> In Betracht kämen wohl nur Nachfragen, wie mit der Aufsichtsmitteilung umgegangen wird (ansonsten wären verbindliche *neue* Anordnungen zu treffen).

Von dieser „vollzugstechnischen“ Fragestellung abgesehen ist weiter zu prüfen, ob der Aufsichtsmitteilung der BaFin nicht eine Sperrwirkung hinsichtlich nachfolgender aufsichtlicher Maßnahmen der Sparkassenaufsicht in derselben Angelegenheit (Anwendung derselben

---

<sup>94</sup> Vgl. VG Frankfurt (Main), Urt. vom 24. Juni 2021, Az. 7 K 2237/20.F, juris, Rn. 20, 35; Möllers (Fn. 10), S. 315, 325; Rott (Fn. 85), S. 1192.

<sup>95</sup> Vgl. Möllers (Fn. 10), S. 323: „Diese Entscheidung ist mit der behördlichen Titelfunktion unmittelbar durchsetzbar.“

<sup>96</sup> Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 10. Dez. 2021, Kollektiver Verbraucherschutz als Aufsichtsaufgabe der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, WD 4-3000-101/21, S. 6, hier abrufbar:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/877030/9b38baa2896b8128369cc48a10a16814/WD-4-101-21-pdf-data.pdf>.

<sup>97</sup> Auch nach Klöhn/Adam (Fn. 75), S. 1155, handelt es sich bei einer „Erwartungshaltung Zustimmungsfiktion“ um informelles Verwaltungshandeln der BaFin.

<sup>98</sup> Vgl. zu informellen Maßnahmen der BaFin Edelmann/Schultheiß/Höldampf (Fn. 10), S. 836.



rechtlichen Normen auf denselben Sachverhalt) zuzusprechen ist, da anderenfalls in einem konkreten Sachverhalt eine Vermengung des Handelns verschiedener (Bundes- und Landes-)Behörden entstünde. Eine derartige doppelte behördliche Zuständigkeit bei der Behandlung eines konkreten Sachverhalts wird wohl selbst von denjenigen Stimmen der juristischen Literatur nicht angenommen, die sich für eine konkurrierende behördliche Zuständigkeit zum Normvollzug aussprechen.<sup>99</sup> Das BVerwG hat richtigerweise schon die Frage, ob behördliche Doppelzuständigkeiten überhaupt zulässig sein sollen, grundsätzlich verneint und im Übrigen darauf hingewiesen, dass jedenfalls nur die Befassung einer einzigen Behörde – der erstzugreifenden – denkbar sei:

„Die gebotene Bestimmtheit der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung schließt es aus, daß verschiedene Behörden zur verbindlichen Regelung einer Frage nebeneinander zuständig sind. Einander widersprechende Regelungen eines Einzelfalls mit dem Anspruch der Verbindlichkeit könnten sonst nämlich nur durch die Bindung der anderen Behörde an die Entscheidung der erstbefaßten Behörde vermieden werden; das würde einen vom Gesetz nicht gewollten Zufallsfaktor in die Zuständigkeitsordnung hineinbringen.“<sup>100</sup>

Selbst wenn man also von der Zuständigkeit auch der Sparkassenaufsicht zum Vollzug des Bankenaufsichtsrechts ausgehen möchte, hat eine parallele Tätigkeit beider Aufsichtsbehörden in ein und demselben Fall auszuschneiden.<sup>101</sup> Hier zeigt sich im Übrigen abermals die Problematik der Annahme einer Doppelzuständigkeit: Wäre die Sparkassenaufsicht die erstbefasste Behörde (nähme sie sich also einer Angelegenheit als erste an), wäre der BaFin, die einen bundeseinheitlichen Vollzug sicherstellen soll und der gem. § 6 Abs. 1 KWG die Aufsichtskompetenz ausdrücklich zugewiesen ist, ein Tätigwerden nicht mehr möglich.

Im Ergebnis ist nach hier vertretener Ansicht die Sparkassenaufsicht selbst dann nicht berechtigt, den Sparkassen Vorgaben zur Umsetzung der Aufsichtsmitteilung der BaFin oder des Urteils des BGH zu machen, wenn man annimmt, die Sparkassenaufsicht könne sich

---

<sup>99</sup> Nach *Kemmler* (Fn. 1), S. 414 f., soll zu prüfen sein, ob und ggf. welche Maßnahmen die jeweils andere, parallel zuständige Aufsichtsbehörde ergriffen hat oder zu ergreifen beabsichtigt. So stünden die Aufsichten „parallel und [...] in einer Ergänzungsfunktion nebeneinander“.

<sup>100</sup> BVerwG, Urt. vom 4. Juli 1986, Az. 4 C 31/84, juris, Rn. 26.

<sup>101</sup> Schon deshalb kann auch nicht angenommen werden, die Sparkassenaufsicht sei über § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG dazu befugt, Anordnungen der BaFin als „aufsichtsbehördliche[] Anordnungen“ im Sinne der Norm umzusetzen.

grundsätzlich auch auf die Durchsetzung der Normen des Verbraucherschutzes nach § 4 Abs. 1a FinDAG beziehen.

### **III. Zusammenfassende Beantwortung der Fragen**

Die brandenburgische Sparkassenaufsicht ist nach hier vertretener Auffassung nicht berechtigt oder verpflichtet, die zwischen den Sparkassen und ihren Kunden bestehenden zivilrechtlich begründeten Vertragsbeziehungen zu kontrollieren oder Vorgaben zu machen, wie diese auszugestalten sind. Das gilt auch hinsichtlich der Berücksichtigung von Urteilen des Bundesgerichtshofes oder von Aufsichtsmitteilungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die solche Vertragsverhältnisse betreffen. Rechtsprechung zu dieser Frage existiert allerdings nicht. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Das Brandenburgische Sparkassengesetz (BbgSpkG) ermächtigt die Sparkassenaufsicht nicht zu Eingriffen in die zwischen den Sparkassen und ihren Kunden bestehenden vertraglichen Verpflichtungen. § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG, wonach sich die Aufsicht darauf erstreckt, dass Verwaltung und Geschäftsführung der Sparkassen den „Gesetzen“ entsprechen, bezieht sich nicht auf die Einhaltung der die vertraglichen Beziehungen der Sparkassen zu ihren Kunden regelnden Normen des Zivilrechts, sondern auf das landesgesetzliche Sparkassenverfassungs- und -organisationsrecht. Zur Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche steht den Sparkassenkunden der Gerichtsweg offen.

Ein derartiges Recht oder eine solche Pflicht der Sparkassenaufsicht wird auch nicht mit dem Kreditwesengesetz (KWG) oder dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) begründet. § 52 KWG, der das Verhältnis der von der BaFin wahrzunehmenden Bankenaufsicht zu sonstigen (Sonder-)Aufsichten regelt, sieht nur vor, dass die Sparkassenaufsicht neben der Aufsicht der BaFin über die Kreditanstalten, zu denen auch die Sparkassen rechnen, bestehen bleibt. Damit unterliegen die Sparkassen einer doppelten Aufsicht. § 52 KWG ermächtigt die Länder aber nicht im Sinne einer „Öffnungsklausel“ dazu, der Sparkassenaufsicht gesetzlich die Kompetenz zuzuweisen, neben der BaFin die Bankenaufsicht zu gewährleisten. Einer derartigen bundesgesetzlichen Öffnungsklausel bedürfte es nach hier vertretener Auffassung aber, da der Landesgesetzgeber selbst angesichts der im KWG erfolgten abschließenden bundesrechtlichen Regelung der Bankenaufsicht keine eigene Gesetzgebungskompetenz mehr besitzt, um der Sparkassenaufsicht eine solche Zuständigkeit zuzuweisen. Daher kann auch § 31 Abs. 1 Satz 1 BbgSpkG nicht, wie dies in Teilen der juristischen Literatur vertreten wird, dahin verstanden werden, dass die Sparkassenaufsicht

auch diejenigen „Gesetze“ erfasst, auf die sich bereits die Bankenaufsicht bezieht. Jedenfalls aber erstreckt sich diese ebenso wenig wie die Sparkassenaufsicht selbst auf die zwischen den Kreditinstituten und ihren Kunden bestehenden zivilvertraglichen Beziehungen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 4 Abs. 1a FinDAG, wonach die BaFin dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet ist und gegenüber den Kreditinstituten entsprechende Anordnungen treffen kann. Diese Norm gewährt der BaFin – nach hier vertretener Ansicht ohnehin nicht auch der Sparkassenaufsicht – im Ausgangspunkt eine Kompetenz zum Schutz *kollektiver* Verbraucherinteressen, nicht dagegen zum Schutz individueller Interessen einzelner Sparkassenkunden. Die Diskussion, ob bzw. wie weit die BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG (dennoch) Anordnungen gegenüber den Kreditinstituten treffen darf, die sich auf die Vertragsbeziehungen zwischen Sparkassen und ihren Kunden beziehen, ist aber noch nicht abgeschlossen. Auch wenn man daher annehmen möchte, dass der BaFin solche Anordnungen möglich sind *und* sich – entgegen der hier vertretenen Auffassung – die Sparkassenaufsicht auch auf die der Bankenaufsicht unterliegenden Gesetze erstreckt, kann jedenfalls die Sparkassenaufsicht nicht parallel zur BaFin tätig werden und etwa die vorliegend in Rede stehende Aufsichtsmitteilung der BaFin durch weitere Vorgaben umsetzen. Die hiermit einhergehende Doppelung behördlicher Zuständigkeiten in ein und demselben Fall ist nämlich mit Blick auf die notwendige Bestimmtheit der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung unzulässig.