

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

MICHAEL SENGER

KAPITALKONSOLIDIERUNG IM BANKKONZERN



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 33



PROF. DR. THEODOR BAUMS
PROF. DR. ANDREAS CAHN

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT

SENCKENBERGANLAGE 31

D-60054 FRANKFURT AM MAIN

TEL: +49 (0)69 / 798-28941

FAX: +49 (0)69 / 798-29018

(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))

Michael Senger

Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern

Institute for Law and Finance

WORKING PAPER SERIES NO. 33

11/ 2004

Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern

Von Dr. iur. Dipl.-Kfm. *Michael Senger*, Mannheim

Europäische Bankkonzerne sind nicht nur verpflichtet, konsolidierte Jahresabschlüsse zu erstellen, sie müssen seit Mitte der achtziger Jahre darüber hinaus ihr gesamtes regulatives Eigenkapital im Wege eines weiteren Konsolidierungsverfahrens ermitteln. Dieses Verfahren hat der deutsche Gesetzgeber im Kreditwesengesetz kodifiziert. Der folgende Beitrag erörtert offene Fragen, die sich bei Anwendung der kreditwesenrechtlichen Vorschriften über die Kapitalkonsolidierung stellen, und zeigt die Konsequenzen auf, die das Konsolidierungsverfahren auf die Geschäftsentwicklungsmöglichkeiten der Konzernunternehmen hat. Die anschließende Analyse der Zweckmäßigkeit des Verfahrens soll belegen, dass sich die Pflicht zur Durchführung einer besonderen bankaufsichtsrechtlichen Kapitalkonsolidierung kaum rechtfertigen lässt. Der Autor plädiert daher für deren Abschaffung und für die Einführung einer generellen Pflicht zur Unterlegung von Bank-an-Bank Beteiligungen mit Haftungsmitteln.

A. Einleitung

B. Angemessene Eigenmittel

C. Voll- und Quotenkonsolidierung

I. Vollkonsolidierung (§ 10a Abs. 6 KWG)

1. Geltungsbereich
2. Zusammenfassung der Eigenmittel
3. Zusammenfassung der weiteren maßgeblichen Positionen

II. Quotenkonsolidierung (§ 10a Abs. 7 KWG)

1. Geltungsbereich
2. Quotale Zusammenfassung

D. Konsolidierungs- und Abzugsverfahren

E. Konsequenzen der Kapitalkonsolidierung für die Geschäftsentwicklungsmöglichkeiten der gruppenangehörigen Unternehmen

F. Zweckmäßigkeit der kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung

I. Vermeidung der Mehrfachbelegung von Eigenmitteln?

1. Mechanismus der Mehrfachbelegung von Eigenmitteln
2. Europarechtlicher Hintergrund
3. Stellungnahme

II. Erfassung der Gruppe als Haftungsverbund?

1. Begriff "Haftungsverbund"

2. Gruppeninterne Haftungsbeziehungen

G. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

- I. Zweck der kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung
- II. Abschaffung der kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung
- III. Berücksichtigung gruppenspezifischer Haftungstatbestände
- IV. Vereinfachung der Erfassung beteiligungsbedingter Risiken
- V. Erfassung von Bankengruppen als wirtschaftliche Einheiten

A. Einleitung

Das an der Spitze eines Bankkonzerns stehende Kreditinstitut ist seit Inkrafttreten der 3. KWG-Novelle¹ verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Konzern insgesamt mit einem angemessenen haftenden Eigenkapital ausgestattet ist. Die damals in das Kreditwesengesetz eingefügten gruppenbezogenen Regelungen sind seither mehrfach, insbesondere durch die 5. und 6. KWG-Novelle² sowie durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz³ geändert worden. Sie beruhen ganz überwiegend auf Vorgaben des europäischen Gesetzgebers⁴.

Derzeit liegt ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Finanzkonglomerate-richtlinie⁵ vor⁶. Mit dem Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz sollen vor allem zusätzliche Regeln über die Mindestkapitalausstattung von Finanzgruppen eingeführt werden, deren angehörige Unternehmen sowohl in der Banken- und Wertpapierdienstleistungs- als auch in der Versicherungsbranche tätig sind (vgl. § 10b KWG RegE). Diese Regelungen lassen indessen die Anforderungen unberührt, die das Kreditwesengesetz an die Eigenmittelausstattung von Institutsgruppen

¹ Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1693 ff.

² Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und anderer Vorschriften über Kreditinstitute vom 28. September 1994, BGBl. I S. 2735 ff.; Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997, BGBl. I S. 2518 ff.

³ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 24. März 1998, BGBl. I S. 529 ff.

⁴ Vgl. insbesondere Art. 52 bis 56 der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG Nr. L 126 v. 26. 5. 2000, S. 1 ff. und Art. 7 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. EG Nr. L 141 v. 11. 6. 1993, S. 1 ff.

⁵ Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG und 93/22/EWG des Rates und der Richtlinien 98/78/EG und 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG Nr. L 35 v. 11. 2. 2003, S. 1 ff.

⁶ BegrRegE BR-Drucks. 433/04 vom 28. 5. 2004.

(§ 10a Abs. 2 KWG) und Finanzholding-Gruppen (§ 10a Abs. 3 KWG) stellt⁷. Lediglich der Begriff der Institutsgruppe und damit der Kreis der konsolidierungspflichtigen Unternehmen soll nunmehr auf horizontale Unternehmensgruppen erweitert werden (vgl. § 10a Abs. 2a, § 1 Abs. 21 KWG RegE). Im Schrifttum wurde allerdings bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts auch ohne ausdrückliche Regelung für die Einbeziehung derartiger Gleichordnungskonzerne in den kreditwesenrechtlichen Konsolidierungskreis plädiert⁸.

Anliegen dieses Beitrags ist es, das für Instituts- und Finanzholding-Gruppen geltende kreditwesenrechtliche Verfahren der Eigenmittelkonsolidierung zu erörtern und auf seine Zweckmäßigkeit zu untersuchen. Dazu werden zunächst Fragen diskutiert, die sich bei der Durchführung der Voll- und Quotenkonsolidierung nach § 10a Abs. 6 und 7 KWG stellen. Im Anschluss hieran wird auf das Verhältnis des Konsolidierungsverfahrens zu dem auf der Ebene des einzelnen Instituts geltenden Abzugsverfahren nach § 10 Abs. 6 KWG und auf die Auswirkungen der Konsolidierung auf die Geschäftsentwicklungsmöglichkeiten gruppenangehöriger Unternehmen eingegangen. Im anschließenden Teil soll gezeigt werden, dass das Konsolidierungsverfahren nicht von den Zwecken getragen wird, die ihm der Gesetzgeber zugrunde legt. Zunächst soll jedoch dargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen die Eigenmittelausstattung einer Instituts- oder Finanzholding-Gruppe als angemessen anzusehen ist.

B. Angemessene Eigenmittel

§ 10a Abs. 1 Satz 1 KWG bestimmt, dass Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen⁹ insgesamt angemessene Eigenmittel haben müssen. Die Angemessenheit der Eigenmittelausstattung ist nach § 10a Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 KWG anhand einer Zusammenfassung der Eigenmittel (§ 10 Abs. 2 Satz 1 KWG) und der weiteren nach § 10a Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 1 Satz 2 KWG i. V. m. § 3 GS I¹⁰ maßgeblichen Positionen der gruppenangehörigen Unternehmen zu beurteilen. Weitere maßgebliche Positionen in diesem Sinne sind Risikoaktiva (§ 4 Satz 2 GS I) und Marktrisikopositionen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 GS I).

Die Kapitalausstattung einer Gruppe ist angemessen, wenn die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 und 2 GS I genannten Relationen eingehalten sind. Das bedeutet im Einzelnen, dass

⁷ Vgl. BegrRegE BR-Drucks. 433/04 vom 28. 5. 2004, S. 76.

⁸ Vgl. dazu näher *Senger*, Bankenaufsicht, Unternehmensverbindungen und Bankengruppen, 2004, S. 256–262.

⁹ Zu dem Kreis der in die Konsolidierung einzubeziehenden gruppenangehörigen Unternehmen siehe ausführlich *Senger* (Fn. 8), S. 227–323.

¹⁰ Grundsätze über die Eigenmittel und die Liquidität der Kreditinstitute, Bekanntmachung Nr. 1/69 des Bundesaußsichtsamtes für das Kreditwesen vom 20. Januar 1969 (BANz. Nr. 17), in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Oktober 1997 (BANz. Nr. 210).

- das gesamte haftende Eigenkapital (§ 10 Abs. 2 Satz 2 KWG) einer Gruppe, das mindestens zur Hälfte aus Kernkapital (§ 10 Abs. 2a KWG) bestehen muss¹¹, 8 % der gesamten gewichteten Risikoaktiva nicht unterschreiten darf (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 GS I) und dass
- das gesamte haftende Eigenkapital abzüglich der Differenz zwischen dem gesamten haftenden Eigenkapital und der in Höhe von 8 % berücksichtigten Summe der gesamten gewichteten Risikoaktiva (sog. gesamte Risikoaktiva-Anrechnungsbeträge) zuzüglich der gesamten Drittrangmittel (§ 10 Abs. 2c KWG) mindestens 8 % der Summe der Anrechnungsbeträge für die Marktrisikopositionen aller gruppenangehörigen Unternehmen ausmachen muss (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 GS I).

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 2 Abs. 3 GS I sind von den jeweils übergeordneten Unternehmen einer Gruppe Gesamtkennziffern zu bilden, die die Relation zwischen den insgesamt anrechenbaren Eigenmitteln (Zähler) und der Summe aus den gewichteten Risikoaktiva und den mit 12,5 multiplizierten Anrechnungsbeträgen für die Marktrisikopositionen und Optionsgeschäfte (Nenner) angeben. Die Gesamtkennziffern sind gemäß § 10a Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 Satz 5 KWG in einem monatlichen Turnus bei der jeweils zuständigen Landeszentralbank einzureichen, die sie an die BaFin weiterleitet.

C. Voll- und Quotenkonsolidierung

I. Vollkonsolidierung (§ 10a Abs. 6 KWG)

1. Geltungsbereich

§ 10a Abs. 6 KWG regelt die Zusammenfassung der Positionen des übergeordneten Unternehmens und gegebenenfalls der an der Spitze einer Finanzholding-Gruppe stehenden Finanzholding-Gesellschaft sowie der nachgeordneten Unternehmen, die als Tochterunternehmen i. S. d. § 1 Abs. 7 KWG zu qualifizieren sind. Die Begrenzung der nachgeordneten Unternehmen auf den Kreis der Tochterunternehmen ist dem Wortlaut des § 10a Abs. 6 Satz 1 KWG zwar nicht zu entnehmen; dieser stellt allein auf die Zusammenfassung gruppenangehöriger Unternehmen (§ 10a Abs. 2 Satz 1 KWG) ab. Dass die Regelungen des § 10a Abs. 6 KWG nachgeordnete Unternehmen nur insoweit betreffen, als es sich um Tochterunternehmen handelt, ergibt sich aber im Umkehrschluss aus § 10a Abs. 7 Satz 1 KWG. Denn danach ist für nachgeordnete Unternehmen, die keine Tochterunternehmen sind, eine quotale Zusammenfassung vorgeschrieben¹².

¹¹ Vgl. § 10a Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 10 Abs. 2b Satz 2 KWG.

¹² Siehe hierzu unten, II.

2. Zusammenfassung der Eigenmittel

a) Addition

Die maßgeblichen Positionen der vorstehend genannten gruppenangehörigen Unternehmen sind nach § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG voll zu konsolidieren. Anteile anderer Gesellschafter sind dabei im Rahmen der Zusammenfassung der Eigenmittel gemäß § 10a Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 KWG einzubeziehen. Das bedeutet, dass die Höhe der Beteiligungsquote bei der Addition der Eigenmittel nach § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG keine Rolle spielt. Sobald ein Unternehmen als gruppenangehöriges Tochterunternehmen zu qualifizieren ist, sind dessen Eigenmittel in voller Höhe zu berücksichtigen. Dasselbe gilt allerdings auch bei der Erfassung seiner Risikopositionen.

Gruppenangehörige Unternehmen, die nach § 10 KWG auf der Ebene des einzelnen Instituts keine Eigenmittel auszuweisen haben, wie etwa Finanzunternehmen (§ 1 Abs. 3 KWG) oder Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdiensten (§ 1 Abs. 3c KWG), sind verpflichtet, diese zum Zweck der Konsolidierung zu ermitteln. Dasselbe gilt für im Ausland ansässige gruppenangehörige Unternehmen. Auch bei diesen sind für die Zusammenfassung die Eigenmittelbestandteile maßgeblich wie sie in § 10 KWG definiert sind¹³.

Wenn die Bestandteile der Eigenmittel auf der Ebene des einzelnen Instituts bestimmt sind, sind sie getrennt nach der jeweiligen Kategorie zu addieren. Die Addition ist vor etwaigen Kappungen des Ergänzungskapitals (§ 10 Abs. 2b KWG) und der Drittrangmittel nach § 10 Abs. 2b Satz 2 und 3 und § 10 Abs. 2c Satz 2 und 4 KWG vorzunehmen¹⁴. Das Ergänzungskapital und die Drittrangmittel sind in entsprechender Anwendung dieser Vorschriften erst auf der Ebene der Gruppe zu kappen. Das folgt aus § 10a Abs. 6 Satz 4 KWG.

b) Subtraktion

aa) Buchwertabzüge nach § 10a Abs. 6 Satz 3 und 4 KWG

Von den addierten Eigenmitteln sind getrennt nach dessen Bestandteilen gemäß § 10a Abs. 6 Satz 3 und 4 KWG gruppeninterne Kapitalüberlassungen abzuziehen, die auf der Ebene des einzelnen Instituts nach § 10 KWG als Eigenmittel gelten. Ohne Subtraktion würde derartiges Kapital bei den Eigenmitteln der Gruppe doppelt berücksichtigt werden. Dementsprechend sind nach § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 1 und Nr. 2 KWG nur solche Posten in Abzug zu bringen, die auf gruppenangehörige Unternehmen entfallen.

¹³ Vgl. *Beck/Samm*, KWG, Stand: Oktober 2004, § 10a Rn. 94; *Kokemoor*, Die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis in Deutschland nach der fünften Novelle zum KWG, 1997, S. 128 f.; *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 2. Aufl., 2004, § 10a Rn. 52.

¹⁴ Vgl. *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10a Rn. 54; *Dürselen*, ZBB 1997, 345, 355.

Nach § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 1 lit. a) und lit. b) i. V. m. Satz 4 KWG sind vom addierten Kernkapital die Buchwerte der Kapitalanteile und die Vermögenseinlagen stiller Gesellschafter abzuziehen. Soweit die Buchwerte der Kapitalanteile das Kapital und die Rücklagen der jeweiligen Tochterunternehmen übersteigen, ist ein Abzug nach Maßgabe der Sätze 6 und 7 des § 10a Abs. 6 KWG vorzunehmen¹⁵. Die längerfristigen nachrangigen Verbindlichkeiten sind von dem addierten ungekappten Ergänzungskapital 2. Klasse zu subtrahieren¹⁶. Genussrechtsverbindlichkeiten und nicht realisierte Reserven sind vom addierten ungekappten Ergänzungskapital insgesamt in Abzug zu bringen¹⁷, kurzfristige nachrangige Verbindlichkeiten von den addierten ungekappten Drittrangmitteln¹⁸.

bb) Buchwertabzüge nach § 10a Abs. 6 Satz 5 KWG

Besonderheiten im Hinblick auf die Höhe der Abzüge der Buchwerte und der nicht realisierten Reserven gelten unter den Voraussetzungen des § 10a Abs. 6 Satz 5 KWG. Danach sind die in § 10a Abs. 6 Satz 3 KWG genannten Posten von den jeweils addierten Eigenmittelbestandteilen nicht in voller, sondern lediglich in Höhe desjenigen Anteils in Abzug zu bringen, welcher der durchgerechneten Kapitalbeteiligung entspricht, wenn Beteiligungen über nicht gruppenangehörige Unternehmen vermittelt werden. Die durchgerechnete Beteiligungsquote ergibt sich bei einer zweistufigen Unternehmensverbindung aus dem Produkt der Beteiligungsquote der übergeordneten Gesellschaft an der Zwischengesellschaft und der Beteiligungsquote der Zwischengesellschaft an der nachgeordneten Gesellschaft.

Dem Gesetzeswortlaut ist nicht zu entnehmen, welche Unternehmen als Beteiligungsmittler in Betracht kommen. Da nach den Zusammenfassungsregeln des § 10a Abs. 6 KWG nachgeordnete Unternehmen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sie als Tochterunternehmen zu qualifizieren sind¹⁹, muss das vermittelnde nicht gruppenangehörige Unternehmen ebenfalls Tochterunternehmen sein. Denn nur dann kann es sich auch bei dem betreffenden Unternehmen um ein nachgeordnetes Tochterunternehmen i. S. d. § 10a Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 1 Abs. 7 Satz 1 KWG handeln²⁰. Gruppenfremde Tochterunternehmen sind Tochterunternehmen, die nicht der Banken- und Wertpapierdienstleistungsbranche angehören.

Zur Bestimmung der für die Abzugshöhe maßgeblichen durchgerechneten Quote sind die Quote der Beteiligung desjenigen gruppenangehörigen Unternehmens, das an dem vermittelnden gruppen-

¹⁵ Siehe hierzu unten, c).

¹⁶ Vgl. § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 1 lit. d) i. V. m. Satz 4 KWG.

¹⁷ Vgl. § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 1 lit. c), Nr. 2 i. V. m. Satz 4 KWG.

¹⁸ Vgl. § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 1 lit. e) i. V. m. Satz 4 KWG.

¹⁹ Siehe oben, 1.

²⁰ Siehe hierzu *Senger* (Fn. 8) S. 235-239 und S. 266-269.

fremden Tochterunternehmen unmittelbar beteiligt ist, und die Quote der Beteiligung des gruppenfremden Unternehmens an dem betreffenden Unternehmen miteinander zu multiplizieren. Auf Verbindungen zu weiteren Unternehmen bezieht sich die Durchrechnung nicht, es sei denn die Beteiligung an dem betreffenden Unternehmen wird über mehr als ein gruppenfremdes Unternehmen vermittelt. In diesem Fall ist die Durchrechnung entsprechend zu erweitern. Soweit ein gruppenangehöriges Unternehmen an dem betreffenden Unternehmen darüber hinaus *unmittelbar* beteiligt ist, ist diese Beteiligungsquote der durchgerechneten Kapitalbeteiligung in vollem Umfang hinzuzurechnen.

Das Abstellen auf die durchgerechnete Kapitalbeteiligung in § 10a Abs. 6 Satz 5 KWG ist für Bankengruppen von Vorteil. Während nämlich die Eigenmittelpositionen des betreffenden gruppenangehörigen Unternehmens bei der Zusammenfassung nach § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG in vollem Umfang hinzuaddiert werden, sind die Positionen i. S. d. § 10a Abs. 6 Satz 3 KWG lediglich in Höhe der durchgerechneten Kapitalbeteiligung in Abzug zu bringen. Je höher der Kapitalanteil außenstehender Gesellschafter an dem vermittelnden nicht gruppenangehörigen Unternehmen und je geringer dessen Anteil an dem betreffenden Unternehmen ist, desto niedriger ist die durchgerechnete Kapitalbeteiligung und desto höher sind damit im Ergebnis die Eigenmittel der Gruppe²¹.

Eine Begründung für diese Privilegierung, die sich in einer geringeren Belastung der Eigenmittel der Gruppe niederschlägt, ist in den Gesetzesmaterialien nicht ausfindig zu machen. Der Gesetzgeber scheint offenbar davon auszugehen, dass die Realisierung gruppeninterner Ansteckungsgefahren geringer ist, wenn gruppenfremde Tochterunternehmen innerhalb einer Bankengruppe als Beteiligungsmittler fungieren²². Unter Ansteckungsgefahr ist die Gefahr zu verstehen, dass ein beteiligtes Institut durch finanzielle Schwierigkeiten oder durch die Insolvenz eines Beteiligungsunternehmens Vermögensverluste erleidet, die die Solidität des Instituts in Gefahr bringen. In der Bankenbranche ist die Gefahr einer solchen beteiligungsbedingten Ansteckung besonders hoch, da Banken ihre Aktiva durch die Hereinnahme von Einlagen überwiegend fremd finanzieren und demzufolge mit hohen Fremdkapitalquoten operieren²³.

c) *Aktivische Unterschiedsbeträge*

aa) *Begriff*

§ 10a Abs. 6 Satz 6 und 7 KWG befassen sich mit der Behandlung aktivischer Unterschiedsbeträge. Ein aktivischer Unterschiedsbetrag entsteht, wenn der Buchwert einer Beteiligung in der Bilanz des beteiligten Unternehmens höher ist als das in der Bilanz des Beteiligungsunternehmens ausgewie-

²¹ Vgl. *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 100; *Kokemoor* (Fn. 13), S. 131.

²² Ähnlich *Kokemoor* (Fn. 13), S. 131.

²³ Näher dazu *Senger* (Fn. 8), S. 64-66.

sene auf das beteiligte Unternehmen entfallende Eigenkapital²⁴. Eine solche Differenz ergibt sich, wenn die zu bilanzierenden Anschaffungskosten für den Erwerb einer Beteiligung aufgrund von stillen Reserven des Beteiligungsunternehmens und aufgrund eines etwaigen Geschäfts- oder Firmenwerts das anteilige Eigenkapital übersteigen²⁵. Der Geschäfts- oder Firmenwert enthält Ertrags-erwartungen, die über den Zeitwert der Vermögensgegenstände und Schulden hinausgehen²⁶.

bb) Ermittlung der aktivischen Unterschiedsbeträge i. S. d. § 10a Abs. 6 KWG

§ 10a Abs. 6 Satz 6 KWG definiert den Unterschiedsbetrag scheinbar abweichend von diesem im Konzernbilanzrecht gebräuchlichen Verständnis. Nach der alten Fassung des § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG (seinerzeit Satz 4 bzw. Satz 5), die bis zum Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle galt, war der Buchwert einer Beteiligung ausdrücklich mit dem *anteiligen* Kapital und den *anteiligen* Rücklagen des Beteiligungsunternehmens zu verrechnen. § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG stellt demgegenüber auf den nach § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG zusammenzufassenden Teil des Kapitals und der Rücklagen des Beteiligungsunternehmens ab. Nach dieser Vorschrift sind nicht nur die anteiligen, sondern die gesamten Eigenmittel einschließlich der Anteile anderer Gesellschafter zusammenzufassen. Eine wortlautgetreue Anwendung von § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG hätte daher zur Folge, dass bei der Ermittlung der Unterschiedsbeträge den Beteiligungsbuchwerten unabhängig von der Beteiligungsquote das gesamte bilanzielle Eigenkapital des Beteiligungsunternehmens gegenüberzustellen wäre. Damit wären zwei nicht miteinander vergleichbare Größen zu verrechnen, falls die Beteiligungsquote unter 100 % läge²⁷.

Wenn man dementsprechend bei der Bestimmung aktivischer Unterschiedsbeträge tatsächlich das gesamte Eigenkapital des nachgeordneten Unternehmens zu Grunde legen würde²⁸, würden aktivische Unterschiedsbeträge bei Beteiligungen von unter 100 % entweder überhaupt nicht entstehen oder zumindest erheblich geringer ausfallen als bei der Verrechnung der Beteiligungsbuchwerte mit dem jeweils anteiligen Eigenkapital. Konsequenz hiervon wäre, dass die Buchwerte der Kapitalanteile sofort nach § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 1 lit. a) KWG in vollem Umfang in Abzug zu bringen wären und die Sonderregeln des § 10a Abs. 6 Satz 6 und 7 KWG, die aus Sicht der Kreditwirtschaft eine erhebliche Begünstigung bedeuten, kaum zur Anwendung kämen.

²⁴ Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 10/1441 vom 14. 5. 1984, S. 28; *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10a Rn. 72; *Dürselen*, ZBB 1997, 345, 355; *Reischauer/Kleinhans*, KWG, Stand: Oktober 2004, § 10a Rn. 12.

²⁵ Vgl. *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 101; *Arnold/Boos*, *Die Bank* 1998, 588; *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht November 1994, S. 59, 63.

²⁶ Vgl. *Arnold/Boos*, *Die Bank* 1998, 588; *Förschle/Hoffmann*, in: *Beck Bilkomm.*, 5. Aufl., 2003, § 309 HGB Rn. 5.

²⁷ Vgl. *Schaber*, *Bankenaufsicht und Kapitalkonsolidierung – Eine Konfrontation handelsrechtlicher Normen mit bankaufsichtlichen Erfordernissen*, 2000, S. 94.

²⁸ So etwa *C&L Deutsche Revision*, 6. KWG-Novelle und neuer Grundsatz I, 1998, S. 125; *Schaber* (Fn. 27), S. 94.

Die Bestimmung von Unterschiedsbeträgen bei einer Kapitalkonsolidierung macht bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur dann Sinn, wenn die Beteiligungsbuchwerte dem anteiligen Kapital und den anteiligen Rücklagen gegenübergestellt werden. Andernfalls würden Anteile des Eigenkapitals der Untergesellschaft Berücksichtigung finden, die in den bei der Obergesellschaft bilanzierten Anschaffungskosten nicht enthalten sind.

Im Schrifttum wird ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass die Sonderregeln des § 10a Abs. 6 Satz 6 und 7 KWG für den Unterschiedsbetrag aus Beteiligungsbuchwert und *anteiligem* Eigenkapital des Beteiligungsunternehmens Geltung beanspruchen²⁹. Diese Art der Berechnung ist zu befürworten. Eine Klarstellung in § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG wäre allerdings wünschenswert.

cc) Bankaufsichtsrechtliche Behandlung

(1) Regelung des § 10a Abs. 6 Satz 6 und 7 KWG

Aktivische Unterschiedsbeträge sind gemäß § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG hälftig vom Kern- und Ergänzungskapital der Gruppe abzuziehen. Der Abzug vom Ergänzungskapital ist vor den Kappungen nach § 10 Abs. 2b Satz 2 und 3 KWG vorzunehmen³⁰. Nach § 10a Abs. 6 Satz 7 KWG kann der Abzug auf zehn Jahre verteilt werden, wobei im Jahr des Beteiligungserwerbs von einem Abzug vollständig abgesehen werden kann und anschließend ein jeweils um ein Zehntel ansteigender Betrag in Abzug zu bringen ist³¹.

Der jeweils nicht abgezogene Teil des aktivischen Unterschiedsbetrags ist wie eine Beteiligung an einem gruppenfremden Unternehmen zu behandeln. Er ist damit gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 i. V. m. § 4 Satz 1 Nr. 1, § 7 Nr. 7 GS I zu 8 % mit haftendem Eigenkapital der Gruppe zu unterlegen³². Durch den auf zehn Jahre gestreckten Abzug erhalten Bankengruppen die Möglichkeit, die mit dem Abzug aktivischer Unterschiedsbeträge verbundene Kapitalbelastung durch die Bildung von Rücklagen im Wege der Gewinnthesaurierung des Beteiligungsunternehmens zu kompensieren³³. Dementsprechend ist der aktivische Unterschiedsbetrag seit Inkrafttreten des Dritten Finanzmarktförderungsgesetzes dynamisiert worden³⁴. Das heißt, dass der Unterschiedsbetrag in jeder Periode neu zu berechnen ist und dass nicht mehr auf denjenigen Betrag abgestellt wird, der „sich bei erstmaliger Einbeziehung der Beteiligung in die Zusammenfassung ergibt“³⁵.

²⁹ Vgl. *Arnold/Boos*, Die Bank 1998, 588; *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 101; *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 12.

³⁰ Vgl. *BegrRegE BT-Drucks. 13/8933* vom 6. 11. 1997, S. 177; *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 103; *Arnold/Boos*, Die Bank 1998, 588, 591; *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10a Rn. 74.

³¹ Vgl. *BegrRegE BT-Drucks. 13/8933* vom 6. 11. 1997, S. 177 f.; *Beck/Samm*, (Fn. 13), § 10a Rn. 102.

³² Vgl. *Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drucks. 13/9874* vom 11. 2. 1998, S. 141.

³³ Vgl. *BegrRegE BT-Drucks. 13/8933* vom 6. 11. 1997, S. 177; *Arnold/Boos*, Die Bank 1998, 588.

³⁴ Vgl. *Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drucks. 13/9874* vom 11. 2. 1998, S. 141.

³⁵ So die Formulierung in § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG a. F.

(2) *Europarechtliche Vorgaben*

§ 10a Abs. 6 Satz 7 KWG ist nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung nicht richtlinienkonform³⁶. Derjenige Anteil des aktivischen Unterschiedsbetrags, der auf den Geschäfts- oder Firmenwert entfalle, sei sofort vom Kernkapital der Gruppe abzuziehen. Der nur ratierliche Abzug des good will verstoße gegen Art. 34 Abs. 2 Nr. 10 der Richtlinie 2000/12/EG³⁷ i. V. m. Art. 4 Nr. 9 der Richtlinie 86/635/EWG³⁸.

Art. 34 Abs. 2 der Richtlinie 2000/12/EG bestimmt in den Nrn. 1 bis 8 die Höchstzahl der Bestandteile des Eigenmittelbegriffs und in den Nrn. 9 bis 13 die Bestandteile, die zwingend abzugs pflichtig sind³⁹. Nach Art. 34 Abs. 2 Nr. 10 der Richtlinie 2000/12/EG i. V. m. Art. 4 Nr. 9 der Richtlinie 86/635/EWG ist der Geschäfts- oder Firmenwert von den Eigenmitteln in Abzug zu bringen. Das deutsche Aufsichtsrecht sieht dementsprechend gemäß § 10 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 KWG einen sofortigen Abzug immaterieller Vermögensgegenstände vom Kernkapital vor. Um diese Vorgaben zu erfüllen, möchten *Reischauer/Kleinhans* aktivische Unterschiedsbeträge i. S. d. § 10a Abs. 6 Satz 6 KWG in Geschäfts- oder Firmenwerte und nicht realisierte Reserven zerlegen und die Option des ratierlichen Abzugs nach § 10a Abs. 6 Satz 7 KWG nur auf den Teil des aktivischen Unterschiedsbetrags beschränken, der auf nicht realisierte Reserven entfällt⁴⁰.

Art. 34 Abs. 2 der Richtlinie 2000/12/EG umfasst seinem Wortlaut nach ausdrücklich die Bestandteile der *nicht konsolidierten Eigenmittel* von Kreditinstituten. Um die Eigenmittel auf der Ebene des einzelnen Instituts geht es im Rahmen der Frage nach der Behandlung aktivischer Unterschiedsbeträge zwar nicht. Diese können nur bei einer Konsolidierung entstehen. Für die Berechnung der Eigenmittel auf konsolidierter Basis sind jedoch gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 34 Abs. 2 der Richtlinie 2000/12/EG dieselben Bestandteile maßgeblich wie auf der Ebene des einzelnen Instituts. Art. 37 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2000/12/EG erweitert den Kreis der tauglichen Eigenmittelkomponenten für die Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis um vier zusätzliche Bestandteile. Dazu zählen insbesondere passive Unterschiedsbeträge i. S. d. Artt. 19, 30, 31 der Richtlinie 83/349/EWG⁴¹, nicht aber aktivische. Diese sind nach Art. 37 Abs. 2 der Richtlinie 2000/12/EG bei der Berechnung der konsolidierten Eigenmittel *in voller Höhe* in Abzug zu bringen.

³⁶ Vgl. *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 12; dagegen *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10a Rn. 74.

³⁷ Fn. 4.

³⁸ Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986 über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Banken und anderen Finanzinstituten, ABl. EG Nr. L 372 v. 31. 12. 1986, S. 1 ff.

³⁹ Vgl. Art. 34 Abs. 3 der Richtlinie 2000/12/EG.

⁴⁰ Vgl. *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 12.

⁴¹ Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß, ABl. EG Nr. L 193 v. 18. 7. 1983, S. 1 ff.

(3) *Stellungnahme*

Die europäische Vorgabe, nach der aktivische Unterschiedsbeträge voll umfänglich abzugspflichtig sind, überrascht. Denn sie schreibt im Ergebnis eine Minderung der gesamten Eigenmittel vor, obwohl aktivische Unterschiedsbeträge auch Positionen umfassen, die nicht auf gruppeninternen Verflechtungen beruhen und die als Eigenmittelbestandteile vom europäischen Gesetzgeber anerkannt sind. So kann ein Teil der in den Unterschiedsbeträgen enthaltenen nicht realisierten Reserven als Ergänzungskapital nach § 10 Abs. 2b Satz 1 Nr. 6 und 7 KWG⁴² zur Unterlegung von Risikopositionen verwendet werden. Dieser Teil wird im Rahmen der Addition der Eigenmittel nach § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG hinzugerechnet; er ist auch nicht nach § 10a Abs. 6 Satz 3 Nr. 2 KWG abzugspflichtig, soweit er nicht auf gruppenangehörige Unternehmen entfällt. Eine Reduktion der Eigenmittel um diese Beträge aufgrund der Abzugsverpflichtung aktivischer Unterschiedsbeträge ist daher nicht nachvollziehbar.

Konsequent ist allerdings der Abzug der weiteren Komponenten von aktivischen Unterschiedsbeträgen. Hierzu zählen der *good will* und die nicht als Eigenmittel anerkannten stillen Reserven. Wenn diese Bestandteile nicht in Abzug gebracht würden, fänden sie im Rahmen der Zusammenfassung der Eigenmittel gemäß § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG Berücksichtigung und könnten zur Unterlegung von Risikopositionen verwendet werden, obwohl der europäische Gesetzgeber sie nicht für anrechnungswürdig hält.

Der deutsche Gesetzgeber ist trotz der in diesem Zusammenhang nicht gänzlich nachvollziehbaren Vorgaben von Seiten des europäischen Gesetzgebers verpflichtet, Art. 37 Abs. 2 der Richtlinie 2000/12/EG in nationales Recht zu transformieren. Mit der Regelung des § 10a Abs. 6 Satz 7 KWG kommt er seiner Umsetzungsverpflichtung nicht nach. Sie ist daher insgesamt und nicht nur in Bezug auf den *good will*⁴³ nicht richtlinienkonform.

3. Zusammenfassung der weiteren maßgeblichen Positionen

Die weiteren nach den Regeln des Grundsatz I maßgeblichen Positionen sind ebenfalls gemäß § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG zusammenzufassen. Zu unterscheiden ist die Zusammenfassung von Risikoaktiva und die von Markttrisikopositionen.

⁴² Die Einbeziehung der nicht realisierten Reserven beruht auf Art. 34 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. Art. 35 Abs. 1 der Richtlinie 2000/12/EG, vgl. BegrRegE BT-Drucks. 12/3377 vom 8. 10. 1992, S. 24; dazu *Kokemoor*, in Beck/Samm (Fn. 13), § 10 Rn. 138.

⁴³ So *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 12.

a) Risikoaktiva

Die gewichteten Risikoaktiva i. S. d. §§ 4, 6 bis 13 GS I der gruppenangehörigen Unternehmen sind in voller Höhe zu addieren⁴⁴. Die Vorgaben des Grundsatz I gelten in Bezug auf die Addition der gewichteten Risikoaktiva auch für im Ausland ansässige gruppenangehörige Unternehmen⁴⁵.

Positionen, die nach § 10a Abs. 6 KWG von den addierten Eigenmitteln abzuziehen sind, sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 GS I nicht zu berücksichtigen. Denn sie sind bereits aufgrund des Abzugs durch Eigenmittel der Gruppe abgedeckt. Adressenausfallpositionen, die sich aus Rechtsverhältnissen zwischen gruppenangehörigen Unternehmen ergeben, sind gemäß § 10a Abs. 6 Satz 8 KWG ebenfalls wegzulassen. Derartige Positionen sind aus Sicht der Gruppe nicht mit Ausfallrisiken behaftet.

b) Marktrisikopositionen

Darüber hinaus ist gemäß § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG die Summe der Anrechnungsbeträge für die Marktrisikopositionen und Optionsgeschäfte aller gruppenangehörigen Unternehmen zu bilden. Gruppenangehörige Unternehmen mit Sitz im Ausland können dabei gemäß § 3 Abs. 2 GS I die in dem jeweiligen Sitzland geltende Marktrisikoregelung anwenden, sofern diese auf den Vorgaben der Richtlinie 93/6/EWG⁴⁶ oder auf der Eigenkapital-Übereinkunft des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht beruht.

Marktrisikobehaftete Aktiv- und Passivposten verschiedener gruppenangehöriger Unternehmen dürfen gemäß § 10a Abs. 6 Satz 9 KWG grundsätzlich nicht miteinander verrechnet werden; auch sie sind zu addieren⁴⁷. Eine Addition von Aktiv- und Passivposten ist selbst dann vorzunehmen, wenn eine offene Aktiv- oder Passivposition durch eine gegenläufige Passiv- oder Aktivposition vollständig geschlossen wird. Denn ohne eine gruppenweite zentrale Risikosteuerung wird die Schließung einer offenen Marktrisikoposition eines gruppenangehörigen Unternehmens durch ein anderes gruppenangehöriges Unternehmen lediglich zufällig erzielt⁴⁸. Nach § 10a Abs. 6 Satz 9 KWG ist eine Verrechnung entgegengesetzter Positionen verschiedener gruppenangehöriger Unternehmen nur gestattet, wenn diese in die zentrale Risikosteuerung des übergeordneten Unternehmens einbezogen sind, die Eigenmittel in der Gruppe angemessen verteilt sind und es bei nachgeordneten Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten gewährleistet ist, dass die örtlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften den freien Kapitalverkehr zu anderen gruppenangehörigen Unternehmen nicht behin-

⁴⁴ Vgl. *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10a Rn. 60.

⁴⁵ Vgl. *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10a Rn. 62; *Dürselen*, ZBB 1997, 345, 360.

⁴⁶ Fn. 4.

⁴⁷ Vgl. *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 11.

⁴⁸ Vgl. *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 11.

dem⁴⁹.

II. Quotenkonsolidierung (§ 10a Abs. 7 KWG)

1. Geltungsbereich

Nach § 10a Abs. 7 KWG sind nachgeordnete Unternehmen, die keine Tochterunternehmen sind, quotaal zu konsolidieren. Hierzu zählen ausschließlich solche Institute und Finanzunternehmen, die nach § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG der Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis freiwillig unterworfen werden. Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. § 10a Abs. 4 KWG erfüllen stets die Voraussetzungen des § 1 Abs. 7 Satz 1 Halbs. 2 KWG⁵⁰. Sie sind daher gemäß § 10a Abs. 6 KWG als Tochterunternehmen in die Konsolidierung einzubeziehen.

2. Quotale Zusammenfassung

Das übergeordnete Unternehmen einer Instituts- oder Finanzholding-Gruppe hat nach § 10a Abs. 7 Satz 1 KWG seine Eigenmittel und seine weiteren maßgeblichen Positionen mit den Eigenmitteln und den weiteren maßgeblichen Positionen der nachgeordneten Unternehmen jeweils quotaal in Höhe desjenigen Anteils zusammenzufassen, der seiner Kapitalbeteiligung an dem nachgeordneten Unternehmen entspricht. Die Bestimmung der Eigenmittelbestandteile der nachgeordneten Unternehmen richtet sich gemäß § 10a Abs. 7 Satz 2 i. V. m. Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 KWG nach § 10 KWG, die der weiteren maßgeblichen Positionen mit Ausnahme der Marktrisikopositionen und Optionsgeschäfte ausländischer nachgeordneter Unternehmen i. S. d. § 3 Abs. 2 GS I nach den Regeln des Grundsatz I. Adressenausfallpositionen, die sich aus Rechtsverhältnissen zwischen gruppenangehörigen Unternehmen ergeben, sind gemäß § 10a Abs. 7 Satz 2 i. V. m. Abs. 6 Satz 8 KWG in voller Höhe zu eliminieren⁵¹.

Unklar ist demgegenüber, in welcher Höhe die Eigenmittel und die weiteren maßgeblichen Positionen zusammenzufassen sind. Dem Wortlaut nach kommt es auf die Quote der Kapitalbeteiligung an, die *das übergeordnete Unternehmen* an dem nachgeordneten Unternehmen hält. § 10a Abs. 7 Satz 1 KWG stellt nämlich auf diejenige Quote ab, die „seiner“ Kapitalbeteiligung entspricht, wobei sich das Possessivpronomen auf das übergeordnete Unternehmen bezieht. Die Bestimmung der Quote ist solange unproblematisch, wie ausschließlich das übergeordnete Unternehmen an den in Frage stehenden Unternehmen unmittelbar beteiligt ist. Sobald aber ein anderes gruppenangehöriges Unternehmen die Kapitalbeteiligung unmittelbar hält, stellt sich die Frage, ob die bis zum über-

⁴⁹ Vgl. hierzu den 3. Teil der Verlautbarung des BAK vom 23. 10. 1995, Mindestanforderungen an das Betreiben von Handelsgeschäften der Kreditinstitute; vgl. auch Boos, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 13), § 10a Rn. 68 f.; Reischauer/Kleinhans (Fn. 24), § 10a Rn. 11; Schulte-Mattler, Die Bank 1996, 145 ff.

⁵⁰ Siehe hierzu Senger (Fn. 8), S. 292-300.

⁵¹ Vgl. Beck/Samm (Fn. 13), § 10a Rn. 107; Nirk, KWG, 11. Aufl. 1999, S. 161.

geordneten Unternehmen durchgerechnete oder die auf der untersten Stufe bestehende Beteiligungsquote maßgeblich ist. Die Problematik soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

Auszugehen ist davon, dass Institut I₁ an Institut I₂ 60 % der Kapitalanteile hält und I₂ am Kapital des Finanzunternehmens FU mit 15 % beteiligt ist. Die Unternehmen einigen sich darauf, FU gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG freiwillig in die Zusammenfassung nach §§ 10a, 13b, 12 Abs. 2 KWG einzubeziehen, um bei I₂ einen Buchwertabzug nach § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG zu vermeiden. In einem solchen Fall ist zweifelhaft, ob die maßgeblichen Positionen von FU in Höhe von 15 % oder lediglich in Höhe der durchgerechneten Quote von 9 %⁵² zusammenzufassen sind.

Da der Wortlaut des § 10a Abs. 7 Satz 1 KWG auf die Kapitalbeteiligung des übergeordneten Unternehmens abstellt, liegt auf den ersten Blick eine Durchrechnung nahe⁵³. Dagegen spricht aber, dass der Gesetzgeber das Durchrechnungsverfahren explizit erwähnt, wenn er es angewendet wissen möchte. Das belegt insbesondere die bereits erörterte Regelung des § 10a Abs. 6 Satz 5 KWG⁵⁴.

Bei der Zusammenfassung der maßgeblichen Positionen der Unternehmen, die einer Finanzholding-Gruppe angehören, könnte zudem der Fall eintreten, dass das übergeordnete Unternehmen i. S. d. § 10a Abs. 3 Satz 3 KWG nicht einmal mittelbar an dem betreffenden Unternehmen beteiligt ist. Beide Unternehmen sind in einem solchen Fall regelmäßig Schwesterunternehmen i. S. d. § 1 Abs. 7 Satz 2 KWG⁵⁵; die Überordnung ist lediglich fingiert⁵⁶. Die Ermittlung der durchgerechneten Kapitalbeteiligung des übergeordneten Unternehmens ist hier folglich nicht möglich⁵⁷. Denkbar wäre es zwar, auf die von der Finanzholding-Gesellschaft gehaltene durchgerechnete Quote abzustellen⁵⁸. Damit würde man sich jedoch genauso weit vom Wortlaut der Vorschrift entfernen, wie wenn man auf jene Quote abstellen würde, die auf der untersten Beteiligungsstufe vorliegt. Zudem zeigt § 10a Abs. 4 Satz 3 KWG, dass der Gesetzgeber durchaus zwischen dem übergeordneten Unternehmen und der an der Konzernspitze einer Finanzholding-Gruppe stehenden Finanzholding-Gesellschaft unterscheidet, wenn die Zurechnung mittelbar gehaltener Kapitalanteile in Frage steht.

Gegen eine Durchrechnung spricht weiterhin, dass § 10a Abs. 7 KWG ausschließlich auf Beteiligungsunternehmen i. S. d. § 10 Abs. 6 Satz 3 i. V. m. Satz 1 KWG anzuwenden ist⁵⁹. Für deren Bestimmung ist ebenfalls allein die Quote der unmittelbaren und nicht etwa die der durchgerechneten Kapitalbeteiligung von Bedeutung⁶⁰. Eine abweichende Behandlung im Rahmen des § 10a Abs. 7

⁵² = 60 % * 15 %.

⁵³ So in der Tat *Nirk* (Fn. 51), S. 160 f.

⁵⁴ Siehe oben, I. 2. b) bb).

⁵⁵ Vgl. *Nirk* (Fn. 51), S. 160 f.

⁵⁶ Siehe hierzu *Senger* (Fn. 8), S. 321-323.

⁵⁷ Vgl. *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 111.

⁵⁸ So *Nirk* (Fn. 51), S. 160.

⁵⁹ Siehe oben I.

⁶⁰ Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 12/3377 vom 8. 10. 1992, S. 33; Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzaus-

KWG hätte einer ausdrücklichen Regelung bedurft. Aus diesen Gründen ist für die Zusammenfassung nach § 10a Abs. 7 KWG ausschließlich diejenige Quote maßgeblich, die dem unmittelbar gehaltenen Kapitalanteil entspricht⁶¹.

D. Konsolidierungs- und Abzugsverfahren

Beteiligungen, die pflichtweise in die Zusammenfassung nach §§ 10a, 13b Abs. 3 Satz 1 und 12 Abs. 2 Satz 1 und 2 KWG einbezogen sind, müssen gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG (= § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG RegE) auf der Ebene des einzelnen Instituts nicht mehr nach § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG vom Kern- und Ergänzungskapital abgezogen werden. Damit erhöht sich für das beteiligte Institut das Potenzial, risikobehafte und damit mit Haftungsmitteln zu unterlegende Geschäfte einzugehen. Für die Befreiung von der Abzugspflicht spielt es keine Rolle, ob das unmittelbar beteiligte Institut oder das übergeordnete Unternehmen die Zusammenfassung durchführt.

Wenn der Gesetzgeber ausschließlich auf die Zusammenfassung durch das unmittelbar beteiligte Institut abstellen würde, hätte er de facto die Freistellung von der Pflicht zur Bildung von Unterkonsolidierungskreisen nach § 10a Abs. 10 KWG entwertet⁶². Das lässt sich anhand einer mehrstufigen Unternehmensverbindung veranschaulichen: Die Muttergesellschaft M bezieht als übergeordnetes Unternehmen sowohl die Tochtergesellschaft T als auch die Enkelgesellschaft E pflichtweise in die Beaufsichtigung auf zusammengefasster Basis ein. Wenn für die Anwendung von § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG allein das unmittelbar beteiligte Institut maßgeblich wäre, müsste T seinerseits eine Konsolidierung mit E als nachgeordnetem Unternehmen durchführen, um einen Buchwertabzug nach § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG zu vermeiden. § 10a Abs. 10 KWG liefe damit in seiner praktischen Anwendung leer. Aus diesem Grund wirkt die pflichtweise Konsolidierung einer Beteiligung durch das übergeordnete Unternehmen gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG für alle unmittelbar beteiligten nachgeordneten Unternehmen befreiend⁶³.

Die pflichtweise Einbeziehung einer Beteiligung in die Zusammenfassung nach §§ 10a, 13b Abs. 3 Satz 1 und 12 Abs. 2 Satz 1 und 2 KWG befreit das unmittelbar beteiligte Institut aber nicht nur von der Pflicht, den Beteiligungsbuchwert gemäß § 10 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 5 lit. a) KWG (= § 10 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 4 lit. a) KWG RegE) vom Kern- und Ergänzungskapital abzuziehen. Die Befreiung bezieht sich darüber hinaus auch auf alle anderen in § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG

schusses BT-Drucks. 12/7985 vom 16. 6. 1994, S. 45 f.; *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10 Rn. 127; *Ergenzinger*, in: *Szagunn/Haug/Ergenzinger*, KWG, 6. Aufl., 1996, § 10 Rn. 52; *Kokemoor*, in: *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10 Rn. 269; *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10 Rn. 223 a.E.; *Senger* (Fn. 8), S. 168.

⁶¹ Ebenso *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 112; a. A. *Nirk* (Fn. 51), S. 160 f.

⁶² Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses BT-Drucks. 12/7985 vom 16. 6. 1994, S. 45.

⁶³ Vgl. *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10 Rn. 279; *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Fn. 13), § 10 Rn. 134; *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10 Rn. 235.

genannten Positionen⁶⁴. Das ist zwar dem Wortlaut des § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG nicht zu entnehmen, folgt aber daraus, dass die entsprechenden Buchwerte wie auch die der Beteiligungen gemäß § 10a Abs. 6 Satz 3 und 4 KWG bei der Zusammenfassung zu berücksichtigen sind. Das Abzugsverfahren nach § 10 Abs. 6 KWG und das Zusammenfassungsverfahren nach § 10a Abs. 6 und 7 KWG sind nicht kumulativ, sondern alternativ anwendbare Verfahren⁶⁵. In dem Entwurf des Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetzes⁶⁶ hat der Gesetzgeber nunmehr für den Fall der Durchführung einer Konsolidierung eine ausdrückliche Freistellung von der Abzugsverpflichtung der genannten Positionen vorgesehen (§ 10 Abs. 6 Satz 3 KWG RegE).

Aufgrund des unterschiedlichen Gruppenbegriffs der §§ 10a und 13b KWG einerseits und des § 12 Abs. 2 KWG andererseits, kann sich weiterhin die Frage stellen, ob die Befreiungsvorschrift des § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG auch dann Geltung beansprucht, wenn nur eine Konsolidierung nach §§ 10a und 13b KWG pflichtweise durchzuführen ist. Das ist etwa bei Instituts- oder Finanzholding-Gruppen der Fall, denen kein Einlagenkreditinstitut angehört, da eine Konsolidierungspflicht nach § 12 Abs. 2 KWG insoweit nicht besteht. Dem Wortlaut nach setzt der Befreiungstatbestand des § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG nicht nur das Bestehen einer Pflicht zur Konsolidierung nach §§ 10a und 13b KWG, sondern auch eine Konsolidierungspflicht nach § 12 Abs. 2 Satz 1 und 2 KWG voraus.

Eine solche Anwendung hätte für Gruppen ohne Einlagenkreditinstitut allerdings zur Folge, dass sie allein deswegen einen doppelten Buchwertabzug vornehmen müssten, weil sie den Begrenzungen des § 12 KWG von Gesetzes wegen nicht unterworfen sind: In einem ersten Schritt wären bei der

⁶⁴ Vgl. *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10 Rn. 280 f.; *Ergenzinger*, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger (Rn. 60), § 10 Rn. 53; *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10 Rn. 237; a. A. *Boos*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 13), § 10 Rn. 133.

⁶⁵ Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 12/6957 vom 4. 3. 1994, S. 24: „Zusammenfassung oder Abzug“.

⁶⁶ Fn. 7.

Bestimmung der zu addierenden Eigenmittelbestandteile der gruppenangehörigen Unternehmen auf der Ebene des einzelnen Instituts Abzüge nach § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG vorzunehmen. Die um diese Posten verminderten Eigenmittelkomponenten wären anschließend nach § 10a Abs. 6 Satz 2 KWG zusammenzufassen und damit erneut um die in § 10a Abs. 6 Satz 3 KWG genannten Beträge zu kürzen. Dass eine derartige Konsequenz vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist, liegt auf der Hand. Dieser möchte das Abzugs- *oder* das Zusammenfassungsverfahren angewendet sehen. Andernfalls wäre der Geschäftsentfaltungsspielraum der Gruppe über Gebühr beschränkt.

Aus diesem Grund wäre es denkbar, § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG für die in Frage stehenden Gruppen insoweit teleologisch zu reduzieren, als für eine automatische Befreiung von der Abzugspflicht auf Institutsebene bereits das pflichtweise Einbeziehen von Beteiligungen in die Zusammenfassung nach §§ 10a und 13b Abs. 3 Satz 1 KWG genügen würde. Gegen eine solche Unterschreitung des Wortlauts sprechen jedoch systematische Gründe. Denn Instituts- und Finanzholding-Gruppen müssen selbst dann, wenn ihnen kein Einlagenkreditinstitut angehört, eine Konsolidierung nicht nur nach §§ 10a und 13b Abs. 3 Satz 1 KWG, sondern auch nach § 12 Abs. 2 Satz 1 und 2 KWG durchführen, wenn sie aufgrund einer freiwilligen Konsolidierung gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG einen Buchwertabzug vermeiden wollen. Es wäre nicht einzusehen, warum eine Beteiligung, die nach § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG freiwillig in die Zusammenfassung einbezogen wird, einer umfassenderen Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis unterworfen sein soll als eine Beteiligung, die ein Mutter-Tochter-Verhältnis begründet und folglich von Gesetzes wegen pflichtweise zu konsolidieren ist. Eine teleologische Reduktion von § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG in dem oben genannten Sinne scheidet daher aus.

Das gruppenangehörige Unternehmen einer Instituts- und Finanzholding-Gruppe, der kein Einlagenkreditinstitut angehört, kann einen Buchwertabzug nach § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG bei pflichtweise zu konsolidierenden Beteiligungen daher nur vermeiden, indem es oder das übergeordnete Unternehmen die Begrenzungen des § 12 Abs. 2 Satz 1 und 2 KWG gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG freiwillig einhält.

E. Konsequenzen der Konsolidierung für die Geschäftsentfaltungsmöglichkeiten der gruppenangehörigen Unternehmen

Die Verpflichtung einer Instituts- oder Finanzholding-Gruppe angemessene Eigenmittel vorzuhalten, begrenzt den Geschäftsentfaltungsspielraum der gruppenangehörigen Unternehmen *insgesamt*. § 10a KWG stellt zusammen mit den Solvabilitätsregeln des Grundsatz I zum einen sicher, dass Vermögensverluste im Aktivgeschäft gruppenangehöriger Unternehmen unter gewöhnlichen Umständen durch Eigenmittel der Gruppe abgedeckt sind. Die Pflicht zur Einhaltung der Relationen des § 3 GS I verhindert zum anderen, dass Instituts- oder Finanzholding-Gruppen in beliebiger Wei-

Weise fremdfinanziert risikobehaftete Geschäfte eingehen. Auf der Ebene des einzelnen Instituts hat die Eigenmittelregulierung nach § 10 KWG i. V. m. § 2 GS I die gleichen Konsequenzen⁶⁷.

Die Durchführung der Eigenmittelkonsolidierung nach § 10a Abs. 6 und 7 KWG hat allerdings darüber hinaus in Bezug auf den Geschäftsentfaltungsspielraum der gruppenangehörigen Unternehmen zwei weitere Folgen. Auf der einen Seite können ungenutzte Risikoabdeckungspotenziale eines Unternehmens durch ein anderes gruppenangehöriges Unternehmen verwendet werden, soweit bei diesem durch den konsolidierungsbedingten Wegfall des Buchwertabzugs gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG auf der Ebene des einzelnen Instituts Eigenmittel freigesetzt werden. Die Konsolidierung ermöglicht in dieser Hinsicht eine gruppeninterne Verlagerung von Risikoabdeckungspotenzialen.

Die Konsequenzen der Konsolidierung können sich auf der anderen Seite für die Gruppe auch als nachteilig erweisen. Das kann der Fall sein, wenn zu den gruppenangehörigen Unternehmen solche zählen, die ihren Sitz im Ausland haben. Deren maßgebliche Positionen sind ebenfalls nach den Regeln des § 10 KWG und denen des Grundsatz I in die Zusammenfassung einzubeziehen⁶⁸. Sofern die tatsächliche Kapitalausstattung ausländischer gruppenangehöriger Unternehmen etwa deswegen den Anforderungen des § 10 KWG nicht genügt, weil der betreffende ausländische Gesetzgeber an die von Instituten vorzuhaltenden Eigenmittel geringere Anforderungen stellt als der deutsche, ist das gemäß § 10a Abs. 8 Satz 1 KWG verantwortliche übergeordnete Unternehmen verpflichtet, innerhalb der Gruppe für eine entsprechende Kompensation zu sorgen. Diese ist durch eine Aufstockung der Eigenmittel oder eine Rückführung der Geschäftstätigkeit bei dem übergeordneten oder einem der nachgeordneten Unternehmen zu bewerkstelligen, falls das Kapital der gruppenangehörigen Unternehmen im Übrigen voll ausgelastet ist.

Das übergeordnete Unternehmen ist zur Durchsetzung entsprechender Änderungen bei einem der nachgeordneten Unternehmen auf die Direktionsrechte angewiesen, die ihm nach dem „allgemein geltenden Gesellschaftsrecht“ zustehen. Die gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Grenzen der Einflussnahme werden aufgrund der Verantwortlichkeit nach § 10a Abs. 8 Satz 1 KWG nicht erweitert; das stellt § 10a Abs. 8 Satz 2 KWG ausdrücklich klar⁶⁹. Ein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht besteht gemäß §§ 308, 323 AktG gegenüber beherrschungsvertraglich gebundenen oder eingegliederten Aktiengesellschaften und unabhängig vom Bestehen eines Unternehmensvertrages auch gegenüber Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der Willensbildung stets befugt, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen⁷⁰. Wenn die Geschäftsführung des übergeordneten Unternehmen

⁶⁷ Vgl. *Bigus/Matzke*, ZBB 2000, 226, 227; *Bitz*, ZBB 1996, 269; *Matzke/Seifert*, ZBB 1998, 152.

⁶⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 45.

⁶⁹ Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 10/1441 vom 14. 5. 1984, S. 29.

⁷⁰ AllgM vgl. nur *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, 4. Aufl., 2002, §37 Rn. 26.

eine Änderung der Kapitalausstattung allerdings bei keinem der nachgeordneten Unternehmen durchsetzen kann, muss sie bei dem übergeordneten Unternehmen selbst entsprechende Maßnahmen ergreifen⁷¹.

F. Zweckmäßigkeit der kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung

I. Vermeidung der Mehrfachbelegung von Eigenmitteln?

1. Der Mechanismus der Mehrfachbelegung von Eigenmitteln

Der Zweck des § 10a KWG wird darin gesehen, Mehrfachbelegungen des haftenden Eigenkapitals zu verhindern⁷². Auch mit den 2005 in Kraft tretenden zusätzlichen Regeln über die Beaufsichtigung von Finanzkonglomeraten sollen ausweislich der Regierungsbegründung „insbesondere die Doppelbelegung von Eigenkapital und die gruppeninterne Schöpfung von Eigenkapital verhindert werden“⁷³. Der Doppelbelegung von Haftungsmitteln liegt folgender Mechanismus zugrunde:

Die Gründung eines Tochterunternehmens (T) oder der Erwerb einer entsprechenden Beteiligung stellt bei der Muttergesellschaft (M) einen Aktivtausch dar. Das Kern- und Ergänzungskapital der M reduziert sich durch diesen Vorgang nicht, wenn der Buchwert der Beteiligung an T weder von den Haftungsmitteln abgezogen noch konsolidiert wird; die M hat für die Beteiligung lediglich haftendes Eigenkapital in Höhe von 8 % des Beteiligungsbuchwerts vorzuhalten. Da aber die Beteiligung der M zum haftenden Eigenkapital der T zählt, kann diese ebenfalls unterlegungspflichtige Risikopositionen eingehen, wodurch haftendes Eigenkapital der M im Ergebnis zweimal belegt werden kann. Wenn M beispielsweise ein haftendes Eigenkapital von 1.000 Geldeinheiten (GE) hat, kann sie gewichtete Risikoaktiva in Höhe von 12.500 GE eingehen. Hält M alle Anteile der von ihr gegründeten T-Bank, die in der Bilanz mit 200 GE ausgewiesen sind, bewirkt die Beteiligung bei M lediglich eine Belegung des haftenden Eigenkapitals in Höhe von 16 GE, wenn weder das Konsolidierungs- noch das Abzugsverfahren angewandt wird. Das haftende Eigenkapital der T in Höhe von 200 GE kann mit 2.500 GE gewichteten Risikoaktiva belastet werden, so dass M durch die Grün-

⁷¹ Vgl. *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 113; *Ergenzinger*, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger (Rn. 60), § 10a Rn. 5; *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 14.

⁷² Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 10/1441 vom 14. 5. 1984, S. 23; *Bähre/Schneider*, KWG, 1986, § 10a Anm. 1; *Bester*, Aufsichtsrechtliche Kontrolle internationaler Bankkonzerne – Möglichkeiten und Grenzen aus Sicht der deutschen Bankenaufsicht, 1986, S. 67 ff.; *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 18; *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht November 1994, S. 59, 60; *Dietz*, Bankkonzernrecht nach der Novelle zum Kreditwesengesetz, 1988, S. 15 f.; *ders.*, AG 1990, 269, 270; *Dürselen*, ZBB 1997, 345, 346; *Ergenzinger*, in: Szagunn/Haug/Ergenzinger (Rn. 60), § 10a Rn. 1 f.; *Gruner-Schenk*, Harmonisierung des Bankaufsichtsrechts, 1995, S. 208 f.; *Kokemoor* (Fn. 13), S. 5 f. *Koppensteiner*, Bankenaufsicht und Bankengruppen, 1991, S. 19; *Mertens*, AG 1984, 225, 229; *Reischauer/Kleinhans* (Fn. 24), § 10a Rn. 1; v. *Brandenstein-Zeppelin*, Bankaufsichtsrechtliche Konsolidierung in der EG – Die EG-Richtlinie über eine Bankenaufsicht auf konsolidierter Basis – Voraussetzungen, Umfeld und Auswirkungen auf das grenzüberschreitende Bankgeschäft, 1989, S. 56 ff.; *Schneider*, WM 1978, 1250, 1257; *Wienberg*, Allfinanzkonglomerate, Adressenausfallrisiken und Bankenaufsicht, 1993, S. 138 ff.

⁷³ BegrRegE BR-Drucks. 433/04 vom 28. 5. 2004, S. 2.

dung der T 184 GE⁷⁴ ihres haftenden Eigenkapitals doppelt mit Risikoaktiva belegen kann: einerseits durch eigene Risikoaktiva und andererseits durch Risikoaktiva, die durch T vermittelt werden. Das bedeutet, dass M durch die Gründung der T-Bank statt der gewichteten Risikoaktiva in Höhe von 12.500 GE nunmehr 14.800 GE⁷⁵ mit den 1.000 GE haftendem Eigenkapital unterlegen und damit den durch Grundsatz I vorgegebenen Solvabilitätskoeffizienten unterlaufen kann.

A	M-Bank		P
Beteiligung an T	200	1.000	Haftendes EK
Andere Risikoaktiva	12.300	11.500	Andere Passiva

A	T-Bank		P
Risikoaktiva	2.500	200	Haftendes EK
		2.300	Andere Passiva

Die Möglichkeit einer Generierung von Haftungskapital durch Bank-an-Bank-Beteiligungen oder durch die Gründung von Tochtergesellschaften, ist mit der im Rahmen der 3. KWG-Novelle eingeführten Pflicht zur Durchführung einer *quotalen* Konsolidierung erheblich eingeschränkt worden⁷⁶. In die konsolidierte Betrachtung sind seinerzeit Bank-an-Bank-Beteiligungen einbezogen worden, die entweder einen Kapitalanteil von mindestens 40 % umfasst haben oder die es dem beteiligten Kreditinstitut ermöglicht haben, Herrschaftsmacht auszuüben⁷⁷. Der Aufbau von Kreditpyramiden oberhalb dieser Beteiligungsschwelle ist damit unmöglich gemacht worden⁷⁸.

§ 10a KWG in seiner nunmehr geltenden Fassung trägt demgegenüber dem Anliegen, Mehrfachbelegungen von Eigenmitteln zu vermeiden, nicht mehr uneingeschränkt Rechnung⁷⁹. Verantwortlich hierfür ist die Umstellung der *quotalen* Konsolidierung auf das Verfahren der Vollkonsolidierung durch die 5. KWG-Novelle. Eine Doppelbelegung von Eigenmitteln ist nunmehr trotz Konsolidierung in denjenigen Fällen möglich, in denen Beteiligungsverhältnisse von unter 100 % vorliegen und etwaige Fremdanteile von einem Institut gehalten werden. Folgendes Beispiel soll der Veranschaulichung dienen:

Institut I₁ hat ein haftendes Eigenkapital in Höhe von 1.000 GE und hält 50 % der Kapitalanteile an Institut I₂. Der Beteiligungsbuchwert entspricht dem anteiligen Eigenkapital des I₂; er beträgt 200

⁷⁴ = 200 GE – 16 GE.

⁷⁵ Risikoaktiva der T zuzüglich der anderen Risikoaktiva der M.

⁷⁶ Vgl. Dietz (Fn. 72), S. 93 ff.; Schmid-Burgk, Bankenaufsicht und Auslandstöchter, 1989, S. 158 ff.

⁷⁷ Vgl. § 10a Abs. 2 Satz 1 KWG 1984.

⁷⁸ Vgl. hierzu Dietz (Fn. 72), S. 93 ff.

⁷⁹ Vgl. Beck/Samm (Fn. 13), § 10a Rn. 20; Kokemoor (Fn. 13), S. 43.

GE. Zwischen I_1 und I_2 besteht ein Mutter- Tochter-Verhältnis; beide bilden daher gemäß § 10a Abs. 2 KWG eine Institutsgruppe. Weiterhin ist davon auszugehen, dass I_2 sein haftendes Eigenkapital in der nach Grundsatz I maximal zulässigen Höhe belegt. Angesichts der pflichtweise nach § 10a Abs. 6 KWG durchzuführenden Konsolidierung entfällt bei I_1 gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 KWG ein Buchwertabzug auf der Ebene des einzelnen Instituts. Die Konsolidierung stellt sich wie folgt dar:

A	Institut I_1		P
Beteiligung an I_2	200	1.000	Haftendes EK
Andere Risikoaktiva	10.000	9.200	Andere Passiva
A	Institut I_2		P
Risikoaktiva	5.000	400	Haftendes EK
		4.600	Andere Passiva
A	Institutsgruppe		P
Risikoaktiva	15.000	1.200	Haftendes EK
		13.800	Andere Passiva

Das konsolidierte haftende Eigenkapital in Höhe von 1.200 GE ergibt sich gemäß § 10a Abs. 6 Satz 2 und 3 Nr. 1 lit. a) KWG aus der Summe des haftenden Eigenkapitals von I_1 und I_2 abzüglich des Buchwerts der Beteiligung an I_2 . Die Summe der Risikoaktiva der gruppenangehörigen Unternehmen darf dementsprechend 15.000 GE⁸⁰ nicht übersteigen. Bei einer vollen Kapitalauslastung durch I_2 i. H. v. 5.000 GE⁸¹ verbleiben für I_1 folglich 10.000 GE. I_1 kann allerdings anders als bei Vornahme eines Buchwertabzugs nach § 10 Abs. 6 Satz 1 KWG seine Geschäftstätigkeit ausweiten, wenn I_2 Risikoaktiva in entsprechender Höhe reduziert⁸². Unabhängig davon inwieweit eine solche gruppeninterne Verlagerung vorhandener Risikoabdeckungspotenziale vorgenommen wird, findet durch die Bank-an-Bank-Beteiligung grundsätzlich keine Belegung von nicht effektiv aufgebrachtem haftenden Eigenkapital statt. Denn die gruppenangehörigen Unternehmen können maximal Risikoaktiva i. H. v. 15.000 GE eingehen, was bei einem Solvabilitätskoeffizienten von 8 % ein haftendes Eigenkapital i. H. v. 1.200 GE voraussetzt. Dieses ist im obigen Beispiel effektiv aufgebracht: 1.000 GE stammen von I_1 , 200 GE von den anderen Gesellschaftern des I_2 .

⁸⁰ = 12,5 * 1.200 GE. Der Beteiligungsbuchwert i. H. v. 200 GE bleibt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 GS I unberücksichtigt.

⁸¹ = 400 * 12,5.

⁸² Siehe oben, E.

Wenn es sich bei den anderen Gesellschaftern allerdings um Institute handelt, wird eine mehrfache Belegung von haftendem Eigenkapital nicht mehr ausgeschlossen. Nimmt man etwa in dem obigen Beispiel an, dass das Institut I₃ Inhaber der anderen Anteile von I₂ ist und dieses gemeinsam mit I₁ leitet, hat I₃ seinerseits gemäß § 10a Abs. 6 KWG eine Vollkonsolidierung durchzuführen, da I₂ aufgrund von gemeinsamer einheitlicher Leitung Tochterunternehmen i. S. d. § 1 Abs. 7 Satz 1 Halbs. 1 i. V. m. § 290 Abs. 1 HGB sowohl des I₁ als auch des I₃ ist⁸³. Dementsprechend bilden I₂ und I₃ ebenfalls eine Institutsgruppe i. S. d. § 10a Abs. 2 KWG. Geht man weiterhin davon aus, dass I₃ dieselbe Kapitalausstattung wie I₁ aufweist, ergeben sich auf der Ebene der Gruppe I₃-I₂ dieselben Kapitalanforderungen wie bei I₁-I₂. Konsequenz davon ist, dass jede der beiden Gruppen 200 GE an regulativen Haftungsmitteln hinzugewinnt, die bereits durch das übergeordnete Unternehmen der jeweils anderen Gruppe belegt sind. Das insgesamt aufgebrauchte haftende Eigenkapital beträgt 2.000 GE, während tatsächlich 2.400 GE als Risikoabdeckungspotenzial herangezogen werden können.

2. Europarechtlicher Hintergrund

Die Einbeziehung von Anteilen anderer Gesellschafter in die aufsichtsrechtliche Zusammenfassung beruht auf Art. 34 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 der Richtlinie 2000/12/EG. Die Vorschrift räumt den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zur Einbeziehung von Fremdanteilen ein, das der deutsche Gesetzgeber in § 10a Abs. 6 Satz 1 KWG ausgeübt hat.

Eine Nichtausübung des Wahlrechts würde einen Wettbewerbsnachteil deutscher Bankengruppen gegenüber denjenigen Bankengruppen bedeuten, die dem Aufsichtsrecht eines anderen Mitgliedstaats unterlägen, der das Wahlrecht ausgeübt hätte. Denn die Berücksichtigung von Fremdanteilen als haftendes Eigenkapital im Rahmen der Eigenmittelkonsolidierung eröffnet Bankengruppen einen zusätzlichen Geschäftsentfaltungsspielraum. Unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten ist die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers daher verständlich, Fremdanteile auf Gruppenebene als haftendes Eigenkapital zu berücksichtigen.

3. Stellungnahme

Vergegenwärtigt man sich den Mechanismus einer beteiligungsbedingten Ansteckung⁸⁴ und den einer Mehrfachbelegung von haftendem Eigenkapital, so ist festzustellen, dass es sich in beiden Fällen *im Grundsatz* um ein und dasselbe Phänomen handelt: Ein Ausfallrisiko, das sich bei einem Beteiligungsunternehmen realisiert, reduziert *ceteris paribus* dessen Eigenkapital, was aufgrund der vorzunehmenden Beteiligungsabschreibung auch zu einer Eigenkapitalreduktion des beteiligten

⁸³ Vgl. *Senger* (Fn. 8), S. 291.

⁸⁴ Siehe dazu den Text zu Fn. 23.

Instituts führt. Das entspricht grundsätzlich dem Mechanismus der Mehrfachbelegung von haftendem Eigenkapital. Aus dieser Sicht sind Teile des haftenden Eigenkapitals des beteiligten Instituts nicht nur mit eigenen Risikoaktiva belegt, sondern auch mit solchen, die durch das Beteiligungsunternehmen vermittelt werden⁸⁵. Sobald sich bei diesem ein Ausfallrisiko realisiert, wird folglich das Eigenkapital beider Unternehmen gleichermaßen negativ betroffen. Doppelbelegung von haftendem Eigenkapital und beteiligungsbedingte Ansteckung sind demnach im Grunde zwei Seiten ein und derselben Medaille⁸⁶.

Im Hinblick auf den Anknüpfungspunkt der infolge dieses Phänomens gebotenen kreditwesentlichen Regulierung besteht allerdings ein Unterschied. Zur Vermeidung beteiligungsbedingter Ansteckungen ist es ausreichend, an die Relation von Beteiligungsbuchwert und (haftendem) Eigenkapital des beteiligten Instituts anzuknüpfen, solange das mit einer Beteiligung verbundene Ansteckungsrisiko nicht über die Höhe des Beteiligungskapitals hinausgeht. Demgegenüber muss der Buchwert jeder noch so geringen Beteiligung vom Kern- und Ergänzungskapital abgezogen oder mit Haftungsmitteln unterlegt werden, wenn eine Mehrfachbelegung von haftendem Eigenkapital ausgeschlossen sein soll.

Letzteres ist vor dem Hintergrund der Zielsetzungen bankaufsichtsrechtlicher Regelungen, dem Gläubigerschutz und dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Bankapparats⁸⁷, nicht geboten. Denn zur Zielerreichung ist es ausreichend, wenn durch die Regulierung von Interbankbeteiligungen denjenigen Risiken Rechnung getragen wird, deren Realisierung die Erfüllung bankwirtschaftlicher Funktionen beeinträchtigen kann. Der Schutz der Funktionsfähigkeit des Bankapparats dient zugleich auch dem Gläubigerschutz, da beide Ziele in einem komplementären Verhältnis zueinander stehen⁸⁸. Die Ansteckung des gesamten Bankapparats aufgrund von Kapitalverflechtungen ist eine der zentralen Gefahren für die Funktionserfüllung. Aus diesem Grund sollte die Regulierung von Bank-an-Bank-Beteiligungen das Risiko derartiger Ansteckungen minimieren. Doppelbelegungen von haftendem Eigenkapital sind unter dem Gesichtspunkt der Verwirklichung aufsichtsrechtlicher Ziele demgegenüber solange unbedenklich, wie die Geringfügigkeit der Kapitalverflechtung bezogen auf das haftende Eigenkapital der jeweiligen Obergesellschaft keine Ansteckungsgefahr birgt. Dementsprechend sollte die Regulierung von Beteiligungen in erster Linie sicherstellen, dass Institute etwaige Beteiligungsabschreibungen durch (haftendes) Eigenkapital auffangen können.

⁸⁵ Siehe oben, 1.

⁸⁶ Ebenso Häusele, ZVersWiss 1994, S. 563, 597; Schieber, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, 1998, S. 326.

⁸⁷ Näher zur Begründung dieser Zielsetzungen Senger (Fn. 8), S. 43-68 und S. 111-139.

⁸⁸ Vgl. Beck/Samm (Fn. 13), § 6 Rn. 26-29; Häuser, Die Eigenmittel der Kreditinstitute und mögliche Erweiterungen, 2000, S. 25; Möschel, Das Wirtschaftsrecht der Banken, 1972, S. 249; Senger (Fn. 8), S. 39; Wachbusch, Bankenaufsicht – Die Überwachung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute nach dem Gesetz über das Kreditwesen, 2000, S. 27.

Eine Beteiligungsregulierung, die allein darauf abstellen würde, Mehrfachbelegungen von haftendem Eigenkapital auszuschließen, wäre aber nicht nur deswegen unzweckmäßig, weil Institute Eigenkapital vorzuhalten hätten, obwohl dieses in Ermangelung des Bestehens einer Ansteckungsgefahr überhaupt nicht erforderlich wäre. Sie würde darüber hinaus – und das ist im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung – dem aufsichtsrechtlichen Ziel „Funktionenschutz“ insbesondere dann nicht dienen, wenn mit einer Beteiligung über die Kapitalverflechtung hinaus Verlustrisiken verbunden wären. Gerade solche Risiken können sich aber bei dem Konsolidierungsverfahren unterworfenen Mutter-Tochter-Verhältnissen verwirklichen.

Die kreditwesenrechtliche Regulierung von Beteiligungen sollte daher nicht daran ausgerichtet werden, Mehrfachbelegungen von haftendem Eigenkapital innerhalb von Bankengruppen auszuschließen. Auch de lege lata besteht der Zweck der Konsolidierung nach § 10a KWG offenbar nicht in der Verhinderung einer mehrfachen Ausnutzung von Haftungskapital durch Bank-an-Bank-Beteiligungen. Das belegt insbesondere das obige Beispiel⁸⁹. Die Regulierung sollte vielmehr bestehenden Ansteckungsgefahren und denjenigen besonderen Haftungsrisiken Rechnung tragen, die durch die Konzerneinbindung rechtlich selbständiger Unternehmen entstehen können. Auch diesem Anliegen trägt das kreditwesenrechtliche Konsolidierungsverfahren nicht angemessen Rechnung wie die nachstehende Untersuchung zeigen wird.

II. Erfassung der Gruppe als Haftungsverbund?

1. Begriff „Haftungsverbund“

Die Beaufsichtigung von Bankengruppen auf zusammengefasster Ebene wird im Schrifttum damit begründet, zwischen den gruppenangehörigen Unternehmen bestehe ein „Haftungsverbund“⁹⁰. In der Regierungsbegründung zu § 10a KWG findet sich hierzu folgende Passage: „Zwischen den die Beteiligung haltenden und den im Beteiligungsbesitz stehenden Kreditinstituten besteht auf Grund rechtlicher Verpflichtungen oder rein faktisch eine Haftungsbeziehung, auf Grund derer über den Verlust des Beteiligungskapitals hinaus weitere Verluste auf das die Beteiligung haltende Kreditinstitut zukommen können ... Für den Haftungsverbund ist auf die vielfach üblichen Patronatserklärungen hinzuweisen, durch die sich ein Mutterinstitut teils rechtlich verbindlich, teils nur faktisch verpflichtet, für die Verbindlichkeiten der Tochter einzustehen“⁹¹.

⁸⁹ Siehe oben, 1.

⁹⁰ Vgl. *Bester*, Aufsichtsrechtliche Kontrolle internationaler Bankkonzerne – Möglichkeiten und Grenzen aus Sicht der deutschen Bankenaufsicht, 1986, S. 59 ff.; *Beck/Samm* (Fn. 13), § 10a Rn. 19, 21; *Becker*, ZfgK 1980, 490, 492; *Dietz* (Fn. 72), S. 15 f.; *Dürselen*, ZBB 1997, 345, 346; *Jörgens*, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, 2002, S. 132 ff.; *Kokemoor* (Fn. 13), S. 6 ff. und passim; *Koppensteiner* (Fn. 72), S. 5; *Schmid-Burgk* (Fn. 76), S. 14 ff.; *Schneider*, WM 1978, 1250, 1258; *Wienberg* (Fn. 72), S. 152 ff.; dagegen *Mertens*, AG 1984, 225, 242; kritisch auch v. *Brandenstein-Zepelin* (Fn. 72), S. 59 ff.

⁹¹ BegrRegE BT-Drucks. 10/1441 vom 14. 5. 1984, S. 23.

Der Begriff des Haftungsverbunds ist erklärungsbedürftig. Denn die einem Konzern angehörigen Unternehmen sind rechtlich selbständig; der Konzern ist weder eine Gewinn- und Verlusteinheit noch stellt er im Verhältnis zu Dritten eine Haftungseinheit dar⁹². Die Haftung eines Gliedunternehmens ist auf die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten begrenzt⁹³. Das gilt insbesondere für die Muttergesellschaft, die grundsätzlich nicht für die Schulden ihrer Töchter haftet⁹⁴.

Gesellschafter und Gesellschaft sind getrennt zu behandeln, wenn die Gesellschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit hat (sog. Trennungsprinzip)⁹⁵. Ein Haftungsdurchgriff kommt bei juristischen Personen auf die dahinter stehenden Gesellschafter nur ausnahmsweise in Betracht⁹⁶. Dass dieses Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis seine Geltung auch für die angehörigen Unternehmen einer Bankengruppe beansprucht, versteht sich von selbst. Dennoch scheint der Gesetzgeber, der bei Bankengruppen von einem *Haftungsverbund* spricht, davon auszugehen, dass hier Ausnahmen vom Trennungsprinzip die Regel darstellen.

Zur Begründung könnte zunächst daran gedacht werden, dass die einer Bankengruppe angehörigen Unternehmen überwiegend in der Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft betrieben werden. Bei diesen gilt das Trennungsprinzip aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter gemäß § 128 HGB gerade nicht. Der Gedanke ist jedoch sofort ad acta zu legen. Zum einen findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die Annahme eines „Haftungsverbunds“ auf den häufigen Gebrauch dieser Organisationsform bei Banken stützen würde. Zum anderen spielt die Rechtsform der Personengesellschaft in der Bankpraxis tatsächlich kaum eine Rolle, üblich sind vielmehr Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, die als Kapitalgesellschaft organisiert sind⁹⁷.

Der Gesetzgeber weist in der oben zitierten Passage der Regierungsbegründung im Zusammenhang mit dem Gebrauch des Begriffs „Haftungsverbund“ exemplarisch auf Patronatserklärungen hin. Der Begriff „Patronatserklärung“ stellt einen Sammelbegriff dar⁹⁸. Er soll daher im Folgenden erläutert werden.

Durch die Abgabe einer Patronatserklärung bringt eine Gesellschaft, im Regelfall eine Mutterge-

⁹² Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., 1997, § 18 AktG Rn. 6; *Lutter*, in: *Holding-Handbuch*, 3. Aufl., 1998, Rz. F 11; *Schneider* BB 1981, 249.

⁹³ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, Konzernrecht, 7. Aufl., 2001, § 20 IV 1; *Schneider* BB 1981, 249, 254.

⁹⁴ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 IV 1; *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461 f.

⁹⁵ Vgl. BGHZ 81, 311, 317 = NJW 1982, 383; BGH NJW 1979, 1823, 1828 = AG 1979, 258, 263; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 IV 1; *Hüffer*, AktG, 6. Aufl., 2004, § 1 Rn. 15; *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461 f.; *Michalski*, in: *Michalski GmbHG*, 2002, § 13 Rn. 307.

⁹⁶ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 IV 1; *Hüffer* (Fn. 95), § 1 Rn. 16; *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461 f.; *Schneider* BB 1981, 249, 254.

⁹⁷ Vgl. *Jörgens* (Fn. 90), S. 132 f.; v. *Brandenstein-Zeppelin* (Fn. 72), S. 62.

⁹⁸ Vgl. *Horn*, in: *Staudinger BGB*, 13. Aufl., 1994 ff., Vorbem zu §§ 765 Rn. 405; *Jörgens* (Fn. 90), S. 136; *Michalski*, WM 1994, 1229; *Schieber* (Fn. 86), S. 251; *Schneider*, ZIP 1989, 619 f.; v. *Rosenberg/Kruse*, BB 2003, 641.

sellschaft, zum Ausdruck, sie werde dafür Sorge tragen, dass ein anderes Unternehmen, im Regelfall ein Tochterunternehmen⁹⁹, seine Verbindlichkeiten erfülle¹⁰⁰. In Abhängigkeit von dem Verpflichtungsgrad, der maßgebend durch die Wortwahl der abgegebenen Erklärung bestimmt wird¹⁰¹, ist zwischen „harten“¹⁰² und „weichen“¹⁰³ Patronatserklärungen zu unterscheiden¹⁰⁴. Weiche Patronatserklärungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie keine rechtliche Bindungswirkung entfalten¹⁰⁵. Demgegenüber wird durch die Abgabe einer harten Patronatserklärung eine vertragliche Verpflichtung der erklärenden Gesellschaft begründet, das betreffende Unternehmen mit ausreichend Liquidität auszustatten, um dieser die Bedienung ihrer Verbindlichkeiten zu ermöglichen¹⁰⁶. Wenn der Patron seiner Verpflichtung aus einer harten Patronatserklärung nicht nachkommt und das zu unterstützende Unternehmen insolvent wird¹⁰⁷, steht den begünstigten Gläubigern des Unternehmens nach h. M. gemäß § 280 Abs. 1, 3 i. V. m. § 283 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu¹⁰⁸. Für die hier in Frage stehenden Mutter-Tochter-Verhältnisse bedeutet die Pflicht, Schadensersatz zu leisten, dass sich aus Sicht der Muttergesellschaft durch die Insolvenz der Tochter ein Vermögensverlustisiko realisiert, das der Höhe nach über das Beteiligungskapital hinausgeht.

Interpretiert man vor diesem Hintergrund den in den Gesetzesmaterialien gebrauchten Begriff des Haftungsverbands, so ist darunter offenbar nicht die Gesamtheit der konzernangehörigen Unternehmen, sondern die Gesamtheit aller gruppeninternen Beziehungen zu verstehen, die eine über das

⁹⁹ Patronatserklärungen kommen auch außerhalb von Mutter-Tochter-Verhältnissen vor, vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf WM 1989, 1642.

¹⁰⁰ Vgl. *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461, 468; *Habersack*, in: MünchKomm. BGB, 3. Aufl., 1993 ff., Vor § 765 Rn. 44; *Horn*, in: Staudinger BGB (Fn. 98), Vorbem zu §§ 765 Rn. 405; *Jörgens* (Fn. 90), S. 136; *Pesch*, WM 1998, 1609 ff.; *Michalski*, WM 1994, 1229; *Schmid-Burgk* (Fn. 76), S. 21; *Stecher*, „Harte“ Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, 1978, S. 62 ff.; *Wagner*, Die internationale Tätigkeit der Banken als aufsichtsrechtliches Problem, 1982, S. 25.

¹⁰¹ Vgl. *Habersack*, ZIP 1996, 257, 259.

¹⁰² Vgl. hierzu monografisch *Stecher* (Fn. 100).

¹⁰³ Vgl. hierzu monografisch *Fried*, Die weiche Patronatserklärung, 1998.

¹⁰⁴ Vgl. BGHZ 117, 127 ff. = NJW 1992, 2093; *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461, 468; *Habersack*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 100), Vor § 765 Rn. 44; *Horn*, in: Staudinger BGB (Fn. 98), Vorbem zu §§ 765 Rn. 407; *Michalski*, WM 1994, 1229, 1230; *Merkel*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001, § 98 Rn. 17 ff.; *Neumann*, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate, 1998, S. 161; *Pesch*, WM 1998, 1606; *Wittig*, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rn. 4/2855 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461, 468 ff.; *Habersack*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 100), Vor § 765 Rn. 44, 49; *Horn*, in: Staudinger BGB (Fn. 98), Vorbem zu §§ 765 Rn. 407; *Michalski*, WM 1994, 1229; *Pesch*, WM 1998, 1606.

¹⁰⁶ Vgl. *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461, 468; *Jörgens* (Fn. 90), S. 136; *Merkel*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 104), § 98 Rn. 18; *Michalski*, WM 1994, 1229, 1230; *Pesch*, WM 1998, 1606; *Stecher* (Fn. 100), S. 63; *Wittig*, in: Hellner/Steuer (Fn. 104), Rn. 4/2868.

¹⁰⁷ Auf den Grund der Insolvenz und auf ein etwaiges Verschulden des Patrons kommt es nicht an, vgl. KG WM 2002, 1190.

¹⁰⁸ Vgl. BGHZ 117, 127, 133 = NJW 1992, 2093; KG WM 2002, 1190, 1191; OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 1116; *Horn*, in: Staudinger BGB (Fn. 98), Vorbem zu §§ 765 Rn. 414; *Pesch*, WM 1998, 1606, 1611; *Obermüller*, ZGR 1975, 1, 29; *Rümker*, EWiR 1992, 335, 336; *Wittig*, in: Hellner/Steuer (Fn. 104), Rn. 4/2879; für einen Anspruch aus ergänzender Auslegung des Patronatsvertrags *Habersack*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 100), Vor § 765 Rn. 44; *Larenz-Canaris*, Schuldrecht Bd. II/2, 13. Aufl., 1994, § 64 V 1 c), S. 83.

Beteiligungskapital hinausgehende Haftung begründen können¹⁰⁹. Die gruppeninternen Haftungsbeziehungen, die im hier vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind, werden im nachstehend erörtert.

2. Gruppeninterne Haftungsbeziehungen

a) Patronatserklärungen

Behält man zunächst das vom Gesetzgeber angesprochene Beispiel der Patronatserklärungen im Blick, so ist festzustellen, dass Muttergesellschaften von Bankkonzernen in ihren Geschäftsberichten häufig derartige Erklärungen in unterschiedlichen sprachlichen Fassungen abgeben. Im Geschäftsbericht der Dresdner Bank AG für das Jahr 1995 heißt es beispielsweise:

„Bei Tochterunternehmen im Sinne von § 290 Abs. 1 und 2 HGB, die das Bankgeschäft betreiben oder das Bankgeschäft ergänzende Funktionen wahrnehmen, trägt die Dresdner Bank AG, von politischen Risiken abgesehen, im Rahmen ihrer Anteilsquote dafür Sorge, daß diese Gesellschaften ihre Verpflichtungen erfüllen können“¹¹⁰.

Im Geschäftsbericht der Deutschen Bank für das Jahr 2002 findet sich folgende Erklärung:

„Die Deutsche Bank AG trägt für die folgenden Gesellschaften, abgesehen vom Fall des politischen Risikos, dafür Sorge, dass sie ihre vertraglichen Verbindlichkeiten erfüllen können.“¹¹¹.

Über den rechtlichen Gehalt derartiger Erklärungen besteht Streit. Sie werden einerseits als rechtlich bindend angesehen¹¹². Es handele sich um einen Antrag ad incertas personas¹¹³. Die begünstigten Kreditgeber würden im Fall der Insolvenz gegen den Patron sogar unabhängig davon, ob sie bei Vertragsschluss von der Patronatserklärung Kenntnis gehabt hätten, einen Schadensersatzanspruch erwerben¹¹⁴. Andererseits wird das Bestehen eines Rechtsbindungswillens solcher Patronatserklärungen „an die Öffentlichkeit“ generell abgelehnt¹¹⁵. Es fehle bereits am Vertragspartner¹¹⁶. Vor allem aber könne der erklärenden Bank nicht unterstellt werden, sie wolle für einen unbestimmten

¹⁰⁹ Ebenso v. *Brandenstein-Zeppelin* (Fn. 72), S. 61 f. Fn. 180.

¹¹⁰ Vgl. *Dresdner Bank AG*, Geschäftsbericht für 1995, S. 28.

¹¹¹ Vgl. *Deutsche Bank AG*, Geschäftsbericht für 2002, S. 254.

¹¹² Vgl. *Habersack*, ZIP 1996, 257, 260; *Pesch*, WM 1998, 1609, 1613; *Schneider*, ZIP 1989, 619, 624.

¹¹³ Vgl. *Habersack*, ZIP 1996, 257, 260, 263; v. *Rosenberg/Kruse*, BB 2003, 641.

¹¹⁴ Vgl. *Pesch*, WM 1998, 1609, 1613 f.; *Schneider*, ZIP 1989, 619, 624; a. A. insoweit *Habersack*, ZIP 1996, 257, 262 f., der die Abgabe einer Annahmeerklärung von Seiten der Gläubiger spätestens bis zur Begründung der Forderung gegen die Tochtergesellschaft für erforderlich hält.

¹¹⁵ Vgl. *Horn*, in: *Staudinger BGB* (Fn. 98), Vorbem zu §§ 765 Rn. 407; *Jörgens* (Fn. 90), S. 138; *Larenz-Canaris* (Fn. 108), § 64 V 2 d), S. 84.

¹¹⁶ Vgl. *Horn*, in: *Staudinger BGB* (Fn. 98), Vorbem zu §§ 765 Rn. 407.

Kreis von Personen für eine unbestimmte Anzahl von Geschäften mit unbestimmten Inhalt in unbegrenzter Höhe haften¹¹⁷.

Die BaFin geht offensichtlich davon aus, dass die von Banken in ihren Geschäftsberichten abgegebenen Patronatserklärungen rechtsverbindlich sind. Denn in ihren Erläuterungen zu § 1 Abs. 4 GroMiKV findet sich zum Begriff der Patronatserklärung folgende Passage: „Patronatserklärungen sind garantieähnliche Willenserklärungen, durch die sich der Patron zugunsten der gegenwärtigen und künftigen Gläubiger des patronierten Unternehmens verpflichtet, die Erfüllung der Verbindlichkeiten des patronierten Unternehmens sicherzustellen. Die typische Patronatserklärung läßt den Kreis der Begünstigten oder zumindest die konkrete Höhe der Einstandspflicht des Patrons (nach oben) offen. ... In der Praxis werden Patronatserklärungen ... typischerweise im Geschäftsbericht ... abgegeben. ... Diese Erklärungen, die betraglich nicht begrenzt sind, wirken wie ein Blankoscheck. Im Fall des Konkurses oder der Liquidation des patronierten Unternehmens muß dessen Schuldenüberhang gegebenenfalls der Patron vollständig absorbieren“. In den Erläuterungen wird weiterhin darauf hingewiesen, dass weiche Patronatserklärungen, die rechtlich unverbindliche Absichtserklärungen darstellten, nicht von der Verordnung erfasst würden.

Damit ist der oben dargestellte Streit über die Rechtsverbindlichkeit von Patronatserklärungen, die Banken in ihre Geschäftsberichte aufnehmen, zumindest aus der hier interessierenden kreditwesenrechtlichen Sicht praktisch bedeutungslos. Patronatserklärungen werden aufsichtsrechtlich als rechtsverbindlich behandelt¹¹⁸, wenn deren sprachliche Fassung einen hinreichenden Verpflichtungsgrad zum Ausdruck bringt.

Harte Patronatserklärungen fallen daher unter den für die Großkreditvorschriften maßgeblichen Kreditbegriff des § 19 KWG¹¹⁹. Sie sind folglich bei der Berechnung der Großkreditobergrenzen i. S. d. § 13 Abs. 3 Satz 1 und 4, § 13a Abs. 3 Satz 1 und 4, Abs. Satz 1 und 4 KWG zu berücksichtigen¹²⁰. Als Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Kreditbeträge sind gemäß § 2 Nr. 4 GroMiKV die Kredite i. S. d. § 19 Abs. 1 KWG¹²¹ des patronierten Unternehmens ohne die Kredite an den Patron, abzüglich des eingezahlten Kapitals und der ausgewiesenen Rücklagen heranzuziehen. Das einbezahlte Kapital und die Rücklagen sind deswegen abzuziehen, weil beides den Gläubigern des Tochterunternehmens als Haftungspotenzial zur Verfügung steht¹²². Die Bezugnahme auf die Kredite des patronierten Unternehmens überrascht allerdings, da der Patron im Insolvenzfall für die

¹¹⁷ Vgl. *Jürgens* (Fn. 90), S. 138; *Larenz-Canaris* (Fn. 108), § 64 V 2 d), S. 84.

¹¹⁸ Vgl. *Endell*, ZfgK 1997, 12; *Küffner*, DStR 1996, 146 f.

¹¹⁹ Einschlägig ist § 19 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 KWG.

¹²⁰ Die verschärften Obergrenzen nach § 13 Abs. 3 Satz 3, § 13a Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 3 KWG sind nicht anzuwenden, da die patronierten Unternehmen einer Gruppe i. S. d. § 13b Abs. 2 i. V. m. § 10a KWG angehören.

¹²¹ Vgl. *BAK*, Erläuterungen des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 5. 5. 1998 zur Großkredit- und Milionenkreditverordnung (GroMiKV), § 2 Nr. 4 GroMiKV.

Verbindlichkeiten und nicht für die vom Tochterunternehmen vergebenen Kredite einzustehen hat. Sachgerecht wäre es daher, bei der Bemessungsgrundlage auf die Verbindlichkeiten und nicht auf das Kreditportfolio des patronierten Unternehmens abzustellen. Die BaFin hält ihren Ansatz aus diesem Grund ebenfalls für „methodisch nicht konsequent“. Das Zugrundelegen des Kreditportfolios diene aber einer vereinfachten Handhabung der mit Patronatserklärungen verbundenen Kreditrisiken; es sei als aufsichtsrechtliches Zugeständnis zu werten¹²³.

Konsequenz der Anrechnung der in den Geschäftsberichten von Instituten abgegebenen Patronatserklärungen auf die Großkreditobergrenzen ist, dass die jeweiligen Überschreibungsbeträge in vollem Umfang mit haftendem Eigenkapital zu unterlegen sind¹²⁴. Die Unterlegungspflicht beugt der Realisierung einer durch die Inanspruchnahme aus einer Patronatserklärung begründeten Ansteckungsgefahr vor. Denn der im Insolvenzfall des patronierten Unternehmens aufzubringende Betrag ist immerhin zum Teil durch haftendes Eigenkapital finanziert.

Die BaFin kann zwar auf Antrag gemäß § 16 Abs. 2 GroMiKV einen Dispens von der Pflicht zur Anrechnung von Patronatserklärungen auf die Großkreditobergrenzen erteilen. Die Erteilung eines Befreiungsbescheids setzt jedoch voraus, dass das patronierte Tochterunternehmen auf konsolidierter Basis beaufsichtigt wird und in die zentrale Großrisikosteuerung des übergeordneten Unternehmens einbezogen ist. Den Erläuterungen der BaFin zu § 16 Abs. 2 GroMiKV ist zu entnehmen, dass an das Kriterium der Einbeziehung in die zentrale Großrisikosteuerung „besonders strenge Anforderungen“ zu stellen sind. Die BaFin wird einen Dispens folglich nur erteilen, wenn das übergeordnete Unternehmen die mit Patronatserklärungen verbundenen Haftungsrisiken *besonders* erfasst.

Da ein Bescheid nach § 16 Abs. 2 GroMiKV weiterhin die Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis tatbestandsmäßig voraussetzt, könnte man den Eindruck gewinnen, erst die Durchführung der kreditwesenrechtlichen Konsolidierung rechtfertige die Befreiung von der Anrechnungspflicht. Eine solche Betrachtungsweise führt allerdings deswegen nicht weiter, weil es vorliegend gerade darum geht, den Zweck des § 10a KWG zu bestimmen. Für die Überprüfung der Zweckmäßigkeit ist allein von Bedeutung, dass die mit Patronatserklärungen verbundenen Haftungsrisiken aufsichtsrechtlich gesondert erfasst werden. Sie können daher die Pflicht zur Durchführung einer kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung nicht legitimieren.

b) Sonstige Kreditsicherheiten für gruppenangehörige Unternehmen

Die Bestellung von Kreditsicherheiten eines gruppenangehörigen Unternehmens zugunsten eines Dritten, der einem anderen gruppenangehörigen Unternehmen Kredit gewährt hat, birgt für den Si-

¹²² Vgl. Meyer-Ramloch, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 13), § 2 GroMiKV Rn. 10.

¹²³ Vgl. BAK (Fn. 121), § 2 Nr. 4 GroMiKV.

¹²⁴ Vgl. § 13 Abs. 3 Satz 2, § 13a Abs. 3 Satz 2 KWG.

cherungsgeber ebenfalls Haftungsrisiken. Diese realisieren sich spätestens dann, wenn das andere gruppenangehörige Unternehmen insolvent wird¹²⁵. Ob eine kapitalmäßige Beteiligung des Sicherungsgebers an dem anderen gruppenangehörigen Unternehmen besteht, spielt dabei für die Höhe der potenziellen Haftung keine Rolle. So ist nämlich nicht nur, wie bei Patronatserklärungen üblich, an die Bestellung von Sicherheiten der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Töchter zu denken, sondern auch an die Bestellung von Sicherheiten von Seiten einer Tochtergesellschaft für Kredite der Mutter- oder für Kredite einer Schwestergesellschaft¹²⁶. Die Höhe des Haftungsrisikos wird allein durch den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt.

Die Bestellung von Sicherheiten gilt gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 KWG als Kredit im Sinne der Vorschriften über Großkredite. Dies hat zur Folge, dass Sicherheiten durch haftendes Eigenkapital abzudecken sind, soweit deren Umfang ein Volumen erreicht, das gegebenenfalls zusammen mit anderen Krediten an die betreffenden gruppenangehörigen Unternehmen die Großkreditobergrenzen übersteigt. Durch die Pflicht, haftendes Eigenkapital in Höhe des Überschreibungsbetrags vorzuhalten, wird die Gefahr einer gruppeninternen Ansteckung erheblich gesenkt. Das mit Sicherheiten verbundene Haftungsrisiko wird daher in vergleichbarer Weise erfasst, wie jenes, das durch die Abgabe von Patronatserklärungen begründet wird. Daraus folgt aber, dass sich die Pflicht zur Durchführung einer Konsolidierung nach § 10a KWG mit Hilfe von Haftungsrisiken, die auf der Bestellung von Kreditsicherheiten beruhen, genauso wenig legitimieren lässt, wie mit Hilfe von Haftungsrisiken, die durch Patronatserklärungen begründet werden.

Dass kurzfristige Kredite im Interbankenbereich von der Berechnung der Großkreditobergrenzen unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 KWG ausgenommen sind¹²⁷, ändert an diesem Befund nichts. Gleiches gilt für die Null-Anrechnung auf Antrag gemäß § 16 Abs. 2 GroMiKV. Denn wenn Gesetz- und Verordnungsgeber diese Anrechnungsprivilegien aus aufsichtsrechtlicher Sicht für unbedenklich halten, lässt sich die Pflicht zur Durchführung einer aufsichtsrechtlichen Konsolidierung schwerlich mit der Erfassung der insoweit privilegierten Ausfallrisiken rechtfertigen.

c) Konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht

aa) Gegenstand

Ein herrschendes Unternehmen ist bei Vorliegen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 Abs. 1 Satz 1 AktG) gemäß § 302 Abs. 1 AktG verpflichtet, die in der Gewinn- und

¹²⁵ Vgl. *Jörgens* (Fn. 90), S. 148 f.

¹²⁶ § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erfasst zwar auch Leistungen an Dritte, vgl. *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 16 ff.; *Hüffer* (Fn. 95), § 57 Rn. 14. Die Vorschrift beansprucht im Vertrags- und Eingliederungskonzern gemäß § 291 Abs. 3, 323 Abs. 2 AktG allerdings keine Geltung.

¹²⁷ Vgl. hierzu *Senger* (Fn. 8), S. 217 f.

Verlustrechnung des abhängigen Unternehmens während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbeträge auszugleichen, soweit diese nicht dadurch ausgeglichen werden, dass den anderen Gewinnrücklagen (§ 266 Abs. 3 A. III. 4. HGB) Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. Eine Verlustübernahmepflicht der Hauptgesellschaft besteht gemäß § 324 Abs. 3 AktG auch im Eingliederungskonzern.

Die Verlustübernahmepflicht entsteht mit dem Wirksamwerden des Unternehmensvertrages nach § 294 Abs. 2 AktG¹²⁸. Sie umfasst den Jahresfehlbetrag, der bei der abhängigen Gesellschaft nach der Gewinn- und Verlustrechnung auszuweisen wäre (§ 275 Abs. 2 Nr. 20 und Abs. 3 Nr. 19 HGB), wenn dieser kein Anspruch auf Verlustausgleich zustünde¹²⁹. Der Ertrag aus der Übernahme des Verlusts durch die herrschende Gesellschaft ist in der Gewinn- und Verlustrechnung der abhängigen Gesellschaft gemäß § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB unter entsprechender Bezeichnung gesondert auszuweisen. Aus Sicht der abhängigen Gesellschaft hat eine Verlustübernahmepflicht der Obergesellschaft somit zur Folge, dass bei ihr kein Jahresfehlbetrag und damit auch keine Überschuldung entstehen kann, wenn der zu bilanzierende Anspruch aus Verlustübernahme gegen das herrschende Unternehmen werthaltig ist¹³⁰.

§ 302 Abs. 1 AktG beansprucht nicht nur zugunsten abhängiger Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien Geltung, wie es § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG zunächst vermuten lässt¹³¹. Die Verlustübernahmepflicht des § 302 Abs. 1 AktG besteht im Fall eines wirksamen Unternehmensvertrags entsprechend auch gegenüber Untergesellschaften, die in der Rechtsform der GmbH organisiert sind¹³². Sie setzt voraus, dass die Untergesellschaft ihren Sitz im Inland hat¹³³. Bei ausländischen Tochtergesellschaften ist das betreffende Personalstatut der abhängigen Gesellschaft maßgebend¹³⁴, das den Ausgleich zwischen den Interessen der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Gesellschafter, der Gläubiger und der herrschenden Gesellschaft regelt¹³⁵.

¹²⁸ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 V 4.

¹²⁹ Vgl. *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG, 2. Aufl., 2000 ff., § 302 Rn. 16; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 V 3; *Hüffer* (Fn. 95), § 302 Rn. 11; *Koppensteiner*, in: KölnKomm. AktG, 2. Aufl., 1987, § 302 Rn. 9.

¹³⁰ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 V.

¹³¹ Vgl. *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG (Fn. 129), § 291 Rn. 17; *Hüffer* (Fn. 95), § 291 Rn. 6.

¹³² Vgl. BGH NJW 1980, 231 = AG 1980, 231; BGHZ 95, 330, 345 f. = NJW 1986, 188; BGHZ 103, 1, 5, 10 = NJW 1988, 1326; BGHZ 105, 168, 182 = NJW 1988, 3143; BGHZ 105, 324, 336 = NJW 1989, 295; BGHZ 116, 37, 39 = NJW 1992, 505; *Bitter*, ZIP 2001, 265, 270, 274 f.; *Cahn/Simon*, Der Konzern 2003, 1, 3; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 32 III 2; *Emmerich*, in: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, Vor § 291 Rn. 6; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG (Fn. 70), Anh. nach § 52 Rn. 53; *Zeidler*, in: Michalski GmbHG (Fn. 95), Syst Darst 4 Rn. 51, 57 ff.

¹³³ Vgl. *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG (Fn. 129), § 291 Rn. 15; *Hüffer* (Fn. 95), § 291 Rn. 5.

¹³⁴ Vgl. *Altmeppen*, in: MünchKomm. AktG (Fn. 129), § 291 Rn. 15; *Emmerich*, in: Aktien- und GmbH-Konzernrecht (Fn. 132), § 291 Rn. 34; *Hüffer* (Fn. 95), § 291 Rn. 5; *Kindler*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 100), IntGesR Rn. 579; *Koppensteiner*, in: KölnKomm. AktG (Fn. 129), Vor. § 291 Rn. 83.

¹³⁵ Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 100), IntGesR Rn. 549.

bb) Konsequenzen für die herrschende Gesellschaft

Das Bestehen einer Verlustübernahmepflicht bedeutet für die herrschende Gesellschaft, dass sie das Unternehmensrisiko der untergeordneten Partei vollständig trägt¹³⁶. Verlustrisiken, die sich bei der Untergesellschaft realisieren, senken die Eigenkapitalbasis des herrschenden, nicht aber die des abhängigen Unternehmens. Denn bei der Obergesellschaft ist die Verpflichtung, den Jahresfehlbetrag des abhängigen Unternehmens auszugleichen, gemäß § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB als Aufwand aus Verlustübernahme zu verbuchen. Die Verluste der Untergesellschaft können angesichts des auszuweisenden Ertrags aus Verlustübernahme das Beteiligungskapital um ein Vielfaches übersteigen¹³⁷, ohne dass es zur Überschuldung der Untergesellschaft kommt. Eine konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht begründet daher einen Haftungsverbund in dem oben¹³⁸ bestimmten Sinn¹³⁹.

Haftungsrisiken, denen sich ein übergeordnetes Unternehmen durch eine Verlustübernahmepflicht aussetzt¹⁴⁰, werden auf der Ebene des einzelnen Instituts weder im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit der Eigenmittelausstattung gemäß § 10 KWG noch nach den Regeln der GroMiKV erfasst. Berücksichtigt wird nach § 10 Abs. 6 KWG allein das Risiko, das Beteiligungskapital abschreiben zu müssen.

cc) Ungleichbehandlung von Patronatserklärungen und konzernrechtlichen Verlustübernahmepflichten

Wenn übergeordnete Unternehmen demgegenüber harte Patronatserklärungen abgeben, wird den Geschäftsrisiken des patronierten Unternehmens auf der Ebene des einzelnen Instituts *des Patrons* Rechnung getragen. Hier verpflichtet der Gesetzgeber die Obergesellschaft, für das Risiko einer Inanspruchnahme durch die Gläubiger des patronierten Unternehmens nach Maßgabe der GroMiKV Eigenmittel vorzuhalten, soweit die maßgebliche Bemessungsgrundlage die betreffende Großkreditobergrenze überschreitet¹⁴¹.

Die unterschiedliche Behandlung konzernrechtlicher Verlustübernahmepflichten und harter Patronatserklärungen könnte auf den ersten Blick darauf zurückzuführen sein, dass es sich bei patronierten Unternehmen überwiegend um ausländische Tochterunternehmen handelt¹⁴². Diese haben die *kreditwesenrechtlichen* Regeln über die Eigenmittelausstattung nicht einzuhalten und können daher,

¹³⁶ Vgl. BGHZ 116, 37, 41 f. = NJW 1992, 505 *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 V 3.

¹³⁷ Vgl. *Schieber* (Fn. 86), S. 327.

¹³⁸ Siehe oben, 1.

¹³⁹ Vgl. *Schmid-Burgk* (Fn. 76), S. 18; v. *Brandenstein-Zeppelin* (Fn. 72), S. 62.

¹⁴⁰ Es handelt sich um eine Innenhaftung, da Gläubiger des Anspruchs auf Verlustübernahme die Untergesellschaft ist, vgl. *Hüffer* (Fn. 95), § 302 Rn. 4.

¹⁴¹ Siehe hierzu oben, a).

¹⁴² Vgl. exemplarisch die im Geschäftsbericht der Deutschen Bank für das Jahr 2002 auf S. 254 abgegebene Patronatserklärung. Von den dort namentlich genannten 28 Tochterunternehmen haben 20 ihren Sitz im Ausland.

wenn es das jeweilige nationale Recht gestattet, vergleichsweise höhere Geschäftsrisiken eingehen. Dagegen besteht die Verlustübernahmepflicht nach § 302 Abs. 1 AktG ausschließlich gegenüber Gesellschaften mit Sitz im Inland¹⁴³.

Da der Verordnungsgeber der GroMiKV aber nicht zwischen in- und ausländischen patronierten Unternehmen differenziert, kann die Kapitalausstattung der Tochterunternehmen für die unterschiedliche Behandlung von Patronatserklärungen und Verlustübernahmepflichten kaum von Bedeutung sein. Außerdem kann das Personalstatut eines ausländischen Tochterunternehmens ebenfalls eine Regelung vorsehen, die der des § 302 AktG im Hinblick auf ihre Konsequenzen für die Obergesellschaft vergleichbar ist. In diesen Fällen wäre aufgrund der möglichen Haftung der Obergesellschaft auch eine besondere Unterlegungspflicht geboten, wenn die Risikostruktur der Untergesellschaft tatsächlich maßgeblich für die zusätzliche Kapitalbelastung auf der Ebene der Obergesellschaft wäre.

Die Ungleichbehandlung von Patronatserklärungen und konzernrechtlichen Verlustübernahmepflichten könnte mit den unterschiedlichen potenziellen Haftungsvolumina zusammenhängen. Das potenzielle Haftungsvolumen, das mit einer harten Patronatserklärung verbunden ist, umfasst die Verbindlichkeiten des patronierten Unternehmens in voller Höhe, wenn die Patronatserklärung wie in den Geschäftsberichten von Banken üblich der Höhe nach unbegrenzt abgegeben wird¹⁴⁴. Demgegenüber ist die Haftungshöhe im Fall des Bestehens einer Verlustübernahmepflicht nach § 302 AktG auf den Jahresfehlbetrag beschränkt. Das gilt auch in der Insolvenz der Untergesellschaft¹⁴⁵. Hier zählt der auf den Jahresfehlbetrag begrenzte Ausgleichsanspruch gemäß § 35 InsO zur Insolvenzmasse¹⁴⁶.

Die unterschiedliche aufsichtsrechtliche Behandlung von Patronatserklärungen und Verlustübernahmepflichten ist allerdings auch vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Verlustübernahmepflichten sind der Höhe nach zwar auf die Jahresfehlbeträge der Untergesellschaft begrenzt, die zu leistenden Beträge übersteigen in ihrer Summe aber im Ergebnis das Haftungsvolumen, das ein Patron im Fall der Inanspruchnahme durch dieselbe Untergesellschaft aufzubringen hat. Denn die Gläubiger einer patronierten Gesellschaft können gegen den Patron *nur im Insolvenzfall* ihres Schuldners vorgehen. Besteht demgegenüber ein Unternehmensvertrag, ist die untergeordnete Par-

¹⁴³ Vgl. die Nachweise in Fn. 133.

¹⁴⁴ Die Haftung ergibt sich aus § 280 Abs. 1, 3, i. V. m. § 283 BGB, vgl. die Nachweise in Fn. 108.

¹⁴⁵ Eine Insolvenz der Untergesellschaft ist beim Bestehen einer Verlustübernahmepflicht der herrschenden Gesellschaft nur aus Gründen der Zahlungsunfähigkeit möglich, da eine Überschuldung durch die Verlustübernahmepflicht gerade ausgeschlossen wird. Die Möglichkeit einer Zahlungsunfähigkeit ist deswegen gegeben, weil der Anspruch auf Zahlung des Jahresfehlbetrags gegen die Obergesellschaft erst am Bilanzstichtag fällig wird, vgl. BGHZ 142, 382, 385 f. = NJW 2000, 210; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 V 5; *Hüffer* (Fn. 95), § 302 Rn. 15.

¹⁴⁶ Vgl. BGHZ 114, 187, 200 = NJW 1991, 3142; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (Fn. 93), § 20 V 6; *Hüffer* (Fn.

tei von der Obergesellschaft *in jedem Fall* vermögensmäßig so zu stellen, wie sie im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Unternehmensvertrags stand. Das bedeutet, dass die Obergesellschaft während der Laufzeit des Vertrags sämtliche Verluste der Untergesellschaft zu übernehmen hat. Selbst wenn die Untergesellschaft in diesem Zeitraum aus Gründen der Illiquidität insolvent wird, hat die Obergesellschaft bei der Untergesellschaft diejenige Vermögenslage herzustellen, die bei Vertragsschluss vorlag. Dass der Anspruch auf Verlustübernahme in diesem Fall nicht mehr von der Gesellschaft selbst, sondern vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird, spielt keine Rolle.

Von Bedeutung ist im hier vorliegenden Zusammenhang allein, dass die Gläubiger der Untergesellschaft aufgrund der Pflicht der Obergesellschaft, die ursprüngliche Vermögenslage herzustellen, wie bei Vorliegen einer Patronatserklärung im Ergebnis vollumfänglich befriedigt werden. Damit ist die obere Partei eines Unternehmensvertrages in der Insolvenz der Untergesellschaft aber nicht nur mittelbar verpflichtet, für alle Schulden aufzukommen soweit das Vermögen der Untergesellschaft hierzu nicht ausreicht. Die Haftung ist insoweit der Höhe nach deckungsgleich mit der aus einer harten Patronatserklärung. Darüber hinaus hat die Obergesellschaft bis zum Eintritt der Insolvenz der Untergesellschaft deren Verluste zu tragen.

Eine potenzielle Inanspruchnahme aus § 302 AktG ist folglich dem Betrage nach höher als jene aus einer Patronatserklärung, die zugunsten derselben Gesellschaft abgegeben wird. Weiterhin ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Obergesellschaft überhaupt in Anspruch genommen wird, bei Bestehen eines Unternehmensvertrages erheblich höher als bei einer Patronatserklärung. Denn eine Verlustübernahmepflicht wird unabhängig vom Insolvenzeintritt begründet. Der Ausweis eines Jahresfehlbetrags genügt.

Aus diesen Gründen ist es nicht einsichtig, warum die mit einer Patronatserklärung verbundenen Haftungsrisiken kreditwesenrechtlich zu erfassen sind, während die vergleichsweise höheren Haftungsrisiken aus konzernrechtlichen Verlustübernahmepflichten unberücksichtigt bleiben sollen. Der Verordnungsgeber sollte die Rechtslage in dieser Hinsicht überdenken.

dd) Erfassung konzernrechtlicher Haftungsrisiken durch die Konsolidierung?

Eine konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht birgt für das herrschende Institut ein Verlustpotenzial, das betragsmäßig über das Beteiligungskapital hinausgeht. Ein solcher Verlust kann nicht nur im Fall der Insolvenz der Untergesellschaft entstehen, bei der die Obergesellschaft das Beteiligungskapital abzuschreiben und zusätzlich den bei der Untergesellschaft entstandenen Jahresfehlbetrag an den Insolvenzverwalter auszuzahlen hat, sondern auch dann, wenn es mit der Feststellung

eines Jahresfehlbetrags sein Bewenden hat. Denn dieser kann das Beteiligungskapital ohne weiteres übersteigen.

Daraus ergibt sich, dass einer Ansteckung der Obergesellschaft nicht hinreichend vorgebeugt ist, wenn die von der Obergesellschaft vorzuhaltenden Eigenmittel allein der bestehenden kapitalmäßigen Verflechtung Rechnung tragen. Die durch eine Unternehmensverbindung mit bestehender Verlustübernahmepflicht verursachte Kapitalbelastung muss im Ergebnis höher liegen als eine volumenmäßig gleiche Unternehmensverbindung, bei der sich die Ansteckungsgefahr auf den Verlust des Beteiligungskapitals beschränkt. Fraglich ist, ob dieser Zusammenhang von der Eigenmittelaufsicht auf Gruppenebene nach § 10a KWG erfasst wird.

Hierzu sei zunächst noch einmal auf das obige Konsolidierungsbeispiel verwiesen¹⁴⁷. Dort beträgt das Potenzial des I_1 , risikobehaftete Geschäfte einzugehen 10.000 GE, wenn I_2 seinen Geschäftsentfaltungsspielraum nach Maßgabe der Regeln des Grundsatz I voll ausschöpft. Sofern demgegenüber zwischen I_1 und I_2 kein Mutter-Tochter-Verhältnis besteht, ist bei I_1 ein Buchwertabzug nach § 10 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 KWG vorzunehmen. Dieser bewirkt eine betragsmäßig gleich hohe Geschäftsbegrenzung bei I_1 wie die Konsolidierung nach § 10a Abs. 6 KWG. In beiden Fällen wird das Kapital von I_1 in Höhe des Beteiligungsbuchwerts belastet. Eine Unternehmensverbindung wird folglich unabhängig von dem Vorliegen konzernspezifischer Haftungsrisiken gleichermaßen erfasst, wenn das nachgeordnete Unternehmen den Geschäftsentfaltungsspielraum voll ausschöpft, der nach den Regeln des Grundsatz I maximal zulässig ist.

Geht man nunmehr davon aus, dass I_2 in dem obigen Beispiel sein haftendes Eigenkapital nur zu 80 % auslastet, hat das aufsichtliche Konsolidierungsverfahren im Vergleich zum Abzugsverfahren zur Folge, dass I_1 seine nach Grundsatz I anzurechnenden Geschäftsaktivitäten auf 11.000 GE ausweiten kann. Das bedeutet, dass eine Unternehmensverbindung, bei der aufgrund des Abschlusses eines Unternehmensvertrags ein über das Beteiligungskapital hinausgehendes konzernspezifisches Haftungsrisiko besteht, die Eigenmittel der Obergesellschaft im Ergebnis weniger stark belastet als eine kapitalmäßig gleiche Unternehmensverbindung, bei der sich ein solches zusätzliches Haftungsrisiko nicht realisieren kann. Diese ist nämlich nach dem Abzugsverfahren zu behandeln, wenn durch sie kein Mutter-Tochter-Verhältnis begründet wird. Die Bilanzen von I_1 , I_2 und der Gruppe sehen bei Anwendung des Konsolidierungsverfahrens nach § 10a Abs. 6 KWG wie folgt aus:

¹⁴⁷ Siehe oben, I. 1.

A	Institut I ₁		P
Beteiligung an I ₂	200	1.000	Haftendes EK
Andere Risikoaktiva	11.000	10.200	Andere Passiva

A	Institut I ₂		P
Risikoaktiva	4.000	400	Haftendes EK
		3.600	Andere Passiva

A	Institutsgruppe		P
Risikoaktiva	15.000	1.200	Haftendes EK
		13.800	Andere Passiva

Die durch die Unternehmensverbindung mit konzernspezifischem Haftungsrisiko bei I₁ implizit bewirkte Kapitalbelastung fällt selbst dann geringer aus, wenn man sie mit einer kapitalmäßig identischen Unternehmensverbindung vergleicht, der kein konzernspezifisches Risiko anhaftet und die nach § 10 Abs. 6 Satz 3 KWG freiwillig konsolidiert wird. Im ersten Fall beträgt der Geschäftsentfaltungsspielraum des I₁ 11.000 GE (siehe hierzu die erste der vorstehenden Bilanzen).

Im Fall der freiwilligen Konsolidierung kann I₁ demgegenüber nur 10.500 GE an risikotragenden Geschäften eingehen. Auf die freiwillig konsolidierte Beteiligung ist gemäß § 10a Abs. 7 KWG das Verfahren der Quotenkonsolidierung anzuwenden¹⁴⁸. Die zugehörigen Bilanzen sehen wie folgt aus:

¹⁴⁸ Siehe oben, C. II. 1.

A	Institut I ₁		P
Beteiligung an I ₂	200	1.000	Haftendes EK
Andere Risikoaktiva	10.500	9.700	Andere Passiva

A	Institut I ₂		P
Risikoaktiva	4.000	400	Haftendes EK
		3.600	Andere Passiva

A	Institutsgruppe		P
Risikoaktiva	12.500	1.000	Haftendes EK
		11.500	Andere Passiva

Das zusammengefasste haftende Eigenkapital der Gruppe beträgt gemäß § 10a Abs. 6 Satz 2, Abs. 7 KWG 1.000 GE¹⁴⁹, so dass die Gruppe insgesamt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 GS I Risikoaktiva i. H. v. 12.500 GE eingehen kann. Wenn I₂ auf der Ebene des einzelnen Instituts Risikoaktiva i. H. v. 4.000 GE zu unterlegen hat, das sind 80 % der nach Grundsatz I maximal zulässigen Geschäfte, sind davon auf Gruppenebene gemäß § 10a Abs. 7 Satz 1 KWG entsprechend der Beteiligungsquote (50 %) 2.000 GE zu berücksichtigen. Damit verbleiben für I₁ lediglich 10.500 GE¹⁵⁰.

d) Fazit

Der vorstehende Befund überrascht, da Beteiligungsverhältnisse, mit denen für Obergesellschaften ein über das Beteiligungskapital hinausgehendes Verlustrisiko verbunden ist, die Geschäftsentwicklungsmöglichkeiten der Gruppe im Ergebnis nicht so stark begrenzen wie volumenmäßig vergleichbare Beteiligungsverhältnisse, bei denen die Haftung der beteiligten Institute auf ihre Kapitalanteile beschränkt ist. Die durch das Konsolidierungsverfahren bei den beteiligten Instituten implizit bewirkte Kapitalbelastung ist damit in dem zuletzt genannten Fall höher, obwohl das Haftungsrisiko hier geringer ist. Die Überwachung der Eigenmittel auf konsolidierter Basis gemäß § 10a KWG trägt daher besonderen gruppenspezifischen Haftungsrisiken nicht angemessen Rechnung.

¹⁴⁹ = 1.000 GE + 400 GE * 50 % - 200 GE.

¹⁵⁰ = 12.500 GE - 2.000 GE.

G. Rechtspolitische Schlussfolgerungen

I. Zweck der kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung

Aus der vorstehenden Analyse folgt, dass § 10a KWG weder der Zweck zugrunde liegen kann, Mehrfachbelegungen von haftendem Eigenkapital zu vermeiden, was nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin als verfehlt anzusehen wäre¹⁵¹, noch gruppeninterne Haftungsbeziehungen zu erfassen, die ein über das Beteiligungskapital hinausgehendes Verlustrisiko bergen. Die einzige praktische Konsequenz des Konsolidierungsverfahrens ist, dass es Flexibilität bei der gruppeninternen Ausnutzung von Risikoabdeckungspotenzialen schafft.

Gerade diese Flexibilität ist aber unter dem Gesichtspunkt des aufsichtsrechtlichen Ziels Funktionschutz deswegen nicht unbedenklich, weil sie dazu führen kann, dass den mit Beteiligungen verbundenen Ansteckungsgefahren nicht in jedem Fall Rechnung getragen wird. Denn die Verlustrisiken sind nicht mehr unbedingt bei demjenigen gruppenangehörigen Unternehmen durch Haftungsmittel unterlegt, bei dem sie sich im Eintrittsfall realisieren¹⁵². Das übergeordnete Unternehmen kann Teile ungenutzter Risikoabdeckungspotenziale nämlich im Rahmen seiner gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten innerhalb des Unternehmensverbundes nahezu nach Belieben einsetzen.

II. Abschaffung der kreditwesenrechtlichen Kapitalkonsolidierung

Die Beaufsichtigung der Eigenmittel *auf Gruppenebene* ist vor dem Hintergrund der bankaufsichtsrechtlichen Zielsetzungen daher nicht geboten¹⁵³. Dafür spricht nicht nur, dass gruppenspezifische Haftungsrisiken, die betragsmäßig über den Verlust des Beteiligungskapitals hinausgehen, durch die Regeln des § 10a KWG nicht erfasst werden, sondern auch, dass die mit Beteiligungen verbundenen Ansteckungsrisiken auf der Ebene des einzelnen Instituts besser berücksichtigt werden können. Dort lassen sich die Risiken bei demjenigen Institut durch haftendes Eigenkapital abdecken, bei dem sie sich im Eintrittsfall auch tatsächlich realisieren. Die Regulierung von Interbankbeteiligungen sollte daher selbst dann ausschließlich auf der Ebene des einzelnen Instituts stattfinden, wenn zwischen den beteiligten Gesellschaften ein Mutter-Tochter-Verhältnis besteht.

§ 10a KWG sollte aus diesen Gründen ersatzlos gestrichen werden. Die in § 13 Abs. 3 Satz 3 KWG für gruppenangehörige Unternehmen vorgesehene Ausnahme sollte ebenfalls wegfallen. Dasselbe gilt für die Anrechnungsprivilegierungen in § 16 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 2 GroMiKV, die an § 10a

¹⁵¹ Siehe oben, F. I. 3.

¹⁵² Vgl. *Schieber* (Fn. 86), S. 323.

¹⁵³ Ebenso *Schieber* (Fn. 86), S. 326 ff.

KWG anknüpfen. Eine Regelung, nach der Interbankbeteiligungen insoweit mit haftendem Eigenkapital zu unterlegen wären, wie sie zusammen einen bestimmten Prozentsatz des haftenden Eigenkapitals des beteiligten Instituts übersteigen würden, würde den bankaufsichtsrechtlichen Zielsetzungen genügen¹⁵⁴. Soweit Beteiligungen nach einer solchen Regelung in voller Höhe mit haftendem Eigenkapital abgedeckt wären, dürfte keine Anrechnung auf die Großkreditobergrenzen mehr erfolgen¹⁵⁵.

Eine derartige Vorschrift müsste allerdings nicht nur für Institute, sondern auch für Finanzholding-Gesellschaften i. S. d. § 1 Abs. 3a KWG Geltung beanspruchen. Andernfalls ließe sich durch die Einschaltung einer vorwiegend fremd finanzierten Holding bei den Beteiligungsgesellschaften Haftungskapital generieren, das effektiv nicht aufgebracht wäre¹⁵⁶. Die Anknüpfung an Finanzholding-Gesellschaften wäre aus kreditwesenrechtlicher Sicht nicht ungewöhnlich. Denn sie sind nach § 10a KWG bereits de lege lata bei der Eigenmittelausstattung auf Gruppenebene zu berücksichtigen. Die BaFin ist ihnen gegenüber außerdem seit Inkrafttreten des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 KWG zum Erlass von Anordnungen befugt.

III. Berücksichtigung gruppenspezifischer Haftungstatbestände

Gegen eine solche Unterlegungsverpflichtung könnte eingewandt werden, die mit Beteiligungen verbundenen Risiken würden nur insoweit erfasst, als beteiligte Gesellschaften für die Verbindlichkeiten ihrer Beteiligungsunternehmen auf den Kapitalanteil beschränkt haften. Zu diesem Einwand ist allerdings zunächst anzumerken, dass das geltende Konzept der Beaufsichtigung von Eigenmitteln auf Gruppenebene Haftungspotenzialen, die über den Verlust der Kapitalanteile hinausgehen, ebenfalls keine Rechnung trägt. Das Konsolidierungsverfahren i. S. d. § 10a KWG kann, anders als eine Unterlegungsverpflichtung bei übergeordneten Unternehmen, sogar zu Kapitalbelastungen führen, die mit der Höhe des jeweiligen Haftungsrisikos in keinem Zusammenhang stehen¹⁵⁷.

Wenn das Haftungspotenzial über das Beteiligungskapital hinausgeht, wie etwa aufgrund der vorstehend erörterten Patronatserklärungen und Verlustübernahmepflichten, sollte die bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften an die Haftungstatbestände selbst anknüpfen¹⁵⁸. De lege lata ist das bei der Abgabe harter Patronatserklärungen zwar bereits der Fall. Hier sollte der Verordnungsgeber jedoch im Rahmen der Ermittlung der auf die Großkreditobergrenzen anzurechnenden Beträge auf die Verbindlichkeiten der patronierten Gesellschaften und nicht auf deren Kreditportfolios abstellen.

¹⁵⁴ Zu einem konkreten Reformvorschlag siehe *Senger* (Fn. 8), S. 208.

¹⁵⁵ Dazu näher *Senger* (Fn. 8), S. 188 f., 209-211

¹⁵⁶ Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 12/6957 vom 4. 3. 1994, S. 26.

¹⁵⁷ Siehe hierzu die obigen Beispiele unter F. II. 2. c) dd).

¹⁵⁸ Vgl. *Mertens*, AG 1984, 225, 242.

Letztere sollten dagegen für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage maßgeblich sein, wenn die Erfassung von Haftungsrisiken in Frage steht, die auf konzernrechtlichen Verlustübernahmepflichten beruhen. Denn die Verlustübernahmepflichten i. S. d. §§ 302 und 324 Abs. 3 AktG stellen eine Innenhaftung dar¹⁵⁹, deren potenzielle Höhe unmittelbar von der risikotragenden Geschäftstätigkeit der Untergesellschaft abhängt.

Für das Risiko der faktischen Inanspruchnahme einer Obergesellschaft durch eine Konzerngesellschaft, die nicht auf einer rechtlichen Grundlage beruht, ist das Vorhalten von Eigenmitteln demgegenüber nicht geboten¹⁶⁰. Die Abwendung der Insolvenz einer Tochtergesellschaft durch deren Muttergesellschaft kann für diese zwar ökonomisch durchaus sinnvoll sein. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Kosten der Mutter aus potenziellen Standing-Verlusten bei einer ausbleibenden Unterstützung die Kosten einer Haftungsübernahme übersteigen¹⁶¹. Derartige Leistungen erfolgen aber freiwillig und werden nur in denjenigen Fällen erbracht, in denen sie aufgrund eines betriebswirtschaftlichen Kalküls rational sind¹⁶². Eine rechtlich nicht durchsetzbare faktische Haftung sollte kein regulatorisches Eigenkapital binden.

IV. Vereinfachung der Erfassung beteiligungsbedingter Risiken

Bankaufsichtsrechtliche Vorschriften sind so auszugestalten, dass sie für den Adressaten verständlich und überschaubar sind¹⁶³. § 10a KWG sind diese Attribute kaum zuzusprechen. Eine Unterlegungsverpflichtung wäre in ihrer Anwendung erheblich einfacher als die Konsolidierung nach § 10a KWG. Neben der Vereinfachung würde auch der Bearbeitungsaufwand der betroffenen Bankengruppen erheblich sinken.

V. Erfassung von Bankengruppen als wirtschaftliche Einheiten

Ein Nachteil der Abschaffung des § 10a KWG könnte auf den ersten Blick darin liegen, dass die BaFin keine Informationen über Bankengruppen als wirtschaftliche Einheiten erhalten würde. Die Beobachtung der Gesamtrisiken deutscher Bankengruppen zählt ausweislich der Regierungsbeurteilung zu den Anliegen der Beaufsichtigung von Instituten auf zusammengefasster Ebene¹⁶⁴. Die monatliche Bereitstellung von Informationen über die Eigenmittelausstattung von Gruppen durch

¹⁵⁹ Vgl. Fn. 140.

¹⁶⁰ Vgl. *Jürgens* (Fn. 90), S. 135; *Mertens*, AG 1984, 225, 242; *Schieber* (Fn. 86), S. 329.

¹⁶¹ Vgl. hierzu ausführlich v. *Brandenstein-Zeppelin* (Fn. 72), S. 63 ff.; vgl. auch *Mertens*, AG 1984, 225, 242; *Neumann* (Fn. 104), S. 114 f.; *Tripartite Group*, The Supervision of Financial Conglomerates – A Report by the Tripartite Group of Bank, Securities and Insurance Regulators, 1995, S. 19.

¹⁶² Vgl. *Jürgens* (Fn. 90), S. 134; v. *Brandenstein-Zeppelin* (Fn. 72), S. 67.

¹⁶³ Vgl. *Gruner-Schenk*, Harmonisierung des Bankaufsichtsrechts, 1995, S. 53.

¹⁶⁴ Vgl. BegrRegE BT-Drucks. 10/1441 vom 14. 5. 1984, S. 23; *Jürgens* (Fn. 90), S. 164.

das jeweils übergeordnete Unternehmen ermöglicht es der BaFin, diese Risiken zu analysieren und zu kontrollieren¹⁶⁵.

Der Informationsbedarf ließe sich allerdings auch im Fall einer Aufhebung des § 10a KWG decken. So könnte beispielsweise eine kreditwesenrechtliche Pflicht eingeführt werden, nach der der BaFin und der Deutschen Bundesbank diejenigen Informationen monatlich zu übermitteln wären, die ein Mutterunternehmen i. S. d. Konzernbilanzrechts ohnehin nach §§ 290 ff. HGB aufzubereiten hätte. Dabei müssten stille Reserven selbstverständlich gegenüber der Behörde offen gelegt werden.

In diesem Fall wären zwar ausschließlich Tochterunternehmen i. S. d. § 290 HGB und Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. § 310 HGB in die konsolidierte Betrachtung einbezogen. Da der Zweck der konzernbilanzrechtlichen Vorschriften aber ebenfalls darin besteht, die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Konzerns *als wirtschaftliche Einheit* abzubilden¹⁶⁶, würde nichts dagegen sprechen, ausschließlich den konzernbilanzrechtlichen Tochtertatbestand anzuwenden¹⁶⁷. Das alleinige Abstellen auf § 290 HGB wäre praktikabler und würde die Rechtssicherheit erhöhen.

¹⁶⁵ Vgl. *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht April 1994, S. 58; *Dürselen*, ZBB 1997, 345. 346.

¹⁶⁶ Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz* (Fn. 92), Vorbem zu §§ 290-315 HGB Rn. 13, 19, § 297 HGB Rn. 39.

¹⁶⁷ Ebenso *Schaber* (Fn. 27), S. 97 ff.

WORKING PAPERS

- 1 Andreas Cahn Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und
Rechtsschutz Betroffener
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2 Axel Nawrath Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele
und Aufgaben der Politik, insbesondere des
Bundesministeriums der Finanzen
- 3 Michael Senger Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12
Abs. 1 KWG
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4 Georg Dreyling Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung
des Finanzplatzes Deutschland
- 5 Matthias Berger Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6 Felicitas Linden Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7 Michael Findeisen Nationale und internationale Maßnahmen gegen die
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der
Finanzmärkte
- 8 Regina Nößner Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich
relevantem Verhalten
- 9 Franklin R. Edwards The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and
Investor Protection
- 10 Ashley Kovas Should Hedge Fund Products be marketed to Retail
Investors? A balancing Act for Regulators
- 11 Marcia L. MacHarg Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a
New Direction?
- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei
der Umsetzung der OGAW – Richtlinien

- | | | |
|----|-------------------------------------|---|
| 14 | Jens Conert | Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik |
| 15 | Bob Wessels | Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe |
| 16 | Theodor Baums /
Kenneth E. Scott | Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany |
| 17 | Bob Wessels | International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies |
| 18 | Michael Gruson | Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: die sogenannte Globale Aktie |
| 19 | Michael Gruson | Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union |
| 20 | Andreas Cahn | Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen
(publ. in: Der Konzern 2004, 235ff.) |
| 21 | David C. Donald | The Nomination of Directors under U.S. and German Law |
| 22 | Melvin Aron Eisenberg | The Duty of Care in American Corporate Law |
| 23 | Jürgen Than | Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes |
| 24 | Philipp von Randow | Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen |
| 25 | Hannes Schneider | Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger |
| 26 | Hans-Gert Vogel | Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht |
| 27 | Georg Maier-Reimer | Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners |

- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective
- 32 Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

MICHAEL SENGER

KAPITALKONSOLIDIERUNG IM BANKKONZERN



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 33



PROF. DR. THEODOR BAUMS
PROF. DR. ANDREAS CAHN

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT

SENCKENBERGANLAGE 31

D-60054 FRANKFURT AM MAIN

TEL: +49 (0)69 / 798-28941

FAX: +49 (0)69 / 798-29018

(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))

ILF



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT