

LENA RUDKOWSKI

Transparenzpflichten zur Kontrolle von Finanzdienstleistungs- unternehmen

Jus Privatum

204

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 204



Lena Rudkowski

Transparenzpflichten zur Kontrolle von Finanzdienstleistungsunternehmen

Unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes
von Geschäftsgeheimnissen

Mohr Siebeck

Lena Rudkowski, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin; Referendariat in Berlin und London; 2010 Promotion, Zweites Staatsexamen; seit 2011 Juniorprofessorin an der Freien Universität Berlin; 2015 Habilitation.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-154307-4
ISBN 978-3-16-154282-4
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2014/15 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden noch bis zum Sommer 2015 nachgetragen.

Zu danken habe ich Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster für die Betreuung der Arbeit. Dank gebührt außerdem Herrn Univ.-Prof. Dr. Gregor Bachmann für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Veröffentlichung dieses Werkes hat die VG Wort durch Übernahme der Druckkosten großzügig unterstützt.

Berlin, im August 2015

Lena Rudkowski

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Teil 1: Einführung

§ 1 Problemstellung	1
§ 2 Besondere Regulierungsbedürftigkeit von Finanzdienstleistungs- unternehmen	5
§ 3 Offenlegungsinteressen und Geheimnisschutz	12
§ 4 Gang der Untersuchung	35

Teil 2: Transparenzpflichten von Finanzdienstleistungs- unternehmen

§ 1 Transparenz zur internen Kontrolle	39
§ 2 Transparenz zur Kontrolle durch einzelne Private	76
§ 3 Transparenz zur Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde	134
§ 4 Transparenz zur Kontrolle durch die Öffentlichkeit	165
§ 5 Herstellung von Transparenz durch Dritte	196

Teil 3: Folgerungen für andere Rechtsgebiete

§ 1 Folgerungen für das Gesellschaftsrecht	215
§ 2 Folgerungen für das Arbeitsrecht	247
§ 3 Folgerungen für andere Wirtschaftszweige unter staatlicher Aufsicht	257
§ 4 Folgerungen für das Zivilprozessrecht	262

Teil 4: Zusammenfassung und Ausblick

§ 1 Zusammenfassende Bewertung	315
§ 2 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	321

§ 3 Ausblick 324

Literaturverzeichnis 327

Register 361

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
 Teil 1: Einführung	 1
§ 1 Problemstellung	1
§ 2 Besondere Regulierungsbedürftigkeit von Finanzdienstleistungs- unternehmen	5
A. Tatsächliche Grundlagen der besonderen Regulierungs- bedürftigkeit	5
I. Regulierungsbedürftigkeit von Versicherungsunternehmen	6
II. Regulierungsbedürftigkeit von Instituten	7
B. Rechtliche Grundlagen der besonderen Regulierungs- bedürftigkeit	8
I. Sozialstaatsprinzip	9
II. Grundrechte	10
C. Folgerungen für die Untersuchung	11
§ 3 Offenlegungsinteressen und Geheimnisschutz	12
A. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses	13
I. Die Elemente des Geheimnisbegriffs	14
1. Unternehmensbezogene Tatsache	16
2. Nichtoffenkundigkeit der Tatsache	17
3. Geheimhaltungsinteresse	18
4. Geheimhaltungswille des Geheimnisträgers und Geheimnisschutzmaßnahmen	20
II. Einheitlichkeit des Geheimnisbegriffs	22
III. Fazit	23
B. Verfassungsrechtlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen	23
I. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	24
1. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	24

2. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG und Rechtfertigung	25
II. Recht auf Eigentum (Art. 14 GG)	27
1. Schutz des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 14 GG	27
2. Herleitung des Grundrechtsschutzes im Einzelnen	28
3. Konkurrenzverhältnis zur Berufsfreiheit	31
4. Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG und Rechtfertigung	31
III. Schutz durch weitere Grundrechte und Prinzipien	32
1. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	32
2. Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Unter- nehmers (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	32
3. Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Unter- nehmens (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG)	33
4. Sozial- und Rechtsstaatsprinzip	34
IV. Fazit	35
§ 4 Gang der Untersuchung	35
Teil 2: Transparenzpflichten von Finanzdienstleistungs- unternehmen	39
§ 1 Transparenz zur internen Kontrolle	39
A. Interne Transparenz als Ziel des Finanzaufsichtsrechts	40
B. Interne Transparenz nach den Vorschriften des Finanz- aufsichtsrechts	41
I. Interne Transparenz von Instituten	41
1. Informationsbeziehungen des Risikomanagements	42
a) Informationsbeziehungen zum Leitungsorgan	42
b) Pflicht zur Berichterstattung gegenüber dem Aufsichts- organ	43
c) Risikocontrolling-Funktion (Art. 76 Abs. 5 CRD IV)	43
2. Informationsbeziehungen des Risikoausschusses	44
3. Einrichtung einer Compliance-Funktion	47
4. Folgerungen	47
II. Interne Transparenz von Versicherungsunternehmen	49
1. Vorstand als Zentrum der Informationsbeziehungen	50
2. Informationsbeziehungen des Risikomanagements	52
a) Risikocontrolling (§ 26 Abs. 8 VAG-E)	52
b) ORSA (§ 27 Abs. 1 VAG-E)	54
c) Allgemeine Informationspflichten des Risikomanage- ments gegenüber dem Aufsichtsrat	55

3. Informationsbeziehungen des internen Kontrollsystems (§ 29 VAG-E)	55
a) Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Funktion . . .	56
b) Regelungsvorbild WpHG und WpDVerOV	57
c) Weisungsrecht der Compliance-Funktion	57
d) Informationsrechte der Compliance-Funktion	59
e) Insbesondere: Verhältnis zum Aufsichtsrat	60
aa) Bericht an den Aufsichtsrat	60
bb) Auskunftsanspruch des Aufsichtsrats	62
f) Insbesondere: Verhältnis zu Behörden	63
g) Insbesondere: Stellung als öffentlicher Beauftragter . . .	65
h) Fazit	67
4. Informationsbeziehungen der internen Revision (§ 30 VAG-E)	67
5. Informationsbeziehungen der versicherungs- mathematischen Funktion (§ 31 VAG-E)	68
6. Zusammenfassung	69
III. Fazit	70
C. Kritik und Folgerungen	70
I. Grundsätze für Vorschriften zur internen Transparenz . . .	71
II. Folgerungen für das Verständnis der prinzipienbasierten Aufsicht	74
III. Folgerungen für Kontrolle durch Transparenz	75
§ 2 Transparenz zur Kontrolle durch einzelne Private	76
A. Transparenz für Kunden als Ziel von Offenlegungspflichten . . .	76
I. Zivilrechtlicher Ansatz: Information des mündigen Privaten	77
1. Einheitliches zivilrechtliches Konzept von Kontrolle durch Transparenz	77
2. Insbesondere: Das Leitbild des mündigen Privaten	79
3. Fazit	83
II. Öffentlich-rechtlicher Ansatz: Information des mündigen Privaten	83
B. Transparenz für Kunden im geltenden Recht	84
I. Passive Offenlegungspflichten der Unternehmen	84
1. Offenlegung kundenbezogener Information nach § 202 VVG	85
2. Reichweite des § 202 VVG in direkter und analoger Anwendung	86
3. Einsichtnahme gem. § 810 BGB	88
4. Einsichtnahme aufgrund vertraglicher Treuepflicht (§ 242 BGB)	93

5. Fazit	94
II. Aktive Offenlegungspflichten der Unternehmen	94
1. Vorvertragliche Informationspflichten	94
a) Die „richtige“ Vertragsentscheidung als Ziel der Gesetzgebung	94
b) Hinweise, Erläuterungen und Beratung als Mittel der Kontrolle durch Transparenz	97
2. Aufklärungspflichten	99
a) Spontane Aufklärungspflichten gem. § 6 VVG	100
b) Ungeschriebene spontane Aufklärungspflichten	102
aa) Anlassunabhängige Aufklärungspflichten	103
bb) Anlassbezogene Aufklärungspflichten	105
cc) Fazit	109
III. Zusammenfassung	109
C. Kritik und Folgerungen	109
I. Der mündige, aber beschränkt belastbare Private	109
II. Grundsätze für eine interessengerechte Weiterentwicklung der Offenlegungspflichten	113
1. Weiterentwicklung von passiven Offenlegungspflichten	113
2. Weiterentwicklung von Informationspflichten	117
a) Ziel der „informierten Entscheidung“	117
b) Der Grundsatz der Informationssparsamkeit und seine Folgen	118
aa) Vorrang anderer Informationsbeziehungen	119
bb) Wesentliche Informationen	120
cc) Insbesondere: Ausschluss „weicher“ Informationen	121
dd) Insbesondere: Geheimhaltungsinteressen des Verpflichteten	123
c) Persönlicher Anwendungsbereich der Informations- pflichten	124
d) Beschränkung auf Informationspflichten	127
e) Sonderfall: Produktinformationsblätter	128
aa) Sachlicher Anwendungsbereich des PIB	128
bb) Persönlicher Anwendungsbereich des PIB	129
cc) Anforderungen an das PIB im Einzelnen	129
f) Fazit	131
3. Weiterentwicklung von Aufklärungspflichten	132
III. Folgerungen für Kontrolle durch Transparenz	133
§ 3 Transparenz zur Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde	134
A. Transparenz für Aufsichtsbehörden als Ziel des Finanzaufsichts- rechts	134

I.	Transparenz als Mittel der klassischen Staatsaufsicht	135
II.	Funktionswandel der aufsichtsrechtlichen Offenlegungspflichten in der modernen Finanzaufsicht	136
B.	Grundsatz der Transparenz für die Aufsichtsbehörde	139
I.	Überblick über die finanzaufsichtsrechtlichen Offenlegungspflichten	139
II.	Transparenz nach Solvency II	141
	1. Informationsgeneralklausel und Offenlegungspflichten	141
	2. Insbesondere: Anforderungen gem. § 43 VAG-E	143
	3. Insbesondere: Verhältnismäßigkeit (§ 296 VAG-E)	144
	4. Zwischenergebnis	145
III.	Sicherstellung des Geheimnisschutzes	145
	1. Geheimhaltungspflicht gem. §§ 9 KWG n. F., 84 VAG, 8 WpHG	145
	a) Schweigepflicht und Verschwiegenheitspflicht	146
	b) Schutzgegenstand: Tatsachen und Werturteile	146
	c) Verbotene Handlung	148
	d) Normadressat	148
	e) Unbefugtheit der Offenlegung	150
	f) Fazit	151
	2. Ungeschriebene Ausnahmen	151
	a) Ausnahme bei Verschwiegenheitsverpflichtung des Dritten	151
	b) Ausnahme bei sich außerhalb der Rechtsordnung stellenden Unternehmen	152
	3. Fazit	153
C.	Kritik und Folgerungen	154
I.	Grenzen der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde	154
II.	Grundsätze für Vorschriften über Transparenz gegenüber der Aufsichtsbehörde	154
	1. Informationen ohne unmittelbaren Zusammenhang zur Aufsichtstätigkeit	155
	2. Vorrang anlassbezogener Offenlegungspflichten	157
	3. Vorrang von aktiven gegenüber passiven Offenlegungspflichten	158
	4. Abstrakt-individuelle Offenlegungspflichten	158
	5. Vorrang von Offenlegungsobliegenheiten	160
	6. Vorrang einer gesetzlichen Ausdifferenzierung des Adressatenkreises vor der Anordnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	161
	7. Informationsvorsorge in den Unternehmen	163
	8. Fazit	164

III. Folgerungen für Kontrolle durch Transparenz	164
§ 4 Transparenz zur Kontrolle durch die Öffentlichkeit	165
A. Transparenz für die Öffentlichkeit als Ziel des Finanzaufsichts- rechts	165
I. Konzept im Einzelnen	165
II. Insbesondere: Die Öffentlichkeit als Adressat der Informationen	168
B. Transparenz für die Öffentlichkeit nach den Vorschriften des Finanzaufsichtsrechts	170
I. Geschäftsgeheimnisse als offenlegungsfester Kern der unternehmensbezogenen Information	170
II. Offenlegungspflichten und Geheimnisschutz bei Instituten	171
1. Offenlegungspflichten gem. § 26a KWG a.F.	171
2. Änderungen durch CRD IV	172
3. Offenlegung von Vergütungssystemen (Art. 450 CRR) . .	173
III. Offenlegungspflichten und Geheimnisschutz bei Versicherungsunternehmen	174
1. Offenlegungspflichten und Geheimnisschutz de lege lata .	174
2. Offenlegungspflichten und Geheimnisschutz nach Solvency II	175
IV. Fazit	178
C. Kritik und Folgerungen	178
I. Funktionsfähigkeit des Konzepts „Kontrolle durch Transparenz für die Öffentlichkeit“	178
1. Interessengegensatz zwischen Kontrollinstanz und Kontrollierten	179
2. Defizite der Kontrollinstanz	181
a) Grenzen der Informationssammlung und -aufnahme . .	181
b) Grenzen der Informationsverwertung	182
c) Begrenzte Fachkenntnisse	184
d) Steuerbarkeit der Öffentlichkeit	185
3. Folgerungen	186
II. Grundsätze für eine Weiterentwicklung der Offenlegungs- pflichten	187
1. Gegenstand der Offenlegung: Andere als rechtserhebliche Umstände	188
2. Vorrang von Offenlegungsobliegenheiten	189
3. Vorrang der eingeschränkten Öffentlichkeit	190
4. Vorrang der Regelung durch Gesetz oder Richtlinie	191
5. Weitere Kennzeichen einer verhältnismäßigen Regelung . .	192
a) Abstufung der Offenlegungspflichten	192

b) Wesentlichkeitsklausel	193
c) Verhältnismäßigkeit des Aufwands der Informations- mitteilung	194
d) Verweisung auf andere Informationsquellen	194
6. Fazit	195
III. Folgerungen für Kontrolle durch Transparenz	195
§ 5 Herstellung von Transparenz durch Dritte	196
A. Transparenz durch Shaming	196
I. Behördlich vermittelte Kontrolle durch Shaming im WpHG	197
II. Kontrolle durch Shaming im VAG	199
III. Fazit	202
B. Transparenz durch externes Whistleblowing	202
I. Externes Whistleblowing durch Arbeitnehmer	203
1. Zulässigkeit des Whistleblowings gegenüber Behörden	203
a) Zulässigkeitsvoraussetzungen für externes Whistle- blowing	203
b) Modifikation für Arbeitnehmer in Finanzdienstleistungs- unternehmen	204
aa) Öffentliches Interesse an der Information	205
bb) Berechtigung der Vorwürfe	206
cc) Grundsätzlicher Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe	206
dd) Fazit	207
2. Whistleblowing gegenüber anderen Dritten	208
II. Externes Whistleblowing durch Betriebsratsmitglieder	208
III. Externes Whistleblowing durch Organmitglieder	211
IV. Fazit	213
C. Folgerungen für Kontrolle durch Transparenz	213
Teil 3: Folgerungen für andere Rechtsgebiete	215
§ 1 Folgerungen für das Gesellschaftsrecht	215
A. Wirkungen des Finanzaufsichtsrechts für Aktiengesellschaften anderer Wirtschaftszweige	215
I. Ausstrahlungswirkung des Finanzaufsichtsrechts	216
II. § 91 Abs. 2 AktG als Einfallstor finanzaufsichtsrechtlicher Wertungen	220
III. Erweiterung der aktienrechtlichen Informationsbeziehungen durch Einführung neuer Kontrollinstanzen	223
1. Implementierung neuer Geschäftsorganisationspflichten	223
2. Insbesondere: Pflicht zur Einrichtung einer Compliance- Funktion	225

IV. Fazit	226
B. Modifikation der aktienrechtlichen Informationsbeziehungen in Finanzdienstleistungsunternehmen	226
I. Informationsbeziehungen zu den Aktionären	226
II. Interne Informationsbeziehungen	230
1. Offenlegungspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat	231
a) Berichtspflicht und Einsichtsrecht (§§ 90, 111 Abs. 2 AktG)	231
b) Schranken der Informationsrechte	232
c) Modifikation in Finanzdienstleistungsunternehmen	238
2. Informationsbeziehungen innerhalb des Vorstands	239
a) Offenlegungspflichten innerhalb des Vorstands	239
b) Modifikation in Finanzdienstleistungsunternehmen	242
3. Informationsbeziehungen innerhalb des Aufsichtsrats	243
4. Sonderstellung des Gremiumsvorsitzenden	244
5. Gesetzliche Festschreibung der Informationsbeziehungen	246
III. Zusammenfassung	246
C. Fazit	247
§ 2 Folgerungen für das Arbeitsrecht	247
A. Individualarbeitsrechtliche Offenlegungspflichten von Arbeitnehmern gegenüber dem Arbeitgeber	248
I. Rechtsgrundlage der Offenlegungspflichten des Arbeitnehmers	248
II. Grundsätzliche Offenlegungspflicht des Arbeitnehmers	249
III. Offenlegungspflichten des Arbeitnehmers bei objektiven Umständen	250
IV. Offenlegungspflichten bei Vorkommnissen mit Personen- bezug	250
1. Offenlegungspflicht im Zusammenhang mit Arbeitgeber- weisungen	251
2. Offenlegungspflicht bei Umständen außerhalb des Arbeits- bereichs	251
3. Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeit- nehmers	252
4. Fazit	255
B. Modifikation der allgemeinen Grundsätze in Finanzdienstleistungsunternehmen	255
C. Fazit	257

§ 3 Folgerungen für andere Wirtschaftszweige unter staatlicher Aufsicht	257
A. Beschränkung auf Transparenz zur Kontrolle durch Aufsichtsbehörden	257
B. Besonderheiten der Aufsicht über Finanzdienstleister	259
C. Übertragbarkeit der gefundenen Grundsätze auf andere Rechtsgebiete	259
D. Fazit	261
§ 4 Folgerungen für das Zivilprozessrecht	262
A. Informationelle Eigenverantwortung im Zivilprozess	262
I. Durchbrechung durch die Grundsätze der sekundären Darlegungslast	263
1. Voraussetzungen der sekundären Darlegungslast	264
2. Wirkungen der sekundären Darlegungslast	264
3. Herleitung der sekundären Darlegungslast	267
4. Fazit	270
II. Transparenz als Grundsatz des Zivilprozesses	271
1. Aufklärungspflicht als Begründung der sekundären Darlegungslast	271
2. Allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht	273
III. Fazit	275
B. Sicherstellung des Geheimnisschutzes	276
I. Notwendigkeit des Geheimnisschutzes im Zivilprozess	276
II. Geheimnisschutz gegenüber der Öffentlichkeit	278
1. Ausschluss der Öffentlichkeit gem. § 172 Nr. 2 GVG	278
2. Ausschluss der Öffentlichkeit bei Verkündung des Urteils (§§ 173 Abs. 2 GVG, 172 GVG analog)	281
3. Geheimhaltungspflicht der Prozessparteien	282
a) Beschluss gem. § 174 Abs. 3 GVG	282
b) Sicherheitsleistung	284
c) Wechselseitige Offenlegung	284
d) Fazit	285
4. Beschränkung des Akteneinsichtsrechts (§ 299 Abs. 2 ZPO)	285
5. Fazit	286
III. Geheimnisschutz der Parteien untereinander	286
1. Ausklammern des Geheimnisses aus dem Prozess	287
a) Getrennte Verhandlung einzelner Anspruchsvoraussetzungen	287
b) Zurückstellen der Beweiserhebung	288
c) Zurückstellen von Beweismitteln	290

d) Ausschluss von Tatsachen durch Zeugnisverweigerungsrechte	291
e) Fazit	291
2. Partieller Ausschluss der Parteien	291
a) Beschränkungen des Akteneinsichtsrechts	292
b) Auszugsweiser Aktenvortrag	293
c) in camera-Verfahren	294
aa) Grundzüge eines in camera-Verfahrens	294
bb) Grundsätzliche Zulässigkeit eines zivilprozessualen in camera-Verfahrens	296
cc) in camera-Verfahren in der Hauptsache	298
dd) Entscheidung durch das Gericht der Hauptsache	301
ee) Ausgestaltung des in camera-Verfahrens im Einzelnen	302
(1) in camera-Verfahren zugunsten der nicht beweis- belasteten Partei	302
(2) in camera-Verfahren zugunsten der beweis- belasteten Partei	306
(3) in camera-Verfahren nach gerichtlicher Offenlegungsanordnung	309
ff) Einschaltung eines Sachverständigen	309
gg) Urteil und Urteilsverkündung	310
hh) Rechtsbehelfe	311
ii) Flankierende Maßnahmen	312
3. Zwischenergebnis	312
IV. Fazit	312
C. Neubewertung der Transparenz im Zivilprozess aufgrund des in camera-Verfahrens	313
Teil 4: Zusammenfassung und Ausblick	315
§ 1 Zusammenfassende Bewertung	315
A. Kontrolle durch Transparenz: Voraussetzungen und Grenzen	315
B. Ein rechtsgebietsübergreifendes System der „Corporate Transparency“	318
§ 2 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	321
§ 3 Ausblick	324
Literaturverzeichnis	327
Register	361

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
AltZertG	Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ausf.	ausführlich
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Datenbank)
Begr.	Begründung
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG (amtliche Sammlung)
bzgl.	bezüglich
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CRD IV	Capital Requirements Directive (IV)
CRR	Capital Requirements Regulation
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
diff.	differenzierend
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
EBA	European Banking Authority
EfbV	Entsorgungsfachbetriebsverordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EIOPA	Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUGrCh	EU-Grundrechtecharta
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	folgende
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GEKR	Gemeinsames europäisches Kaufrecht
GewArch	Das Gewerbearchiv (Zeitschrift)

GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GwG	Geldwäschegesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
InstitutsVergV	Institutsvergütungsverordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
LG	Landgericht
lit.	littera
Lit.	Literatur
Ls.	Leitsatz
m. Anm.	mit Anmerkung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)

n. F.	neue Fassung
n. v.	nicht veröffentlicht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. ä.	oder ähnlich
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
PRIIP	Packaged Retail and Insurance-based Investment Product
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RuS	Recht und Schaden (Zeitschrift)
S.	siehe/Seite
SGB X	Sozialgesetzbuch X
sog.	sogenannt
SolvV	Solvabilitätsverordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Teilzeichen
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UrhWG	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz

Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VAG-E	Entwurf für ein Versicherungsaufsichtsgesetz
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersVergV	Versicherungsvergütungsverordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
Vorbem.	Vorbemerkung
VRRL	Verbraucherrechte-Richtlinie
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Dt. Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VVG-InfoV	VVG-Informationspflichtenverordnung
VW	Versicherungswirtschaft (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpDVerOV	Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Teil 1

Einführung

§ 1 Problemstellung

„Licht ist der beste Polizist“,¹ so lautet verkürzt eine verbreitete Begründung für Rechtsnormen, die Personen zur Offenlegung bestimmter Informationen, zur Herstellung von „Transparenz“ verpflichten. Transparenz in diesem Sinne verspricht Durchschaubarkeit bestimmter Umstände und Vorgänge für alle Interessierten. Diese Durchschaubarkeit wiederum ist Basis für wirksame Kontrolle des Offenlegenden, ebenfalls durch alle Interessierten.

Der Gedanke der Kontrolle durch Transparenz ist keineswegs neu, wie schon das Eingangszitat zeigt, das aus dem Jahr 1914 stammt. Allerdings entspricht er wie wohl kaum ein anderer dem Bild und Selbstverständnis des mündigen, wohl informierten und gut vernetzten Bürgers des 21. Jahrhunderts. Der mündige Bürger will ernst genommen, will gehört werden, seine Umgebung gestalten und, falls nötig, seine Rechte auch gegen mächtige Organisationen durchsetzen. Darunter fallen längst nicht mehr nur der Staat und insbesondere die Verwaltung,² sondern alle größeren, bisher undurchschaubaren Organisationen, vor allem private Unternehmen.³

Der Gesetzgeber vollzieht diese gesellschaftliche Entwicklung bei seiner Tätigkeit spätestens seit den 1990er Jahren nach. Mit zahlreichen Gesetzen verspricht er mehr Transparenz in verschiedensten Lebensbereichen, von der Transparenz der Verwaltung mit dem IFG⁴ und „Transparenzgesetzen“ der Länder⁵ über Transparenz in der Unternehmensbilanzierung z.B. mit dem

¹ Eigentlich „Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman“, *Brandeis*, S. 92.

² Zu deren Transparenz *Bröhmer*, S. 2 ff.; *Gurlit*, ZRP 1989, 253, 256 f.; *Rossi*, S. 99 ff.; speziell zur Transparenz der BaFin gem. IFG *Rudkowski*, S. 37 ff. (Schwerpunkt Versicherungsaufsicht); *Spindler*, Informationsfreiheit, S. 9 ff. (Schwerpunkt Finanzmarktaufsicht).

³ *Klenk*, in: Klenk/Hanke (Hrsg.), S. 16.

⁴ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes, Informationsfreiheitsgesetz, vom 5. September 2005, BGBl. I S. 2722.

⁵ Etwa das am 6. Dezember 2012 in Kraft getretene HmbTG, nach dessen § 10 Abs. 1 alle im Gesetz aufgezählten Informationen von den genannten staatlichen Stellen (im Gegensatz

TransPuG⁶ bis hin zur Transparenz des Marktes für bestimmte private Verträge durch Umsetzung der Informationspflichten gemäß der Verbraucherrechte-Richtlinie.⁷ Nicht nur den Staat und staatliche Handlungen will der Gesetzgeber transparent machen, sondern auch private Verträge oder Unternehmen. Von der Transparenz kann auch er selbst, können seine Aufsichtsbehörden profitieren. Transparente Private lassen sich von staatlicher Seite aus leichter kontrollieren.

Das Streben nach Transparenz verstärkt sich dort, wo Private als besonders mächtig und besonders kontrollbedürftig wahrgenommen werden.⁸ Nach der sog. Finanzkrise der Jahre 2008/2009⁹ wird die Forderung nach Transparenz insbesondere im Recht des Finanzdienstleistungssektors¹⁰ aufgegriffen.

Der deutsche Gesetzgeber und der europäische Normgeber wollen durch Herstellung von Transparenz die Kontrolle der Unternehmen durch die Behörden stärken. Transparenz soll aber auch Kontrolle durch Vertragspartner und Öffentlichkeit ermöglichen. Zahlreiche aktuelle Gesetzesänderungen schaffen daher neue Transparenz- oder, im Folgenden synonym, Offenlegungspflichten speziell für Finanzdienstleistungsunternehmen. Informationspflichten nach dem AltZertG sollen Altersvorsorgeprodukte für den Kunden durchschaubar machen,¹¹ Berichtspflichten nach CRD IV¹² und der ab 2016 anzuwendenden

zur Informationsfreiheit unabhängig von der Anfrage eines Bürgers) in einem Informationsregister zu veröffentlichen sind, näher *Gusy*, JZ 2014, 171, 175 ff.

⁶ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität, Transparenz- und Publizitätsgesetz, vom 19. Juli 2002, BGBl. I S. 2681.

⁷ Verbraucherrechte-Richtlinie (im Folgenden auch VVRL), Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 304, S. 64 ff.; Umsetzung durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013, BGBl. I S. 3642.

⁸ *Han*, S. 77, spricht krit. von „reziproker Ausleuchtung“ und Überwachung des „Obens“ durch das „Unten“.

⁹ Überblick über ihren Ablauf etwa bei *Emunds*, Ethik und Gesellschaft 2/2009, S. 2 ff. Zu möglichen Ursachen *Thiele*, S. 1 ff.

¹⁰ Für diese Untersuchung bezieht sich der Begriff „Finanzdienstleistungssektor“ auf den Wirtschaftszweig, in welchem Finanzdienstleister geschäftlich tätig sind. „Finanzdienstleister“ oder „Finanzdienstleistungsunternehmen“ meint im Folgenden, soweit nicht anders angegeben, Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG, Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1a KWG und die gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG aufsichtspflichtigen Unternehmen (Versicherungsunternehmen).

¹¹ Durch das Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Förderung der privaten Altersvorsorge, Altersvorsorge-Verbesserungsgesetz, AltvVerbG, vom 24. Juni 2013, BGBl. I S. 1667.

¹² Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. EU Nr. L 176, S. 1 ff.; Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditin-

Richtlinie Solvency II¹³ Aufsichtsbehörden und Öffentlichkeit von Geschäftsorganisation und wirtschaftlicher Lage von Banken und Versicherungsunternehmen in Kenntnis setzen.

An diesen Vorschriften zeigt sich ein neues Verständnis von Kontrolle. Durch Herstellung von Transparenz legt der Gesetzgeber sie in viele verschiedene Hände. Zwar kontrolliert immer noch der Staat durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).¹⁴ Sie ist auf umfassende Überwachung der gesamten geschäftlichen Tätigkeit der Unternehmen angelegt, anders als die nicht speziell mit der Durchsetzung des Finanzaufsichtsrechts betrauten und daher im Folgenden ausgeklammerten Behörden etwa in den Bereichen Steuer-, Straf- oder Kartellrecht.

Die BaFin wird aber zunehmend unterstützt durch weitere Kontrollinstanzen. In die Pflicht genommen werden zunächst die Finanzdienstleistungsunternehmen selbst.¹⁵ Ihnen gibt das Aufsichtsrecht vor, dass interne Kontrolle nicht nur Aufgabe der Geschäftsleitung, sondern zahlreicher weiterer unternehmens-eigener Stellen ist.

Hinzu treten die Kunden der Unternehmen, individuell und als Kollektiv „Öffentlichkeit“. Sie sind nicht mehr darauf beschränkt, im Einzelfall gegen ihren Vertragspartner ihre individuellen Interessen zivilrechtlich durchzusetzen, sondern sollen, gegründet auf die Information, die sie durch neue zivil- und finanzaufsichtsrechtliche Offenlegungspflichten erlangen, über ihre individuellen Entscheidungen auf das Verhalten der Unternehmen kontrollierend und steuernd einwirken. Im Unterschied zu den seit längeren bekannten¹⁶ Konzepten der Kapitalmarkt- und der Rechnungslegungspublizität¹⁷ ist der Zweck der neuen finanzaufsichtsrechtlichen Offenlegungspflichten gegenüber der Öffentlichkeit nicht primär Publikumsschutz,¹⁸ sondern die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Finanzdienstleistungssektors.

stituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG vom 27. Juni 2013, ABl. EU Nr. L 176, S. 338 ff., zusammen im Folgenden CRD IV; für die Richtlinie alleine im Folgenden CRD IV; für die Verordnung alleine im Folgenden CRR.

¹³ Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit, ABl. EU Nr. L 335, S. 1 ff. (Solvabilität II), im Folgenden Solvency II.

¹⁴ Auf europäischer Ebene erfolgt staatliche Kontrolle durch EBA, EIOPA und ESMA.

¹⁵ S. demgegenüber die Einschätzung *Thieles*, Kontrolle (Beaufsichtigung) müsse stets von „außen“ erfolgen, S. 25.

¹⁶ Zu den historischen Ursprüngen verschiedener Formen der Unternehmenspublizität s. bereits ausf. *Merkel*, S. 29 ff.

¹⁷ §§ 340 ff. HGB sehen in diesem Bereich für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, §§ 341a ff. HGB für Versicherungsunternehmen Spezialregelungen vor. S. zur Abgrenzung von den hier untersuchten Transparenzpflichten noch Teil 2 § 4 A. I.

¹⁸ Ausf. mit näherer Ausdifferenzierung für die einzelnen Formen der Publizität (etwa:

Die Aufsicht durch eine staatliche Instanz ist nach dem hier skizzierten neuen Kontrollkonzept mithin nicht mehr das wesentliche, sondern nur ein Element der Kontrolle von Finanzdienstleistungsunternehmen. Die Kontrolle unmittelbar durch den Souverän (einschließlich der zu kontrollierenden Personen selbst), und die Kontrolle mittelbar durch den Souverän, über die Behörden, sollen sich gegenseitig ergänzen und zu einer ebenso demokratischen wie wirksamen Aufsicht führen.¹⁹

Die rechtswissenschaftliche Literatur hat diese Entwicklung für die einzelnen jeweils betroffenen Rechtsgebiete begleitet, sei es für die Offenlegungspflichten im Finanzaufsichtsrecht selbst,²⁰ sei es für die Offenlegungspflichten in den für Finanzdienstleistungsunternehmen relevanten Bereichen des Privatrechts,²¹ etwa im bürgerlichen Recht und Privatversicherungsrecht. Soweit die Herstellung von Transparenz Auswirkungen auf die Unternehmensorganisation hat, etwa weil die Erfüllung von Offenlegungspflichten gegenüber der BaFin bestimmte organisatorische Vorkehrungen erforderlich macht, nimmt die Literatur auch die Schnittstellen von Zivil- und Aufsichtsrecht in den Blick, unter dem Schlagwort „Corporate Governance“.²²

Gibt es aber vielleicht sogar schon ein System der „Corporate Transparency“?²³ Liegen den speziellen Transparenzpflichten der Finanzdienstleistungsunternehmen – abseits des gesetzgeberischen Ziels, mit ihnen die Kontrolle in möglichst viele Hände zu legen – rechtsgebietsübergreifend die gleichen bestimmenden Wertungen zugrunde?²⁴

Literatur und Normgeber haben sich diese Fragen bisher nicht gestellt. Dabei sind sie von besonderer Bedeutung vor allem für Versicherungsunternehmen, auf denen hier der Schwerpunkt der Untersuchung liegen soll: Das Versicherungsaufsichtsrecht wird zur Umsetzung von Solvency II mit dem Ziel der Herstellung von Transparenz grundlegend novelliert.

Schwerpunkt „Gläubigerschutz“ bei der Rechnungslegungspublizität) *Merkt*, S. 29 ff. (S. 53, 58 für die hier angeführte Rechnungslegungspublizität).

¹⁹ Zur Transparenz der Verwaltung als Ausdruck von Demokratie und Bürgernähe etwa *Bröhmer*, S. 6; *Gurlit*, ZRP 1989, 253, 256 f.; *Jestaedt*, AöR 126 (2001), 204, 205; *Rossi*, S. 99 ff. Krit. zur Transparenz als Mittel der Kontrolle eines jeden gegen jeden *Han*, S. 77.

²⁰ Auswahl zum VAG: *Dreher/Schaaf*, in: *Dreher/Wandt* (Hrsg.), S. 129 ff.; *Grote/Schaaf*, VersR 2012, 17, 23; zu den Neuerungen der Kreditwesenaufsicht gem. Basel III/CRD IV etwa *Spitzer*, Kreditwesen 2011, 554 ff.; *Zeitler*, Kreditwesen 2011, 541 ff.

²¹ S. im Einzelnen die Nachweise in Teil 2 § 2.

²² Speziell für Finanzdienstleistungsunternehmen *Dreher/Häußler*, ZGR 2011, 471 ff.; *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 856 ff.; *Meister*, S. 67 ff.

²³ Der Begriff wird in der deutschen Literatur soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit der Unternehmenskommunikation verwendet, s. *Klenk/Hanke* (Hrsg.), *Corporate Transparency*, 2009.

²⁴ Auf der Suche nach einer rechtsgebietsübergreifenden Dogmatik von Transparenzpflichten ist derzeit auch das öffentliche Recht (für die den Staat und seine Einrichtungen treffenden Transparenzpflichten), teilweise unter dem Schlagwort „Open Government (Data)“, s. etwa *Gusy*, JZ 2014, 171, 178 f.

Es gilt daher, ein interessengerechtes, rechtsgebietsübergreifend widerspruchsfreies System der auf Kontrolle von Finanzdienstleistungsunternehmen abzielenden Transparenzpflichten zu finden und Voraussetzungen für die wirksame Kontrolle durch und für die Weiterentwicklung von Offenlegungspflichten zu benennen. Dazu ist auch zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen Transparenz überhaupt geeignetes Mittel der Kontrolle sein kann. Außerdem sind die der Herstellung von Transparenz entgegenstehenden Interessen in den Blick zu nehmen, etwa das Interesse der Unternehmen am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse.²⁵ Denn Bedingung für eine interessengerechte Regelung ist selbst in einer „Transparenzgesellschaft“,²⁶ dass Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen nach Maßgabe praktischer Konkordanz²⁷ schonend zum Ausgleich gebracht werden.

§ 2 Besondere Regulierungsbedürftigkeit von Finanzdienstleistungsunternehmen

Zu den nach Maßgabe praktischer Konkordanz auszugleichenden Interessen gehört hier zunächst das öffentliche Interesse an der Kontrolle und Regulierung des Finanzdienstleistungssektors. Es ist Grundlage für das Offenlegungs- oder Transparenzinteresse, das die Anordnung von Transparenzpflichten rechtfertigt.²⁸

A. Tatsächliche Grundlagen der besonderen Regulierungsbedürftigkeit

Das Interesse an Kontrolle und Regulierung des Finanzdienstleistungssektors wiederum ergibt sich aus dessen tatsächlichen Besonderheiten.

²⁵ Zu diesem sogleich § 3.

²⁶ *Han*, S. 1 ff.

²⁷ Nach *Hesse*, Rn. 72. Die Formulierung aufgreifend in ständiger Rechtsprechung das BVerfG, BVerfG, Beschl. v. 3.4.2001 – 2 BvR 1741/99, 276/00, 2061/00, BVerfGE 103, 21, 33; Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1, 21; Beschl. v. 26.5.1970 – 1 BvR 83, 244, 345/69, BVerfGE 28, 243, 269.

²⁸ Zur Information als Grundlage von Kontrolle etwa *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158, 168; *Stobrer*, S. 52, 111, 117 f. (jeweils für das öffentliche Recht); *Hoffmann-Becking*, NZG 2003, 745; *Lutter/Krieger*, Rn. 890 (jeweils für das Zivilrecht/Gesellschaftsrecht).

I. Regulierungsbedürftigkeit von Versicherungsunternehmen

Die besondere Regulierungsbedürftigkeit von Versicherungsunternehmen ist aus der Art der angebotenen Produkte und den öffentlichen wie privaten Interessen an der Leistungsfähigkeit der Unternehmen herzuleiten.

Aufgrund der Art des angebotenen Produkts, des Versicherungsvertrags, besteht bei Versicherungsunternehmen ein gewisses Potenzial für missbräuchliches Verhalten.²⁹ Der Versicherer verspricht sehr abstrakt eine Leistung für die Zukunft, anlässlich der Verwirklichung eines versicherten Risikos, dessen Eintritt jedoch ungewiss ist.³⁰ Angesichts dieser „Unsichtbarkeit“ des Produkts³¹ und der Ungewissheit des Risikoeintritts³² bei oft langen Vertragslaufzeiten und hoher Verrechtlichung bedarf es des gegenseitigen Vertrauens der Vertragsparteien in hohem Maße.³³ Grund für die Schaffung des VAG war somit, „schwarze Schafe“ aus dem Versicherungswesen zugunsten der primären Gläubiger, der Versicherungsnehmer, aber auch zugunsten aller redlichen Wettbewerber und des Marktes insgesamt zu beseitigen.³⁴

Zudem ist die Versicherungsleistung von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung.³⁵ Zunächst geht es um wirtschaftliche Interessen des Versicherungsnehmers,³⁶ aus denen sich ein öffentliches Interesse an Regulierung ergibt:³⁷ Die Versicherung erfüllt eine Sicherungsfunktion.³⁸ Diese zeigt sich deutlich etwa bei Absicherung gegen existenzbedrohende Risiken wie Krankheit oder Berufsunfähigkeit oder bei Absicherung von Sachen von bedeutendem Wert gegen Untergang oder Beschädigung.

Mit der Leistung gerade bei existenzbedrohenden Risiken erfüllt die Versicherung aber nicht nur den Zweck individuellen Schutzes des Versicherungsnehmers, sondern hat zugleich finanzielle Bedeutung für den Staat und die So-

²⁹ So letztlich auch die Begründung des Gesetzgebers zum VAG, Motive zum VAG, S. 24.

³⁰ BGH, Urt. v. 13.3.1974 – IV ZR 36/73, NJW 1974, 1429; Brömmelmeyer, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, § 2 Rn. 31; Farny, in: Henning (Hrsg.), S. 7.

³¹ Winter, S. 58.

³² Näher Winter, S. 129 ff.

³³ Farny, S. 108.

³⁴ Motive zum VAG, S. 24; Winter, S. 56 ff., 83 f. Unmittelbarer Wettbewerbsschutz war allerdings nicht intendiert, Fehling, in: Liber Amicorum Gerrit Winter, S. 171, 176; Winter, ZVersWiss 2005, 105, 139 ff.

³⁵ Farny, in: Henning (Hrsg.), S. 7, 24 ff.; Looschelders, VersR 1996, 529 ff.

³⁶ Wandt, Rn. 7 f., 671 f. Auf dieses Interesse und die daraus sich ergebende Schutzbedürftigkeit des Versicherten stellt auch Solvency II maßgeblich ab, s. Bürkle, WM 2013, 878, 879.

³⁷ Dieses individuelle Interesse an der Versicherungsleistung ist nicht zu verwechseln mit der zu verneinenden Frage, ob die Aufsichtsbehörde auch im Individualinteresse der Versicherungsnehmer tätig wird, s. § 4 Abs. 4 FinDAG.

³⁸ Unerheblich ist hier, worin diese Sicherungsfunktion besteht: Schadensausgleich (*Donati*, ZVersWiss 1960, 289, 293 ff.) oder Deckung des durch den Schaden ausgelösten Bedarfs (*Möller*, ZVersWiss 1962, 269, 273 f. mit Verweis auf *Manes*, in: *Manes*, S. 289 ff.).

zialversicherungsträger:³⁹ Gelingt es, durch die Versicherungsleistung individuelle Bedürftigkeit etwa bei Alter oder Krankheit des Versicherungsnehmers zu vermeiden, entlastet dies die öffentliche Hand. Hierin liegt ein originär öffentliches Interesse an der Leistungsfähigkeit der Versicherer.⁴⁰ Die wirtschaftliche Entlastung der öffentlichen Hand kann schließlich nur gelingen, wenn bei Eintritt des Versicherungsfalls der Versicherer auch leistungsfähig ist.

Die wirtschaftliche Bedeutung ist schließlich auch volkswirtschaftlicher Natur:⁴¹ Kann der Einzelne seine eigenen finanziellen Risiken durch Abschluss einer Versicherung in einem funktionsfähigen privatversicherungsrechtlichen System begrenzen,⁴² motiviert ihn dies möglicherweise zu innovativem oder jedenfalls volkswirtschaftlich vorteilhaftem, aber gefahrgeneigtem Verhalten,⁴³ etwa zum Betrieb eines Kraftfahrzeugs, Luftfahrzeugs oder zur Entwicklung neuer Technologien, z. B. der Nano-Technologie.⁴⁴

II. Regulierungsbedürftigkeit von Instituten

Die Regulierungsbedürftigkeit von Instituten, insbesondere von Kreditinstituten, ist ebenfalls einerseits auf eine gewisse Missbrauchs- oder Krisenanfälligkeit des Sektors und andererseits auf die Bedeutung ihrer Leistungen, insbesondere für die Gesamtwirtschaft, zurückzuführen.⁴⁵

Der Gesetzgeber hatte über lange Zeit zwar nicht oder nur für bestimmte Bereiche (Hypothekenbanken)⁴⁶ eine besondere Regulierungsbedürftigkeit gesehen,⁴⁷ doch Zusammenbrüche von Banken und ihre erheblichen volkswirtschaftlichen Folgen führten dazu, dass er doch schrittweise ein entsprechendes Regulierungsbedürfnis erkannte.⁴⁸ Auf Bankenkrisen lassen sich etwa die An-

³⁹ Farny, in: Henning (Hrsg.), S. 7, 25; Schradin, in: MünchKomm-VVG, Einführung, Betriebswirtschaftslehre der Versicherung Rn. 1.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 26.7.2005 – 1 BvR 782/94, 957/96, VersR 2005, 1109, 1120; Urt. v. 26.7.2005 – 1 BvR 80/95, VersR 2005, 1127, 1133.

⁴¹ Zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Versicherungswesens ausf. Sinn, ZVersWiss 1988, 1 ff.

⁴² Dieser Effekt tritt ein unabhängig davon, worin die Leistung des Versicherers im Einzelnen wirklich besteht (Dreher, S. 89 ff.: Geldleistung; L/P/Pohlmann, § 1 VVG Rn. 17 ff.: bedingte Geldleistung; OLG Celle, Urt. v. 8.10.1982 – 8 U 65/82, VersR 1986, 1099: Gefahrtragung; Schünemann, JZ 1995, 430, 432 f.: Geschäftsbesorgungsvertrag mit Treuhandcharakter; Schwintowski, JZ 1996, 702, 704 f.: hedgeähnliches Geschäft mit Geschäftsbesorgungselementen).

⁴³ Farny, in: Henning (Hrsg.), S. 7, 25 f.; Sinn, ZVersWiss 1988, 1, 15 ff.

⁴⁴ Teschabai-Oglu, S. 1.

⁴⁵ Ausf. zur Entwicklung und Funktionen der Finanzwirtschaft Thiele, S. 69 ff.

⁴⁶ Reguliert durch das Hypothekendarlehenbankgesetz vom 13. Juli 1899, RGBl. I S. 375, in Kraft getreten am 1. Januar 1900.

⁴⁷ Daneben stehen öffentlich-rechtliche Sparkassen schon länger unter staatlicher Aufsicht, s. z. B. das preußische Reglement, die Errichtung des Sparkassenwesens betreffend, vom 12. Dezember 1838, GBl. 1839 S. 5; kommentiert von Perdelwitz/Fabricius/Kleiner, S. 57 ff.

⁴⁸ Ausf. zur Geschichte der Bankenaufsicht Niethammer, S. 41 ff.

ordnung einer erweiterten Bilanzierungspflicht im Jahr 1909⁴⁹ und die Einführung einer ersten allgemeinen⁵⁰ Bankenaufsicht im Jahr 1931 zurückführen.⁵¹

Die Krisen förderten nicht nur zu dem Wunsch, den Wettbewerb und die redliche Konkurrenz vor unredlichen Mitbewerbern zu schützen,⁵² sondern führten auch dem Gesetzgeber vor Augen, dass aus Gründen des Gläubigerschutzes allgemein und im Besonderen des Einlegerschutzes Regulierung erforderlich ist.⁵³ Allerdings lässt sich stärker noch als im Versicherungswesen⁵⁴ neben der individuellen Komponente – den Interessen des Gläubiger/Einlegers, die verliehene oder eingelegte Summe zurückzuerhalten⁵⁵ – eine kollektive finden:⁵⁶ Die Volkswirtschaft hat ein Interesse daran, funktionsfähige Banken als Kapitalgeber für die Realwirtschaft und zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs zu erhalten.⁵⁷ Zusammen genommen ergeben diese Interessen das öffentliche Interesse an besonderer Regulierung der Institute.

B. Rechtliche Grundlagen der besonderen Regulierungsbedürftigkeit

Angesichts der sehr ähnlichen tatsächlichen Grundlagen für die Regulierungsbedürftigkeit von Versicherungsunternehmen und Banken unterscheiden sich die rechtlichen Grundlagen ihrer Regulierungsbedürftigkeit nicht.

Neben die keinesfalls nur das Finanzdienstleistungswesen betreffende Pflicht des Staates, den inneren Frieden kraft seines Gewaltmonopols zu gewährleisten,⁵⁸ d. h. seine Bürger vor Rechtsbrüchen untereinander zu schützen (und da-

⁴⁹ Näher *Bähre/Schneider*, Einleitung, Nr. 1; *Helmo*, Die Bankenquete neunzehnhundertacht, *passim*.

⁵⁰ Besondere Aufsichten blieben unberührt, etwa die über die schon erwähnten Hypothekenbanken.

⁵¹ Durch die Notverordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19. September 1931, RGBl. I S. 493.

⁵² Und daher: zu regulieren, *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, Einführung Rn. 13 f.

⁵³ *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, Einführung Rn. 2, 4 ff. etwa zum Zusammenbruch der Darmstädter und Nationalbank (Danat-Bank) im Jahr 1931; *Niethammer*, S. 45 f.

⁵⁴ Soeben I.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 12.7.1979 – III ZR 154/77, BGHZ 75, 120, 122 f.; Urt. v. 15.2.1979 – III ZR 108/76, BGHZ 74, 144, 147 ff.

⁵⁶ *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, Einführung Rn. 121 mit Zit. aus der Begm zum KWG-E 1961; *Niethammer*, S. 36, 87, 159 ff.

⁵⁷ *Höhns*, S. 50; *Niethammer*, S. 177 ff. (Zahlungsverkehr), 181 ff. (Kreditvergabe); *Thiele*, S. 91 ff. (Kreditwirtschaft und allgemein „Prosperität der Gesellschaft“); zu weiteren Aufgaben etwa *Rümker/Winterfeld*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 124 Rn. 1.

⁵⁸ *Bethge*, DVBl 1989, 841, 844 f.; *Bull*, NVwZ 1989, 801 ff.

mit etwa Einleger vor Veruntreuung ihrer Gelder), treten gleichrangig⁵⁹ besondere Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip und aus Grundrechten.⁶⁰

I. Sozialstaatsprinzip

Aus dem Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG lassen sich zwar keine subjektiven Rechte des Bürgers herleiten.⁶¹ Das Sozialstaatsprinzip verlangt aber, dass der Staat für den Schutz der Grundlagen eines menschenwürdigen Lebens sorgt,⁶² die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung gestaltend vorantreibt und bereits der Entstehung von Krisen vorbeugt.⁶³ Eine Pflicht des Staates, bestimmte Leistungen zu erbringen, ergibt sich daraus zwar nicht ohne Weiteres.⁶⁴ Ihn trifft aber eine sog. Gewährleistungsverantwortung.⁶⁵

Um die Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten lebenswichtigen Gütern und (hier vor allem) Dienstleistungen sicherzustellen, muss der Staat entweder Leistungen selbst erbringen oder gezielt wirtschaftliche Prozesse beeinflussen⁶⁶ und etwaige private Leistungserbringer durch regulative Vorgaben binden.⁶⁷ Staatliche und nichtstaatliche Gemeinwohlbeiträge können ineinander greifen,⁶⁸ wobei es für die Bürger im Ergebnis meist gleich ist, ob der Staat eine Leistung erbringt oder ihre Erbringung durch Private reguliert und sicherstellt.⁶⁹

Daraus ergibt sich einerseits die Pflicht des Staates, die Existenz eines funktionsfähigen Systems der Kapitalbeschaffung, -verwahrung und des -transfers sicherzustellen.⁷⁰ Das Bestehen eines solchen Systems ist Grundvoraussetzung für geordnetes Wirtschaften, für Ausbau und Weiterentwicklung der Realwirt-

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 255; Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 10/91, BVerfGE 85, 191, 213.

⁶⁰ Kompetenztitel (in concreto Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) stellen hingegen bloße Befugnisnormen dar und lassen sich daher nicht zur Begründung einer Regulierungsverpflichtung oder zur Feststellung einer besonderen Bedeutsamkeit des Wirtschaftszweigs heranziehen, anders *Hanau/Thüsing*, in: Thüsing (Hrsg.), S. 57, unter Berufung auf BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 170, 221. Ausf. zur staatlichen Verantwortung für die Finanzaufsicht und ihre rechtliche Verankerung *Thiele*, S. 239ff.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 29.5.1990 – 1 BvL 20, 26/84, 4/86, BVerfGE 82, 60, 80; s. auch BSG, Urt. v. 18.5.1983 – 6 RKa 22/80, SGB 1984, 426, 430; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 38.

⁶² *Link*, VVDStRL 48 (1990), 7, 34.

⁶³ *Friauf*, in: Schmidt-Aßmann, S. 111 Rn. 3; ausf. zur Vorsorge *Hesse*, JZ 1995, 265, 271.

⁶⁴ *Rüfner*, in: HdbStR IV, § 96 Rn. 35; *Schmidt*, Der Staat 42 (2003), 225, 229f.

⁶⁵ *Ronellenfitsch*, DVBl 2008, 201, 202.

⁶⁶ Definition der Regulierung nach *Burgi*, DVBl 2006, 269, 271.

⁶⁷ *Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), S. 89, 97; *Schoch*, NVwZ 2008, 241, 242.

⁶⁸ „New interplay“ oder „mixed mode“, *Schuppert*, Co-Performance, S. 34.

⁶⁹ *Ronellenfitsch*, DVBl 2008, 201, 207.

⁷⁰ Ebenso *Höfling*, NJW-Beilage 2010, 98 ff. ohne genaue grundrechtliche Verortung.

schaft, und schafft die Grundlage für eine finanzielle und reale Grundversorgung der Bevölkerung, für den Verkehr von Waren und Dienstleistungen.⁷¹

Andererseits ergibt sich aus dem Sozialstaatsprinzip eine Pflicht des Staates, seine Bevölkerung und jeden einzelnen Bürger gegen (physisch wie wirtschaftlich) existenzielle Gefahren abzusichern.⁷² Das wiederum bringt die Pflicht mit sich, wenn er alternative, d. h. nicht staatliche Sicherungssysteme (wie die Privatversicherung) zulässt, deren Entwicklung zu kontrollieren und soweit notwendig regulierend einzugreifen, kurz ihre Funktionsfähigkeit zu gewährleisten.⁷³

II. Grundrechte

Die Grundrechte bilden nicht nur in ihrer Gesamtheit eine objektive Wertordnung, die bei der Rechtsetzung zu beachten ist.⁷⁴ Aus ihnen folgt im Einzelfall auch die Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor bestimmte verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter, insbesondere Privater, zu bewahren.⁷⁵ Die Rechtsfigur der „Schutzpflicht“ wird zwar zumeist im Kontext von Art. 2 Abs. 2 GG angewendet.⁷⁶ Eine Schutzpflicht kann aber aus grundsätzlich allen vom Grundgesetz geschützten Freiheiten erwachsen.⁷⁷ Dabei steht dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative hinsichtlich seines Tätigwerdens zu. Wie die staatlichen Organe ihre Schutzpflicht erfüllen, ist von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden.⁷⁸

⁷¹ Niethammer, S. 73; Träm, S. 28, 36.

⁷² Bogs, S. 394.

⁷³ BVerfG, Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 10/91, BVerfGE 85, 191, 213; Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 255; im Grundsatz ähnlich Bogs, S. 394; Winter, S. 80f. A.A. Thiele, S. 333 ff.

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 325, 424/74, BVerfGE 35, 79, 114; Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55, 72.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, 64 (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG); Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, 203, 251 (Art. 2 Abs. 2 GG); Beschl. v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 73 (Art. 2 Abs. 2 GG); Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71, 325/72, BVerfGE 35, 79, 114 (Art. 5 Abs. 3 GG).

⁷⁶ S. z. B. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08, NJW 2008, 2409; Urt. v. 19.12.2000 – 2 BvR 1500/97, BVerfGE 102, 370, 393; Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, 203, 251 ff.; Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5 und 6/74, BVerfGE 39, 1, 42.

⁷⁷ Z. B. BVerfG, Urt. v. 26.7.2005 – 1 BvR 80/95, BVerfGE 114, 73 ff. (Art. 14 GG); Beschl. v. 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145, 156 (Art. 2 Abs. 1 GG); Urt. v. 10.1.1995 – 1 BvF 1, 342, 348/90, BVerfGE 92, 26, 46 (Art. 9 Abs. 3 GG); Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 255 (Art. 12 GG). Zur Verwirklichung von Schutzpflichten durch Versicherungsaufsicht Bähr, S. 275 ff.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, 64; Urt. v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160, 164.

Eine Pflicht des Staates zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Finanzdienstleistungssektors besteht nicht um der Unternehmen selbst willen,⁷⁹ sondern aufgrund ihrer Bedeutung für ihre Kunden und die Gesamtwirtschaft.⁸⁰

So ist gem. Art. 14 GG der Staat verpflichtet, das Eigentum seiner Bürger (auch in Form von Forderungen⁸¹ oder Gesellschaftsanteilen⁸²) zu schützen, und damit etwa die Zahlungsfähigkeit von Banken und Versicherungsunternehmen. Vor allem aber verpflichten Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG den Staat auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins seiner Bürger. Zu diesem gehört auch eine wenigstens in Grundsätzen funktionsfähige Wirtschaft, in welcher der Einzelne sich mit Leistungen, die für die Bewältigung seines Alltags erforderlich sind, versorgen kann.⁸³ Grundlegend für die funktionsfähige Wirtschaft ist ein funktionsfähiges Finanzsystem, insbesondere ein geordneter Zahlungsverkehr und ein geordnetes Kreditwesen.⁸⁴ Hierin liegt die Begründung für die Pflicht des Staates, die Voraussetzungen für ein funktionierendes Bankwesen zu schaffen.

Das Versicherungswesen indes ermöglicht durch Risikostreuung die Ausübung riskanter Tätigkeiten (abgesichert typischerweise durch Haftpflichtversicherungen) und bietet eine Absicherung gegen Risiken und Notlagen, die der Staat mit der Sozialversicherung nicht abdeckt.⁸⁵ Es ist damit von existenzieller Wichtigkeit für die Versorgung der Bevölkerung.

Nicht anders als beim Sozialstaatsprinzip gilt auch hier, dass der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung durch privatrechtliche wie durch öffentlich-rechtliche Regelungen gerecht werden kann.⁸⁶

C. Folgerungen für die Untersuchung

Der Finanzdienstleistungssektor ist aufgrund der Art und Bedeutung der von ihm angebotenen Leistungen besonders regulierungsbedürftig. Der Gesetzge-

⁷⁹ Ipsen, DÖV 1975, 805, 810; Winter, S. 55.

⁸⁰ Staatliche Schutzpflichten im Bereich Finanzaufsicht ablehnend Thiele, S. 321 ff.

⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 31.3.1998 – 2 BvR 1877/97, 50/98, BVerfGE 97, 350, 370 ff.; Beschl. v. 26.4.1995 – 1 BvL 19/94 und 1 BvR 1454/94, BVerfGE 92, 262, 271. Zur Forderung speziell aus dem Versicherungsvertrag Bähr, S. 271 f.

⁸² BVerfG, Beschl. v. 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289, 301; Urt. v. 7.8.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 276 f.

⁸³ Winter, S. 58.

⁸⁴ Daher „überragende Bedeutung des Kreditwesens für die gesamte Volkswirtschaft“, Wohlmannstetter, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), S. 38. Zum typischen Ablauf und den Auswirkungen von „Bankenkrisen“ Paul, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), S. 94 ff.

⁸⁵ Zur gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung zuletzt etwa Unkel, S. 12 ff. Den Gedanken der Absicherung und Vorsorge betonend Bähr, S. 268 f.

⁸⁶ Franzius, Der Staat 42 (2003), 493 ff.; Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), 266, 307 ff.

ber ist durch Sozialstaatsprinzip und Grundrechte zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Finanzdienstleistungssektors verpflichtet.

Das öffentliche Interesse, das an der Funktionsfähigkeit des Finanzdienstleistungssektors und damit an seiner Transparenz besteht, ist auszugleichen mit den widerstreitenden Interessen der regulierten Unternehmen. Es ist damit von maßgeblicher Bedeutung für Auslegung, Bewertung und Weiterentwicklung des geltenden Rechts.

Besteht außerdem ein vergleichbares Interesse an Regulierung in anderen Wirtschaftszweigen, bietet es sich an, auf das Finanzaufsichtsrecht als Regelungsvorbild zurückzugreifen.⁸⁷

§ 3 Offenlegungsinteressen und Geheimnisschutz

Dem öffentlichen Interesse an der Regulierung des Finanzdienstleistungssektors und einem daraus sich ggf. ergebenden Offenlegungsinteresse stehen vor allem die wirtschaftlichen Interessen der Regulierten in verschiedener Ausprägung entgegen. So kann es zur Erfüllung der Offenlegungspflichten erforderlich sein, dass das verpflichtete Unternehmen eine ganz bestimmte, Kosten verursachende Infrastruktur vorhält, ein Eingriff in die Unternehmensorganisationsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).⁸⁸ Auch können die Offenlegungspflichten Berufsausübungsregelungen (gem. Art. 12 Abs. 1 GG) darstellen.⁸⁹ Vor allem aber stehen sie naturgemäß in einem Konflikt mit dem Interesse des Verpflichteten, bestimmte Informationen geheim zu halten. Bei Unternehmen haben die Geheimhaltungsinteressen zumeist die Form von „Geschäftsgeheimnissen“. Ihre konstitutiven Merkmale und ihr verfassungsrechtlicher Schutz sind im Folgenden zu bestimmen.

⁸⁷ S. dazu noch unten Teil 3 §§ 1, 3.

⁸⁸ Für Verankerung der Unternehmensorganisationsfreiheit (auch: Unternehmensfreiheit, unternehmerische Freiheit) in Art. 2 Abs. 1 GG BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 363 f.; für Art. 12 Abs. 1 GG hingegen BVerfG, Urt. v. 16.3.1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, BVerfGE 30, 292, 325; für Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfG, Beschl. v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67, 83. *Beyerbach*, S. 150; *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), 1, 17 ff. (jew. Art. 12 GG); Abgrenzungsversuch bei *Hoffmann*, BB 1995, 53, 55 f. S. auch *Hoffmann*, S. 274 f.

⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 8 C 24/10, BVerwGE 141, 262, 269; Urt. v. 19.12.1958 – VII C 34/57, BVerwGE 8, 78, 79 ff.

A. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses

Wohl kaum ein Rechtsbegriff erscheint in der deutschen Rechtssprache in so vielen Nuancen wie der des Geschäftsgeheimnisses.⁹⁰ Zahlreiche Gesetze schützen „Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnisse“,⁹¹ „Gewerbegeheimnisse“⁹² oder „Herstellungs- und Betriebsgeheimnisse“.⁹³

Die Literatur verwendet teilweise außerdem, um die Differenzierung zwischen Betriebsgeheimnis einerseits und Geschäftsgeheimnis andererseits zu vermeiden, den Begriff des „Unternehmensgeheimnisses“⁹⁴ oder des „Wirtschaftsgeheimnisses“.⁹⁵ Im Zuge der europäischen Rechtsvereinheitlichung kam zudem der Begriff des „Know-how“ auf,⁹⁶ der unterschiedlich definiert und ausdifferenziert⁹⁷ wird.

Da die Wendung „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ bestimmter⁹⁸ und treffender ist als der Begriff des „Know-how“ (das nicht zwingend geheim sein muss⁹⁹) und da das Gesetz den Begriff Geschäfts-, nicht Unternehmens- oder Wirtschaftsgeheimnis verwendet,¹⁰⁰ soll auch im Folgenden vom Geschäftsgeheimnis¹⁰¹ gesprochen werden. Der Fokus liegt auf dem sich auf kaufmännische Umstände beziehenden¹⁰² Geschäftsgeheimnis, denn die Betriebsgeheimnisse sind technischer Natur¹⁰³ und daher bei Finanzdienstleistungsunternehmen typischerweise weniger bedeutsam. Die genaue Grenzziehung ist überdies grundsätzlich ohnehin entbehrlich.¹⁰⁴ Die Begriffe Betriebsgeheimnis und Geschäfts-

⁹⁰ Zum unter A. Folgenden schon *Rudkowski*, S. 5.

⁹¹ Etwa § 404 Abs. 1 AktG, §§ 43 Abs. 2 S. 2, 79 BetrVG, § 85 GmbHG, §§ 90, 323, 333 HGB, § 17 Abs. 1, 2 UWG.

⁹² § 384 Nr. 3 ZPO.

⁹³ § 139 Abs. 3 PatG.

⁹⁴ Etwa *Kloepfer/v. Lewinski*, DVBl 2005, 1277, 1283.

⁹⁵ *Kersting*, S. 9; *Kiethe/Groeschke*, WRP 2006, 303, 304.

⁹⁶ S. etwa Art. 1 Abs. 1 lit. i) Technologie-Transfer-VO (EG) Nr. 772/2004 vom 27. April 2004, ABl. Nr. L 123, S. 11 ff. vom 27.4.2004. Ihn verwendend etwa *Ann*, in: *Ann/Loschelder/Grosch*, S. 5.

⁹⁷ S. z. B. die Einteilung in „Kern-“ oder „Schlüssel-Know-how“, „wichtiges“ und „sonstiges“ Know-how bei *Hüber*, in: *Ann/Loschelder/Grosch*, S. 598 f.

⁹⁸ *Brammsen*, in: *MünchKomm-UWG*, § 17 Rn. 8 („schillernde Vielgestaltigkeit des Begriffs“); i. Erg. ebenso *Hauck*, S. 23.

⁹⁹ *Kraßer*, GRUR 1970, 587, 588.

¹⁰⁰ Etwa § 404 Abs. 1 AktG, §§ 43 Abs. 2 S. 2, 79 BetrVG, § 85 GmbHG, §§ 90, 323, 333 HGB, § 17 Abs. 1, 2 UWG.

¹⁰¹ Im Folgenden wird synonym auch der Begriff des Geheimnisses verwendet werden.

¹⁰² BGH, Urt. v. 19.12.2002 – I ZR 119/00, NJW-RR 2003, 833.

¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006 – 1 BvR 2087, 2111/03, BVerfGE 115, 205, 231; zust. *Brammsen*, in: *MünchKomm-UWG*, § 17 Rn. 8; *Stadler*, S. 6. Weitere Beispiele bei *Stober*, S. 27.

¹⁰⁴ *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG § 17 Rn. 1; *Kiethe/Groeschke*, WRP 2006, 303, 304; *Schoch*, IFG, § 6 Rn. 61.

geheimnis werden vom Gesetz üblicherweise zusammengefasst, s. z.B. § 17 UWG oder § 172 Nr. 2 GVG. Teilweise wird auch „Geschäftsgeheimnis“ als Oberbegriff für Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse angesehen.¹⁰⁵

I. Die Elemente des Geheimnisbegriffs

Da es in jedem Unternehmen eine Fülle von Informationen gibt, die zwar nicht allgemein bekannt, aber auch nicht von solcher Relevanz sind, dass sie als Geschäftsgeheimnisse einzustufen wären,¹⁰⁶ bedarf es einer genauen Bestimmung des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“.¹⁰⁷

Eine aussagekräftige Definition findet sich in Bundesgesetzen bisher nicht. Zwar wurde im Jahr 1994 im Zuge einer Änderung des Sozialdatenschutzrechts eine Definition in § 67 Abs. 1 S. 2 SGB X aufgenommen.¹⁰⁸ Gem. § 67 Abs. 1 S. 2 SGB X sind unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen alle betriebs- oder geschäftsbezogenen Daten auch von juristischen Personen zu verstehen, „die Geheimnischarakter haben“. Damit erscheint das Definiendum im Definiens, bringt die Definition keinen Erkenntnisgewinn. In anderen Gesetzen indes finden sich zwar Negativkataloge, d.h. Normen, die bestimmen, was nicht Geschäftsgeheimnis ist (s. etwa § 22 Abs. 3 ChemG, § 17a Abs. 2 GenTG). Eine positive, allgemeingültige Definition gibt der Bundesgesetzgeber aber bisher nicht.¹⁰⁹ Auf Landesebene wurde daher teilweise auf die von der Rechtsprechung gefundene Definition zurückgegriffen.¹¹⁰

Denn Reichsgericht und BGH haben eine Definition zuerst zu § 17 UWG entwickelt, die nunmehr auch in allen anderen Rechtsgebieten anerkannt ist:¹¹¹ Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis ist danach jede im Zusammenhang mit

¹⁰⁵ S. Art. 2 Abs. 1 des Vorschlags der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb vom 28. November 2013, KOM (2013) 813 endg.; vorher schon v. Gamm, S. 21.

¹⁰⁶ Hoeren, MMR-Beilage 1998, 6, 7.

¹⁰⁷ S. auch Rudkowski, S. 6.

¹⁰⁸ Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Sozialgesetzbuchs über den Schutz der Sozialdaten sowie zur Änderung anderer Vorschriften (2. SGBÄndG) vom 13. Juni 1994, BGBl. I S. 1229.

¹⁰⁹ Lediglich Art. 39 Abs. 2 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS), BGBl. (1994) II S. 1730ff., sieht eine Definition vor, die im Wesentlichen der des Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs für eine Geheimnisschutzrichtlinie (soeben Fn. 105) entspricht.

¹¹⁰ S. für Hamburg § 7 Abs. 1 HmbTG.

¹¹¹ S. z.B. Lenckner/Eisele, in: Schönte/Schröder, StGB § 203 Rn. 11 (Strafrecht); Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 30 Rn. 13 (allgemeines Verwaltungsrecht); Kissel/Mayer, GVG, § 172 Rn. 40 (Gerichtsverfassungsrecht). S. auch die Nachweise im Folgenden.