

# Betriebs Berater

47 | 2019

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Leerverkaufsattacken ... Konzernfinanzierung ... BetrVG ...** 18.11.2019 | 74. Jg. Seiten 2753–2816

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Sabine Mauderer**

Klimaschutz im Finanzsektor

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Oliver Wilken**, RA, und **Dr. Jana Bertus**

Professionelle Leerverkaufsattacken – rechtliche Grundlagen und Grenzen | 2754

**Prof. Dr. Jörg Risse**, LL.M., RA, und **Dr. Max Oehm**, LL.M., RA

Vergütungsansprüche von Investmentbanken | 2760

**Dr. Mathias Hanten**, M.B.L.-HSG, RA

Die Gründung von CRR-Kreditinstituten: Das Erlaubnisverfahren nach § 32 KWG unter Geltung des SSM | 2769

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel**, Vors. RiBFH

BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2018/2019 | 2779

**Dr. Rainer Stadler**, RA, und **Christian Sotta**, StB

Die Umsatzsteuerbefreiung der Verwaltung von Spezial-AIF i. S. d. § 282 KAGB | 2790

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Christoph Kaserer**

Kreditfinanzierung ohne Banken? – Zur aktuellen Entwicklung auf den Kreditmärkten | 2797

**Dr. Tobias Hagemann**, M.Sc., LL.M., StB

Kehtwende in der BFH-Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung | 2800

## ARBEITSRECHT

**Dr. Mark Zimmer**, RA/FAArbR, und **Dr. Camilla Bertheau**, RAin

Betriebsrat ohne Zeugnisverweigerungsrecht | 2807

mengelage kann den Vertragsparteien nur empfohlen werden, die Kausalitätsfrage im M&A-Advisory-Vertrag explizit zu adressieren.

### 3. Regelfall: Keine Reduzierung des Transaktionshonorars möglich

Nach erfolgreichem Abschluss der Transaktion gibt es neben der angezweifelt Kausalität oft einen zweiten Ansatzpunkt dafür, das Transaktionshonorar zu reduzieren: Der Mandant behauptet, die Beratungsleistung der Investmentbank sei qualitativ minderwertig gewesen oder in unzureichendem Umfang erbracht worden. Deshalb sei der Anspruch auf das Transaktionshonorar zu reduzieren. Argumentativ untermauert wird dieses Vorgehen häufig mit einem Vergleich zwischen der absoluten Honorarhöhe und dem relativ geringen zeitlichen Einsatz der Investmentbank oder relativ begrenzten, konkret fassbaren Arbeitsprodukten wie „Teasern“ und „Informationsmemoranden“. Rechtlich gilt hier Folgendes:

Da der M&A-Advisory-Vertrag ein Dienstvertrag ist, steht das Rechtsmittel der Minderung von vornherein nicht zur Verfügung.<sup>56</sup> Die dienstvertraglich vereinbarte Vergütung wird im Ausgangspunkt unabhängig von der Qualität der Dienstleistung geschuldet. Passt dem Auftraggeber die Qualität nicht, kann er den Vertrag kündigen, den Vergütungsanspruch herabsetzen kann er nicht.<sup>57</sup>

Rechtlich möglich ist, gegen das Transaktionshonorar mit Gegenansprüchen auf Schadensersatz aufzurechnen. Ausgangspunkt dafür wäre eine positive Vertragsverletzung des M&A-Advisory-Vertrags durch die Investmentbank gemäß § 280 BGB. Die Anspruchsvoraussetzungen dafür – Vertragspflicht, Pflichtverletzung, Verschulden, Kausalität und Schaden – muss im Ausgangspunkt der Mandant der Investmentbank als anspruchserhebende Partei darlegen.<sup>58</sup> Allein im Bereich des Verschuldens kommt dem Mandanten die Verschuldensvermutung gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zugute, doch wird der M&A-Advisory-Vertrag oft eine Haftungsbegrenzung für bestimmte Verschuldensformen zugunsten der Investmentbank enthalten. In der Praxis scheidet der Gegenanspruch des Mandanten zudem meist an einem nicht nachweisbaren Schaden, ist doch bei Anfall des Transaktionshonorars der Transaktionserfolg offenkundig eingetreten – und zwar mit voller Billigung des Mandanten als vertragsschließender Partei. Welchen finanziellen Schaden soll die Investmentbank hier verursacht haben? Insofern kommt es schon nicht mehr darauf an, dass viele M&A-Advisory-Verträge auch ein Aufrechnungsverbot gegen Honoraransprüche enthalten. Im Ergebnis ist es daher kaum möglich, ein als überhöht empfundenes Transaktionshonorar einer Investmentbank auf diesem Wege zu reduzieren.

### IV. Fazit

Investmentbanken spielen eine zentrale Rolle bei M&A-Transaktionen. Sie erbringen eine Vielzahl von Beratungsleistungen, in enger Abstimmung mit dem Mandanten. In der Praxis hat sich dabei ein gewisser Standard für die Ausgestaltung von M&A-Advisory-Verträgen herausgebildet. Dazu gehört auch die Vergütungsstruktur, die der Investmentbank ein nachgelagertes Honorar abhängig von und berechnet nach dem Transaktionserfolg zuspricht. Seinen Grund hat diese Vergütungsstruktur in Cash Flow-Erwägungen auf der Mandantenseite und in einem gewünschten Interessengleichlauf. Diese Erfolgskomponente der Vergütung ändert aber nichts daran, dass der M&A-Advisory-Vertrag rechtlich ein Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungselementen ist. Die Erfolgskomponente macht den M&A-Advisory-Vertrag insbesondere nicht zum Maklervertrag gemäß § 652 BGB. Deshalb ist es in aller Regel auch keine Anspruchsvoraussetzung für das Transaktionshonorar, dass die Investmentbank nachweisbar (mit-)ursächlich für den Transaktionserfolg gewesen ist. Und wegen des dienstvertraglichen Charakters eines M&A-Advisory-Vertrags kann ein als überhöht empfundenes Transaktionshonorar auch nicht wegen fehlender Qualität der Beratungsleistungen gemindert werden. Zu empfehlen sind beiden Parteien eines M&A-Advisory-Vertrags glasklare vertragliche Absprachen, um unnötige Streitigkeiten zu vermeiden.

**Prof. Dr. Jörg Risse**, LL.M. (Berkeley), RA, ist Partner der Baker McKenzie Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern in Frankfurt a.M. sowie Honorarprofessor an der Universität Mannheim. Seine Tätigkeitsschwerpunkte bilden Schiedsgerichtsbarkeit sowie Wirtschaftsmediation vor allem im Rahmen von M&A-Transaktionen.



**Dr. Max Oehm**, LL.M. (Boston), RA, ist Associate bei Baker McKenzie Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern in Frankfurt a.M. Seine Tätigkeitsschwerpunkte bilden die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sowie Alternative Streitbeilegung vor allem im Rahmen von Post-M&A-Streitigkeiten und der Beraterhaftung.



56 BGH, 15.7.2004 – IX ZR 256/03, BB 2004, 1987, NJW 2004, 2817; Fuchs/Baumgärtner, in: BeckOK BGB, 50.Ed. 2019, § 611, Rn. 53; Alexander, JA 2015, 321, 324.

57 Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 78.Aufl. 2019, § 611, Rn. 16.

58 Ernst, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2019, § 280, Rn. 143 ff.

Dr. Mathias Hanten, M.B.L.-HSG (St. Gallen), RA

# Die Gründung von CRR- Kreditinstituten: Das Erlaubnisverfahren nach § 32 KWG unter Geltung des SSM\*

„Was ist ein Einbruch in eine Bank gegen die Gründung einer Bank?“ (Bert Brecht, Dreigroschenoper, Druckfassung 1931, III. 9.) – Seit sich der Verfasser – 1998 – erstmalig gemeinsam mit Zerwas in dieser Zeitschrift mit der Zulassung zum Geschäftsbetrieb für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute beschäftigt hat, sind die Erlaubnisverfahren für die Gründung von Kreditinstituten deutlich komplexer geworden. Vor dem Hintergrund von Brexit und FinTech-Gründungen zielt der Beitrag darauf ab, Erlaubnisver-

fahren nicht nur in den „neuen“ rechtlichen Kontext einzuordnen, sondern praktische Schwierigkeiten im Verfahren zu benennen, zu bewerten und

\* Der vorliegende Beitrag entstand aus einer Vorlesung des Verfassers an der Frankfurt School of Finance and Management im Modul V des Programms „Master of Financial Law“. Der Verfasser dankt seiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau gepr. cand. iur. Ani Valcheva, und den Kollegen von Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für die Unterstützung sowie Herrn Kollegen Dr. Klaus Schweda, Velvon GmbH, für zahllose Anregungen.

Lösungen anzubieten. Neben den aufsichtsrechtlichen und bilanziellen Herausforderungen sowie dem Verfahrensablauf geht es auch um Projektrisiken, die sich schon vor Projektbeginn einstellen können, etwa bei der Auswahl von Beratern oder bei der Zeitplanung.

## I. Einleitung

Der Beitrag beschränkt sich auf die Gründung von CRR-Kreditinstituten im Sinne von § 1 Abs. 3d KWG, gleichen Inhalts auf die Gründung von Kreditinstituten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR. Für andere „Institutsarten“, etwa Kreditinstitute, die nicht als CRR-Kreditinstitute zu qualifizieren sind, Finanzdienstleistungsinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften<sup>1</sup> oder Zahlungsdienstleister<sup>2</sup> (zusammen „Finanzbranche“), ist die Darstellung dennoch weiterführend, weil die Gründungsverfahren nach KWG, KAGB und ZAG einander durchaus ähnlich sind. Die Erlaubnisverfahren, die andere Institute zu durchlaufen haben, sind allerdings insoweit weniger komplex, als sie bislang keine Einbeziehung der EZB erfordern.

Dem Verfasser wird man – in Bezug auf die Relevanz des Beitrages – vielleicht entgegenhalten, dass Deutschland „overbanked“ sei und deshalb eher ein Artikel über die Liquidation und Abwicklung von Instituten oder deren Verschmelzungen im Zug der Zeit liege; Bankengründungen in Deutschland wären also ein *Orchideenfach* und unterfielen deshalb eher dem *Artenschutz*.

Eine solche Einschätzung wäre allerdings schlicht falsch. Dem muss aus der Praxis der Institutsgründungen entgegengehalten werden, dass etwa der Brexit oder das Aufkommen von FinTech-Anbietern geradezu Institutsgründungswellen bewirkt haben und noch bewirken.<sup>3</sup> Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und die Europäische Zentralbank (EZB) würden das bestätigen. Dass mit N26 kürzlich sogar ein deutsches Unicorn tätig wurde, mag den Trend belegen. Darüber hinaus wird nach Umsetzung des Richtlinienvorschlags „on the prudential supervision of investment firms“<sup>4</sup> ein neues Aufsichtsregime in Kraft gesetzt. Dadurch werden große Wertpapierdienstleistungsunternehmen der Aufsicht des einheitlichen europäischen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism – SSM) unterworfen und – soweit sie ihren Sitz in Deutschland haben –, Gegenstand eines neuen Erlaubnisverfahrens nach § 32 KWG werden.

Der Beitrag ordnet Institutsgründungen in einen europäischen und in einen deutschen Rechtsrahmen ein, beschreibt das relevante Aufsichtstrio oder gar Quartett, und skizziert Verfahren sowie Dokumentationsanforderungen. Die hier niedergelegten Erfahrungen stammen aus recht aktuellen, teilweise noch laufenden Gründungsprojekten aus den Jahren 2017, 2018 und aus dem laufenden Jahr.

## II. Europäischer Rechtskontext

In den letzten Jahren wurden die Erlaubnisverfahren stark europäisiert. § 32 KWG ist in den vergangenen fünf Jahren viermal auf Grundlage von Gesetzen, die europäische Richtlinien umsetzen, geändert worden.<sup>5</sup> Aus Sicht der meisten Beobachter geht die relevante Europäisierung noch längst nicht weit genug; nach anderer Auffassung geht sie zu weit, ist sie doch weit entfernt von dem, was die Subsidiarität, ein Meilenstein europäischen Rechtsdenkens, verlangt.<sup>6</sup>

Der Umstand, dass die Erlaubnisverfahren auf der europäischen Ebene gesetzlich ausschließlich in Richtlinien und nicht in Verordnungen geregelt wurden, führt wegen des Umsetzungsspielraums der Mitgliedstaaten – um mit den Worten der EZB zu sprechen – zu Kohärenzproblemen.<sup>7</sup> Ein rechtliches Spannungsfeld entsteht hier dadurch, dass das materielle Recht der Erlaubnisverfahren auf – wenn auch umgesetztem – nationalem Recht beruht, das institutionelle Recht, das die Zuständigkeitsfrage beantwortet, über die Nutzung der Rechtssetzungsform der Verordnungen aber ausschließlich europä-

rechtlich determiniert ist. Das Auseinanderfallen der Regelungsinstrumente hat seine eigenen Herausforderungen, über die noch zu sprechen sein wird. Sowohl die BaFin<sup>8</sup> als auch die EZB<sup>9</sup> und die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA)<sup>10</sup> haben Anleitungen vorgelegt, die die Einzelheiten des Erlaubnisverfahrens beschreiben. Bei der Lektüre fällt auf, dass die verschiedenen Dokumente – leider – unabgestimmt sind und die Verwender sich deshalb Gedanken darüber zu machen haben, welchem Ansatz sie folgen sollen.<sup>11</sup> In der Praxis sind Synopsen zu den Einzelfragen hilfreich.

## 1. Die europäische Rechtslage

Die europäische Rechtslage basiert auf zwei Grundlagen: Zum einen sind die relevanten deutschen Erlaubnisvorschriften nach dem KWG, auch wenn die Ursprungsvorschrift aus dem Jahr 1934<sup>12</sup> stammt, weitgehend harmonisiertes Substrat europäischen Rechts. Auch die letzten Änderungen der zentralen Vorschriften für das Erlaubnisverfahren, §§ 32 und 33 KWG, beruhen auf europäischem Recht.<sup>13</sup> Zum anderen sind mit EZB<sup>14</sup> und EBA<sup>15</sup> zwei Behörden hinzugetreten, die aufgrund ihres jeweiligen Mandats<sup>16</sup> zur Europäisierung des Verfahrens verpflichtet sind. Deren Leitthemen – fast ist man geneigt von Mantren zu sprechen – sind Konvergenz und Kohärenz.

- 1 Die Übersicht von *Wieland*, in: Assmann/Wallach/Zetzsche, KAGB, 2019, § 20, Rn. 2 ff., bietet eine gute Führung durch das Verfahren.
- 2 Zur früheren Fassung des ZAG vgl. *Walter*, in: Casper/Terlau, ZAG, 2014, § 8, Rn. 24 ff.
- 3 Helaba, Finanzplatz Frankfurt, Oktober 2019, abrufbar unter <https://www.helaba.de/blueprint/servlet/blob/docs/506100/ce8c5b60935f2e05bee1108666733049/finanzplatzstudie-mehr-als-brexit-20191001-data.pdf> (Abruf: 8.11.2019).
- 4 Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen und zur Änderung der RL 2013/36/EU und 2014/65/EU, COM/2017/0791 final, v. 20.12.2017, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52017PC0791> (Abruf: 8.11.2019).
- 5 Zum jeweiligen Überblick vgl. *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 32, Rn. 1 ff.; *Fischer/Müller*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 32, Rn. 1 ff.; *Müller/Grune*, in: Beck/Samm/Kokemoor, Kreditwesengesetz mit CRR, Stand: April 2015, § 32, Rn. 1 ff.; *Albert*, in: Reischauer/Kleinhaus, Kreditwesengesetz, Stand: September 2012, § 32, Rn. 1 ff.; *Handrick/Wagner*, Banking Business in Germany, 6. Aufl. 2019, S. 66 ff.
- 6 Einen guten Überblick zum Kohärenzgedanken bietet *Schuster*, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, 2017, passim.
- 7 Vgl. statt vieler EZB, Leitfaden zur Bankenaufsicht vom September 2014, Rn. 1, 27 f., 85 u. 99 f., abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssmguidebankingsupervision201409de.pdf> (Abruf: 8.11.2019).
- 8 BaFin-Checkliste „Zulassung als Kreditinstitut“ v. 20.8.2017, geändert am 14.11.2017, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Formular/BA/dl\\_170818\\_checkliste\\_erlaubnisverfahren\\_ba.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Formular/BA/dl_170818_checkliste_erlaubnisverfahren_ba.html) (Abruf: 8.11.2019).
- 9 EZB, Leitfaden zur Beurteilung von Zulassungsanträgen, 2. Überarbeitete Ausgabe v. Januar 2019, abrufbar unter [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.201901\\_guide\\_assessment\\_credit\\_inst\\_licensing\\_appl.de.pdf?639083c1690b108e54a32fc90b110a6](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.201901_guide_assessment_credit_inst_licensing_appl.de.pdf?639083c1690b108e54a32fc90b110a6) (Abruf: 8.11.2019).
- 10 EBA, Final Report on Draft Regulatory Technical Standards under Article 8(2) of directive 2013/36/EU and Draft Implementing Technical Standards under Article 8(3) of directive 2013/36/EU, abrufbar unter <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1907331/de9abe89-7be5-4fea-aaf8-43bd4e67d71e/Draft%20RTS%20and%20ITS%20on%20Authorisation%20of%20Credit%20Institutions%20%28EBA-RTS-2017-08%20EBA-ITS-2017-05%29.pdf?retry=1> (Abruf: 8.11.2019).
- 11 Zu der Problemstellung einer europäischen Behörde, die nationales Recht anwenden muss, vgl. *Witte*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2014, 89 sowie *Kornezov*, The application of national law by the ECB – a maze of (un)answered questions in: ESCB Legal Conference 2016, S. 270, 271 f. Noch kritischer *Schuster*, ZBB 2019, 298, passim.
- 12 Dazu *Müller*, Die Entstehung des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5.12.1934, 2003, S. 203 ff.
- 13 So die Änderung der §§ 32 und 33 KWG durch das Zweite Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I 2017, S. 1693 und das Gesetz zur Ausübung von Optionen der EU-Prospektverordnung und zur Anpassung weiterer Finanzmarktgesetze v. 10.7.2018, BGBl. I 2018, S. 1102.
- 14 Zu der Rolle der EZB eingehend *Lackhoff*, Single Supervisory Mechanism, 2017, S. 23 f.
- 15 Zu der Rolle der EBA *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 2, 7 ff.
- 16 Vgl. Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank – Single Supervisory Mechanism (SSM-VO), ABl. (EU) L 287/63 v. 29.10.2013 und Art. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission (EBA-VO), ABl. (EU) L 331/12 v. 15.12.2010.



Schon aus dem europäischen, wenn schon nicht voll-, so doch zumindest teilharmonisierten,<sup>17</sup> Rechtsrahmen folgt damit, dass eine – viel gefürchtete – Aufsichtsarbitrage innerhalb des EWR zwar nicht völlig ausgeschlossen, aber doch dadurch verringert wird, dass die Erlaubnisverfahren auf gleichem, umgesetzten Europarecht beruhen. Zudem sorgen die Erlaubniszuständigkeit der EZB nach Art. 4 Abs. 1 lit. a) SSM-VO und die EBA für eine einheitliche Anwendung der Regeln. Die Konkurrenz verschiedener Jurisdiktionen, also die Frage, welcher Sitzort, etwa bei brexitbedingten Sitzverlegungen, vorzugswürdig war, wurde deshalb nicht auf dem Feld des anwendbaren Aufsichtsrechts, sondern aufgrund anderer Standortfaktoren, wie Steuer- und Arbeitsrecht, sowie nach politischer Stabilität und Bruttosozialprodukt des Sitzlandstaats entschieden.

## 2. Zugangsmodi

Der Zugang für Kreditinstitute in den Rechtsraum des EWR kann mittels verschiedener Zugangsmodi erfolgen, die hier kurz zusammengefasst werden. Aus diesen Modi lässt sich der Zugang ableiten, der für die jeweilige Geschäftsaufnahme am sinnvollsten erscheint; das braucht keinesfalls unbedingt die Gründung eines Instituts mit Sitz in Deutschland zu sein. Neben den Zugangsmodi, die auf Richtlinienrecht gründen, sind mit der Errichtung von Drittstaaten Zweigstellen, der Freistellung grenzüberschreitender Geschäfte aus dem Drittlandsgebiet und der passiven Dienstleistungsfreiheit drei Zugangsmodi gegeben, die dem einzelstaatlichen Ermessen (National Discretion) unterliegen. National Discretion wird von der EZB als Gefahr für die aufsichtsrechtliche Konvergenz angesehen; entsprechend kritisch werden diese Zugangsmodi seitens der EZB und der Europäischen Kommission auch betrachtet.

### a) Gründung eines Instituts mit Sitz im Aufnahmestaat (Deutschland) und Leistungen von dort aus in den sonstigen EWR

Dieser Modus ist Gegenstand dieses Beitrages. Das Institut mit Sitz im Inland kann dann über Zweigniederlassungen oder grenzüberschreitend auf Grundlage des sogenannten europäischen Passes im EWR-Ausland tätig werden.<sup>18</sup> Hinsichtlich dieser Zugangsart muss entschieden werden, ob der deutsche Sitzstaat die meisten Vorteile verspricht; diese können sich etwa aus politischer Stabilität, Zugang zu Personal und schlichter Größe des Wirtschaftsraums ergeben. Diese Frage muss vor Aufnahme des Projekts geklärt werden. Erfahrungen sprechen zumindest dafür, das Sitzland der Antragstellerin in der gleichen Jurisdiktion zu wählen, in der die erste Geschäftsaufnahme erfolgen soll.

### b) Gründung einer im Aufnahmestaat (Deutschland) belegenen Zweigstelle eines Instituts mit Sitz im Drittland (Zweigstellenerrichtung)

Dieser Modus wird mitbehandelt, weil die Errichtung einer Zweigstelle<sup>19</sup> in Deutschland über die – rein aufsichtsrechtliche – Fiktion des § 53 Abs. 1 S. 1 KWG den gleichen – materiellen – Regeln folgt wie die Gründung eines Instituts mit Sitz in Deutschland. Der Nachteil der Zweigstelle liegt in der grundsätzlichen Begrenzung des Leistungsradius auf die Niederlassungsjurisdiktion und den Ausschluss vom Europäischen Pass; ihr Vorteil mag darin zu sehen sein, dass die EZB nicht am Erlaubnisverfahren teilnimmt, sich also die behördliche Komplexität reduziert. Ein weiterer Vorteil liegt darin, dass Kapital und Liquidität der Hauptstelle einfacher für die Zwecke der Zweigstelle genutzt werden können.

### c) Anzeige einer im Aufnahmestaat belegenen Zweigniederlassung eines Instituts mit Sitz im EWR oder Anzeige der Aufnahme grenzüberschreitender Tätigkeit (Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe des Europäischen Passes)

Dieser Modus ermöglicht es CRR-Kreditinstituten mit Sitz im EWR-Ausland, über eine Anzeige nach Heimatlandrecht ohne weitere Er-

laubnis der Aufnahmeaufsicht eine Zweigniederlassung in Deutschland zu errichten oder grenzüberschreitend tätig zu werden.<sup>20</sup> Die Aufnahmeaufsicht, also in Deutschland die BaFin, übt hier nur eine Residualaufsicht nach § 53b KWG aus und erfreut den Neuankömmling mit einem sogenannten Welcome Letter, der die zu beachtenden deutschen Aufsichtsrechtsregeln benennt.

### d) Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen aus dem Drittlandsgebiet, etwa aus der Schweiz oder zukünftig UK

Dieser Modus ist in Deutschland nicht erlaubnis-, sondern allenfalls freistellungsfähig nach § 2 Abs. 5 KWG. Voraussetzung für eine Freistellung ist Aufsichtsäquivalenz, also eine gleichwertige Beaufsichtigung im Herkunftsstaat. Hier muss man sich klarmachen, dass Äquivalenzfeststellungen immer einen vorübergehenden Charakter haben.<sup>21</sup> Die Freistellung ist in das gesetzliche Ermessen der BaFin gestellt. Hier gibt es zum Beispiel eine Vereinbarung zwischen der Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik, in der ein vereinfachtes Freistellungsverfahren vereinbart wurde.<sup>22</sup> Allerdings war die BaFin zum Zeitpunkt der Abgabe des Manuskripts, wohl veranlasst durch Brexit-Sorgen, eher zurückhaltend darin, Freistellungsanträge zu bescheiden.<sup>23</sup>

### e) Grenzüberschreitende Abfrage von Dienstleistungen durch einen Kunden mit Sitz im EWR an Anbieter im Drittlandsgebiet (Reverse Solicitation)

Hierbei handelt es sich um einen nicht ausdrücklich geregelten Zugangsmodus.<sup>24</sup> Diesem liegt zugrunde, dass der inländische Institutskunde sich auf eigene Initiative hin an das Kreditinstitut wendet. Dieser Sachverhalt wird von der BaFin gegenwärtig als nicht erlaubnispflichtig angesehen.<sup>25</sup> Die Reichweite dieses Zugangsmodus ist im Einzelnen strittig. So ist zum Beispiel ungeklärt, ob ein Kreditinstitut, das bereits einen bestimmten Vertrag, der eine konkrete, erlaubnispflichtige Geschäftsart begründet, im Rahmen der Reverse Solicitation mit einem inländischen Kunden abgeschlossen hat, in diesem Zugangsmodus auch eine andere – erlaubnispflichtige – Geschäftsart anbieten darf. Die Erlaubnisfreiheit dieses Zugangsmodus wird mit der sogenannten passiven Dienstleistungsfreiheit<sup>26</sup> begründet, die die aktive Nachfrage des Dienstleistungskunden auch unter die Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit fallen lässt und damit primärrechtlich schützt.

## III. Deutscher Rechtskontext

Die für die Erlaubnisverfahren relevanten Vorschriften finden sich in den §§ 32 und 34 KWG sowie in § 14 AnzV, die der besonderen Gewerbeaufsicht, also dem öffentlichen Recht, zuzuordnen sind.<sup>27</sup>

17 Zur der Abgrenzung vgl. *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6, Rn. 41.

18 *Binder*, in: *Binder/Glos/Riepe*, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 3, Rn. 78 ff.

19 Zur Terminologie: *Zweigstellen* sind Betriebsstätten eines Instituts mit Sitz im Drittstaat, während *Zweigniederlassungen* Betriebsstätten eines Instituts mit Sitz im EWR bezeichnen.

20 *Binder*, in: *Binder/Glos/Riepe*, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 3, Rn. 90 f.

21 Vgl. *Wymeersch*, *Journal of Financial Regulation*, 4/2018, 209, 215.

22 Zu dem vereinfachten Freistellungsverfahren nach § 2 Abs. 5 KWG vgl. *Reschke*, in: *Beck/Samm/Kokemoor*, KWG, Stand: Oktober 2018, § 2, Rn. 295 ff.

23 *Neubacher*, *Börsen-Zeitung* vom 13.2.2019, 2.

24 Dazu *Sethé*, *SZW/RSDA* 2014, 615, 622 sowie *Hanten*, *IJFC* 2019, 28, 33.

25 BaFin-Merkblatt „Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen“ vom 1.4.2005, geändert am 11.3.2019, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_050401\\_grenzueberschreitend.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_050401_grenzueberschreitend.html) (Abruf: 8.11.2019).

26 Vgl. dazu *Pache*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht, 3. Aufl. 2015, § 10, Rn. 137; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU-Recht, Stand: Juni 2019, Art. 56/57 AEUV Rn. 53; *Holoubek*, in: *Schwarze u. a.*, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 56/57 AEUV, Rn. 36 f.; *Müller/Graf*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 56 AEUV, Rn. 37 ff.

27 Vgl. *Binder*, in: *Binder/Glos/Riepe*, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 3, Rn. 1; zur Frage der Zuordnung zum Rechtsbereich des öffentlichen Rechts in der Rechtsfamilie des Common Law, vgl. *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 5, Rn. 197.

Strukturell besteht für Bankgeschäfte, die in Deutschland betrieben werden, ein grundsätzliches Verbot, das unter einem Erlaubnisvorbehalt steht. Entsprechend ist das unerlaubte Betreiben von Bankgeschäften und Erbringen von Finanzdienstleistungen nach §§ 54 f. KWG straf- und nach § 56 KWG bußgeldbewehrt.

Um der verfassungsrechtlichen Mindestanforderung einer Strafbewehrung, also dem Bestimmtheitsgebot, zu genügen,<sup>28</sup> sieht das KWG einen Numerus Clausus an erlaubnispflichtigen Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen vor. Anders gesagt sind nur Leistungen, die unter diesen Numerus Clausus fallen, Gegenstand der Erlaubnispflicht. Über die Frage, ob bestimmte Dienstleistungen erlaubnispflichtig sind, herrscht gelegentlich Streit, der trotz der Auslegungskompetenz der BaFin nach § 4 KWG von Zeit zu Zeit vor Gericht entschieden werden muss.<sup>29</sup> Der Dienstleister ist auf jeden Fall gut beraten, die entsprechende Dienstleistung, soweit sie im weiteren Sinne der Finanzbranche zuzuordnen ist, daraufhin zu untersuchen, ob sie in Deutschland einer Erlaubnispflicht unterfallen kann.

Darüber hinaus sieht das Gesetz De-minimis-Klauseln vor und qualifiziert ferner bestimmte Unternehmen, die Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen, ausdrücklich nicht als Institute. Interessant ist hier die Gesetzestechnik: Nicht die Dienstleistung wird von der Qualifikation als erlaubnispflichtiger Tatbestand ausgenommen, sondern das Unternehmen selber wird privilegiert. Ein praktisch wichtiger Fall ist das sogenannte Konzernprivileg, das – als Bereichsausnahme – dann greift, wenn Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen ausschließlich für konzernangehörige Unternehmen betrieben oder erbracht werden. Vor Nutzung speziell dieses Privilegs sollte man sich abschließende Gedanken über die Anforderungen an die Konzernierung – Praxisfall 50:50 Joint Ventures – machen und darüber, ob die Leistungen wirklich nur im Konzern erbracht werden. Eine Frage aus der Verfasserpraxis: Findet das Konzernprivileg auf ein konzernangehöriges Leasingunternehmen Anwendung, das im Konzern hergestellte Leasinggegenstände an konzernfremde Leasingnehmer verleast? Die Antwort: Nein kein Konzernprivileg, da Wirkung der Finanzdienstleistung außerhalb des Konzerns.

#### IV. Konzept der mikroprudentiellen Aufsicht unter Einbeziehung von BaFin, Bundesbank, EZB und Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH

Im Rahmen des Erlaubnisverfahrens steht die BaFin immer noch im Zentrum des Verfahrens in Deutschland. Diese Behörde ist Empfängerin des Antrages und Mittelpunkt der aufsichtsrechtlichen Kommunikation. Im Laufe der Zeit haben sich hier verschiedene Zuständigkeiten entwickelt. Wesentlich beteiligtes Referat der BaFin ist gegenwärtig das BA 31 mit der klangvollen Bezeichnung „Common Procedures“. Verwaltungspraktischer Hintergrund der Einrichtung des Referats war die Überlegung, der EZB für ihren Zuständigkeitsbereich nach SSM eine ähnlich organisierte Behördeneinrichtung gegenüberzustellen. Die Struktur hat den sehr großen Vorteil, dass das Referat durch die schiefe Anzahl an Bankengründungen und -erwerben eine sehr große Sachkompetenz entwickeln konnte und dadurch mit der EZB auf „fachlicher Augenhöhe“ kommunizieren kann.

Die EZB ist für die Erteilung der Erlaubnis nach § 32 KWG, soweit es sich um CRR-Kreditinstitute im Sinne von § 1 Abs. 3d S. 1 KWG und – inhaltsgleich – um Kreditinstitute nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR<sup>30</sup> handelt, zuständig.

Der Erlaubnisantrag wird jedoch von der BaFin entgegengenommen, gemeinsam mit der am Sitz der Antragstellerin zuständigen Zweigstelle der Bundesbank bearbeitet und dann der EZB, wenn der Antrag von der

BaFin befürwortet wird, übermittelt. Anders gesagt: Wenn der Antrag bereits von der BaFin abgelehnt würde, käme die EZB nicht ins Spiel.

Eine weitere Behörde, die bei der Planung des Erlaubnisverfahrens gerne übersehen wird, ist die Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH (EdB) mit Sitz in Berlin. Diese Behörde hat eine recht unauffällige, jedoch umso wirksamere Funktion im Erlaubnisverfahren; sie ist gemäß § 32 Abs. 3 KWG „vor Erlaubniserteilung zu hören“. Dieses Recht angehört zu werden ist in der Praxis so ausgestaltet, dass die EdB Antrag und Antragstellerin nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 EinSiG prüft. Die EdB ist eine – öffentlich-rechtlich beliehene – Tochtergesellschaft des privatrechtlich organisierten Bundesverbandes deutscher Banken e. V. (BdB). Damit ist sie dem BdB nahe und bedient sich zur Erfüllung ihrer Pflichten einer weiteren, dem BdB eng verbundenen Einrichtung, nämlich des Prüfungsverbandes deutscher Banken e. V. (PV).<sup>31</sup>

Die einzelnen Prozessschritte für die Kooperation von BaFin, Bundesbank, EdB und EZB sind gesetzlich geregelt. Man hat jedoch während der Verfahren den Eindruck, dass der inhaltliche Findungsprozess der Zusammenarbeit, insbesondere hinsichtlich der Einbeziehung von EdB und EZB, immer noch andauert. So nimmt die EdB ihre Prüfungsmöglichkeiten – nach Beobachtung des Verfassers – in erster Linie in Bezug auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Geschäftsplans wahr. Das entspricht auch ihrem Mandat insoweit, als sie, schlimmstenfalls, für die Entschädigung von Einlagegläubigern zuständig wäre und damit schon bei der Anhörung nach § 32 KWG Risiken eines Entschädigungsfalls antizipieren muss.

Hinsichtlich der Stellungnahme der EZB bleibt immer etwas unklar, wie diese mit den festen Verwaltungsauffassungen der national zuständigen Aufsichtsbehörden verfährt. So sind etwa die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)<sup>32</sup> rechtlich betrachtet nichts anderes als nur eine verschriftlichte Verwaltungsauffassung der BaFin, während sie aus Sicht der Bankenpraxis mindestens den Respekt eines Gesetzes, wenn nicht den eines elften Gebots genießen.

Der EZB als starker Aufsichtsbehörde muss es naturgemäß schwer fallen, sich die verschriftlichte Verwaltungsauffassung einer anderen Behörde ohne Weiteres zu eigen zu machen.<sup>33</sup> Insoweit ist der gelegentlich vernehmbare Wunsch, § 25a KWG mit einer Verordnungsermächtigung zu versehen und die MaRisk so in den Rang eines Gesetzes zu erheben, gut nachvollziehbar.

#### V. Das Verfahren

Das Erlaubnisverfahren selbst muss, deutlich vor der Aufnahme, auf einer Geschäftsplanung gründen, die zunächst die wirtschaftliche Be-

28 Zu den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot im Nebenstrafrecht *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Juli 2019, Art. 103, Rn. 87 ff.

29 Ein sehr gutes aktuelles Beispiel: KG, 25.9.2018 – (4) 161 Ss 28/18 (35/18), BB 2018, 2705; die Entscheidung lehnte die Qualifikation virtueller Währungen als Finanzinstrumente ab und verneinte damit eine anderslautende Meinung der BaFin; der Gesetzgeber reagierte prompt und qualifizierte virtuelle Währungen durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 9.8.2019, BT-Drs. 352/19, 36, als Finanzinstrumente und eröffnete damit die Erlaubnispflicht in Deutschland. Zum Problem der gespaltenen Auslegung etwa *Poelzig*, ZBB 2019, 1, passim.

30 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 – Capital Requirements Regulation (CRR), ABl. (EU) L 176/1 v. 27.6.2013.

31 Dazu etwa *Fröhlich*, Die freiwillige Einlagensicherung der privaten Banken, 2008, S. 122, 23 f., 54 f., 26 f.

32 BaFin, Rundschreiben 09/2017 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk v. 27.10.2017, Geschäftszeichen BA 54-FR 2210-2017/0002, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs\\_1709\\_marisk\\_ba.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2017/rs_1709_marisk_ba.html) (Abruf: 8.11.2019).

33 Dieser Beitrag befasst sich ausdrücklich nicht mit der Frage, ob die BaFin als „Auslagerungsunternehmen“ der EZB tätig wird – so der EuGH, 8.5.2019 – C-450/17 P, EuZW 2019, 559, insb. Rn. 41 u. 49 – oder zumindest bei weniger bedeutenden Instituten eigene Aufsichtskompetenzen hat – so das BVerfG, 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, RIW 2019, 586 Ls, insb. Rn. 172 u. 188; sehr kritisch zur Frage der Rechtsgrundlagen aufsichtsbehördlicher Verlautbarungen durch die EZB, vgl. *Schuster*, ZBB 2019, 298, 299.

lastbarkeit des Projekts sicherstellen sollte. Hierzu gehört neben einer Finanzplanung auch eine Zeitplanung.

## 1. Vorüberlegungen

Die Vorüberlegungen zur Gründung eines Instituts sind vielfältig. Zunächst müssen die Initiatoren sich über das geplante Geschäftskonzept Klarheit verschaffen.

Bevor die Bankengründung in Betracht gezogen wird, kommt bei den Initiatoren oft der Gedanke auf, anstelle der Neugründung ein bestehendes Kreditinstitut zu erwerben.

Der Gedanke hat durchaus Berechtigung, wenn das bestehende Institut zumindest Teile des geplanten Geschäftskonzepts übernehmen oder eine besondere Synergie mit dem geplanten Konzept herstellen könnte. In der Praxis des Verfassers ist häufiger die Meinung zu hören, dass Erwerb einen schnelleren Marktzugang ermögliche. Dem ist deutlich zu widersprechen; das Inhaberkontrollverfahren nach § 2c KWG<sup>34</sup> ist, auch wenn „nur“ als Anzeigeverfahren ausgestaltet, dem Erlaubnisverfahren vergleichbar komplex und zeitaufwendig. An die Stelle des Neuaufbaus der Bankeninfrastruktur tritt nämlich eine umfangreiche Due Diligence in Bezug auf die Geeignetheit der Targetinfrastruktur für Zwecke des geplanten Geschäftskonzepts. In der Mehrzahl der Fälle ist, jedenfalls nach Erfahrung des Verfassers, eine Neugründung vorzugswürdig.

Dann ist zu fragen, ob das zukünftige Institut bestimmte Dienstleistungen in einem bestimmten Modus anbieten soll. Ein Beispiel: Eine neue Verbraucherbank mit einem vollen Angebotsspektrum muss ihren Erbringungsmodus fokussieren. Darüber hinaus: Die Idee zum Erbringungsmodus kann noch so gut sein; ohne ein umfassendes Marketingbudget wird die großartigste Idee nicht wahrgenommen. Welche Regionen sollen die Dienstleistungen aufnehmen und wo soll das Institut seinen Sitz haben? Man könnte argumentieren, dass der Europäische Pass diese Frage, zumindest aufsichtsrechtlich, obsolet werden lässt. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass eine Reihe von Argumenten immer noch dafür sprechen, den Startmarkt und den Sitzlandmarkt identisch zu wählen.

Für die Zeitplanung ist von drei wesentlichen Phasen auszugehen:

- In der ersten Phase muss das Geschäftsmodell entwickelt und überprüft werden. Diese Phase umfasst die Ideenentwicklung für das Modell, dessen Ausarbeitung und eine wirtschaftliche und rechtliche Verprobung. Dazu gehört ganz wesentlich die Sicherstellung der wirtschaftlichen Annahmen, das heißt etwa die Zahl der geplanten Kundenbeziehungen und die Möglichkeit, in der geplanten Zeit die erforderlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu gewinnen. Darüber hinaus ist eine konzise Kapital- und Liquiditätsplanung erforderlich. Zu dieser Phase gehört aber auch die Auswahl der für das Projekt in Betracht kommenden Berater. Aus Initiatorsicht ist diese Auswahl über Long- und Shortlist eher ein Aufwand, den man so kurz wie möglich halten möchte. Allerdings lässt sich das Verfahren auch dazu nutzen, das Geschäftsmodell zu testen. Die Qualität der in Betracht zu ziehenden Berater bemisst sich, neben anderen Kriterien, sicher auch daran, dass sie das geplante Geschäftsmodell kritisch begleiten.
- Die zweite Phase lässt sich verkürzt als „Erlaubnis-antragsphase“ bezeichnen. In dieser Phase wird der Erlaubnis-antrag formuliert und dokumentiert.
- Sobald der Antrag eingereicht wurde, lässt sich, zumindest formal, in die dritte Phase eintreten, in deren Rahmen die Ausarbeitungen des Geschäftsplanes umgesetzt werden. Hier ist auf Folgendes zu achten: Die Zeit von der Einreichung des Antrages bis zu ersten Reaktionen der Aufsicht muss dazu genutzt werden, die Umsetzung bereits vorzubereiten. Gelegentlich führt die Vorbereitung der Umsetzung auch dazu, dass neue Erkenntnisse gewonnen werden, die noch in das Erlaubnisverfahren eingebracht werden können oder müssen.

## 2. Projektorganisation

Hinsichtlich der Projektorganisation bietet es sich an, eine Projektsystematik zu entwickeln, die die oben benannten Themen erfasst und sich zusätzlich an der zukünftigen Struktur der Bank orientieren sollte. Die Praxis des Verfassers legt es nahe, das Gesamtprojekt in die Teilprojekte Finance, Risk, Legal, HR, Products, IT und Marketing zu unterteilen und die inhaltliche Befüllung des Erlaubnis-antrags den jeweiligen Teilprojekten zuzuordnen, die stringent koordiniert werden müssen. Hier ist, so die Erfahrung des Verfassers, ein gutes Projektmanagement kaum zu überschätzen.

## 3. Beraterauswahl

Die Beraterauswahl ist alles andere als trivial. Zunächst lässt sich fragen, ob überhaupt Berater erforderlich sind und, bejahendenfalls, wie sich diese einbinden lassen.

Die Frage des „Ob“ lässt sich schnell beantworten: Da die meisten Initiatoren keine Erfahrung mit der Gründung von Banken in Deutschland haben, ist eine Inanspruchnahme von Beratern fast unausweichlich. Fraglich ist allenfalls, in welchen Bereichen Berater in Anspruch genommen werden müssen. Gründungsprojekte haben ökonomische, rechtliche, bilanzielle, mitarbeiterbezogene, steuerliche und organisatorische Herausforderungen. Für alle Projektteile kommen entweder hochspezialisierte Boutiquen sowie Großkanzleien oder – etwa aus dem Kreis der größeren Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – Berater in Betracht, die derartige Projekte „aus einer Hand“ anbieten können.

Aus Initiatorsicht ist es empfehlenswert, die Longlist nicht zu kurz zu wählen und sich möglicherweise erst im Auswahlprozess Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine „Lösung aus einer Hand“ oder eine Lösung über eine Kombination von Einzelberatern in Betracht gezogen werden sollte.

Notwendig für die Qualifikation der Berater ist jedenfalls, dass diese bereits Erfahrungen in Gründungsprojekten gesammelt haben, die organisatorischen Voraussetzungen erfüllen, um in ein Gesamtprojekt eingebunden zu werden und eine hinreichende Schnittstellenkompetenz vorhalten. Anders gesagt: Wenn eine Beratungsboutique für einen Teilbereich gewählt wird, muss sichergestellt werden, dass diese auch an die Schnittstellen zu allen anderen Projektteilen angebunden werden kann. Auch bei einer Lösung aus einer Hand können sich Schnittstellenprobleme – entweder zur Antragstellerin hin oder innerhalb der verschiedenen Handelnden des Anbieters „aus einer Hand“ – ergeben.

Die Fragen für das Shortlisting lassen sich wie folgt zusammenfassen und können genau so gestellt werden:

- Welche Erfahrungen haben Sie in Bankgründungsprojekten; möglichst konkret und mit ansprechfähigen Referenzen?
- Viele Anbieter mögen zwar Erfahrungen in Gründungsprojekten gesammelt haben, diese können jedoch schon bejahrter sein oder sich auf wenige Einzelheiten des Projekts bezogen haben. Darüber hinaus ist es wichtig zu erfragen, wie die Qualität der Leistungen von den Mandanten eingeschätzt wurde. Das unmittelbare Gespräch mit benannten Referenzen ist sicher von Vorteil.
- Können Sie das Personal aus Ihrem Unternehmen, das an Gründungsprojekten beteiligt war, auch für unser Projekt zum Einsatz bringen?
- Im Rahmen der Mitarbeiterfluktuation kann es durchaus passieren, dass die bisherigen Kernansprechpartner zu den wesentlichen Gründungsfragen nicht mehr im Unternehmen sind oder für das Projekt aus anderen Gründen nicht zur Verfügung stehen.
- Sind Sie in der Lage, Ihre Mitwirkungsleistungen im Projekt genau zu definieren?

Der Auftraggeber kann das in der Regel nicht, weil er noch nicht in Bankengründungsprojekte involviert war. Die genaue Bestimmung der Mitwirkungsleistungen

<sup>34</sup> Zum Verfahren *Steck*, in: Binder/Glos/Riepe, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 4, sowie *Wieland*, Inhaberkontrollverfahren, 2012, passim (immer noch lesenswert).



ist aber wichtig, um dem Auftraggeber Klarheit darüber zu verschaffen, welche eigenen personellen Ressourcen er im Projekt vorhalten muss.

– Wie würden Sie das Gründungsprojekt organisieren?

Mit dieser Frage lässt sich die bisherige, eigene Projektplanung noch einmal hinterfragen. Zugleich lässt sich so prüfen, ob der Berater in der Lage ist, zur Projektorganisation beizutragen.

– Sind Sie in der Lage, die Gebühren für Ihre Mitwirkungsleistungen zu begrenzen?

Diese Frage ist für das Gründungsbudget erforderlich. Hier ist es sinnvoll, das Projekt so genau wie möglich zu definieren und die einzelnen Teilschritte zu bepreisen. Die jeweiligen Dokumentationen sollten auch sicherstellen, dass für den Fall, dass ein Anbieterwechsel vorgenommen werden muss, die neuen Berater auf eine aussagekräftige Dokumentation zurückgreifen können.

– Wie schätzen Sie die Erfolgsaussichten unseres Projekts ein und wo sehen Sie die besonderen Herausforderungen?

Die Antwort auf diese Frage lässt erkennen, ob der Berater ein kritischer Begleiter des Projekts sein wird. Es kann sicher davon ausgegangen werden, dass die Behörden kritische Fragen zum Geschäftsmodell stellen werden; umso besser ist es, diesen kritischen Fragen vorab, auch mit Hilfe der Berater, begegnet zu sein.

#### 4. Aufsichtskommunikation

Die Kommunikation mit den zuständigen Behörden ist für das Erlaubnisverfahren essentiell. Nach den Erfahrungen des Verfassers empfiehlt es sich, vor Stellung des Erlaubnisanspruches sowohl das Gespräch mit der BaFin und der Bundesbank sowie der EdB zu suchen, im Gespräch das Projekt vorzustellen, bereits an dieser Stelle die Zeitplanung zu bestimmen und, wenn möglich, Absprachen über die Zeitplanung zu treffen.

Nach Einreichung des Erlaubnisanspruches kommt es zwangsläufig zu einer Reihe von Rückfragen, sowohl seitens der BaFin und der Bundesbank (in diesem Fall konsolidiert) als auch seitens der EdB. Wenn die BaFin die Erlaubniserteilung gegenüber der EZB befürwortet, kann es trotz einer in der Praxis erfolgenden Vorabstimmung der Behörden noch zu Rückfragen der EZB kommen.

Für die Zeitplanung ergibt sich daraus, unabhängig von den gesetzlichen Vorgaben, eine tragfähige Dokumentation und verfügbare Ressourcen bei BaFin, Bundesbank und EdB unterstellt, folgender Verlauf:

- (1) Vorbereitung des Antrages, einschließlich Beschaffung der Dokumentation bis zur Einreichung (drei Monate)
- (2) Erstes Fragenset von BaFin, Bundesbank und EdB (zwei Monate)
- (3) Beantwortung des ersten Fragensets (zwei Monate)
- (4) Zweites Fragenset von BaFin, Bundesbank und EdB (ein Monat)
- (5) Beantwortung des zweiten Fragensets (ein Monat)
- (6) Befürwortung des Antrages der BaFin gegenüber der EZB (ein Monat)
- (7) Fragenset der EZB (14 Tage)
- (8) Erteilung der Erlaubnis (ein Monat)

Die gesetzlichen Vorgaben zur Dauer des Erlaubnisverfahrens erscheinen dem unbefangenen Leser recht klar. So regelt § 33 Abs. 4 S. 1 KWG, dass die BaFin der Antragstellerin binnen sechs Monaten nach Einreichung der vollständigen Unterlagen für einen Erlaubnisanspruch mitteilen muss, ob eine Erlaubnis erteilt oder versagt wird. Auch nach Art. 15 S. 2 CRD IV<sup>35</sup> wird „in jedem Fall“ binnen zwölf Monaten nach Antragseingang über die Erteilung oder Verweigerung der Zulassung entschieden. Wichtig ist jedoch, dass der Beginn des Fristenlaufs die Vollständigkeit der Dokumentation verlangt, die wiederum in der Einschätzungspraxis der Behörden steht. Deshalb ist die Annahme eines Gesamtzeitbudgets von sechs Monaten (KWG) oder zwölf Monaten (CRD IV) wenig realistisch.

Eine Planung sollte – konservativ – zumindest 18 Monate ab dem Projektstart (Vorbereitung des Erlaubnisanspruches, nach Auswahl der Bera-

ter) einkalkulieren. Hierzu noch eine nicht zu vernachlässigende Kleinigkeit: Die Geschäftsaufnahme eines Kreditinstituts ist technisch von der Zurverfügungstellung einer Bankleitzahl abhängig. Diese wird von der Bundesbank nur jeweils zu einem Montag, der dem ersten Sonnabend in den Monaten März, Juni, September und Dezember folgt, vergeben.<sup>36</sup> Auch das muss in der Projektplanung berücksichtigt werden.

## VI. Dokumentation (§ 32 KWG i.V.m. § 14 AnzV)

Die Dokumentationsanforderungen richten sich nach § 32 Abs. 1 S. 2 KWG i.V.m. § 14 AnzV. Die Anzeigenverordnung<sup>37</sup> wurde aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 32 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 24 Abs. 4 KWG erlassen. Für die vollständige Dokumentationsübersicht bieten sich die BaFin-Checkliste und die Leitfäden der EZB zur Beurteilung von Zulassungsanträgen an.

In der Praxis des Verfassers wurde immer besonderer Wert auf konsistente Erstellung des Geschäftsplanes gelegt. Für die Prüfungspraxis muss festgehalten werden, dass weder BaFin noch Bundesbank, EdB oder EZB sich mit Allgemeinplätzen zufriedengeben. Aus dem Kreis der behördlicherseits befassten Bearbeiter darf der Verfasser, ohne Namensnennung, zitieren: „Für das Abschreiben der MaRisk gibt es keine Erlaubnis.“

Die Dokumentation des Erlaubnisanspruches besteht aus drei Teilen – dem Antragsschreiben (1.), dem Geschäftsplan (2.) sowie den Anlagen zum Antragsschreiben und zum Geschäftsplan (3.).

### 1. Das Antragsschreiben

Der Erlaubnisanspruch ist vom zukünftigen Erlaubnisträger, in der Regel einer Gründungsgesellschaft, vertreten durch Geschäftsführer, Vorstand oder einen gegebenenfalls mandatierten Rechtsanwalt, schriftlich und in deutscher Sprache zu stellen. Formelle Anforderungen bestehen nicht.

§ 14 Abs. 2 KWG verlangt eine Angabe zu den beabsichtigten Geschäften und der gesellschaftsrechtlichen und governancebezogenen Dokumentation der Antragstellerin. Die beabsichtigten Geschäfte sollten eigentlich auf der Hand liegen; in der Praxis ergibt sich gelegentlich die Frage, ob man für bestimmte, nicht sofort beabsichtigte Geschäfte eine Vorraterlaubnis einholen sollte. Gelegentlich wird vergessen, den Antrag auf Erlaubnis zum Betreiben des Eigengeschäfts nach § 32 Abs. 1a S. 1 KWG zu stellen; überraschenderweise ist die Verwaltung eigenen Vermögens für Institute seit 2011 erlaubnispflichtig. Gelegentlich stellt sich die Frage nach der Qualifikation bestimmter Sachverhalte; in der Praxis des Verfassers stellte sich zum Beispiel die Frage, ob das auf FX bezogene Einlagen- und Kreditgeschäft zusätzlich eine Erlaubnis zum Betreiben oder Erbringen von Leistungen in Bezug auf Finanzinstrumente erforderlich macht.

Das Schreiben könnte etwa folgendermaßen formuliert sein:

Sehr geehrte(r) ...,

[angesprochen werden sollte die Referatsleiterin oder der Referatsleiter]

Die Antragstellerin wird von den Unterzeichnern (ggf. ordnungsgemäße Bevollmächtigung versichernd) vertreten.

I. Erlaubnisanspruch

<sup>35</sup> RL 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der RL 2002/87/EG und zur Aufhebung der RL 2006/48/EG und 2006/49/EG – Capital Requirements Directive (CRD IV), ABl. (EU) L 176/338 v. 27.6.2013.

<sup>36</sup> Vgl. Deutsche Bundesbank, Merkblatt Bankleitzahlendatei v. 13.8.2019, S. 4, abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/resource/blob/602848/50cba8afda2b0b1442016101cf/d7e084/mL/merkblatt-bankleitzahlendatei-data.pdf> (Abruf: 8.11.2019).

<sup>37</sup> Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Kreditwesengesetz (Anzeigenverordnung – AnzV) vom 19.12.2006, BGBl I, 3245, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 16.10.2018, BGBl I, 1725.

Die Antragstellerin beantragt eine Erlaubnis nach § 32 KWG für die folgenden Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen:

- ...
- ...

Zugleich beantragt die Antragstellerin die Erlaubnis nach § 32 Abs. 1a Satz 1 KWG (Eigengeschäft).

#### II. Unternehmensstrategie

[Hier sollte eine High-Level-Beschreibung dazu aufgenommen werden, wie die Bankgeschäfte betrieben und die Finanzdienstleistungen erbracht werden]

#### III. Geschäftsleitung

[Hier sollten die vorgesehenen Geschäftsleiter kurz vorgestellt werden; der jeweilige Lebenslauf, der die Vorgaben des § 25c KWG abbildet, ist Bestandteil der sonstigen Dokumentation (Anlagen).]

#### IV. Firma

[Hier sollte die Firma der Antragstellerin vorgestellt werden mit der Besonderheit, dass der Firmenbestandteil „Bank“ erst verwendet werden darf, wenn die Erlaubnis erteilt wurde.]

#### V. Antragsdokumentation und Kommunikation

[An dieser Stelle sollte die Liste der eingereichten Dokumente und der Kommunikationsansatz vorgestellt werden, abschließend etwa mit dem Satz „Die deutsche Bundesbank und die EoB haben ein inhaltsgleiches Schreiben nebst Anlagen erhalten.“]

(Unterschrift)

Cc: Deutsche Bundesbank; EoB

## 2. Der Geschäftsplan

Der zweite Teil des Erlaubnisanspruches ist der Geschäftsplan nach § 32 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 KWG. Dieser kann und sollte, zur besseren Bearbeitbarkeit, in englischer Sprache verfasst werden. Die Gliederung des Geschäftsplans wird in der Praxis des Verfassers in der Regel wie folgt gestaltet und abgearbeitet:

1. Executive Summary
2. Introduction
  - 2.1. Overview of the Applicant
  - 2.2. Context for the Regulatory Application
  - 2.3. General Business Strategy
  - 2.4. Financial and Capital Projections
  - 2.5. Implementation Timeline
  - 2.6. Scope of Authorisation
  - 2.7. Details of the Applicant
3. Background
  - 3.1. Group Overview
  - 3.2. Historic Performance of the Group
4. The Applicant's Setup
  - 4.1. The Applicant's Objectives
  - 4.2. Business Strategy
  - 4.3. The Applicant's Product Offerings
  - 4.4. The Applicant's Target Clients
  - 4.5. Participating in Deposit Protection Schemes

In der Praxis der Geschäftspläne empfiehlt sich ein starker Detaillierungsgrad, der auf die Besonderheiten des jeweiligen Geschäfts einzugehen hat und sich nicht auf allgemeine Darstellungen beschränken darf.

## 3. Anlagen zum Antragsschreiben und zum Geschäftsplan

Die notwendigen Anlagen zum Antragsschreiben und zu den Geschäftsleitern ergeben sich aus § 14 Abs. 3 bis 8 AnzV. Die Schwerpunkte liegen hier beim Nachweis der zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel, bei der Dokumentation der fachlichen und persönlichen Eignung der Geschäftsleiter und bei der Inhaberkontrolle.

### a) Eigenmittel und Anfangskapital

Hinsichtlich des Nachweises der zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel muss differenziert werden. Zunächst ist der Nachweis der Einzahlung des erforderlichen Anfangskapitals in Höhe von fünf Millionen Euro zu erbringen. Gelegentlich soll der Nachweis über Sacheinlagen geführt werden. Hiervon ist abzuraten, weil derartige Sacheinlagen eine Bewertung erforderlich machen, die wiederum Aufwand produziert und gelegentlich in Bezug auf die Werthaltigkeitsangaben hinterfragt wurde. Am einfachsten ist es, den Nachweis über die Einzahlung im Wortlaut, der in § 14 Abs. 3 AnzV vorgeschlagen ist, zu erbringen.

Beim Nachweis der für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel helfen KWG und AnzV wenig weiter. So lässt sich den Vorschriften nicht entnehmen, wann die relevanten Nachweise zu erbringen sind. Dass der Nachweis über die Einzahlung des Anfangskapitals zur Erteilung der Erlaubnis vorliegen muss, liegt auf der Hand. Hier haben BaFin und EZB übrigens einen sehr praktischen Ansatz walten lassen. Der Nachweis über die Einzahlung wird zunächst im Entwurf abgestimmt; vorgelegt werden muss dieser erst kurz vor Erteilung der Erlaubnis. Hintergrund dieser Praxis ist die Sorge, dass anderenfalls Bankguthaben für die Dauer des Erlaubnisverfahrens vorgehalten werden müssen, ohne die Möglichkeit zu haben, die entsprechenden Mittel für Geschäfte zu nutzen.

Problematischer gestaltet sich der Nachweis der zum laufenden Betrieb erforderlichen Mittel. Der Geschäftsplan muss nach § 14 Abs. 7 Nr. 1 AnzV Planbilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen für die ersten drei vollen Geschäftsjahre vorsehen. Die meisten Geschäftspläne haben eine mindestens dreijährige Verlustphase. Daher empfiehlt es sich, eine Planung bis zum Break Even vorzulegen. Wollte man die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel, insbesondere den Verlustausgleich im „ersten Schwung“ vorlegen, käme man auch hier zu der Situation, dass Kassenbestand ohne Verwendung vorgehalten werden müsste. Dem lässt sich dadurch begegnen, dass die Inhaber eine Garantie- oder harte Patronatserklärung über die erforderlichen Mittel vorlegen. Die EZB fasst diese Praxis unter „Verfügbarkeit der Kapitalressource“. Nach EZB-Auffassung muss sichergestellt werden, dass die Kapitalressource dem Antragsteller, etwa in Gestalt einer Garantieerklärung, verlässlich zur Verfügung steht.<sup>38</sup>

Auf Seiten der Inhaber wird gelegentlich eingewandt, dass derartige Erklärungen auf ihrer Ebene zu bilanziellem Rückstellungsbedarf führen. Dies trifft aus Sicht des Verfassers nicht zu, weil die entsprechenden Erklärungen noch nicht hinreichend materialisiert sind, um zu Rückstellungen zu verpflichten oder – je nach Sicht – zu berechtigen.<sup>39</sup>

Seitens der EZB wird hierzu mittlerweile ein ungewöhnlich strikter Ansatz vertreten, der sich unter Verhältnismäßigkeitsaspekten angreifen lässt.

Die EZB vertritt dazu Folgendes: „Die Anfangskapitalanforderung oder die Eigenmittelanforderung, je nachdem, welcher Betrag der höhere ist, zuzüglich der Verluste aus dem ersten Geschäftsjahr gemäß den Prognosen des Antragstellers bildet die Grundlage zur Berechnung des Betrags, der zum Zeitpunkt der Zulassung in voller Höhe eingezahlt sein muss.“<sup>40</sup>

Dem steht entgegen, dass diese Anforderung sowohl beim Institut als auch bei den Gesellschaftern erheblichen Aufwand begründet. Für

<sup>38</sup> EZB, Leitfaden zur Beurteilung von Zulassungsanträgen, 2. überarbeitete Ausgabe v. Januar 2019, S. 19.

<sup>39</sup> Zu den Details einer Rückstellungsanforderung vgl. *Scharpf/Schaber*, Handbuch Bankbilanz, 6. Aufl. 2015, Rn. 5.3.9.2 ff.; *Krumnow/Spißler* et al. (Hrsg.), Rechnungslegung der Kreditinstitute, 2004, § 24 RechKredV Rn. 1 ff.; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl. 1998, § 249 HGB, Rn. 1 ff.; *Schrimpf-Dörjes*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, 5. Aufl. 2016, § 13, Rn. 26 ff.

<sup>40</sup> EZB, Leitfaden zur Beurteilung von Zulassungsanträgen, 2. überarbeitete Ausgabe v. Januar 2019, S. 19.



dessen Verursachung bedürfte es einer Ermächtigungsgrundlage. Das nationale Recht, also § 33 Abs.1 Nr. 1 oder § 14 AnzV, sehen eine solche Anforderung jedenfalls nicht ausdrücklich vor. Allenfalls ließe sich argumentieren, dass § 33 Abs. 1 Nr. 1 KWG verlangt, dass die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel *zur Verfügung stehen* müssen. Die Vorschrift schweigt aber zum Zeitpunkt. § 14 Abs. 3 S. 1 AnzV, der einen Einzahlungszeitpunkt vorsieht, erwähnt nur das Anfangskapital.

Hieraus lässt sich schließen, dass nur das Anfangskapital zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung eingezahlt sein muss und die Eigenmittel für den laufenden Geschäftsbetrieb erst zu einem Zeitpunkt eingezahlt sein müssen, zu dem sie aufsichtsrechtlich, nämlich zur Risikounterlegung, erforderlich sind.

Neben diese rechtliche Erwägung tritt noch eine wirtschaftliche: Soweit Eigenmittel eingezahlt werden und für das Kerngeschäft nicht nutzbar wären, müssten für die überschüssige Liquidität Verwahrfonnen gefunden werden, die in der gegenwärtigen Negativzinslandschaft<sup>41</sup> Verluste auf Seiten der Bank erzeugen und so die Eigenmittel wiederum mindern. Das kann nicht gewollt sein. Aus Sicht des Inhabers des Instituts würde zudem Liquidität verlangt, die anderenorts möglicher Weise wirtschaftlich sinnvoller genutzt werden kann. Soweit die oben erwähnte Patronatserklärung, die eine jederzeitige Ausstattung des Instituts mit den erforderlichen Eigenmitteln sicherstellt, vorliegt, sprechen auch keine Risikoerwägungen dagegen, die laufenden Eigenmittel erst dann zur Verfügung zu stellen, wenn sie aufsichtsrechtlich erforderlich sind.

Im Ergebnis sollte es also genügen, dass Anfangskapital vor Erteilung der Erlaubnis einzuzahlen und sicher zu stellen, dass die erforderlichen laufenden Eigenmittel dann vorhanden, also etwa in die Kapitalrücklage eingezahlt sind, wenn dies aufsichtsrechtlich erforderlich ist.

### b) Geschäftsleiter

Hinsichtlich der Geschäftsleiter sollte sich die Antragstellerin bereits im Vorfeld Sicherheit über die fachliche und persönliche Eignung verschaffen. Während die persönliche Eignung, insbesondere die Zuverlässigkeit, nur selten problematisch ist, wird der fachlichen Eignung in jedem Fall besonderes Augenmerk zu schenken sein. Insbesondere bei stark digitalisierten Projekten mögen die Initiatoren besonderen Wert auf die IT-Kompetenz des in Betracht gezogenen Geschäftsleiters legen; die mag aber nicht ausreichen, die Anforderungen an die fachliche Eignung nach § 25d KWG zu erfüllen. Schlimmstenfalls wird man sich damit behelfen müssen, den in Betracht gezogenen Geschäftsleiter als Generalbevollmächtigten zu bestellen und dessen Eignung im Geschäft zu verstärken. Jedenfalls empfiehlt es sich, in zweifelhaften Fällen eine Rückfallmöglichkeit vorzuhalten. Auf der anderen Seite ist von der Einstellung von „Frühstücksdirektoren“ abzuraten, die abgesehen von der grundsätzlichen Geschäftsleitereignung keine besondere Eignung für das in Betracht genommene Geschäft mitbringen. Hinsichtlich der Lebensläufe ist besonders auf die Führungserfahrung der Kandidaten – Zahl der geführten Mitarbeiter, Bereiche und Abteilungen – sowie auf die Kreditkompetenz zu achten.

### c) Inhaberkontrolle

Bei der Überprüfung der Inhaber der Antragstellerin ordnet § 14 Abs. 5 AnzV ein implizites Inhaberkontrollverfahren an, das inhaltlich den Vorgaben der Inhaberkontrollverordnung (InhKontrollV)<sup>42</sup> entspricht.

Schwierigkeiten ergaben sich in der Praxis des Verfassers hinsichtlich der Dokumentation in den Fällen, in denen keine bedeutenden Beteiligungen i. S. v. § 1 Abs. 1 KWG bestanden, ein börsennotierter Streubesitz ohne Kenntnis eventueller mittelbarer bedeutender Beteiligun-

gen bestand oder Beteiligungsverhältnisse vorlagen, die dem kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis eher fremd sind, so zum Beispiel bei Family Trusts,<sup>43</sup> bei denen die – potentiell – wirtschaftlich Berechtigten nicht mit den – beherrschenden – Trustees personenidentisch sind.<sup>44</sup> Bei der Einbeziehung von in der Regel sehr wohlhabenden natürlichen Personen wird zwar über das Außenvorlassen des § 13 InhKontrollV (Finanzlage und Bonität des Anzeigepflichtigen) in der Verweiskette des § 14 Abs. 5 AnzV keine Offenlegung der finanziellen Verhältnisse der natürlichen Person verlangt; § 14 InhKontrollV, auf den § 14 Abs. 5 AnzV ebenfalls verweist, verlangt aber zumindest einen genauen Nachweis über die relevante Mittelherkunft und damit eine Dokumentation, die einer vollständigen Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse sehr nahe kommen kann.

## VII. Zusammenfassung

1. Die Frage nach dem Gang des Erlaubnisverfahrens ist keine Orchideenfrage, sondern hat erhebliche praktische Relevanz in dem gegenwärtigen Trend, der aus Brexit und Fintech gespeist wird.
2. Der deutsche Rechtskontext des Erlaubnisverfahrens ist in den letzten Jahren, nicht zuletzt durch den SSM, nicht nur materiell, sondern auch im Verfahren europäisiert worden.
3. Deutlich vor Beginn des Erlaubnisverfahrens sollte man sich Klarheit über die Zugangsmodi verschaffen, das heißt, die Frage beantworten können: Was soll von wo aus erbracht werden?
4. Darüber hinaus sollte man sich Klarheit über die Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen, deren Erlaubnis beantragt werden soll, verschaffen.
5. Vorab sollte man auch eine solide Zeit- und Projektplanung sowie eine konzentrierte Beraterauswahl durchführen. Beides sollte zusammen erfolgen, da die Beraterauswahl, wenn richtig durchgeführt, bessere Erkenntnisse für die Projektplanung verspricht.
6. Um die Zeitplanung zu erfüllen, ist auch eine effiziente Behördenkommunikation zu planen und vorzubereiten.
7. Der Aufwand der – dreiteiligen – Erlaubnisdokumentation sollte nicht unterschätzt werden. Insgesamt ist die gute Vorbereitung einer Institutsgründung für Antragstellerin und Behörden lohnenswert.

**Dr. Mathias Hanten**, M.B.L.-HSG, RA, ist Partner bei Deloitte Legal in Frankfurt a.M. und leitet die deutsche Service Line Banking & Finance. Er berät in allen aufsichtsrechtlichen Fragen, u.a. zu Einlagensicherung und Brexit.



<sup>41</sup> Zur rechtsökonomischen Analyse etwa *Kollmann*, Negative Zinsen, 2016, passim.

<sup>42</sup> Verordnung über die Anzeigen nach § 2c des Kreditwesengesetzes und § 104 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (Inhaberkontrollverordnung – InhKontrollV) vom 20.3.2009, BGBl I, 562, 688, zuletzt geändert durch Art. 24 Abs. 31 des Gesetzes vom 23.6.2017, BGBl I, 1693; zum expliziten Inhaberkontrollverfahren nach § 2c KWG vgl. *Steck*, in: *Binder/Glos/Riepe*, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2018, § 4, Rn. 14 ff.

<sup>43</sup> Zum Begriff vgl. BaFin-Merkblatt „Hinweise zur Erlaubnispflicht gemäß KWG und KAGB von Family Offices“ v. 2.7.2018, geändert am 12.7.2018, abrufbar unter [https://www.baфин.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_140514\\_familyoffices.html](https://www.baфин.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140514_familyoffices.html) (Abruf: 8.11.2019).

<sup>44</sup> *Swadling*, ZVglRWiss 2019, 121, 125 f.