

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung
von Risiken und zur Planung der Sanierung und
Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgrup-
pen (BT-Drucks. 17/12601)

Kontakt:

Christina Wehmeier

Telefon: +49 30 20225-5336

Telefax: +49 30 20225-5325

E-Mail: christina.wehmeier@dsgv.de

Berlin, 17. April 2013

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

A. Grundsätzliches

1. Die Deutsche Kreditwirtschaft (DK) teilt das Ziel der Bundesregierung, die Stabilität der Finanzmärkte zu erhöhen. Stabile Finanzmärkte sind auch im Interesse der regulierten Institute. Die **Einführung von Trennbanksystemen** leistet jedoch keinen Beitrag zur Risikominderung. Diese Position wird auch vom Internationalen Währungsfonds (IWF) in seinem am 15. März 2013 veröffentlichten "Financial Sector Assessment (FSAP)"-Bericht für die EU geteilt. Vielmehr besteht die Besorgnis, dass hierdurch die Stabilität vermindert wird. Zum anderen wären hiermit negative Folgen für den Finanzplatz Deutschland und für die deutsche Wirtschaft verbunden. Vor diesem Hintergrund haben sich die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft Mitte Januar 2013 gemeinsam mit der DK im Interesse von Wachstum und Beschäftigung für die **Beibehaltung des deutschen Universalbankensystems** in seiner derzeitigen Form ausgesprochen¹.

Ein **gesetzgeberischer Handlungsbedarf für eine Abtrennung von Handelsgeschäften besteht nicht**, da die in Artikel 1 des Gesetzentwurfs vorgesehene Sanierungs- und Abwicklungsplanung zur Lösung des so genannten „too big to fail“-Problems gegenüber einer von diesen Plänen losgelösten Abtrennung von generell als verboten erachteten Geschäften der sachgerechtere und differenziertere Ansatz ist. Nach diesem Regulierungskonzept wird nicht anknüpfend an das Überschreiten von Schwellenwerten pauschal eine bestimmte Unternehmensstruktur umgestaltet bzw. verboten. Stattdessen wird unternehmensindividuell geprüft, ob im Rahmen der gegebenen Struktur eine Sanierung bzw. eine Abwicklung des Instituts oder der Gruppe möglich wäre und ob es gegebenenfalls gilt, (strukturelle) Hindernisse zu beseitigen. Nach dem Gesetzentwurf soll die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) beispielsweise zur Überwindung von Abwicklungshindernissen auch Änderungen an rechtlichen oder operativen Strukturen des Instituts oder der Finanzgruppe verlangen können. Dies soll der Reduzierung von Komplexität dienen, um zu gewährleisten, dass wesentliche Geschäftsaktivitäten oder kritische Geschäftsaktivitäten durch Anwendung von Abwicklungsinstrumenten oder Abwicklungsbefugnissen rechtlich und wirtschaftlich von anderen Funktionen getrennt werden können (§ 47e Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 KWG-E). Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt die Sanierungs- und Abwicklungsplanung zudem angesichts der Eingriffsintensität einer Abtrennung bzw. eines Verbotes von als verboten erachteten Geschäften ein mildereres, mindestens gleich effektives und daher vorzugswürdiges Mittel dar.

2. Ferner erkennt die DK nach wie vor angesichts der bereits auf EU-Ebene entfalteten Aktivitäten nicht die **Notwendigkeit für die Eile**, mit der dieses Gesetzesvorhaben auf Bundesebene betrieben wird. Aus ihrer Sicht sollten die Ergebnisse der auf EU-Ebene laufenden Analysen zu den Auswirkungen eines von der Liikanen-Gruppe vorgeschlagenen Trennbankensystems abgewartet werden. So wurde auch von den geladenen Sachverständigen beim öffentlichen Fachgespräch des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zum Liikanen-Report auf die Erforderlichkeit einer Impact-Studie hingewiesen². Es besteht daher aus Sicht der DK keinerlei Grund, im nationalen Alleingang den EU-Entwicklungen vorzugreifen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die EU-Kommission bereits erklärt hat, nach Vorliegen der Ergebnisse der Analyse eigene Vorschläge zur Umsetzung der Empfehlungen der Liikanen-Kommission vorzustellen.

¹ Verbändeerklärung „Universalbanken stärken Finanzmarktstabilität und sichern Unternehmensfinanzierung“ vom 15. Januar 2013; abrufbar unter http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de/uploads/media/Verbaendeerklaerung_Universalbankensystem.pdf.

² Öffentliches Fachgespräch vom 27. Februar 2013; siehe hierzu im Einzelnen Protokoll Nr. 17/127.

3. Auf grundsätzliche Vorbehalte stößt die vorgesehene **Strafbarkeit im Risikomanagement**. Insbesondere ist der vorgesehene Pflichtenkatalog zu unscharf und dürfte sich kaum mit dem im Strafrecht zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot vereinbaren lassen. Hiernach soll – so das Bundesverfassungsgericht – jedermann vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist³. Ferner trägt der Vorschlag dem dynamischen Prozess des Risikomanagements nicht Rechnung, der Gegenstand eines kontinuierlichen Dialoges zwischen Aufsichtsbehörden und Institut ist. Die vorgesehene Strafbarkeit im Risikomanagement dürfte erhebliche Auswirkungen insbesondere auf das Verhältnis zum Abschlussprüfer und zur Aufsicht haben – der wünschenswerte vertrauensvolle offene Informationsaustausch wird hierdurch gefährdet.

4. Auch vor dem Hintergrund der noch nicht finalisierten EU-Krisenmanagementrichtlinie (RRD)⁴ bewerten wir den Vorstoß auf nationaler Ebene als kritisch. In Kürze müssten die **nationalen Bestimmungen wieder an europäische Vorgaben angepasst** werden. Wir sind der Auffassung, dass die deutsche Kreditwirtschaft nicht früher als erforderlich den neuen Regelungen zum Krisenmanagement unterstellt werden sollte. Denn die deutschen Kreditinstitute müssen bereits zahlreiche weitere mit erheblichem Umsetzungsaufwand verbundene Regulierungsvorhaben wie beispielsweise das CRD IV-Paket umsetzen. Dadurch werden bereits erhebliche Ressourcen gebunden.

5. Die **Schätzung des Erfüllungsaufwandes** erscheint mit Blick auf die erheblichen Umstrukturierungsmaßnahmen, die durch das Gesetz ausgelöst werden würden, als deutlich zu gering angesetzt. Die Kosten für die Überprüfung, ob ein Institut spekulative Geschäfte betreibt, kommen uns mit einem Gesamtaufwand von ca. EUR 14 Mio. (laufend) bzw. ca. EUR 3,3 Mio. (einmalig) sehr gering vor. Die hierbei zugrunde gelegte Fallzahl von 2.000 beruht wohl auf der Annahme, dass alle deutschen Kreditinstitute zu prüfen sind. Damit ergibt sich pro Institut ein Aufwand von lediglich TEUR 7 für den einmaligen und ca. TEUR 1,6 für den laufenden Aufwand, der auch bei kleineren Instituten angesichts der Komplexität dieser gesetzlichen Verpflichtung kaum ausreichend sein dürfte. Ein weiteres Beispiel sind die Gründungskosten, die pro Institut auf ca. TEUR 46 geschätzt werden. Dieser Betrag kann aus unserer Sicht noch nicht einmal die reinen Gründungskosten abdecken (d. h. Notarkosten etc.). Hinzu kommen die notwendigen technischen Anpassungsmaßnahmen, die erfahrungsgemäß deutlich höher zu veranschlagen sein werden. Unmittelbare Folge der Einführung des Trennbankengesetzes ist auch, dass die Finanzierung der getrennten Institutseinheiten auf Grund der anders verteilten Risiken vollständig neu strukturiert werden muss. Der damit verbundene Aufwand sowie die aus den gesetzlichen Vorgaben resultierenden höheren Finanzierungskosten sind annahmegemäß bisher noch gar nicht in der Kostenschätzung enthalten. Um dem Gesetzgeber eine geeignete Entscheidungsgrundlage zu liefern, halten wir daher eine Nacherhebung des Erfüllungsaufwandes noch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für notwendig.

³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1988 (2 BvR 1154/86), NStZ 1989, 229

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und 2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

B. Einzelanmerkungen

Zu Artikel 1 – Regelungen zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten

1. Sanierungsplanung

a) *Rechtsunsicherheit durch Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe*

Auch wenn gegenüber dem Arbeitsentwurf des Gesetzes an dem Regierungsentwurf an einigen Stellen Begrifflichkeiten geschärft bzw. zu Recht verworfen wurden, so ist das Regelwerk immer noch geprägt von einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die bei den rechtsanwendenden Instituten zu einem hohen Maß an Unsicherheit führen dürften. Als Beispiele sind etwa zu nennen die „wesentliche Verschlechterung der Finanzlage“ (§ 47 Abs. 1 KWG-E), die „Darstellung von Szenarien für schwerwiegende Belastungen“ (§ 47a Abs. 2 Nr. 6 KWG-E) oder aber die Definitionen der „wesentlichen“ bzw. „kritischen“ Geschäftsaktivitäten (§ 47a Abs. 6 KWG-E), bei denen lediglich ein unbestimmter Begriff den anderen ersetzt. Da die Einstufung als „potenziell systemgefährdend“ (§ 47 Abs. 1 Satz 4 KWG-E) mit weitreichenden Konsequenzen für das betreffende Kreditinstitut verbunden ist, sollte insbesondere hier auf eine rechtssichere, transparente und vorhersehbare Begriffsbestimmung hingewirkt werden.

b) *Keine jährliche Überprüfung der Sanierungspläne durch Abschlussprüfer (§ 29 Abs. 1 Satz 6 KWG-E)*

Entgegen § 29 Abs. 1 Satz 6 KWG-E ist es nicht erforderlich, dass ein Prüfer des Jahresabschlusses die Sanierungsplanung inhaltlich prüft und im Jahresabschluss darüber berichtet. Dies geht über die Aufgabenstellung und das Mandat des Abschlussprüfers hinaus. Auch nach den vom Financial Stability Board im Oktober 2011 vorgelegten Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions und dem Vorschlag für eine Krisenmanagement-Richtlinie steht die ordnungsgemäße Erstellung des Sanierungsplans in der Verantwortung der Geschäftsleitung. Die Beurteilung, welche Handlungsoptionen im Krisenfall zur Verfügung stehen und ob diese adäquat sind, den Krisenfall zu überwinden, sind Entscheidungen mit geschäftsstrategischem Charakter. Diese Einschätzungen sollten den Entscheidungsgremien der Institute (unter Berücksichtigung der aufsichtlichen Beurteilung) vorbehalten sein. Es wird auch nach § 47b Abs. 2 KWG-E die Aufgabe der Aufsicht sein, den vom Institut vorgelegten Sanierungsplan zu prüfen und zu bewerten. Sie soll sich über die „Geeignetheit“ ein eigenes Urteil bilden. Die Schaffung einer weiteren Kontrollinstanz ist daher nicht geboten. Hinzu tritt, dass die Wirtschaftsprüfung in erster Linie stark auf objektiv beurteilbare und vergangenheitsbezogene Daten ausgerichtet ist. Die Prüfung eines Sanierungsplans wäre hingegen stark subjektiv und zukunftsbezogen geprägt, beispielweise ob die Planungen geeignet sind, die Tragfähigkeit und finanzielle Solidität des Kreditinstituts oder der Finanzgruppe nachhaltig wiederherzustellen und zu sichern. Hinzu tritt, dass die Betrauung des Prüfers mit diesen Aufgaben auch angesichts der hiermit verbundenen haftungsrechtlich unklaren und bislang ungelösten Fragen nicht sachgerecht erscheint. Daher sollte auf eine Erweiterung der Prüfungspflicht in § 29 KWG verzichtet werden.

c) *Sanierungspläne nur auf Gruppenebene erstellen (§§47, 47a KWG-E)*

Abweichend von der Arbeitsfassung des Regelungsvorschlags lässt der Regierungsentwurf in den §§ 47, 47a KWG-E offen, ob – wie auch in dem von BaFin und Deutscher Bundesbank im November 2012 vorgelegten Entwurf eines Rundschreibens zu Mindestanforderungen an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen (MaSan) vorgesehen – Sanierungspläne grundsätzlich nur auf Gruppenebene und nicht zusätzlich auch auf Institutsebene erstellt werden müssen. Sanierungspläne sollten grundsätzlich nur auf Gruppenebene und nicht zusätzlich auch auf Institutsebene erstellt werden. Gruppensanierungspläne beziehen bereits die einzelnen der Finanzgruppe angehörenden Gesellschaften mit ein und sehen daher auch Maßnahmen vor, um die Gefahr einer Schieflage eines einzelnen Instituts und somit der Gruppe zu vermeiden. Es sollte daher gesetzlich klargestellt werden, dass es nur eines Gruppensanierungsplans bedarf.

d) *Bestandteile des Sanierungsplans*

In § 47a Abs. 2 KWG-E werden wesentliche Bestandteile des Sanierungsplans aufgeführt. Dabei handelt es sich um einen nicht abschließenden Katalog („insbesondere“). Da das Risiko im Hinblick auf die Erstellung eines richtigen und vollständigen Sanierungsplans beim Kreditinstitut liegt, würde ein mit der Kreditwirtschaft abgestimmter, abschließender Katalog zur Rechtssicherheit beitragen.

e) *Keine Bewertung der Sanierungsfähigkeit (§ 47a Abs. 2 Nr. 1 KWG-E)*

Teil des Sanierungsplans soll u. a. auch die Bewertung der eigenen Sanierungsfähigkeit durch das Institut sein. Insoweit geht der Entwurf über die derzeit diskutierten Anforderungen nach den MaSan hinaus. Da die Sanierungsfähigkeit ohnehin durch die Aufsicht festgestellt wird, sollte die Selbsteinstufung gestrichen werden. Eine solche Anforderung ist in der RRD ebenfalls nicht vorgesehen.

f) *Beschreibung nur der wesentlichen internen und externen Vernetzungsstrukturen (§ 47a Abs. 2 Nr. 2 c KWG-E)*

Die vorgesehene Beschreibung der internen und externen Vernetzungsstrukturen sollte auf „wesentliche“ Vernetzungsstrukturen beschränkt werden, um den Sanierungsplan nicht unnötig zu überfrachten. Abschnitt E.2.3 der MaSan sieht ein solches Wesentlichkeitskriterium aus diesem Grund bereits vor. Ebenfalls Vergleichbares sieht dieser Gesetzentwurf bei der nach § 47a Abs. 2 Nr. 2 b KWG-E geforderten Benennung der „wesentlichen“ Geschäftsaktivitäten vor.

g) *(Sanierungs-)Indikatoren klarstellen (§ 47a Abs. 2 Nr. 7 KWG-E)*

Die im Sanierungsplan festzusetzenden "Indikatoren" sollen Prozesse auslösen, die es dem Kreditinstitut ermöglichen, „den Krisenfall aus eigener Kraft und ohne Stabilisierungsmaßnahmen der öffentlichen Hand“ zu überwinden. Die Formulierung bleibt unklar und könnte so verstanden werden, dass bereits mit dem sog. „Reißen“ eines Indikators eine Krisensituation anzunehmen, mithin das betreffende Institut sanierungsbedürftig ist. Damit würde das Stadium der Sanierungsbedürftigkeit, das bereits durch das Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz („KredReorgG“) als ein Unterschreiten der Eigenkapital- und/oder Liquiditätsanforderungen definiert ist, vorverlagert. Dies könnte sich für die vom Kreditinstitut umzusetzenden Planmaßnahmen als hinderlich erweisen, zumal sich die Frage stellt, ob bei Erreichen der Indikatoren etwa Ad-hoc-Publizitätspflichten seitens des Instituts bestehen. Auch stellt sich die Frage, ob etwa zivilrechtliche Aufklärungspflichten gegenüber Refinanzierungspartnern bestehen. Dies dürfte in aller Regel

eine Refinanzierung nur unter erheblichen Zinsaufschlägen zulassen oder unter Umständen auch ausschließen. Vor diesem Hintergrund regen wir eine Klarstellung dahingehend an, dass „ein künftiger möglicher Krisenfall“ vermieden oder überwunden werden kann. Zumindest aber sollte eine gesetzliche Klarstellung erfolgen. Darüber hinaus bleibt auch der zweite Satzteil von § 47 a Abs. 2 Nr. 7 KWG-E inhaltlich sehr unpräzise. Dies gilt insbesondere für die Formulierungen wie „aus eigener Kraft“, „entsprechende Zusagen“, „vergleichbare Fälle“ und „übliches Vorgehen“. Nach unserer Auffassung müssen auch komplexe gesetzliche Materien hinreichend klar und bestimmt formuliert werden. Ggf. müssen Definitionen der Begriffe in den Gesetzestext, mindestens jedoch in das geplante BaFin-Rundschreiben „MaSan“, aufgenommen werden.

h) Darstellung der Handlungsoptionen

Nach unserer Auffassung sollte sich die in § 47a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG-E geforderte Darstellung der Handlungsoptionen auf solche mit Szenariobezug beschränken. Nach der Gesetzesbegründung sollen hingegen die Handlungsoptionen zunächst auch ohne Bezug zu einzelnen Belastungsszenarien darzustellen und zu bewerten sein und anschließend noch einmal in Beziehung zu konkreten Belastungsszenarien dargestellt und bewertet werden.

i) Frist zur Planerstellung zu kurz (§ 47a Abs. 4 KWG-E)

Die vorgesehene Frist von sechs Monaten ist zu kurz bemessen. Insbesondere bei national oder international vernetzten Instituten dürfte gerade die erstmalige Bearbeitung deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen. Hier sollte eine Frist von einem Jahr mit der Möglichkeit einer Fristverlängerung vorgesehen werden. Unterjährige Aktualisierungen infolge von Änderungen in der Rechts- und Organisationsstruktur müssen zudem deutlich restriktiver gefasst werden. Einer zusätzlichen Anordnungsberechtigung für unterjährige Aktualisierungen durch die BaFin bedarf es nicht. Wenn ein Institut ohnehin bei jeder wesentlichen Änderung zur Aktualisierung des Sanierungsplans verpflichtet ist, können sich zusätzliche Aktualisierungsanordnungen nur auf unwesentliche Änderungen beziehen. Dies erscheint weder im Hinblick auf den Verwaltungsaufwand bei den Instituten noch im Hinblick auf das Informationsbedürfnis der BaFin geboten. Die unterjährige Aktualisierungsverpflichtung sollte daher gestrichen werden.

Wenn man entgegen dieser Erwägungen an einem zusätzlichen Anordnungsrecht der BaFin festhalten möchte, so sollte man dies mindestens an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen anknüpfen, etwa dem unmittelbar drohenden Eintritt eines Sanierungsindikators.

j) Maßnahmen bei Mängeln von Sanierungsplänen unverhältnismäßig (§ 47b KWG-E)

Die vorgesehene starre Frist von maximal 3 Monaten zur Beseitigung von Mängeln (§ 47b Abs. 2 Satz 2 KWG-E) ist zu kurz bemessen. Man muss sich vergegenwärtigen, dass sich das Institut immer noch in einem gesunden Stadium befindet. Insofern ist eine sich am Einzelfall orientierende Frist ausreichend. Auch hier muss es die Möglichkeit einer Fristverlängerung geben.

Mit § 47b Abs. 4 KWG-E sollen der Aufsicht weitgehende Eingriffsbefugnisse in die unternehmerische Freiheit eröffnet werden, ohne dass es einer konkreten Gefährdungssituation bedarf. Insbesondere unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten sollten daher Eingriffe in die Geschäftsführung, wie etwa eine unmittelbare Anordnung der Verringerung von Risikopositionen oder der Änderung der rechtlichen oder operativen Strukturen des Instituts oder der Finanzgruppe, ebenso wie Eingriffe in Gesellschafterrechte aus-

geschlossen werden. Sollte dies nicht möglich sein, bitten wir im Sinne einer Rechtssicherheit zumindest um eine abschließende Regelung der Reichweite dieser Befugnisse. Insbesondere muss klargestellt werden, dass keine Umstrukturierungen verlangt werden können.

k) Vertraulichkeit der Sanierungsplanung

Die für die Abwicklungsplanung enthaltene Vertraulichkeitsregelung (§ 47i Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 KWG-E) sollte u. E. auch für die Sanierungsplanung Anwendung finden. Zu weiteren Details verweisen wir in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in Ziffer 3. Vertraulichkeit der Sanierungs- und Abwicklungsplanung (§ 47i KWG-E).

2. Abwicklungsplanung

a) Keine Bewertung der Abwicklungsfähigkeit bei allen Instituten – Aufgabe bei der Aufsicht belassen (§ 47d KWG-E)

Die Vorschriften zur Sanierungs- und Abwicklungsplanung sollten einheitlich nur für die von der BaFin als potentiell systemgefährdend eingestuften Instituten Anwendung finden. Dass nunmehr die Abwicklungsfähigkeit für alle Institute bewertet werden soll, stellt einen Bruch in dieser Systematik dar. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die an die Abwicklungsfähigkeit gestellten Anforderungen fortlaufend erfüllt werden müssen, was gerade für kleinere Institute eine unverhältnismäßige Belastung darstellt. Auch der derzeit auf europäischer Ebene diskutierte Vorschlag für eine RRD sieht gerade mit Blick auf die Abwicklungspläne Befreiungsmöglichkeiten für derartige Institute vor.

Nicht sachgerecht wäre es, wie teilweise gefordert, dass Kreditinstitute und Finanzgruppen gegenüber der Aufsicht den Nachweis der „Abwicklungsfähigkeit“ erbringen sollten. Zum einen weist der Vorschlag für eine RRD diese Aufgabe zu Recht den Aufsichtsbehörden zu. So bringt beispielsweise die im Rahmen der Abwicklungsplanung zu berücksichtigende Dimension der Substituierbarkeit der Geschäftsaktivitäten eines Instituts dessen Rolle in der Marktinfrastruktur zum Ausdruck. Insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext bedarf die Bewertung dieses Aspekts der makroprudenziellen Expertise der Aufsicht. Zum anderen soll nach dem Gesetzentwurf die Aufsicht ohnehin die Institute nach § 47h KWG-E in die Erstellung eines Abwicklungsplans maßgeblich mit einbinden können. Beispielsweise soll sie Einschätzung, Analysen und Gutachten einfordern können. Weitergehender Regelungsbedarf besteht in diesem Bereich daher nicht.

b) Bewertung der Abwicklungsfähigkeit

In § 47d Abs. 3 Nr. 1 KWG-E ist unklar, was mit der Zuordnung zu bestimmten rechtlichen Einheiten gemeint ist. Innerhalb eines Instituts sollte es wohl allenfalls um die Frage der organisatorischen Einheiten gehen.

Der Begriff der „Finanzmarktinfrastruktur“ in § 47d Abs. 3 Nr. 22 KWG-E sollte ggf. in § 1 KWG definiert werden.

c) Eingriffsbefugnisse zu weitgehend (§ 47e KWG-E)

Der Gesetzentwurf eröffnet der Aufsicht weitgehende Eingriffsbefugnisse in die unternehmerische Freiheit, ohne dass es einer konkreten Gefährdungssituation bedarf. Nachteilige Konsequenzen aus einem solchen Eingriff hätte ausschließlich das Institut zu tragen; Schutz durch Amtshaftung ist in adäquater Form nicht vorgesehen. Eine gerichtliche Überprüfung einer Beseitigungsanordnung im Rahmen des vorgesehenen Rechtsschutzes ist nur begrenzt möglich, da das Gericht bei Normen mit Beurteilungs- und Ermessungsspielräumen nur die Rechtmäßigkeit des Handelns prüft, wohingegen die Zweckmäßigkeit des Handelns der Bewertung der Verwaltung überlassen bleibt. Aus rechtsstaatlichen Gründen namentlich des betroffenen Eigentumsgrundrechts sollte die Reichweite der der Aufsicht eröffneten Beurteilungs- und Ermessungsspielräume eingeschränkt werden, um so eine möglichst vollumfängliche gerichtliche Überprüfung einer Entscheidung sicherzustellen.

Die vorgesehenen Befugnisse zur Beseitigung von Hindernissen der Abwicklungsfähigkeit (§ 47e KWG-E) sind teilweise unverhältnismäßig. Kritisch zu bewerten ist insbesondere, dass die BaFin nach § 47e Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 bis 6 KWG-E von dem Institut die Veräußerung bestimmter Vermögensgegenstände, die Einschränkung von Geschäftsaktivitäten sowie Änderungen der operativen wie rechtlichen Strukturen des Instituts verlangen kann, um dessen Komplexität zu reduzieren. Voraussetzung ist lediglich, dass dem Institut zuvor nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird und die Maßnahme erforderlich sein muss, weil sich das Abwicklungshindernis später nicht mehr rechtzeitig beseitigen lässt und daher die Gefahr besteht, dass sich bei Eintritt eines Krisenfalls eine Systemgefährdung nicht mehr wirksam beseitigen lässt. Danach wäre allein eine abstrakte Systemgefährdung ausreichend. Angesichts dieser invasiven Maßnahmen muss weitere Voraussetzung sein, dass diese nur verlangt werden können, wenn konkrete Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass andernfalls mit „ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit“ eine Systemgefährdung zu erwarten ist.

d) Abwicklungsplan auf das gebotene Maß reduzieren und konkretisieren (§ 47f KWG-E)

Die nach § 47f Abs. 5 Nr. 3 lit. f) KWG-E geforderten „Angaben zu allen Finanzmarktinfrastrukturen“ sollte auch angesichts der hiermit verbundenen Mitwirkungspflicht der Institute auf die wesentlichen Finanzmarktinfrastrukturen beschränkt werden. Entsprechend sollte auch bei § 47f Abs. 4 Nr. 11 KWG-E nur eine detaillierte Beschreibung der wesentlichen Abwicklungsszenarien gefordert werden.

In § 47f Abs. 4 Nr. 5 Satz 2 KWG-E wird der unbestimmte Begriff der „pauschalen Insolvenzquote“ eingeführt. Offen bleibt, wie diese Quote genau festgestellt werden soll und ob hierbei beispielweise die Insolvenzquoten vergangener Bankinsolvenzen als Maßstab herangezogen werden soll. Da die Festsetzung der pauschalen Insolvenzquote die Verluste der Gläubiger bestimmen soll, bedarf es einer genaueren gesetzlichen Bestimmung des Verfahrens.

e) Mitwirkungs- und Delegationspflichten zu weitgehend (§ 47h KWG-E)

Die Regelung, wonach der BaFin unverzüglich alle benötigten Informationen für die Abwicklungsplanung zur Verfügung zu stellen sind, ist zu weitgehend. Die Generierung der Information durch das betroffene Kreditinstitut oder die Finanzgruppe ist mit großem Aufwand verbunden und kann zu erheblichen finanziellen Belastungen führen. Hier ist eine tatbestandliche Eingrenzung erforderlich. Zudem muss in der geplanten Informationsverordnung eine verhältnismäßige Konkretisierung der Informationspflichten vorgenommen werden. Auch die Pflicht zur „unverzöglichen“ Bereitstellung, kann in der Praxis nicht erfüllt

werden. Die betreffenden Informationen müssen erfahrungsgemäß in den Häusern erst bei verschiedenen Stellen beschafft und für das Analyseziel aufbereitet werden, um eine hinreichende Vollständigkeit und Qualität sicherzustellen. Zudem ist keine akute Schieflage vorhanden, die eine derartige Eile rechtfertigen würde.

Nicht hinnehmbar ist auch die ebenfalls vorgesehene Möglichkeit, faktisch unbegrenzt Gutachten etc. auf Kosten der Kreditinstitute durch diese anfordern zu lassen. Die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit ist originäre Aufgabe der zuständigen Behörde. Dies sieht auch der Vorschlag für eine RRD so vor.

Soweit der BaFin die Möglichkeit eröffnet wird, nach freiem Ermessen die Erstellung von Teilen des Abwicklungsplans auf die Institute zu verlagern, gehen wir davon aus, dass dies grundsätzlich dann nicht der Fall ist, wenn für nicht potentiell systemgefährdende Institute pauschalierende Betrachtungen vorgenommen werden.

3. Vertraulichkeit der Sanierungs- und Abwicklungsplanung (§ 47i KWG-E)

a) Sanierungsplanung der vorgesehenen besonderen Vertraulichkeitsregelung unterstellen (§ 47i Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 KWG-E)

Zu begrüßen ist, dass nach § 47i Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 KWG-E alle Informationen im Zusammenhang mit der Abwicklungsplanung einer besonderen Vertraulichkeitsregelung unterstellt werden sollen. Allerdings sollte die vorgesehene Vertraulichkeitsregelung nicht nur Informationen zur Abwicklungsplanung sondern auch zur Sanierungsplanung erfassen. Bereits letztere enthält sensible Informationen, die als personenbezogene Daten sowie als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Schutz genießen. Schließlich sollten auch Bundesbank, FMSA und die weiteren in § 47i Abs. 3 KWG-E genannten Stellen in die Vertraulichkeitsverpflichtung einbezogen werden.

b) Kreditinstitute und Finanzgruppen zur vertraulichen Behandlung der Sanierungsplanung verpflichten

Ferner sollten auch Kreditinstitute und Finanzgruppen zur vertraulichen Behandlung ihrer Sanierungsplanung und – sofern bekannt – der Abwicklungsplanung verpflichtet werden. Deren Inhalte sind nicht für die Öffentlichkeit geeignet – es gilt insbesondere die Gefahr von negativen Marktreaktionen auszuschließen. So könnte beispielsweise ein aus strategischen Gründen erfolgter Beteiligungsverkauf als Anzeichen für die wirtschaftliche Schieflage eines Instituts missinterpretiert werden, wenn ein solcher Verkauf auch als Handlungsoption im Sanierungsplan des betreffenden Instituts vorgesehen ist. Vor diesem Hintergrund würde eine gesetzliche Vertraulichkeitspflicht helfen, wenn etwa Ratingagenturen eine Offenlegung verlangen und sie ohne eine entsprechende Verpflichtung aufgrund ihrer Marktmacht auch durchsetzen können. § 47i Abs. 2 Satz 2 KWG-E sollte dahingehend umformuliert werden.

c) Abwicklungsplanung gegenüber den betroffenen Kreditinstituten/Finanzgruppen offenlegen (§ 47i Abs. 1 Satz 2 KWG-E)

Die Regelung in § 47i Abs. 1 Satz 2 KWG-E, nach der die BaFin ihre Abwicklungsplanung auch gegenüber dem betroffenen bzw. übergeordneten Institut in vollem Umfang geheim halten kann, ist weder zweckmäßig noch sachgerecht. Das in der Gesetzesbegründung genannte "Strategieargument" verliert seine Kraft, wenn man bedenkt, dass die Aufsicht wesentliches strategisches Verhalten zum Anlass neuer Sa-

nierungsplanung oder sonstiger Anordnungen nehmen kann. Eine direkte und offene Kommunikation zwischen Aufsicht und Kreditinstituten halten wir auch deshalb für geboten, um sicherzustellen, dass die von den Kreditinstituten im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht erstellten Analysen auch sachgerecht und zielführend in den Sanierungsplan eingehen. Die Offenlegung gebührt den Kreditinstituten aus unserer Sicht schon aus Transparenzgründen wegen der im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht erbrachten Leistungen. Wir regen daher an, Abwicklungspläne den Kreditinstituten gegenüber grundsätzlich offen zu legen und nur in begründeten Einzelfällen von einer Offenlegung abzusehen.

d) *Verhältnis der Sanierungsplanung zu Publizitätspflichten klären*

Zu begrüßen ist, dass durch § 47i Abs. 2 Satz 2 KWG-E sicher- bzw. klargestellt werden soll, dass die einem Institut bekannte Einschätzungen der BaFin bzgl. der Abwicklungsplanung keine Publizitätspflichten auslöst. Wie bereits ausgeführt, wirft insbesondere das Auslösen eines („Sanierungs-) Indicators“ die Frage auf, ob diese Vorstufe auf dem Weg in eine (mögliche) Krise eine publizitätspflichtige Information darstellt. Offen ist auch, ob in diesen Fällen berechnete Interessen des Emittenten das Interesse der Kapitalmarktteilnehmer überwiegen und er von der Ad-hoc-Publizitätspflicht befreit sein würde. Viele Details der Publizitätspflicht im Vorfeld einer (möglichen) Krise sind rechtlich umstritten. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte daher auch für diesen Bereich eine vergleichbare Regelung getroffen werden.

4. Rechtsschutz (§ 47j KWG-E)

Die Beschränkung der Rechtsmittel ohne vorhergehendes Widerspruchsverfahren betreffend die Anordnung zur Erstellung von Sanierungsplänen (§ 47a Abs. 3 KWG-E) und die Anordnung zur Beseitigung von Abwicklungshindernissen (§ 47e KWG-E) widerspricht rechtsstaatlichen Grundsätzen und ist daher nicht sachgerecht. Grundsätzlich sollten alle Maßnahmen der Behörde im Zusammenhang mit der Sanierungs- und Abwicklungsplanung vor Beschreiten des Rechtswegs bereits im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens überprüfbar sein. Im Übrigen sollte klargestellt werden, dass alle anderen Maßnahmen im Bereich der Sanierungs- und Abwicklungsplanung unverändert nach den allgemeinen Grundsätzen überprüfbar sind.

5. Einlagensicherungssysteme

Der Abwicklungsplan sollte nicht, wie es § 47f Abs. 6 Satz 1 KWG-E vorsieht, nur der Deutschen Bundesbank und der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung, sondern auch der gemäß § 7 EAEG beliehene Entschädigungseinrichtung, in der das Institut gesetzliches Pflichtmitglied ist, zur Stellungnahme vorgelegt werden. Die Entschädigungseinrichtungen müssen über den in den Abwicklungsplänen vorgesehen Umgang mit dem Einlagengeschäft informiert sein, um ihre Systeme und ihre Liquiditätssteuerung auf einen möglichen Entschädigungsfall frühzeitig einzurichten. Zudem sollten ihre institutsspezifischen Erkenntnisse durch die nach § 9 EAEG durchgeführten Einlagensicherungsprüfungen genutzt werden. Sie sollten daher auch wie die FMSA durch die BaFin über den jeweils aktuellen Stand der Abwicklungsplanung informiert werden (§ 47c Abs. 3 KWG-E) und bei der Erstellung von Gruppenabwicklungsplänen nach § 47g KWG-E eingebunden sein. Zudem sollten ihre institutsspezifischen Erkenntnisse durch die nach § 9 EAEG durchgeführten Einlagensicherungsprüfungen genutzt werden.

Dass eine Einbindung der Entschädigungseinrichtungen notwendig ist, ergibt sich bereits aus mehreren Vorschriften des Regierungsentwurfs: In § 47f Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 KWG-E wird der Schutz der Einlagen als weiteres Abwicklungsziel genannt. Dieses Ziel kann nur unter Einbeziehung der Einlagensicherung wirksam erreicht werden, denn die Pläne enthalten Angaben zum Umgang mit den Kundeneinlagen im Krisenfall. Nach § 47a Abs. 2 Nr. 7 KWG-E können in der Sanierungsplanung Unterstützungsmaßnahmen durch Sicherungssysteme angenommen werden. Diese "Annahme" der Institute sollte durch die Einlagensicherung bestätigt werden, wenn sie Grundlage einer realistischen Planung werden soll. Bei der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit eines Instituts ist nach § 47d Abs. 3 Nr. 11 KWG-E zu prüfen, inwieweit das Institut in der Lage ist, geschützte Einleger und nach dem EAEG gedeckte Einlagen zu ermitteln. Dieser sog. Single Customer View wird von den Entschädigungseinrichtungen vorgegeben und dessen korrekte Umsetzung von ihnen im Rahmen von Prüfungen nach § 9 EAEG überprüft. Die Einlagensicherung muss darüber informiert sein, ob bei einem ihrer Institute das Einlagengeschäft als "wesentliche Geschäftsaktivität" oder als "kritische Geschäftsaktivität" eingeordnet wird, da hiervon die Möglichkeit der Feststellung des Entschädigungsfalls nach dem EAEG abhängt, der die Einlagensicherung zur Auszahlung der geschützten Einlagen verpflichtet.

Im Übrigen sollten entsprechende Informationspflichten seitens der Aufsicht auch greifen, wenn ein institutsbezogenes oder anderes freiwilliges Sicherungssystem in die Abwicklungsplanung der Aufsicht einbezogen wird.

Darüber hinaus verlangen die „Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions“ (Oktober 2011) des Financial Stability Board⁵ als auch die „Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems“ (Juni 2009)⁶ des Baseler Ausschuss und der International Association of Deposit Insurers (IA-DI) eine enge Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure des sog. „financial stability nets“, zu denen auch die Einlagensicherungssysteme gehören (vgl. Key Attributes 2.3.ii, 8.1, 12.1 und Core Principles 6, 15).

⁵ Abrufbar unter http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf.

⁶ Abrufbar unter www.bis.org/publ/bcbs156.pdf.

Zu Artikel 2 – Abschirmung von Risiken

1. Schwellenwerte zur Abtrennung eines Finanzhandelsinstituts (§ 3 Absatz 2 KWG-E)

a) Die Formulierung zu § 3 Absatz 2 Satz 1 KWG-E lässt offen, ob die in Nr. 1 und 2 genannten Schwellenwerte auf Ebene des Konzernabschlusses oder auf Ebene des Einzelabschlusses einzuhalten sind. Sofern der Konzernabschluss und damit die Gruppenebene heranzuziehen wäre, sollte klargestellt werden, dass eine erneute Prüfung auf Einzelebene unterbleiben kann. Es wäre darüber hinaus eine generelle Klarstellung dahingehend begrüßen, ob die in Nr. 1 und 2 genannten Schwellenwerte für solche in einen Konzernabschluss sowohl auf Ebene des Einzelabschlusses als auch auf Ebene des Konzernabschlusses jeweils separat einzuhalten sind. Sollten die Schwellenwerte auch oder ausschließlich auf Ebene des Einzelabschlusses gelten, wäre klarzustellen, dass der HGB-Einzelabschluss maßgeblich ist. In jedem Fall sollten vergleichbare Sachverhalte unabhängig von Rechnungslegungsstandards auch bei der Schwellenwertberechnung gleich behandelt werden.

b) Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 KWG-E sollen die nach Satz 2 „verbotenen“ Geschäfte nicht mehr von einem CRR-Kreditinstitut (CRR-KI) getätigt werden dürfen, wenn bei nach IFRS bilanzierenden Instituten die den Kategorien Held for Trading (HfT) und Available for Sale (AfS) zugeordneten Geschäfte oder bei nach HGB bilanzierenden Instituten die den Kategorien Handelsbestand und Liquiditätsreserve zugeordneten Geschäfte einen von zwei Schwellenwerten überschreiten.

Durch den Einbezug von Vermögenswerten aus der Kategorie Available for Sale bzw. der Liquiditätsreserve wird eine Vielzahl von Geschäften für die Bemessung der Aufgriffsschwelle zugrunde gelegt, die für die vom Gesetzentwurf verfolgte Zielsetzung, risikoreiches Handelsgeschäft abzuspalten, irrelevant sind. Von daher sollte **ausschließlich auf Marktwerte von Handelsbuchgeschäften nach aufsichtlicher Definition**, und nicht nach handelsrechtlichen Maßstäben ermittelte Geschäfte, bei der Ermittlung der Aufgriffsgrenze abgestellt werden. Handelsbuchgeschäfte wären in diesem Fall jene definiert nach **§ 1a KWG**. Im Ergebnis würden die Geschäfte aus der Bemessungsgrundlage genommen, die im Sinne des Gesetzes nicht als verboten eingestuft werden, wie z. B. Vermögenswerte der Liquiditätsreserve. Sollte die aufsichtliche Definition gemäß § 1a KWG zum Tragen kommen, so wäre eine sachgerechte Neukalibrierung der Schwellenwerte ggf. erforderlich. Wir weisen darauf hin, dass die unter c) geforderte Materialitätsschwelle unabhängig von den hier zu Grunde liegenden Schwellenwerten erforderlich ist (s. Ausführungen zu d).

Darüber hinaus erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass die Definitionen nach IFRS für die Kategorie Held for Trading und Available for Sale und nach HGB für die Kategorien Handelsbestand und Liquiditätsreserve nicht deckungsgleich sind. So findet die Kategorie Available for Sale auch Anwendung auf Wertpapiere, die nach HGB dem Anlagebestand zugeordnet werden. Somit werden Bilanzierende nach IFRS benachteiligt, da die Ermittlung des Schwellenwerts nach HGB und IFRS zu einem unterschiedlichen Ergebnis führt und so die Rechnungslegungsnorm über die Anwendung des Gesetzes entscheidet. Somit sollte zur Vereinheitlichung auf die Handelsbuchgeschäfte nach aufsichtlicher Definition abgestellt werden.

c) Grundsätzlich erscheint die Entscheidung über die Notwendigkeit einer Trennung auf Gruppenebene problematisch. Bspw. werden in der Praxis Probleme auftreten, wenn in einer Gruppe die für die Bankentrennung notwendigen Grenzen überschritten werden, die Basis dafür jedoch mehrere Einzelinstitute darstellen, bei denen in einer Einzelbetrachtung nicht alle unter eine Trennung fallen würden.

d) Nach dem Gesetzesvorschlag werden in § 3 Abs. 2 Satz 1 KWG-E die relevanten Schwellenwerte definiert, bei deren Überschreitung bestimmte Geschäfte nicht mehr durchgeführt werden dürfen. Satz 2 definiert dagegen die verbotenen Geschäfte, während Satz 3 die Geschäfte benennt, die nicht verbotenen Geschäfte im Sinne des Satzes 2 sind.

Der so verfolgte Ansatz bedeutet, dass sich die Bemessungsgrundlagen für Schwellenwertüberschreitung und abzutrennende Geschäfte deutlich unterscheiden. Die für die Überschreitung eines der Schwellenwerte einzurechnenden Geschäfte sind deutlich weiter gefasst als die dann von einer Abtrennung betroffenen Geschäfte. Die Abtrennung hat unabhängig davon zu erfolgen, in welchem Umfang als „verboten“ einzustufende bzw. verbotene Geschäfte im Sinne des § 3 Abs. 2 Nummer 2 Satz 2 KWG-E betrieben werden. Unseres Erachtens sollte jedoch ein Gleichlauf der Bemessungsgrundlagen für die Schwellenwertüberschreitung und die abzutrennenden („verbotenen“) Geschäfte gelten, d. h. es sollten im Einklang mit dem Liikanen-Report Positionen, die zu den weiterhin erlaubten, nicht spekulativen Geschäften zählen, bereits nicht in die Bemessungsgrundlage für die Schwellenwertbestimmung fließen.

In der Begründung zu § 3 Abs. 2 KWG-E (S. 45 des Gesetzentwurfs) verweist der Gesetzgeber auf den Liikanen-Report, dessen Intention jedoch terminologisch nicht gefolgt wird. Wollte man den Vorschlägen der Liikanen-Gruppe folgen, müsste sichergestellt werden, dass nur solche Institute aufgespalten werden, deren „verbotene“ Geschäfte im Vergleich zur Bilanzsumme signifikant sind. (Liikanen-Report, Seite 101; Punkt 5.5.1 „Mandatory separation of proprietary trading activities and other significant trading activities“).

Mit dem verfolgten Ansatz des Gesetzentwurfs würde bereits ein einziges verbotenes Geschäft bei Überschreiten der Schwellenwerte zur Gründung eines Finanzhandelsinstituts führen. Dies kann nicht Intention und Zweck des Gesetzes sein. Gemäß den derzeitigen Formulierungen des Satzes 1 würde der Gesetzgeber einerseits negieren, dass der Handelsbestand nach § 340e Abs. 3 HGB wie auch die IAS39-Kategorie „Held for Trading“ sowohl Vermögenswerte als auch Verbindlichkeiten enthalten, die risikokompensierend wirken. Andererseits würde der Gesetzgeber negieren, dass die Liquiditätsreserve nach § 340e Abs.1 Satz 2 HGB wie auch die IAS39-Kategorie „Available for Sale“ Geschäfte enthalten, die sowohl größtenteils langfristig gehalten werden als auch für bankaufsichtliche Zwecke der Liquiditätssteuerung vorgehalten werden müssen (insbesondere im Rahmen der durch Basel III bzw. die CRR neu eingeführte Liquidity Coverage Ratio). Es wäre nicht nachvollziehbar, dass für bankaufsichtliche Zwecke das Vorhalten der Liquidität gefordert wird und genau aus diesem Grund die Trennung des Universalbankgeschäfts erzwungen würde. Unabhängig von ihrer Bilanzierung sollten daher insbesondere für Einhaltung bankaufsichtlicher Liquiditätsanforderungen vorgehaltene Aktiva bereits nicht in die Schwellenwertberechnung einfließen. Gleiches gilt im Übrigen auch für Wertpapiere, die im Rahmen einer Deckungsmasse nach §§ 4, 5 Pfandbriefgesetz gehalten werden. Diese stellen keine Handelsaktivitäten dar und sollten daher – ebenfalls unabhängig von ihrer Bilanzierung – nicht in die Schwellenwertberechnung einfließen.

Diese unserer Ansicht nach nicht intendierte Vorgehensweise hätte erhebliche Konsequenzen auf den Bankenmarkt in Deutschland. Institute, die einen der beiden Schwellenwerte der bilanziellen Kategorien gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 KWG-E überschreiten, müssten zwingend ab dem ersten verbotenen Geschäft abspalten. Alle anderen Institute, die keinen der beiden Schwellenwerte überschreiten, dürften verbotene Geschäfte in weit größerem Ausmaß und ohne Einschränkung in einer Organisationseinheit tätigen.

e) Sollte an diesem Berechnungsansatz festgehalten werden, bedürfte es daher unter den Gesichtspunkten der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit einer noch zu definierenden **Materialitätsschwelle**. Diese bestimmt, dass das Verbot erst greift, wenn die als verboten einzustufenden Geschäfte einen bestimmten Umfang ausmachen. Diese sogenannte Materialitätsschwelle ist im Liikanen-Bericht genannt, fehlt jedoch im Gesetzentwurf. Hierbei sollten bei der Ermittlung der als „verboten“ eingestufteten Geschäfte, die zulässigen Geschäfte im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 3 KWG-E außer Betracht bleiben. Die Materialitätsschwelle sollte im Sinne des Vorschlags der Liikanen-Gruppe so festgelegt werden, dass eine Abspaltung von verbotenen Geschäften nur erfolgt, wenn deren Umfang in Relation zum übrigen Geschäft des Einlagenkreditinstituts bzw. der Gruppe signifikant ist.

f) Ferner sollte angesichts des mit einem Verbot verbundenen erheblichen Eingriffs in grundrechtlich geschützte Positionen nicht bereits das einmalige Überschreiten des absoluten oder des relativen Schwellenwerts eine Einstellung oder Abtrennung der als „verboten“ erachteten Geschäfte zur Folge haben. Die Überschreitung kann auch auf externen Faktoren beruhen. Um kurzfristige Schwankungen der zu bemessenden Werte mit entsprechend ungewünschten Konsequenzen zu vermeiden, sollte in Anlehnung an bestehende HGB-Vorschriften (z. B. § 293 HGB) nicht nur auf einen einzelnen Stichtag, sondern auf drei Stichtage abgestellt werden. Eine Abtrennung risikoreicher Geschäfte wäre nur dann vorzunehmen, wenn ein Institut **an drei aufeinanderfolgenden Abschlussstichtagen** die relevanten Schwellen überschreitet.

g) Des Weiteren wäre vor der Aussprache der besonders einschneidenden Maßnahme eines Verbots unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit dem Institut eine **Abhilfemöglichkeit** einzuräumen (siehe hierzu unsere Anmerkung unter Ziffer A. 4).

h) Schließlich ist im Gegensatz zur Regelung nach § 3 Abs. 3 Satz 2 KWG-E für § 3 Abs. 2 Satz 1 KWG-E keine **Übergangsfrist** vorgesehen. Nach dem 1. Juli 2015 müsste daher ein Institut, das am 31.12. eines Jahres den absoluten oder relativen Schwellenwert überschreitet, einen Tag später die Geschäfte nach § 3 Abs. 2 Satz 2 KWG-E in ein Finanzhandelsinstitut auslagern oder einstellen. Eine solche Regelung ohne jegliche Übergangsfrist ist nicht umsetzbar und auch nicht antizipierbar, da von einem Institut die Höhe der für den Schwellenwert relevanten Aktiva nur begrenzt gesteuert werden kann.

2. Abgrenzung verbotener Geschäfte im Einzelnen

Wir beziehen uns auf die in der Gesetzesbegründung zu Nr. 2, S. 59 1.a erfolgten Ausführungen hinsichtlich der Erlaubnis von Geschäften im Kundenauftrag und deren Absicherung, wenn keine anderen Risiken verbleiben als das Adressenausfallrisiko des Kontrahenten und der jeweiligen Gegenpartei. Zum Nachweis der Risikoabsicherung sollte es möglich sein, unabhängig von den Regelungen der maßgeblichen Rechnungslegungsvorschriften, interne Geschäfte mit einzubeziehen, soweit sie die Anforderungen nach Art. 101 CRR erfüllen.

Nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 KWG-E sind verbotene Geschäfte „Kredit- und Garantiegeschäfte“ mit bestimmten Kontrahenten. Für die Frage, was unter „Kredit- und Garantiegeschäft“ i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 Nr. 2 KWG-E zu verstehen ist, ist auf die Begriffsbestimmungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG (Kreditgeschäft) und § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 KWG (Garantiegeschäft) zurückzugreifen. Diese Begriffsbestimmungen sind im Kontext des § 3 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 KWG-E relevant (s. für die Maßgeblichkeit des § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG für die Begriffsbestimmungen von Kreditgeschäft i. S. d. § 3 Nr. 3 KWG Schäfer in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., § 3 Rdn. 20). Denn in § 3 KWG geht es vom

Regelungsgehalt her um die Frage, welche Geschäftsaktivitäten verboten sein sollen. Daher ist aus systematischer Sicht ein Rückgriff auf die Begriffsbestimmungen des § 1 Abs. 1 KWG notwendig und sachgerecht. Dies wird auch durch die Gesetzesbegründung auf S. 45 unten gestützt. Kreditgeschäfte i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 Nr. 2 KWG sind daher nur solche Geschäfte, bei denen es sich um die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten handelt. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte – auch von dem Hintergrund der Strafbewehrung des Verbotstatbestandes (§ 54 KWG) – gesetzlich klargestellt werden, dass Sachdarlehen wie Wertpapierdarlehen sowie Wertpapierpensionsgeschäfte nicht dem Verbotstatbestand des § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KWG unterfallen.

Ferner darf nicht übersehen werden, dass es sich bei Krediten, die mit werthaltigen Sicherheiten unterlegt sind, nicht um „potentiell gefährliche“ Geschäfte im Sinne des Gesetzentwurfs handelt. So liegt beispielsweise bei Wertpapierpensionsgeschäften, die in der Regel besichert sind, das Ausfallrisiko im Collateral und nicht bei der Gegenpartei. Ein pauschales Verbot dieser Geschäfte in § 3 Abs. 2 Satz 2 KWG-E mit einzelnen Kundengruppen wäre daher unverhältnismäßig. Eine solche Regelung würde auch die Kapitalzufuhr für deutsche Unternehmen z. B. durch privates bzw. institutionelles Beteiligungskapital negativ beeinflussen. Sie stünde darüber hinaus im Widerspruch zur Gesetzgebung in anderen EU-Ländern und zu den Vorschlägen zur Regulierung des Schattenbankensektors. Das Verbot der Geschäfte nach § 3 Abs. 2 Satz 2 KWG-E sollte daher **auf unbesicherte Kredite beschränkt** werden.

Darüber hinaus sollten bestimmte Geldmarktinstrumente wie Repo- und Wertpapierleihgeschäfte, die für einen besicherten Liquiditätskreislauf notwendig sind, generell nicht in den Kreis der verbotenen Geschäfte einbezogen werden. Wir sehen ein großes Risiko für die Stabilität des Finanzsektors und die Versorgung der Realwirtschaft mit Liquidität, wenn der Liquiditätskreislauf dadurch erschwert würde, dass Teile des Liquiditätstransfers zwischen Banken, auch wenn die entsprechenden Geschäfte nicht mit direktem Kundenbezug getätigt wurden oder nicht der eigenen Liquiditätsversorgung im engeren Sinne dienen, in Finanzhandelsinstitute ausgelagert werden müssten.

Sonst bestünde die Gefahr, dass der Interbankengeldmarkt sich stark konzentrieren würde, da nicht jedes Kreditinstitut eigens hierfür ein Finanzhandelsinstitut gründen können wird. Eine weitere – ungewünschte – Konsequenz wäre die noch stärkere Konzentration der Liquiditätsbeschaffung auf die Zentralbanken. In Konsequenz bestünde die Gefahr, dass die bei einer weiteren Krise eintretenden Folgen gravierender wären als die in der Vergangenheit bekannten. Im Ergebnis würde auch die Liquiditätsversorgung der Realwirtschaft unsicherer, unflexibler und teurer. Im Zuge der Finanzmarktkrise wurden unbesicherte Geldmarktinstrumente mehr und mehr durch besicherte Formen des Liquiditätstransfers zwischen Banken, nämlich Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen, abgelöst. Dies hat die Sicherheit und Stabilität des Marktes deutlich erhöht. Zudem führt - wie bereits dargelegt - die am Markt etablierte Absicherungspraxis (tägliche Sicherheitenberechnung, Übersicherung, zentrales Clearing) dazu, dass Risiken aus diesen Transaktionen sehr gering sind.

3. Definition von Kunden

Für das Tatbestandsmerkmal „Dienstleistung für andere“ gibt es derzeit keine Legaldefinition, es wird lediglich in einem Merkblatt der BaFin „Hinweise zu den Tatbeständen des Eigenhandels und des Eigengeschäfts“ definiert [vgl. Abschnitt 1.c) Unterabschnitt cc)]: „... Den Eigenhändler zeichnet eine besondere Beziehung zum Kunden aus, dem er unabhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Geschäfts –i. d. R. Kaufvertrag – als Dienstleister gegenübertritt. Charakteristisch ist regelmäßig ein Ungleichgewicht zwischen Eigenhändler und Kunden, das sich dadurch auszeichnet, dass der Eigenhändler den besseren Zugang zu dem Markt hat, auf dem er agiert, um sich für das Geschäft mit dem Kunden einzudecken oder die aus dem Kundengeschäft resultierende offene Position zu schließen oder dem Kunden überhaupt erst den Zugang zu dem Markt zu verschaffen, der diesem ansonsten verschlossen bliebe.“

Nach dieser Definition wären unter anderem auch bestimmte Banken, Sparkassen oder andere institutionelle Marktteilnehmer, wie zum Beispiel Versicherungen oder KAGs, potenzielle Kunden, soweit das CRR-KI in deren Auftrag handelt und einen besseren Marktzugang hat.

Im Sinne einer gewissen Rechtssicherheit für die betroffenen CRR-KI könnte es sinnvoll sein, die o. g. Definition in das vorliegende Gesetz zu übernehmen.

4. Anwendungsbereich nicht verbotener Geschäfte nach Überschreiten der Schwellenwerte (§ 3 Abs. 2 Satz 3 KWG-E)

Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 KWG-E soll CRR-Kreditinstituten und Unternehmen, die einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe, einer gemischten Finanzholding-Gruppe oder einem Finanzkonglomerat angehören, der oder dem ein CRR-Kreditinstitut angehört, das Betreiben der in Satz 2 genannten Geschäfte verboten sein, wenn das betreffende CRR-Kreditinstitut oder die betreffende Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, gemischte Finanzholding-Gruppe oder das Finanzkonglomerat eines der dort genannten Schwellenwerte überschreitet. Damit auch nach einem Überschreiten eines der in § 3 Abs. 2 Satz 1 KWG-E genannten Schwellenwertes weiterhin Geschäfte möglich sind, die zur Absicherung von Geschäften mit Kunden getätigt werden, die der Zins-, Währungs- und Liquiditätssteuerung dienen, sollen nach § 3 Abs. 2 Satz 3 KWG-E diese Geschäfte vom Verbot nach § 3 Abs. 2 Satz 2 KWG-E ausgenommen werden. Allerdings bezieht sich diese Ausnahme nur auf Kreditinstitute und Institutsgruppen und nicht auf **Finanzholding-Gruppen und gemischte Finanzholding-Gruppen**. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, die ebenfalls der Aufsicht unterliegenden Finanzholding-Gruppen oder gemischten Finanzholding-Gruppen anders zu behandeln als Institutsgruppen. Es dürfte sich insofern wohl um ein Redaktionsversehen handeln. In Satz 3 sollten daher nach dem Wort „Institutsgruppe“, die Wörter „der Finanzholding-Gruppe oder der gemischten Finanzholding-Gruppe“ eingefügt werden.

5. Refinanzierungsmöglichkeit des Finanzhandelsinstituts

Gemäß Artikel 4 Nr. 1 der CRR ist ein "Kreditinstitut" ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren. Da zukünftig Institute, die Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums entgegen nehmen, ab Überschreiten einer bestimmten Grenze die „verbotenen“ Geschäfte nicht mehr betreiben dürfen und diese in ein Finanzhandelsinstitut ausgegliedert werden müssen, stellt sich die Frage, welche Refinanzierungsmöglichkeiten dem Finanzhandelsinstitut bleiben. Finanzhandelsinstitute müssten sich demnach in jedem Fall über Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder, die nicht vom Publikum entgegengenommen werden, refinanzieren. Für den Begriff „Publikum“ gibt es derzeit keine Legaldefinition, er wird lediglich in einem Merkblatt der BaFin vom August 2011 ausgelegt: „Nach ständiger Verwaltungspraxis fallen Gelder von „institutionellen Anlegern“, namentlich von Kreditinstituten, die über eine für das Inland gültige Erlaubnis zum Betreiben des Kreditgeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG verfügen, Kapitalanlagegesellschaften sowie im Inland lizenzierte Versicherungsunternehmen nicht unter den Begriff des „Publikums“. Das Gleiche gilt für Unternehmensbeteiligungsgesellschaften im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 6 KWG. Wer unbedingt rückzahlbare Gelder von solchen Unternehmungen entgegen nimmt, betreibt nicht das Einlagengeschäft.“

Demnach müssten in jedem Fall Gelder, die über Tages- und Termingelder sowie Schuldscheindarlehen und Namensschuldverschreibungen von diesen Unternehmen entgegen genommen werden, als Refinanzierung herangezogen werden können. Darüber hinaus sollte es dem Finanzhandelsinstitut möglich sein, Inhaber- und Orderschuldverschreibungen auszugeben. Aus unserer Sicht besteht kein Grund dafür, dies einem Finanzhandelsinstitut zu verbieten, da klar gestellt ist, dass die Holding keine Haftung für diese Wertpapiere übernimmt, also insofern für einen potenziellen Investor die Risikosituation des Emittenten transparent ist und da Inhaber- und Orderschuldverschreibungen nicht über eine Einlagensicherung abgesichert sind.

In diesem Zusammenhang sollte auch klar gestellt werden, dass Einlagen von Sondervermögen nach dem InvG/KAGB denen von KAGen gleich gestellt sind, da diese ebenfalls wie institutionelle Anleger zu sehen sind. Sondervermögen sind rechtlich nicht selbständig und werden durch die KAG vertreten.

6. Erlaubte Geschäfte, die nicht der kurzfristigen Gewinnerzielungsabsicht dienen

Solche Geschäfte umfassen unter anderem auch Wertpapierpositionen, die nicht dem Anlagebuch zugeordnet sind. Neben dem Zweck der Liquiditätssteuerung werden Anleihen, die dem Anlagebuch zugeordnet sind, auch als Kreditsatzgeschäft gehalten oder zur mittelfristigen Anlage. Auch wenn solche Positionen nicht der Liquiditätssteuerung dienen, sollten sie dennoch erlaubt sein, da hier eine längerfristige Investition beabsichtigt ist. Im Übrigen sollten auch Kreditderivate, die zur Absicherung von Wertpapieren oder Krediten abgeschlossen wurden, die nicht der kurzfristigen Gewinnerzielungsabsicht dienen, erlaubt sein.

Der Kreis der nach § 3 Abs. 2 Satz 3 KWG-E zur Risikosteuerung des Instituts oder der Gruppe zulässigen Geschäfte sollte alle Geschäfte zur Risikosteuerung und -minderung erfassen. Insbesondere sollten Geschäfte zur Kreditrisikosteuerung zum Kreis der zulässigen Geschäfte zählen. Diese sind notwendig, um den Bestimmungen der CRD IV bzw. CRR gerecht zu werden. So lässt die CRR zur Absicherung des Kontorahentenrisikos im Rahmen der so genannten CVA-Charge lediglich Credit Default Swaps auf Einzeladressen oder Indizes vor. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, wenn Institute nicht mehr in der Lage wären,

ihre Kreditportfolien im Sinne der CRD IV bzw. der CRR abzusichern. Auch erscheint es widersinnig, ein wichtiges Absicherungsinstrument auszuschließen, dass ein verantwortungsvoller Risikomanager ansonsten gemäß der ihm obliegenden und zudem nach dem Entwurf künftig (strafbewehrten) Pflicht einsetzen würde.

7. Ermächtigung zum Verbot von Market-Making-Tätigkeiten und sonstigen Geschäften mit Finanzinstrumenten (3 Abs. 3 KWG-E)

a) Die vorgesehene Ermächtigung zum Verbot von Market-Making-Tätigkeiten und sonstigen Geschäften mit Finanzinstrumenten stößt auf grundsätzliche Vorbehalte: Die „besondere Risikointensität“ der vom Verbot nach § 3 Abs. 3 Satz 1 KWG-E erfassten Geschäfte, insbesondere von Market-Making-Tätigkeiten, wurde bislang nicht belegt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Institut insbesondere in den von ihr emittierten Produkten (z. B. eigene Aktie oder Schuldverschreibungen) auch einen Markt macht und dies auch erwartet wird. Diese Geschäfte sollten dann auch nicht im Gegenzug auf Anordnung der BaFin beendet oder in ein Finanzhandelsinstitut übertragen werden müssen.

Darüber hinaus sollte aus unserer Sicht eine solche Ermächtigung zum Verbot von Market-Making-Tätigkeiten nicht der BaFin, sondern dem Bundesministerium der Finanzen (BMF) erteilt werden. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in dem französischen Vorschlag zur „Trennbankenthematik“. Dort ist das Wirtschaftsministerium befugt, Anordnungen zu erteilen. Das BMF als den Aufsichtsbehörden übergeordnete Rechts- und Fachaufsicht ist aufgrund dieser Funktion und ihrer Einbindung in die politischen Willensbildungsprozessen sowie der "direkteren" demokratischen Legitimation besser geeignet, auf Hinweise oder Empfehlungen (z. B. des ESRB, der EZB sowie der BaFin) angemessen zu reagieren. Gleichzeitig können auf diese Weise mögliche Friktionen bei Etablierung der europäischen Bankenaufsicht durch die EZB abgefedert werden.

b) Mit § 3 Abs. 3 KWG-E sollen der Aufsicht weitgehende Eingriffsbefugnisse in die unternehmerische Freiheit eröffnet werden, ohne dass es einer konkreten Gefährdungssituation bedarf. Voraussetzung für die Aussprache eines Verbots soll nach § 3 Abs. 3 Satz 1 KWG-E allein die – auch in der Entwurfsbegründung nicht näher konkretisierte – „Besorgnis“ der Aufsicht sein, dass Market-Making-Tätigkeiten oder sonstige vergleichbare „risikointensive“ Geschäfte die Solvenz des Instituts zu gefährden drohen. Hinzu tritt die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und die Aufzählung von Regelbeispielen („sonstigen Geschäftsvolumen“, „Risikostruktur des CRR-Kreditinstituts“, „wenn zu besorgen ist, dass diese Geschäfte die Solvenz des CRR-Kreditinstituts zu gefährden drohen“), die dazu führt, dass die Betroffenen die Rechtslage nicht eindeutig erfassen und ihr Verhalten auch nicht danach ausrichten können. Aus rechtsstaatlichen Gründen, namentlich der betroffenen Grundrechte der Berufsausübungsfreiheit und des Eigentumsgrundrechts, sollten die auch im Vergleich zu anderen aufsichtlichen Eingriffsbefugnissen derzeit konturlosen Voraussetzungen, unter denen die Aufsicht ein Verbot aussprechen kann, namentlich die Eingriffsschwelle, konkretisiert werden. Eine solche einschneidende Maßnahme sollte – wie auch bei einer aufsichtlichen Beseitigung von Abwicklungshindernissen vorgesehen (§ 47 e Abs. 2 KWG-E) – insbesondere voraussetzen, dass die Gefahr besteht, dass sich bei Eintritt eines Krisenfalls eine Systemgefährdung nicht mehr wirksam vermeiden lässt. Dies würde die gebotene weitgehende gerichtliche Überprüfung einer Verbotsentscheidung ermöglichen.

c) Ferner sollte auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vor der Aussprache der besonders einschneidenden Maßnahme eines Verbots eine Abhilfemöglichkeit für das Institut zur Ausräumung der „Besorgnis“ der Aufsicht vorgesehen werden, insbesondere in Form der Reduktion des Umfangs der von

der Aufsicht als kritisch bewerteten Market-Making-Tätigkeiten oder sonstigen vergleichbaren „risikointensiven“ Geschäften. Erst wenn die aufsichtliche „Besorgnis“ nicht innerhalb einer von der Aufsicht zu bestimmenden angemessenen Frist vom Institut ausgeräumt wird, sollte als ultima ratio ein Verbot ausgesprochen werden können. Vergleichbares sieht der Gesetzentwurf bei den Eingriffsbefugnissen im Rahmen der Sanierungs- und Abwicklungsplanung vor (§§ 47b Abs. 4 Satz 3, 47e Abs. 2 Satz 1, 47e Abs. 4 Satz 2 KWG-E).

d) Offen bleibt unter anderem, in welchem Verhältnis die Befugnis des § 3 Abs. 3 KWG-E zu den bereits bestehenden präventiven Befugnissen der Aufsicht nach § 45 Abs. 1 KWG zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität steht. Diese eröffnen der Aufsicht u. a. bereits die Möglichkeit, die Entwicklung eines Konzeptes zur Abwendung einer möglichen Gefahrenlage im Sinne des § 35 Absatz 2 Nr. 4 KWG (u. a. im Hinblick auf die Solvenz des Instituts) einzufordern, die Prüfung von Maßnahmen zur besseren Abschirmung oder Reduzierung der vom Institut als wesentlich identifizierten Risiken und damit verbundener Risikokonzentrationen anzuordnen, wobei auch Konzepte für den Ausstieg aus einzelnen Geschäftsbereichen oder die Abtrennung von Instituts- oder Gruppenteilen erwogen werden sollten. Hinzu treten die der Aufsicht im Rahmen der Sanierungs- und Abwicklungsplanung zukommenden Eingriffsbefugnisse, die ihr unter anderem bereits ermöglichen, eine Verringerung des Risikoprofils des Instituts (§ 47b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KWG-E) oder Änderungen an rechtlichen oder operativen Strukturen des Instituts oder der Gruppe (§ 47e Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 KWG-E) anzuordnen.

8. Besondere Anforderungen (§ 25f KWG-E)

a) Nach § 25f Abs. 1 KWG-E soll künftig ein Finanzhandelsinstitut sämtliche „verbotene“ Geschäfte ausüben können. Der Gesetzentwurf lässt offen, wie eine Übertragung des verbotenen (Bestands)Geschäfts vom Verbotsadressaten auf das Finanzhandelsinstitut (rechtssicher) erfolgen soll. So könnten aus Anlass der Übertragung Schuldverhältnisse gekündigt werden. Entsprechende Kündigungs- und Lösungsrechte sind gerade im internationalen Rechtsverkehr und hier insbesondere bei Finanzierungs- und Derivatgeschäften üblich. Auf eine Regelung nach dem Vorbild des § 13 KredReorgG oder des § 48g Abs. 7 KWG, die dem (begrenzt) entgegenwirken würde, wurde verzichtet. Der französische Gesetzentwurf „séparation des activités utiles au financement de l'économie des activités spéculatives“ sieht hingegen eine besondere Übertragungsvorschrift mit gesetzlich angeordneter partieller Universalsukzession der auf das Finanzhandelsinstitut zu übertragenden Aktiva und Passiva vor; Kündigungsrechte werden insoweit ausgeschlossen. Um entsprechende Regelungen sollte (§ 25f KWG-E) ergänzt werden.

Ferner sollte sowohl im Interesse der Rechts- und Planungssicherheit der Institute als auch ihrer Vertragspartner für das Bestandsgeschäft eine so genannte Grandfathering-Regel mit aufgenommen werden.

Des Weiteren sollte nicht übersehen werden, dass das auf ein Finanzhandelsinstitut zu übertragende Geschäft auch in unterschiedlichen Einheiten einer Gruppe (Niederlassungen und Töchter im In- und Ausland) gebucht sein kann. Vor diesem Hintergrund kann sich eine Übertragung von Bestandspositionen aus den diversen Einheiten, die unterschiedlichen Jurisdiktionen unterliegen, in ein Finanzhandelsinstitut als schwierig oder gar undurchführbar erweisen sowie wirtschaftlich nicht sinnvoll sein, da dieser Vorgang mit ökonomisch nachteiligen Folgen (z. B. Besteuerung) behaftet wäre (siehe hierzu auch unsere Anmerkungen in Ziffer 12). Angesichts dessen wären alternative Risikoübertragungen (z. B. Barunterbeteiligungen, Garantien etc.) vorzusehen.

b) Bei der nach § 25f Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 KWG-E angestrebten wirtschaftlichen Eigenständigkeit des Finanzhandelsinstituts sollte berücksichtigt werden, dass im Falle einer umwandlungsrechtlichen Übertragung des verbotenen Bestandsgeschäfts auf ein Finanzhandelsinstitut das übertragene Institut zeitlich befristet mithaftet. Da dies der Zielsetzung des Gesetzes zuwiderliefe, sollte die Nachhaftung nach dem Vorbild des § 8a Abs. 8 Nr. 5 FMStFG in diesem Fall ausgeschlossen werden. Ferner steht die postulierte wirtschaftliche Eigenständigkeit des Finanzhandelsinstituts im Widerspruch zu dem erklärten Ziel der Europäischen Kommission, geltende nationale rechtliche Beschränkungen für die gegenseitige, im Vorfeld vereinbarte finanzielle Unterstützung von Unternehmen einer Gruppe, die in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, zu überwinden. Entsprechende Regelungen sieht der von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Krisenmanagement-Richtlinie in den Artikeln 17 bis 23 vor, der derzeit im Rat und im Europäischen Parlament beraten wird.

c) Mit § 25f Abs. 5 KWG-E sollen besondere Aufsichtspflichten unter anderem für das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan des Einlagenkreditinstituts bezüglich des Finanzhandelsinstituts begründet werden, ohne dass aus dem Gesetzeswortlaut klar wird, in welcher Verbindung diese Institute zueinander stehen müssen. Wie sich diese Überwachungspflichten des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans des Einlagenkreditinstituts mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten etwa von Vorständen einer Aktiengesellschaft in Einklang bringen lassen, etwa in Bezug auf deren Weisungsunabhängigkeit und Vertraulichkeitspflichten, bleibt offen. Ein Verweis auf § 10b Abs. 12 Satz 2 KWG (nach dem CRD IV-Umsetzungsgesetz künftig § 10a Abs. 8 Satz 2 KWG), wonach das übergeordnete Institut auf nachgeordnete Unternehmen nur insoweit einwirken darf, als dem „das allgemein geltende Gesellschaftsrecht nicht entgegensteht“, fehlt. Ferner lässt der Gesetzentwurf offen, wie sich diese Pflicht in die Systematik des Konzernrechts einfügt. Aus der Überwachungspflicht mögen sich Maßnahmen ergeben, die zu einer faktischen Beherrschung führen mit der Folge der Pflicht zum Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG. Auch dies dürfte im Konflikt zu der nach § 25f Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 KWG-E angestrebten Absicherung des Einlagenkreditinstituts stehen.

9. Sofortige Vollziehbarkeit (§ 49 KWG-E)

Sachlich nicht gerechtfertigt ist der vorgesehene Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen ein von der Aufsicht ausgesprochenes Verbot von Market-Making-Tätigkeiten oder sonstiger vergleichbarer „risikointensiver“ Geschäfte. So ist eine Ausgliederung von „verbotenen“ Geschäften zeit- und kostenaufwändig. Auch bei Einräumung einer angemessenen Frist zur Übertragung dieser Geschäfte auf ein Finanzhandelsinstitut (§ 3 Abs. 3 Satz 2 KWG-E) wird ein Institut in der Regel hiermit unverzüglich beginnen müssen. Ein Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs wird ein Institut daher nicht abwarten können. Auch im Hinblick darauf, dass es sich bei dem Verbot um eine aufsichtliche „Vorfeldmaßnahme“ handelt, die an keine konkrete Gefährdungslage anknüpft, sollte der Rechtsschutz nicht eingeschränkt werden. Der Aufsicht bliebe es jedoch unbenommen, bei Vorlage besonderer Umstände die sofortige Vollziehbarkeit des Verbots anzuordnen (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO).

10. Verbotene Geschäfte (§ 54 KWG-E)

Mit § 3 Abs. 2 KWG-E wird ein Verbotstatbestand geschaffen, der nach § 54 Abs. 1 Nr. 1 KWG strafbewehrt sein wird. Zum einen erscheint es bereits zweifelhaft, ob es angesichts der umfangreichen bankaufsichtlichen Sachverhaltsermittlungskompetenzen und Eingriffsbefugnisse zusätzlich einer Strafbewehrung bedarf. Zum anderen wird mit § 3 Abs. 2 KWG-E ein nicht zweifelsfrei bestimmbarer Verbotstatbestand geschaffen, der kaum im Einklang mit dem im Strafrecht zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot stehen dürfte.

11. Übergangsvorschrift (§ 64q KWG-E)

Nach § 64q Abs. 3 KWG-E muss die Errichtung eines Finanzhandelsinstituts und die Einhaltung der Anforderungen des zugrundeliegenden Gesetzes durch das Finanzhandelsinstitut bis spätestens zum 1. Juli 2014 erfolgen. Diese Regelung sollte kritisch hinterfragt werden, da nach § 64q Abs. 2 Satz 1 KWG-E die Risikoanalyse durch betroffene Institute erst zum 1. Juli 2014 durchgeführt werden muss. Das zeitliche Aufeinandertreffen erscheint nicht sachgerecht, da zwei aufeinanderfolgende Ablaufschritte parallel geschaltet werden. Ferner müsste für die Pflicht zur Errichtung eines Finanzhandelsinstituts (§ 64q Abs. 3 KWG-E) und dem Verbot bestimmter Geschäfte (§ 64q Abs. 4 KWG-E) ein Gleichlauf hergestellt werden. So wäre z. B. die vorgezogene Unternehmenserrichtung überflüssig, wenn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Geschäftsverboten der diesbezüglich relevante Bestand abgebaut wäre.

Müssen verbotene Geschäfte auf ein Finanzhandelsinstitut bilanziell übertragen werden, so hat dies grundsätzlich nach den einschlägigen Normen der Bilanzierung (HGB / IFRS) zu erfolgen: dies kann entweder der beizulegende Zeitwert oder der Fair Value sein. Somit werden ggf. bei Übertragung von Vermögenswerten Bewertungsgewinne und -verluste realisiert; diese gehen somit nicht in das Finanzhandelsinstitut über und verbleiben im abgebenden Institut. Dies kann nicht Intention des Gesetzentwurfs sein.

12. Noch zu ergänzende steuerliche Regelungen

Die Abtrennung bestimmter Handelsaktivitäten wie in Artikel 2 des Gesetzentwurfs vorgesehen, führt zu folgenden steuerlichen Folgewirkungen:

a). Die Übertragung des „verbotenen“ Handelsgeschäfts auf eine eigenständige rechtliche Einheit ist steuerlich gesehen grundsätzlich ein Veräußerungsvorgang, der zu Aufdeckung und Besteuerung stiller Reserven im In- und Ausland führt. Dies kann im Inland nur dann anders behandelt werden, wenn der zu übertragende Bereich steuerlich als Teilbetrieb qualifiziert. Die Anforderungen an einen solchen Teilbetrieb wurden in der Vergangenheit verschärft und sind nicht ohne weiteres zu erfüllen. Im Ausland fehlt eine vergleichbare Regelung zumeist völlig. Bei einer Zwangsabspaltung sollte das Vorliegen eines Teilbetriebes daher per Gesetz angenommen werden.

b) Darüber hinaus kann die Übertragung des Handelsgeschäfts Umsatzsteuer auslösen. Sie fällt nur dann nicht an, wenn der Vorgang insgesamt als nicht steuerbarer Geschäftsübergang im Ganzen (§ 1 Abs. 1a UStG) eingeordnet werden kann oder die hiervon im Einzelnen erfassten Umsätze nicht nach § 4 Nr. 8 UStG steuerfrei sind. Eine Zwangsabspaltung sollte daher per Gesetz als eine Geschäftsveräußerung im Ganzen bestimmt werden.

c) Da die durch den Übergang des Handelsgeschäftes neu entstehende rechtliche Einheit voraussichtlich keinen Beherrschungs- und/oder Ergebnisabführungsvertrag abschließen darf, kann sie nicht zu einem ertragsteuerlichen Organkreis gehören, so dass eine Gewinnübernahme bzw. ein Verlustausgleich nicht erfolgen kann. Fraglich ist weiterhin, ob die Merkmale einer umsatzsteuerlichen Organschaft (vorrangig die organisatorische Eingliederung) erfüllt werden können.

d) Wird im Inland eine Teilbetriebsübertragung als Abspaltung nach § 15 Abs. 1 des Umwandlungssteuergesetzes vorgenommen, so gehen verrechenbare Verluste, verbleibende Verlustvorträge, nicht ausgeglichene negative Einkünfte, Zinsvorträge nach § 4h Absatz 1 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes nicht auf die übernehmende Körperschaft über. Ebenso wie bei der fehlenden Möglichkeit der Organschaftsbildung besteht hier die Gefahr einer unzureichenden steuerlichen Kompensation.

e) Das Grunderwerbsteuergesetz enthält in § 6a eine Steuervergünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern. Die Vergünstigung gilt nach dem Gesetz bei mindestens fünfjähriger Beteiligungsdauer. Entsteht durch den Umwandlungsvorgang erst ein Verbund, soll die Privilegierung nach Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder 19.6.2012, z. B. FinMin Baden-Württemberg, 3 - S 4514/27, BStBl 2012, S. 662) mangels Beteiligung eines abhängigen Unternehmens am Umwandlungsvorgang nicht anwendbar sein. Demnach wird Grundwerbsteuer ausgelöst, sofern Grundstücke zum abspaltenden Teil gehören. Bei einer zwangsweisen Abspaltung muss die Steuervergünstigung jedoch ebenfalls anwendbar sein.

Diese negativen steuerlichen Effekte stellen sich als Folgewirkungen des gesetzgeberischen Willens dar. Da es bei der Trennung um eine aufsichtsrechtlich erzwungene Maßnahme handelt, die nicht aus der freien Gestaltungsabsicht der Eigentümer resultiert, ist es folgerichtig, die steuerliche Neutralität der Maßnahmen sowohl in ertragsteuerlicher, grunderwerbsteuerlicher als auch umsatzsteuerlicher Hinsicht sicherzustellen und abweichend von der allgemeinen steuerlichen Behandlung eigenständig zu regeln.

Zu Artikel 3 – Strafbarkeit von Geschäftsleitern im Risikomanagement

1. Keine hinreichende Bestimmtheit des Straftatbestandes

Auf grundsätzliche Vorbehalte stößt die vorgesehene Strafbarkeit im Risikomanagement. Problematisch erscheint hier insbesondere die hinreichende Bestimmtheit des Straftatbestandes.

a) So ist bereits der vom Straftatbestand in Bezug genommene Katalog der neuen Geschäftsleiterpflichten in § 25c Abs. 3a, 3b S. 2 KWG-E zu unscharf und dürfte sich kaum mit dem im Strafrecht zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbaren lassen. Hiernach soll – so das Bundesverfassungsgericht⁷ – jedermann vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Ein Geschäftsleiter muss daher zu jeder Zeit erkennen können, ob der Pflichtenkatalog erfüllt ist. Der Katalog enthält jedoch eine Vielzahl unbestimmter, wertungsoffener Rechtsbegriffe (z. B. „angemessen“, „nachhaltig“, „wesentlich“), nicht zuletzt weil die konkreten Anforderungen an das Risikomanagement von Institut zu Institut unterschiedlich sind. Diese Vorgehensweise ist der Prinzipienorientierung der MaRisk geschuldet und dort auch probat. Im Strafrecht bedarf es dagegen klarer und eindeutiger Vorgaben, damit der Normadressat die Voraussetzungen der Strafbarkeit erkennen kann. Zwar schließt die Auslegungsbedürftigkeit eines Straftatbestands nicht zwingend dessen Bestimmtheit aus, weshalb der Gesetzgeber auch unbestimmte Rechtsbegriffe für eine Strafvorschrift verwenden kann. Allerdings setzt dies voraus, dass mit Hilfe anerkannter Auslegungsmethoden und/oder einer gefestigten Rechtsprechung eine hinreichende Voraussehbarkeit des strafbaren Verhaltens gegeben ist.

b) Das ist im vorliegenden Gesetzentwurf indes nicht der Fall, auch wenn der Gesetzgeber – um dem den MaRisk zugrunde liegenden Proportionalitätsgedanken zu entsprechen – in der Gesetzesbegründung betont, dass „die Sicherstellungspflichten der Geschäftsleiter institutsbezogen auszulegen sind“ (Begründung zu § 25c Abs. 3a KWG-E, S. 63). Denn selbst bei Berücksichtigung des Proportionalitätsprinzips kann der Straftatbestand nicht dahingehend konkretisiert werden, dass für den einzelnen Geschäftsleiter erkennbar ist, welche Anforderungen an das Risikomanagement gestellt werden. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, da die gebotene Berücksichtigung des Proportionalitätsgrundsatzes eine Identifikation des verbotenen Verhaltens mangels hierzu vorliegender gefestigter Rechtsprechung nochmals erschwert.

c) Zweifelhaft erscheint ferner die im Straftatbestand vorgenommene Anknüpfung an die Definition der Bestandsgefährdung in § 48b Abs. 1 KWG (bzw. § 48o KWG), da das Vorliegen der dort aufgeführten Kriterien keine Bestandsgefährdung belegt, sondern nur zu einer Vermutung der Gefährdung führt. Dies dürfte nur schwer mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot in Einklang zu bringen sein; dies gilt insbesondere für den mit hypothetischen Annahmen operierenden Auffangtatbestand des § 48b Abs. 1 Nr. 4 KWG. Zudem lässt der Gesetzentwurf offen, ob in einem Strafprozess ein Geschäftsleiter diese Vermutung widerlegen müsste und wie dies mit dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu vereinbaren wäre.

⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1988 (2 BvR 1154/86), NSTZ 1989, 229.

2. Notwendigkeit eines „safe harbour“

a) Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass aus dem Eintritt einer Bestandsgefährdung des Instituts per se geschlossen wird, dass wesentliche Risikomanagementpflichten nicht erfüllt wurden und damit eine strafbewehrte Pflichtverletzung vorliegt. So wird ein Geschäftsleiter die Nachhaltigkeit oder Konsistenz einer Strategie zum Zeitpunkt des Erstellens nach bestem Wissen und Gewissen sowie unter Beachtung der seinerzeit anerkannten Auslegung der Risikomanagementpflichten anfertigen. Im Falle einer Bestandsgefährdung wird die Beurteilung der Anforderungskriterien jedoch differenziert ausfallen. Gleiches gilt für die Beurteilung von Notfallkonzepten. Erst in einem sich realisierenden Notfall wird sich die Angemessenheit des Konzepts beweisen. Hinzu tritt: Die Umsetzung der MaRisk und damit die Auslegung der Regelungen unterliegen einem ständigen Dialog von Institut, Aufsicht und Wirtschaftsprüfern. Selbst im Falle einer vollen Erfüllung der aufsichtrechtlichen Anforderungen wäre keineswegs sichergestellt, dass ein Dritter – insbesondere ein Gericht – in der Retrospektive ebenso zu der Überzeugung gelangt, dass die Angemessenheit des Risikomanagements gewährleistet war. Von daher sollte wenigstens ein so genannter „safe harbour“ existieren, durch den gewährleistet wird, dass die Sicherstellungspflichten nicht verletzt wurden.

b) Für die Schaffung eines „safe harbour“ spricht zudem, dass andernfalls zu befürchten ist, dass sich die Aufsicht künftig schon aus Eigeninteresse mit Beratung oder einer informellen Abstimmung von Risikomanagementprozessen eher zurückhalten wird. Denn auch Mitarbeiter der Bankenaufsicht laufen dann Gefahr, bei vorsätzlicher Beihilfe zu inadäquaten Organisationsmaßnahmen strafrechtlich belangt zu werden. Betrachtet man die schon heute stark ausgeprägte Sorge der Bankenaufsicht vor Haftungsrisiken, ist zu besorgen, dass die Befürchtung, einer strafbaren Vernachlässigung von Organisations- und Risikomanagementpflichten durch Rat, Erörterung oder Abstimmung Vorschub zu leisten, zu einem noch defensiveren Agieren der Aufsicht führt. Dies dürfte das Verhältnis zwischen Institut und Aufsicht belasten und die Effektivität und Qualität der Aufsicht nachhaltig beschädigen.

c) Auch könnte ohne einen solchen „safe harbour“ der bislang vertrauliche und vertrauensvolle Austausch von Instituten und Aufsicht leiden, wenn Geschäftsleiter zukünftig befürchten müssen, bei Diskussion schwieriger Wertungsfragen der Bankorganisation oder des Risikomanagements eine Aktenlage zu schaffen, die zu einem späteren Zeitpunkt gegen sie verwandt werden können. Mithin würden Aufsichtsgespräche weitaus defensiver geführt werden. Sich abzeichnende Unternehmenskrisen, die sich unterhalb der Meldeschwellen bewegen, werden möglicherweise nicht mehr frühzeitig mit der Aufsicht erörtert. Dadurch kann auch die Effektivität und Qualität der Aufsicht Schaden nehmen.

3. Ungerechtfertigte Einschränkung der Organisationsfreiheit

a) Durch die Regelung des § 25c Abs. 3a und Abs. 3b S. 2 KWG-E, wonach jeder Geschäftsleiter die Einhaltung der Pflichten sicherzustellen hat, wird die Organisationsfreiheit der Institute eingeschränkt. Die Norm läuft dem bisherigen Verständnis des § 25a KWG entgegen, wonach in der Geschäftsleitung (ungeachtet von deren Gesamtverantwortung) Ressortzuständigkeiten geschaffen werden können, die zu abgestuften Sorgfaltspflichten führen (siehe hierzu etwa Braun/Wolfgarten, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., § 25a Rdnr. 68 sowie Langen, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, § 25a Rdnr. 26). Nach der Neuregelung wären alle Geschäftsleiter in vollem Umfang und gleichermaßen für die Einhaltung der Anforderungen an das Risikomanagement verantwortlich. Das bisher bestehende Verständnis, dass ein Chief Risk Officer (CRO) die Primärzuständigkeit erhält und die anderen Geschäftsleiter insoweit Überwachungspflichten haben, würde nicht mehr gelten. Angesichts der vorgesehenen Sanktionierung von Verstößen insbesondere nach § 54a KWG-E wirft dies die Frage auf, ob Geschäftsleiter ihren geschäftspolitischen Hauptaufgaben künftig noch in ausreichendem zeitlichem Maß nachkommen können. Zudem werden Anpassungen im Risikomanagement deutlich mehr Zeit kosten, wenn alle Geschäftsleiter im selben Maße verantwortlich sind und im Detail an Veränderungen mitwirken (müssen). Effizienzvorteile aus der Übertragung der Aufgaben auf den spezialisierten CRO gehen verloren.

b) In personeller Hinsicht besteht die Gefahr, dass die Leitung eines Instituts sich künftig vornehmlich aus Geschäftsleitern mit einem Risikomanagement-Hintergrund zusammensetzt. Weiteren für ein Institut essenziellen Qualifikationen käme eine geringere Bedeutung zu, und der notwendige Diversifikationsgrad in der Geschäftsleitung könnte abnehmen. Eine mangelnde Transparenz über die Folgen des eigenen Handelns könnte die Risikoaversion bei Geschäftsleitern in einem für die Volkswirtschaft schädlichen Maße verschärfen. Nicht eindeutig kalkulierbare Geschäfte würden dann im Zweifel unterlassen – auch zum Nachteil der hiesigen Wirtschaft. Die mögliche Strafbarkeit könnte auch insoweit eine abschreckende Wirkung entfalten, als es weitaus schwieriger wird, qualifiziertes Personal in hinreichendem Maße zu rekrutieren.

c) Unklar ist darüber hinaus, wie sich die undifferenzierte Verantwortung aller Geschäftsleiter für das Risikomanagement mit der vorgeschriebenen Funktionstrennung vereinbaren lässt. So kann ein für Markt oder Handel zuständiger Geschäftsleiter schlecht die Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagements sicherstellen, wenn er durch die Funktionstrennung u. a. von der Entwicklung und Qualität der Kreditbearbeitung, der Kreditbearbeitungskontrolle, der Intensivbetreuung, der Problemerkreditbearbeitung, der Risikoklassifizierungsverfahren und der Risikovorsorge abgeschnitten ist. Schon aus Gründen des Eigenschutzes würde sich beispielsweise ein Marktvorstand in die Aktivitäten der Marktfolge involvieren müssen. Interessenkonflikten kann damit nicht wirksam vorgebeugt werden.

d) Vor diesem Hintergrund sollte in § 25c Abs. 3a und 3b KWG-E zumindest auf jene Tatbestände verzichtet werden, die entweder den Kernbereich der unternehmerischen Freiheit berühren oder nicht zu den für die Abwehr von Bestandsrisiken typischerweise relevanten Organisationspflichten, d. h. den eigentlichen Risikomanagementpflichten, zählen. Hierzu gehören insbesondere die geforderte nachhaltige Entwicklung einer Geschäftsstrategie, aufbau- und ablauforganisatorische Vorgaben (wie die Definition der Verantwortlichkeiten und Kommunikationswege sowie Sicherstellung, dass keine unvereinbaren Tätigkeiten ausgeübt werden), bestimmte Berichtspflichten an die Geschäftsleitung und das Aufsichtsorgan sowie die geforderte angemessene personelle und technisch-organisatorische Ausstattung.

4. Gefahren durch die Überführung der Risikomanagementpflichten in das KWG

a) Mit der Überführung der Vorgaben der MaRisk in das KWG wird den wesentlichen Vorgaben der MaRisk Gesetzescharakter eingeräumt und hiermit weiter von einer dynamischen Ausgestaltung der Säule II Abstand genommen. So müssen bestimmte Detailänderungen in den Mindestanforderungen zukünftig nicht nur im Rundschreiben, sondern gleichzeitig im KWG nachgezogen werden. Die Reaktionszeit auf sich ändernde Umweltbedingungen erhöht sich damit deutlich. Gleiches gilt, wenn die EZB zukünftig als europäische Aufsichtsbehörde eigene Erwartungen an die Ausgestaltung des Risikomanagements formuliert oder die EBA einheitliche Standards für Säule II erlässt. Die europäischen Anforderungen müssten nicht zwangsläufig mit den MaRisk übereinstimmen, so dass sich hierdurch Anpassungsbedarf an den MaRisk und gleichzeitig im KWG ergäbe. Anderenfalls würden die Sicherstellungspflichten diesen Vorgaben entgegenstehen.

b) Zudem steht zu befürchten, dass sich durch die Überführung der MaRisk in das KWG nun zwei respektive drei Regelungsbereiche von allenfalls schwer voneinander abgrenzbaren Risikomanagementpflichten (§ 25a Abs. 1 KWG-E, § 25c Abs. 3a, 3b KWG-E und MaRisk) herausbilden, die parallel zu erfüllen sind. Wenngleich die Anforderungen weitestgehend identisch scheinen, so könnten aus den Abweichungen der Sicherstellungspflichten in § 25c KWG-E im Vergleich zu den MaRisk neue und strengere Anforderungen resultieren, beispielsweise bei der Dokumentation, den Berichtspflichten, der Qualifizierung wesentlicher Risiken, der Berücksichtigung von Risikokonzentrationen oder im Strategieprozess. Des Weiteren sind die Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsorgan sowie die Vorgaben zur Berücksichtigung von Risikokonzentrationen restriktiver als in den MaRisk gefasst. Es spricht daher unseres Erachtens viel dafür, die Vorschriften zum Risikomanagement nicht über verschiedene Vorschriften im KWG zu verteilen, sondern diese an einer Stelle zu bündeln.

5. Keine Gleichstellung von Geschäftsleitern von übergeordneten Unternehmen mit jenen von Einzelunternehmen

a) Dass Geschäftsleiter von übergeordneten Unternehmen den gleichen Anforderungen wie Geschäftsleiter von Einzelunternehmen unterliegen sollen, geht über die bisherigen Anforderungen auf Gruppenebene nach den MaRisk hinaus. Hier sind die Anforderungen an die Ausgestaltung des Risikomanagements auf Gruppenebene aus gutem Grund eher allgemein gehalten und berücksichtigen explizit das Proportionalitätsprinzip sowie gesellschaftsrechtliche Restriktionen. Die Anforderungen auf Gruppenebene würden durch die im Vergleich zu den MaRisk sehr detaillierten Vorgaben in § 25c KWG-E verschärft.

b) Ferner ist insbesondere der Anwendungsbereich des § 25c Abs. 3b KWG-E zu weit gefasst: Die Sicherstellungspflichten der Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens der Gruppe können sich nur auf solche Unternehmen beziehen, auf die tatsächlich ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann und für die wirksame Informations- und Durchgriffsrechte bestehen. Zwar sieht § 25c Abs. 3b Satz 1 KWG-E bereits eine Einschränkung auf das übergeordnete Mutterunternehmen vor, das beherrschenden Einfluss im Sinne des § 290 Abs. 2 HGB über andere Unternehmen der Gruppe ausübt, ohne dass es auf die Rechtsform der Muttergesellschaft ankommt. Allerdings fingiert § 290 Abs. 2 HGB – unabhängig von einer tatsächlichen Beherrschung oder Beherrschungsmöglichkeit – stets eine Beherrschung, wenn mindestens einer der in § 290 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 HGB genannten Tatbestände vorliegt. So besteht z. B. nach § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB stets ein beherrschender Einfluss eines Mutterunternehmens, wenn ihm bei einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht. Eine Widerlegungsmöglichkeit der Beherrschung sieht § 290 Abs. 2 HGB nicht vor. Dies bedeutet, dass die Geschäftsleiter eines

übergeordneten Mutterunternehmens nach § 25c Abs. 3b Satz 1 KWG-E zum Beispiel für die Einhaltung der Sicherstellungspflichten verantwortlich wären, wenn dem übergeordneten Mutterunternehmen lediglich 51% der Stimmrechte zustehen, auch wenn sie aufgrund der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder satzungrechtlicher Bestimmungen des nachgeordneten Unternehmens nicht in der Lage sind, einen beherrschenden Einfluss auszuüben. Der Verweis auf § 290 Abs. 2 HGB geht damit zu weit und sollte deshalb entfallen. Sachgerechter erscheint es, bei der Beurteilung eines beherrschenden Einflusses stattdessen auf die Grundsätze des § 17 AktG abzustellen.

c) Die Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens können ihren gruppenbezogenen Sicherstellungspflichten nur insoweit nachkommen, als das allgemein geltende Gesellschaftsrecht oder andere landesrechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Dies gilt insbesondere – aber nicht nur – für Tochterunternehmen in Drittstaaten. Dies sollte entsprechend in § 25c Abs. 3b Satz 2 KWG-E gesetzlich klargestellt werden.

d) § 25c Abs. 3b Satz 1 KWG-E verweist auf § 25c Abs. 3a KWG-E. Dieser Verweis ist entbehrlich und könnte dahingehend missverstanden werden, dass die Geschäftsleiter des übergeordneten Unternehmens neben den in § 25c Abs. 3b Satz 2 KWG-E bestimmten gruppenbezogenen Sicherstellungspflichten auch noch die einzelinstitutsbezogenen Sicherstellungspflichten nach § 25c Abs. 3a KWG-E zu erfüllen haben. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte stattdessen die Gesamtverantwortung der Geschäftsleiter für die ordnungsgemäße Organisation der Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, gemischten Finanzholding-Gruppe oder eines Instituts im Sinne des Art. 20 CRR-E adressiert werden. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinweisen, dass dem KWG „Geschäftsleiter von Institutsgruppen“ (vgl. § 25c Abs. 3b Satz 1 KWG-E) fremd sind. Geschäftsleiter können nur einem einzelnen (ggf. auch übergeordneten) Unternehmen vorstehen.

C. Schlussbemerkungen

Die Inhalte des vorgesehenen Gesetzes stellen einen erheblichen Eingriff in die Bankenstrukturen mit der Folge von Veränderungen dar, die in ihren volkswirtschaftlichen bzw. geldpolitischen Wirkungen nicht hinreichend analysiert worden sind. Schon deswegen sollten aus Sicht der DK die Ergebnisse der auf EU-Ebene laufenden Analysen zu den Auswirkungen eines Trennbankensystems sowie der von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht eingeleiteten Untersuchung abgewartet werden. Es besteht aus Sicht der DK keinerlei Grund, im nationalen Alleingang den EU-Entwicklungen vorzugreifen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die EU-Kommission bereits erklärt hat, nach Vorliegen der Ergebnisse der Analyse eigene Vorschläge zur Umsetzung der Empfehlungen der Liikanen-Kommission vorzustellen.