

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen

Dr. Manfred Heemann

Inhaltsverzeichnis

1. Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen	2
1.1 Kriterien der Abwicklungsfähigkeit.....	2
1.2 Abwicklungsinstrumente.....	3
1.3 Anwendungsbereich der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit	4
1.4 Abwicklungsbefugnisse.....	4
1.5 Abwicklungsziele.....	4
1.6 Mitteilungspflichten.....	5
1.7 Rechtsschutz.....	5
2. Abschirmung von Risiken	5
2.1 Feststellung und Prüfung der Verbotsschwelle	6
2.2 Rechtsfolgen des Verbotes.....	6
2.3 Charakteristika des Finanzhandelsinstitutes.....	9
2.4 Errichtung von Finanzhandelsinstituten durch Institute, die nicht die Schwellenwerte erreichen	10
2.5 Übergangsvorschriften	11
3. Strafbarkeit von Geschäftsleitern im Risikomanagement	11

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen („Gesetzesentwurf“) werden drei Einzelmaßnahmen verwirklicht, die zum Teil wichtige Lehren aus der Finanzmarktkrise umsetzen: (1) die Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, (2) die Abschirmung von Risiken und (3) die Strafbarkeit von Geschäftsleitern im Risikomanagement. Die gesetzgeberischen Maßnahmen fügen sich in die in Deutschland bereits bestehenden Strukturen ein, wie sie im wesentlichen durch das Restrukturierungsgesetz geschaffen wurden und nehmen Entwicklungen vorweg, wie sie auf europäischer Ebene durch den Vorschlag einer Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie vorgezeichnet sind.

In dieser Stellungnahme diskutieren wir einzelne Aspekte des Gesetzentwurfes, die wir für bedeutsam halten, um die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen.

1. Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen

Mit Artikel 1 des Gesetzentwurfes werden Maßnahmen umgesetzt, die in den Grundrissen bereits von den G 20-Staats- und Regierungschefs auf ihrem Gipfel in London im April 2009 vereinbart wurden, um künftig alle systemisch relevanten Finanzinstitute (SIFIs) zu beaufsichtigen und zu regulieren. Auf Basis der G 20-Vereinbarungen wurde vom Financial Stability Board (FSB) ein internationaler Standard für Abwicklungsregime erarbeitet und im Oktober 2011 veröffentlicht, die Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions („Key Attributes“). Anknüpfend an die Key Attributes veröffentlichte die EU-Kommission am 6. Juni 2012 den Vorschlag für eine Richtlinie zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie).

Der Gesetzentwurf sieht in Ergänzung des Restrukturierungsgesetzes in Deutschland in Vorwegnahme der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie die Einführung einer Sanierungs- und Abwicklungsplanung für potentiell systemgefährdende Kreditinstitute sowie eine Bewertung der Abwicklungsfähigkeit für alle Kreditinstitute vor. Damit wird in Deutschland ein zentraler Bereich der Key Attributes und der G 20-Vorgaben umgesetzt, der auf europäischer Ebene noch auf sich warten lässt.

Nachfolgend haben wir einige Aspekte im Zusammenhang mit der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit herausgegriffen, die u.E. im Gesetzentwurf noch berücksichtigt werden sollten.

1.1 Kriterien der Abwicklungsfähigkeit

Bei der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit durch die Bundesanstalt (BaFin) folgt der Gesetzentwurf dem Artikel 13 Abs. 1 der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie. Die Bestimmungen in § 47 d Abs. 2 KWG-E lesen sich jedoch so, als ob es einen signifikanten Unterschied in der Abwicklungsfähigkeit im Rahmen eines Insolvenzverfahrens oder bei Anwendung eines Abwicklungsinstrumentes gäbe. Die nur schwer nachvollziehbare Unterscheidung ist in der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie nicht vorgesehen und sollte redaktionell in Anlehnung an den Vorschlag der Richtlinie korrigiert werden.

Wir regen an, § 47 d Abs. 2 Satz 1 wie folgt zu formulieren:

(2) Ein Kreditinstitut oder eine Finanzgruppe ist als abwicklungsfähig zu betrachten, wenn die Bundesanstalt nach Anhörung der Bundesanstalt für

Finanzmarktstabilisierung zu der Einschätzung kommt, dass das Kreditinstitut oder die Mitglieder der Finanzgruppe, die Kreditinstitute sind, ein reguläres Insolvenzverfahren durchlaufen oder durch Anwendung eines Abwicklungsinstruments so abgewickelt werden kann, dass die in § 47 f Absatz 2 genannten Abwicklungsziele unter Beachtung der in § 47 f Absatz 4 genannten Grundsätze erreicht werden, ohne dass es zu einer Systemgefährdung im Sinne von § 48 b Absatz 2 kommt.

1.2 Abwicklungsinstrumente

Ein wesentlicher Aspekt bei der Beurteilung der Abwicklungsfähigkeit (*resolvability assessment*) ist nach den Key Attributes die Frage, ob die Abwicklungsbehörden über die erforderlichen Befugnisse verfügen (*necessary legal powers*), um die kritischen Funktionen (d.h. systemrelevanten Funktionen) eines Institutes aufrechtzuerhalten (Key Attributes, Annex II, Nr. 1). Die Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie formuliert dementsprechend als allgemeinen Grundsatz, die Abwicklungsbehörden sollten über die erforderlichen Befugnisse verfügen, um die Abwicklungsinstrumente auf ein Institut anzuwenden. Als Abwicklungsinstrumente regelt die Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie:

- (a) das Instrument der Unternehmensveräußerung;
- (b) das Instrument des Brückeninstituts;
- (c) das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten;
- (d) das Instrument des „Bail-in“ (Abschreibungs- und Schuldumwandlungsbefugnisse).

Dieser Katalog entspricht den *resolution powers* gemäß Nr. 3 der Key Attributes.

Das in Deutschland bereits durch das Restrukturierungsgesetz eingeführte Abwicklungsinstrument der Übertragungsanordnung nach §§ 48 a ff. KWG deckt sich nicht in vollem Umfang mit den oben aufgeführten Instrumenten der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie und der Key Attributes. So ist etwa im geltenden deutschen Recht ein Bail-in Instrument nicht vorgesehen. Die Übertragungsanordnung kann von der Bundesanstalt zudem nur ergehen, wenn das Kreditinstitut in seinem Bestand gefährdet ist (Bestandsgefährdung) und es hierdurch die Stabilität des Finanzsystems gefährdet (Systemgefährdung) (§ 48 a Abs. 2 KWG). Die Übertragungsanordnung ist somit als Abwicklungsinstrument nicht für Kreditinstitute nutzbar, die nicht systemrelevant sind. Sofern die Abwicklungsinstrumente bei der Frage der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit eine Rolle spielen, könnte die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit aufgrund der derzeit nach deutschem Recht eingeschränkten Abwicklungsinstrumente tendenziell anders ausfallen als bei Geltung und Umsetzung der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie. Dieses Ergebnis ist aufgrund der zeitlichen Abfolge von deutscher KWG-Änderung und Wirksamkeit und Umsetzung der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie nachvollziehbar, zeigt aber auch, dass die Bewertung der

Abwicklungsfähigkeit als aufsichtsrechtliches Instrument zur Krisenbewältigung in vollem Umfang erst bei einer Umsetzung der europäischen Vorgaben nutzbar wird.

1.3 Anwendungsbereich der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit

Der Gesetzentwurf sieht die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit für sämtliche Kreditinstitute vor. Aufgrund der Bestimmung des Begriffs der Abwicklungsfähigkeit im Hinblick auf die Systemgefährdung wird es in der Praxis ausreichen, wenn die Bundesanstalt zunächst prüft, ob eine Bestandsgefährdung eines Kreditinstituts eine Systemgefährdung auslösen kann (ähnlich wie bei der Bestimmung der potentiell systemgefährdenden Banken). Ist dies nicht der Fall, steht fest, dass das Kreditinstitut ein Insolvenzverfahren durchlaufen oder abgewickelt werden kann, ohne dass es zu einer Systemgefährdung kommt. In der Gesetzesbegründung ist folgerichtig von einer „pauschalierten Betrachtung mittels bestimmter Erheblichkeitsschwellen“ die Rede. Erst in dem Fall, dass die Abwicklung zur Vermeidung oder Beseitigung der Systemgefährdung erforderlich ist, wären die Kriterien nach § 47 d Abs. 3 KWG-E vollumfänglich zu prüfen (siehe auch § 47 d Abs. 3 Satz 1 KWG-E). Der Unterschied der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit aller Kreditinstitute zur Sanierungs- und Abwicklungsplanung für potentiell systemgefährdende Kreditinstitute besteht folglich darin, dass die Bundesanstalt keine förmliche Einstufung als potentiell-systemgefährdend vornehmen muss, die dem Kreditinstitut mitzuteilen ist und somit, wie in der Gesetzesbegründung angedeutet, eine dynamische Vorgehensweise bei der Abwicklungsfähigkeitsprüfung anwenden kann. Insofern dürfte sich der Verwaltungsaufwand für die Bundesanstalt im Rahmen der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit in angemessenen Grenzen halten.

1.4 Abwicklungsbefugnisse

In den §§ 47 d und 47 g KWG-E wird an mehreren Stellen der Begriff „Abwicklungsbefugnisse“ verwandt, ohne dass er, anders als der Begriff des Abwicklungsinstrumentes, definiert wird. Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert, was der Gesetzgeber darunter versteht.

1.5 Abwicklungsziele

Der Gesetzentwurf bestimmt in § 47 f KWG-E als Abwicklungsziel, eine Systemgefährdung zu vermeiden oder deren Beseitigung zu erleichtern. Bei der Auflistung der weiteren Ziele fällt auf, dass abweichend von den Key Attributes (Nr. 2.3 (iii) und der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie (Art. 26 Abs. 2 lit. d) die Vermeidung einer unnötigen Vernichtung von Werten nicht in den Katalog der Ziele aufgenommen wurde. Die Vermeidung einer Vernichtung von Werten ist für sowohl für die Beteiligten als auch für die Allgemeinheit ein wichtiges Ziel der Abwicklung und in dieser allgemeinen Formulierung ebenso praktikabel und justiziabel wie die

anderen Ziele. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher nicht auf diese Zielformulierung verzichten.

Wir regen an, § 47 f Abs. 2 Nr. 3 KWG-E wie folgt zu formulieren:

3. die Vermeidung einer unnötigen Vernichtung von Werten und das Bemühen, die Kosten einer Abwicklung für die Allgemeinheit möglichst gering zu halten, und der Schutz öffentlicher Mittel;

1.6 Mitteilungspflichten

In § 47 h KWG-E wird für Kreditinstitute und Finanzgruppen die Pflicht statuiert, der Bundesanstalt unverzüglich alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie im Rahmen der Abwicklungsplanung benötigt. Diese Formulierung lässt offen, wann und welche Informationen zur Verfügung gestellt werden sollen. Dies sollte spezifiziert werden.

Wir regen an, § 47 h Abs. 1 Satz 1 KWG-E wie folgt umzuformulieren:

(2) Kreditinstitute und Finanzgruppen haben der Bundesanstalt auf deren Anforderung unverzüglich alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die die Bundesanstalt im Rahmen der Abwicklungsplanung benötigt.

1.7 Rechtsschutz

In § 47 j KWG-E scheint es einen nicht korrekten Verweis auf § 47 a Abs. 3 KWG-E zu geben. In § 47 e KWG-E trifft die Bundesanstalt nicht selbst Maßnahmen, sondern kann vom Kreditinstitut (sehr weit reichende) Maßnahmen verlangen. Die Begründung des Wegfalls des Widerspruchsverfahrens mit der besonderen Eilbedürftigkeit stößt sich etwas mit der Erwägung, dass in vielen europäischen Staaten in Umsetzung der Sanierungs- und Abwicklungsrichtlinie derartige Maßnahmen erst ab 2014 bzw. 2015 verlangt werden können.

2. Abschirmung von Risiken

Bei der Abschirmung des Einlagengeschäftes von bestimmten risikointensiven Geschäften abzuschirmen, bitten wir zu berücksichtigen:

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass bestimmte risikointensive Geschäfte für CRR-Kreditinstitute und Unternehmen, die einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe, einer gemischten Finanzholding-Gruppe oder einem Finanzkonglomerat angehören („betroffene Unternehmen“) verboten sind („verbotene Geschäfte“), wenn von dem CRR-Kreditinstitut oder betroffenen Unternehmen bestimmte Bilanzkennzahlen erreicht werden (§ 3 Abs. 2 KWG-E). Die verbotenen Geschäfte

dürfen allerdings bei einem Unternehmen betrieben werden, das wirtschaftlich, organisatorisch und rechtlich eigenständig ist (Finanzhandelsinstitut).

2.1 Feststellung und Prüfung der Verbotsschwelle

Bemerkenswert ist der Unterschied zwischen dem deutschen Gesetzentwurf und dem Schlussbericht der Hochrangigen Expertengruppe für Strukturreformen im EU-Bankensektor vom 2. Oktober 2012 („Liikanen-Report“) bei der Entscheidung darüber, wann bestimmte Geschäfte verboten sind. Nach dem Liikanen-Report soll die Feststellung der Abtrennungspflicht zweistufig erfolgen: in der ersten Stufe sei zu untersuchen, ob bestimmte Schwellenwerte erreicht werden, in der zweiten Stufe sollen die Aufsichtsbehörden anhand des Anteils der abtrennungspflichtigen Vermögenswerte an den Gesamtvermögenswerten bestimmen, ob eine Trennung vollzogen werden muss. Diese Schwelle sei von der EU-Kommission zu kalibrieren.

Die zweite Stufe der Prüfung fehlt im Gesetzentwurf, so dass der deutsche Gesetzgeber auf einen Vergleich der Bilanzschwellenwerte mit dem Umfang der abzutrennenden Geschäfte verzichten würde. Dies kann dazu führen, dass bei Erreichen der Bilanzschwellenwerte auch ein geringer Bestand an verbotenen Geschäften einzustellen oder zu übertragen wäre. Angesichts des mit der Errichtung und dem Betrieb eines Finanzhandelsinstituts verbundenen Aufwandes kann das Fehlen der zweiten Stufe bewirken, dass betroffene Kreditinstitute verbotene Geschäfte eher einstellen als auf ein Finanzhandelsinstitut übertragen.

Die vorgesehene einstufige Prüfung hat den Vorteil der Rechtsklarheit für die betroffenen Banken, die Relevanz dieses Vorteils sollte aber im Rahmen einer Auswirkungsanalyse hinsichtlich der Kosten und Nutzen abgesichert werden, damit dargelegt ist, dass auch ein einstufiges Verfahren dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügt.

2.2 Rechtsfolgen des Verbotes

Nicht ausdrücklich wird im Gesetzentwurf die Folge des Verbotes geregelt. Konzeptionell gibt es zwei Möglichkeiten: (1) die Einstellung der Geschäfte oder (2) die Übertragung der Geschäfte auf ein eigenständiges Institut.

Mit den Regelungen in Sec. 619 des Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act („Dodd-Frank-Act“) ist der Gesetzgeber in den USA dem Weg des Verbotes gefolgt. In den USA sind ab einem noch festzulegenden Zeitpunkt bestimmte Geschäfte (*proprietary trading* und Beteiligungen an Hedgefonds sowie Private Equity Fonds) für Banken (*banking entities*) untersagt. Im Liikanen-Report wurde dagegen ein etwas anderer Ansatz gewählt. Dort heißt es, die betreffende Tätigkeit sei auf ein rechtlich eigenständiges Handelsinstitut zu übertragen, sobald die Bank bestimmte Schwellenwerte erreicht (siehe oben). Das rechtlich getrennte Einlageninstitut und das rechtlich getrennte Handelsinstitut sollen innerhalb einer

Bankholding-Struktur operieren können. Das Einlageninstitut müsse in ausreichendem Maße von den Risiken des Handelsinstituts abgeschottet sein.

Die Dualität von Geschäftseinstellung und Übertragung wird im Gesetzentwurf in § 3 Absatz 3 KWG-E angesprochen, in dem geregelt wird, die Bundesanstalt (BaFin) könne bestimmte Geschäfte dem CRR-Kreditinstitut bzw. betroffenen Unternehmen *verbieten und anordnen, die Geschäfte einzustellen oder auf ein Finanzhandelsinstitut zu übertragen*.

2.2.1 Einstellung der verbotenen Geschäfte

Eine Einstellung der verbotenen Geschäfte kann durch Beendigung der den Geschäften zugrundeliegenden Verträge oder Veräußerung der Finanzinstrumente erfolgen. Eine vorzeitige Beendigung von Verträgen setzt voraus, dass sie nach den jeweils zugrundeliegenden vertraglichen Regelungen zulässig ist. In vielen Fällen wird es möglich sein, die Geschäfte bis zum 1. Juli 2015 auslaufen zu lassen und durch Neugeschäft auf der Ebene des Finanzhandelsinstitutes zu ersetzen.

Bei Krediten kommt eine mit der Wirksamkeit des Verbotes (d.h. ab dem 1. Juli 2015) fällige vorzeitige Rückzahlung in Betracht. Bestehende längerfristige (d.h. über den 1. Juli 2015 hinausgehende) Haftungen im Rahmen des Garantiegeschäftes können vom Garantiegeber oder Bürgen allerdings nicht einseitig beendet werden. Hier kann es im Einzelfall zu einem Konflikt zwischen dem gesetzlichen Verbot und den vertraglichen Verpflichtungen des CRR-Instituts bzw. betroffenen Unternehmens kommen, so dass insoweit nur die Übertragung auf ein Finanzhandelsinstitut in Betracht käme. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es aufgrund des damit verbundenen Aufwandes nicht für jedes von dem Verbot betroffene CRR-Kreditinstitut oder Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll ist, ein Finanzhandelsinstitut zu errichten.

2.2.2 Übertragung der verbotenen Geschäfte auf das Finanzhandelsinstitut im Wege der Einzelübertragung

Eine Übertragung durch Veräußerung oder gesellschaftsrechtliche Einlage in das Finanzhandelsinstitut kann im Wege der Einzelrechtsübertragung durchgeführt werden. Viele Finanzinstrumente gewähren Mitgliedschaftsrechte (etwa Aktien) und sind frei übertragbar, andere begründen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (etwa Derivatekontrakte). Soweit Rechte und Pflichten des CRR-Kreditinstituts bzw. des betroffenen Unternehmens übertragen werden sollen, bedarf es im Regelfall der Zustimmung der jeweiligen Vertragspartner (vgl. § 415 BGB, ausländische Rechtsordnungen kennen ähnliche Übertragungsbestimmungen).

Es erscheint angemessen, dass der Gesetzgeber, der den Instituten ein strafbewertes (§§ 54 KWG) Verbot bzw. eine Pflicht zur Geschäftsübertragung

auferlegt, Regelungen schafft, die dieses Verbot bzw. diese Pflicht praktisch durchführbar machen. Dazu gehört der Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit aus Anlass der Übertragung ebenso wie die Zulässigkeit der Übertragung ohne Zustimmung der Vertragspartner. Beispiele für eine ähnliche Vorgehensweise des Gesetzgebers finden sich in der Bestandsübertragung von Versicherungsbeständen (§ 14 VAG) und der Ausgliederung bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems (§§ 48 a ff. KWG).

Problematisch ist die Einzelrechtsübertragung, wenn Geschäfte, die verboten sind und Geschäfte, die nicht verboten sind, unter einem einheitlichen Rahmenvertrag für Zwecke der gegenseitigen Verrechnung (Netting) zusammengefasst sind. Dies gilt etwa für viele Derivatekontrakte. Wurden für die Geschäfte Sicherheiten gestellt, so haben die Vertragspartner ein Interesse daran, dass auch diese Sicherheiten mit übertragen werden. Dieser Interessenlage würde dadurch Rechnung getragen, wenn über einen Verweis auf § 48 g Abs. 7 KWG die Regelungen des § 48 k KWG bei Übertragungsvereinbarungen einzuhalten wären.

2.2.3 Übertragung der verbotenen Geschäfte auf das Finanzhandelsinstitut im Wege der Spaltung

Die Übertragung der Geschäfte kann grundsätzlich anstatt einer Einzelübertragung durch eine Spaltung im Wege der Abspaltung oder Ausgliederung (§ 123 UmwG) erfolgen. Durch eine Ausgliederung überträgt ein Rechtsträger (übertragender Rechtsträger) aus seinem Vermögen einen Teil oder mehrere Teile zur Aufnahme durch Übertragung dieses Teils oder dieser Teile jeweils als Gesamtheit auf einen bestehenden Rechtsträger oder auf einen dadurch gegründeten neuen Rechtsträger (§ 123 Abs. 3 UmwG) gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften dieses Rechtsträgers an den übertragenden Rechtsträger. Die Spaltung (Abspaltung oder Ausgliederung) würde allerdings zu einer fünfjährigen Nachhaftung des Finanzhandelsinstitutes für vor der Wirksamkeit der Spaltung begründete Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers (§ 133 Abs. 1 und 3 UmwG) führen.

Diese Nachhaftung könnte dem Grundsatz der wirtschaftlichen und rechtlichen Eigenständigkeit des Finanzhandelsinstitutes widersprechen (vgl. § 25 f Abs. 1 KWG-E). Da es in bestimmten Fällen ein Bedürfnis für eine Ausgliederung als effektive Form der Übertragung gibt, sollte im Gesetz die Zulässigkeit der Spaltung zum Ausdruck kommen. Es erscheint angemessen, die Frist für die Nachhaftung auf ein Jahr zu verkürzen. Damit sind betroffene Gläubiger nicht schutzlos gestellt und der Zweck des Gesetzes zur Abschirmung von Risiken lässt sich weiterhin erreichen, wenngleich bei manchen Geschäften mit einer um ein Jahr verlängerten Frist.

Wir regen an, § 3 KWG durch Einfügen des folgenden Absatzes zu ergänzen:

„(4) Auf einen Vertrag oder Gesellschafterbeschluss, durch den die den Geschäften im Sinne des § 3 Absatz 2 oder Absatz 3 zugrunde liegenden Rechte und Pflichten auf ein Finanzhandelsinstitut übertragen werden sollen (Geschäftsübertragung), ist § 415 des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht anzuwenden; die Zustimmung der Vertragspartner ist für die Übertragung nicht erforderlich. Die Regelungen des § 48 g Absatz 7 gelten für die Geschäftsübertragung entsprechend. Wird die Übertragung von Geschäften im Sinne des § 3 Absatz 2 und Absatz 3 ganz oder teilweise durch eine Spaltung nach den Regelungen des Umwandlungsgesetzes durchgeführt, gilt § 133 Absatz 3 Satz 1 des Umwandlungsgesetzes mit der Maßgabe, dass sich die dort genannte Frist für die Haftung aus Verbindlichkeiten für Geschäfte im Sinne des § 3 Absatz 2 und Absatz 3 auf einen Zeitraum von einem Jahr nach der Spaltung bemisst.“

Zu wünschen wäre auch, dass der Gesetzgeber Regelungen schafft, die eine steuerneutrale Übertragung der Geschäfte erlauben.

2.3 Charakteristika des Finanzhandelsinstitutes

Die verbotenen Geschäfte dürfen (nur) bei einem Finanzhandelsinstitut betrieben werden, das wirtschaftlich, organisatorisch und rechtlich eigenständig ist. Die unbestimmten Rechtsbegriffe „wirtschaftlich, organisatorisch und rechtlich eigenständig“ sind im Gesetzentwurf nicht weiter erläutert. Gemeint ist nach dem Sinnzusammenhang die wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Eigenständigkeit gegenüber dem CRR-Kreditinstitut oder betroffenen Unternehmen, das die Bilanzkennzahlen gemäß § 3 Abs. 2 KWG-E erreicht. In § 25 f Abs. 2 KWG-E findet sich ferner die Bestimmung, Geschäfte des CRR-Kreditinstituts oder des betroffenen Unternehmens wie Geschäfte mit Dritten zu behandeln.

Das Erfordernis der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Eigenständigkeit wirft eine Reihe von in der Praxis relevanten Fragen für die Ausgestaltung eines Finanzhandelsinstitutes sowie seiner Abläufe und Prozesse auf. Nach der Gesetzesbegründung ist die Nutzung der Infrastruktur und Inanspruchnahme von Dienstleistungen des übergeordneten Unternehmens oder anderer konzernangehöriger Unternehmen möglich, solange daraus für die anderen konzernangehörigen Unternehmen und insbesondere das CRR-Kreditinstitut keine wirtschaftlichen Risiken entstehen. Gemeinsam genutzte Infrastruktur müsse grundsätzlich bei der Mutter oder einem anderen konzernangehörigen Unternehmen angesiedelt sein, die entsprechend der Anforderungen des KWG ausgelagert werden könne.

Grundsätzlich erlaubt sei auch eine Rekapitalisierung des Finanzhandelsinstituts durch Erhöhung des Eigenkapitals, soweit dies das Überleben der Mutter und

anderer Konzernangehöriger nicht gefährde. Aus der Beteiligung an dem Finanzhandelsinstitut dürften keine substantiellen wirtschaftlichen Risiken folgen.

Aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung ergeben u.E. sich somit folgende Grundsätze:

1. Das Finanzhandelsinstitut kann (muss aber nicht) eine Tochtergesellschaft des CRR-Kreditinstituts sein. Das abstrakte Risiko einer evtl. Wertberichtigung der Beteiligung an dem Finanzhandelsinstitut auf der Ebene der Mutter widerspricht nicht dem Prinzip der wirtschaftlichen, rechtlichen und organisatorischen Eigenständigkeit.
2. Das Finanzhandelsinstitut darf die Infrastruktur und Dienstleistungen des CRR-Kreditinstituts nutzen, solange aus der gemeinsamen Nutzung kein operatives oder Reputationsrisiko für das CRR-Kreditinstitut entsteht. Die gemeinsame Nutzung bestimmter Zentralfunktionen wie zum Beispiel bestimmte Back- und Middle-Office-Funktionen, Revision, Risikocontrolling-Funktion, Compliance-Funktion, Recht und Personalbereich steht prinzipiell nicht im Widerspruch zur organisatorischen Eigenständigkeit.
3. Das Finanzhandelsinstitut und das CRR-Kreditinstitut bzw. das betroffene Unternehmen dürfen Geschäfte miteinander abschließen, die dem Drittvergleich standhalten. Daraus entstehende Verlustrisiken widersprechen ebenfalls nicht dem Prinzip der wirtschaftlichen, rechtlichen und organisatorischen Eigenständigkeit bzw. dem Prinzip der eigenständigen Refinanzierung.

2.4 Errichtung von Finanzhandelsinstituten durch Institute, die nicht die Schwellenwerte erreichen

Nach seinem Wortlaut kann § 25 f Abs. 1 KWG-E so verstanden werden, dass ein Finanzhandelsinstitut nur dann errichtet und betrieben werden darf, wenn es Geschäfte betreibt, die (ursprünglich) von einem CRR-Kreditinstitut oder betroffenen Unternehmen betrieben wurden, das die Schwellenwerte gemäß § 3 Abs. 2 KWG-E erreicht hat bzw. verbotene Geschäfte gemäß § 3 Abs. 3 KWG-E betrieben hat. Aus Gründen der Wettbewerbsneutralität sollte es auch Instituten, die die Schwellenwerte nicht erreichen, möglich sein, das Eigengeschäft in ein Finanzhandelsinstitut zu verlagern. Dies kann etwa dazu führen, dass sich die Marktbewertung und Refinanzierung des CRR-Kreditinstitutes verbessert, ohne dass es gezwungen ist, das Eigengeschäft vollständig aufzugeben, um den Effekt einer Abtrennung dieser Risiken zu erreichen.

Wir regen an, § 25 f Abs. 1 KWG-E wie folgt zu ergänzen:

(1) Sämtliche Geschäfte im Sinne des § 3 Absatz 2 und Absatz 3 sind bei einem wirtschaftlich, organisatorisch und rechtlich eigenständigen Unternehmen

(Finanzhandelsinstitut) zu betreiben. CRR-Kreditinstitute oder Unternehmen, die einer Institutsgruppe, einer Finanzholding-Gruppe, einer gemischten Finanzholding-Gruppe oder einem Finanzkonglomerat angehören, der oder dem auch ein CRR-Kreditinstitut angehört, können Geschäfte im Sinne des § 3 Absatz 2 Satz 2 unabhängig davon, ob sie den Wert nach § 3 Absatz Satz 1 überschreiten, auf ein Finanzhandelsinstitut nach den Regelungen dieses Gesetzes übertragen. Für das Finanzhandelsinstitut gelten die zusätzlichen Anforderungen gemäß den Absätzen 2 bis 6 an eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation.

2.5 Übergangsvorschriften

Nach § 64 q Abs. 3 KWG-E muss ein Finanzhandelsinstitut spätestens bis zum 1. Juli 2014 errichtet sein. Diese Vorschrift kann so verstanden werden, dass nach dem 1. Juli 2014 Finanzhandelsinstitute nicht mehr gegründet werden können, selbst wenn CRR-Kreditinstitute oder betroffene Unternehmen - durch Ausweitung des Geschäftsumfanges oder einen Zusammenschluss verschiedener Institute - nach diesem Stichtag die Schwellenwerte nach § 3 Abs. 2 KWG-E erreichen oder von der Bundesanstalt nach diesem Stichtag ein Verbot gemäß § 3 Abs. 3 KWG-E ausgesprochen wird. Eine solche Regelung erscheint nicht sinnvoll. Stattdessen sollte den betroffenen CRR-Kreditinstituten oder Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden, die verbotenen Geschäfte zunächst einzustellen und erst zu einem späteren, frei wählbarem Zeitpunkt bei einem Finanzhandelsinstitut zu betreiben. Ein zwingendes gesetzgeberisches Bedürfnis für die restriktive Regelung des § 64 q Abs. 3 KWG-E ist nicht ersichtlich.

Wir regen an, § 64 q Absatz 3 KWG-E zu streichen.

3. Strafbarkeit von Geschäftsleitern im Risikomanagement

Der Gesetzentwurf soll die Möglichkeit schaffen, die Verantwortlichen zu bestrafen, die im Risikomanagement die Krise des Unternehmens mit verursacht haben. Mit dem neuen § 54 a KWG-E wird „mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft, wer entgegen § 25 c Abs. 3 a oder § 25 c Abs. 3 b S. 2 nicht sicherstellt, dass ein Institut oder eine dort genannte Gruppe über eine dort genannte Strategie, einen dort genannt Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt, und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts oder der Gruppe herbeiführt“.

Für die Strafwürdigkeit sprechen die in der Gesetzesbegründung genannten Gründe. Zu Bedenken ist, dass nach dem aufsichtsrechtlichen Prozess bei Vorliegen von Mängel im Risikomanagement und sonstigen Mängel der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation die Aufsicht eine Vielzahl von Maßnahmen ergreifen kann und muss, um die Mängel zu beseitigen, damit es nicht zu einer Bestandsgefährdung kommt (vgl. § 45 b KWG). Einem förmlichen Einschreiten gehen zumeist Aufsichtsgespräche und anlassbezogene Prüfungen

und Auskunftersuchen der Bundesanstalt voraus. Ziel der Aufsicht ist dabei die Wiederherstellung ordnungsgemäßer Zustände und die Vermeidung des Eintritts schwerer Folgen von organisatorischen Mängeln. Dem Eintritt einer Bestandsgefährdung werden somit in der Regel Maßnahmen der Aufsicht vorausgehen, die sowohl bei der Aufdeckung der Mängel als auch bei der Umsetzung von Anordnungen der Bundesanstalt die Mitwirkung der betroffenen Geschäftsleiter erfordern.

Die Strafbarkeit der Verletzung von Sicherstellungspflichten sollte nicht dazu führen, dass die Aufsicht ihre Ziele nicht oder nur unzureichend erreichen kann. Die Gefahr der Beeinträchtigung der Aufsichtseffizienz durch eine Strafvorschrift besteht dann, wenn die Strafbarkeit dazu führt, dass die Geschäftsleiter, die in vielen Fällen die Hauptinformationsquelle der Aufsicht sind, rechtlich gebotene Anreize haben, bestimmte Tatsachen der Aufsicht nicht mitzuteilen. Aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, sich in einem Strafverfahren selbst zu belasten, ist diese Gefahr der Beeinträchtigung der Aufsichtseffizienz durch den im Gesetzentwurf vorgesehenen § 54 a KWG-E nicht ganz ausgeschlossen. Nach § 44 Abs. 6 KWG kann derjenige, der zur Erteilung einer Auskunft verpflichtet ist, die Antwort auf Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. Dadurch entsteht ein Konflikt zwischen der Erteilung von Auskünften über alle Geschäftsangelegenheiten des Kreditinstituts nach § 44 Abs. 1 S. 1 KWG und dem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 44 Abs. 6 KWG. Aufgrund der Ausgestaltung der neuen Strafvorschrift als Gefährdungsdelikt wird das Auskunftsverweigerungsrecht schon dann einsetzen müssen, wenn aus Sicht des Geschäftsleiters eine Bestandsgefährdung nicht auszuschließen ist. Aufgrund der weiten und offenen Definition der Bestandsgefährdung (vgl. § 48 b Abs. 1 KWG) müsste für Zwecke des Auskunftsverweigerungsrechtes im Zweifel bei gravierenden Mängeln in der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation die Möglichkeit einer Bestandsgefährdung unterstellt werden. Das führt dazu, dass die Mitwirkung der Geschäftsleiter an einer aufsichtlich relevanten Sachverhaltsaufklärung gerade in den schwerwiegenden Fällen einer drohenden Bestandsgefährdung schon im frühen Stadium durch die Frage beeinträchtigt wird, ob den Geschäftsleitern ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht.

Die weite Definition einer Bestandsgefährdung lässt zudem die Frage offen, ab welchem Zeitpunkt ein Kreditinstitut in seinem Bestand gefährdet ist. Der Übergang von strafloser Verletzung der Sicherstellungspflichten ohne Bestandsgefährdung zu strafbarer Verletzung der Sicherstellungspflichten mit Bestandsgefährdung wird für die Beteiligten in der Regel nicht exakt bestimmbar sein. Oftmals wird nur im Rahmen einer ex post Analyse erkennbar sein, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Bestandsgefährdung vorlag. Die Geschäftsleiter haben aufgrund dieser Situation einen gesetzlich legitimierten Anreiz, an der Aufdeckung von Verstößen gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung nicht bzw. nur dann mitzuwirken, wenn eine Bestandsgefährdung

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen

ausscheidet. Dies widerspricht aber der gesetzlichen Intention des aufsichtsrechtlichen Prozesses und droht, die Effizienz der Aufsicht durch die Bundesanstalt zu beeinträchtigen.

Dem kann entgegengewirkt werden, wenn in den Tatbestand des § 54 a KWG-E mit aufgenommen wird, dass eine Strafbarkeit erst dann vorliegt, wenn die Bundesanstalt aufgrund der Verletzung von Sicherstellungspflichten bereits eine Anordnung erlassen oder sonstige Maßnahme nach §§ 25 a, 45 b oder 46 KWG getroffen hat.

Es liegt im Risikobereich der Geschäftsleiter, dass es ihnen nicht gelingt, die Bestandsgefährdung zu vermeiden. Einer Anknüpfung an eine Anordnung oder Aufsichtsmaßnahme könnte entgegenstehen, dass dadurch Fälle, in denen es aufgrund der Schwere der Verletzung der Sicherstellungspflichten zu einer Bestandsgefährdung kommt, bevor die Bundesanstalt eine Anordnung erlassen kann, nicht strafbar sind. Dies werden allerdings ganz seltene Ausnahmefälle sein, die aufgrund des typischen Verfahrensablaufs an der grundsätzlichen Bewertung des strafbaren Verhaltens nichts ändern.

Wir regen an, § 54 a Abs. 1 KWG-E wie folgt zu ergänzen:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 25 c Absatz 3 a oder § 25 c Absatz 3 b Satz 2 sowie einer deswegen nach §§ 25 a, 45 b oder 46 KWG ergangenen vollziehbaren Anordnung der Bundesanstalt nicht sicherstellt, dass ein Institut oder eine dort genannte Gruppe über eine dort genannte Strategie, einen dort genannten Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt, und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts oder der Gruppe herbeiführt.

Eine entsprechende Anpassung sollte auch für § 142 VAG-E erwogen werden.

Eschborn, 18. April 2013

 <p>Ernst & Young Law GmbH Mergenthalerallee 3-5 65760 Eschborn Telefon: (06196) 996 - 0 manfred.heemann@de.ey.com Internet: http://www.de.ey.com</p>	<p>Verfasser: Dr. Manfred Heemann, Rechtsanwalt, Partner</p> <p>Copyright: Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Steuerberatungsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Ernst & Young Law GmbH gestattet. Es wird - auch seitens der jeweiligen Autoren - keine Gewähr und somit auch keine Haftung für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Inhalte und Darstellungen übernommen. Diese Publikation ersetzt keine Rechts-/Steuerberatung.</p>
---	--