

# Nieding + Barth

Rechtsanwaltsaktiengesellschaft

Nieding+Barth An der Dammheide 10 60486 Frankfurt am Main

Vorab per E-Mail:  
[finanzausschuss@bundestag.de](mailto:finanzausschuss@bundestag.de)

Deutscher Bundestag  
Finanzausschuss  
- Der Vorsitzende -  
Herrn Eduard Oswald, MdB  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Frankfurt am Main, den 19.05.2009  
Az.: 00239/09 Ni/sc

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

ich bedanke mich für Ihr Schreiben vom 07.05.2009, hier eingegangen am 08.05.2009, und nehme nachfolgend zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht - Drucksache 16/12783 - gerne wie folgt Stellung:

Die im Kreditwesengesetz und in der Solvabilitätsverordnung sowie der Liquiditätsverordnung geregelten Anforderungen an Institute oder Gruppen sind die zentralen Steuerungs- und Beurteilungsfaktoren zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Geschäftsbetriebes und zur Sicherung der Gläubiger. Nach der bisher geltenden Rechtslage sieht es die Bankenaufsicht regelmäßig als Krisenzeichen an, wenn sich aus den Monatsausweisen nach § 25 KWG ergibt, dass die Eigenmittelanforderungen überschritten werden.

Vorstand: Rechtsanwälte Klaus Nieding, Peter Barth, Andreas M. Lang  
Vorsitzender des Aufsichtsrates: Wirtschaftsprüfer Norbert Schwerber  
Amtsgericht Frankfurt am Main HRB 51960

EINGEGANGEN

27. Mai 2009

Erl. H. H.-R.

Rechtsanwälte

Klaus Nieding  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

Peter Barth

Andreas M. Lang, LL.M.  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

Markus Hoffmann

Adolf F. Tausch  
Amtsgerichtsdirektor a.D.

Philipp Neumann

Ralph Burgwald, LL.M.

vertretungsberechtigt bei  
allen Oberlandesgerichten  
und Landgerichten

Anschrift

An der Dammheide 10  
60486 Frankfurt am Main

Telefon 069/238538-0  
Telefax 069/238538-10

[recht@niedingbarth.de](mailto:recht@niedingbarth.de)

[www.niedingbarth.de](http://www.niedingbarth.de)  
[www.jagdrecht-info.de](http://www.jagdrecht-info.de)  
[www.sportrecht-info.de](http://www.sportrecht-info.de)

Brüssel  
PIA ProtectInvestAlliance  
Park Atrium  
Rue des Colonies 11  
B-1000 Brussels

Telefon +32/2/517 71 49  
Telefax +32/2/517 65 00

[brussels@pia-eu.com](mailto:brussels@pia-eu.com)

Wien  
PIA ProtectInvestAlliance  
Alle Börse  
Schottenring 16  
A-1010 Wien

Telefon +43/1/537 12 4853  
Telefax +43/1/537 12 4000

[wien@pia-eu.com](mailto:wien@pia-eu.com)

[www.pia-eu.com](http://www.pia-eu.com)

Das KWG in seiner jetzigen Fassung erwartet von den unter Aufsicht stehenden Instituten, dass diese bei ihrer Eigenmittel- und Geschäftssteuerung Spielräume einhalten, die auch bei unvorhergesehener Kreditnachfrage oder unerwarteten Liquiditätsveränderungen ausreichen, um eine Überschreitung der Eigenmittelanforderungen zu vermeiden. Das Eigenkapital dient als Risikopolster, um Verluste aus dem laufenden Geschäft aufzufangen und stellt damit die wesentliche Vertrauensbasis für die Gläubiger dar.

§ 45 KWG ermächtigt die Aufsichtsbehörden zwar zu einer Reihe von sanktionsartigen Eingriffen, wenn Eigenmittel oder Liquidität nicht mehr den Anforderungen entsprechen. Abgesehen davon, dass diese Maßnahmen allerdings nicht zur Bewältigung einer wirklichen Krise geeignet sind, sondern voraussetzen, dass das Institut im Rahmen seiner geschäftlichen Steuerung in absehbarer Zeit den Anforderungen wieder entsprechen kann, hat die derzeitige Finanzmarktkrise in erschreckender Art und Weise einen Mangel an Eingriffsmöglichkeiten der Bankenaufsicht aufgezeigt, im Hinblick auf die Eigenmittel und die Liquiditätssteuerung bereits im Vorfeld eingreifen zu können. Die Gesetzesbegründung geht somit – ganz zutreffend – davon aus, dass es gerade im Vorfeld einer Krise wichtig ist, dass der Bundesanstalt ein Instrumentarium zur Seite steht, eine Erhöhung der Eigenmittelanforderungen bzw. der Liquiditätsausstattung in Abhängigkeit von Geschäftsrisiken zu verlangen. Die Stärkung der Prävention stellt damit ein wesentliches Ziel des vorliegenden Gesetzentwurfes dar.

## **I. Zu den geplanten Änderungen des Kreditwesengesetzes**

Nach der bisherigen Formulierung des § 10 Abs. 1b Buchstabe a KWG konnte die Bundesanstalt gegenüber Instituten erhöhte Eigenmittelanforderungen festsetzen, wenn diese nach der Zusammensetzung ihrer Vermögenswerte oder Geschäfte eine Risikostruktur aufwiesen, die sie nachteilig von der großen Mehrheit der anderen Institute mit vergleichbaren Geschäftsfeldern absetzte. Es ist zutreffend, wenn die Gesetzesbegründung darauf verweist, dass sich diese Formulierung in der Praxis als kaum handhabbar erwiesen hat. Aufgrund der Heterogenität des Bankensektors und der dort bestehenden Risikostrukturen konnte einem einzelnen Institut eine Risikostruktur, die von der großen Mehrheit der anderen Institute nachteilig abweicht, nur

schwer nachgewiesen werden. Eine Reaktion auf die individuelle Risikosituation eines individuellen Instituts war nicht möglich. Mit der geplanten Neufassung des § 10 Abs. 1b KWG wird es nunmehr der Bankenaufsicht möglich sein, flexibler auf einzelne Institute einzugehen. Damit wird eine angemessene Bewertung eines konkreten Instituts unter Berücksichtigung seines Geschäftsfeldes und seiner Risikostruktur ermöglicht.

Die geplante Neufassung des § 10 Abs. 1b Buchstabe a KWG sieht in Ziffer 3 auch die Möglichkeit vor, seitens der Aufsicht dafür zu sorgen, dass ein Institut in wirtschaftlich guten Zeiten Kapitalpuffer für schwierige Zeiten aufbaut. Da diese Eingriffsmöglichkeit nach der geplanten Fassung keinen Vergleich mit der großen Mehrheit der anderen Institute mit vergleichbaren Geschäftsfeldern bzw. keinen Nachweis der nachteiligen Abweichung von der großen Mehrheit der anderen Institute voraussetzt, könnten diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken (Verstoß gegen Art. 2, 3 GG) bestehen, wenn insbesondere kleineren Instituten in wirtschaftlich guten Zeiten aufgegeben werden kann, im Vergleich zu größeren Instituten größere Eigenmittelpuffer aufzubauen. Hierdurch könnte der Wettbewerb der Institute in verfassungsrechtlich bedenklicher Form zugunsten der großen Institute verletzt werden.

Die geplante Anfügung eines Absatz 6 zu § 13b KWG soll laut Gesetzgebung der Erfassung von gruppeninternen Risikokonzentrationen dienen. Durch die Erfassung der gruppeninternen Transaktionen soll sichergestellt werden, dass nicht nur das Vorhandensein einer gruppeninternen Risikokonzentration erkannt, sondern auch die Entwicklung der Risikoverteilung in der Gruppe offen gelegt wird. Dem Gesetzgeber ist hinsichtlich des hiermit verfolgten Zieles grundsätzlich zuzustimmen. Bedenklich ist jedoch, dass nach der geplanten Neufassung gruppeninterne Transaktionen innerhalb der Instituts- oder Finanzholding-Gruppe lediglich einmal jährlich angezeigt werden sollen, wenn die einzelnen Transaktionen 5 vom Hundert der Eigenmittelanforderung auf Gruppenebene erreicht oder übersteigt.

Diese offenkundige zeitliche Privilegierung gruppeninterner Transaktionen im Vergleich zu von den Unternehmen einer Institutsgruppe oder Finanzholding-Gruppe insgesamt gewährten Krediten, welche gem. § 13 Abs. 1 KWG i. V. m. § 30 GroMiKV, wonach solche Großkredite quartalsweise anzuzeigen sind, ist nicht nachvollziehbar. Wenn es erklärtes Ziel des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versiche-

rungsaufsicht sein soll, die Aufsicht über Risikokonzentrationen innerhalb von Instituts- und Finanzholding-Gruppen zu informieren, um gegebenenfalls vorsorglich präventive Maßnahmen hinsichtlich der Eigenmittelausstattung sowie der Liquiditätssteuerung ergreifen zu können, ist nicht nachvollziehbar, warum bei gruppeninternen Transaktionen ein Meldezeitraum von nur einem Jahr normiert werden soll. Gerade die Schnelligkeit der zur Zeit herrschenden Finanzmarktkrise hat auf verheerende Art und Weise gezeigt, wie schnell die Risikotragfähigkeit eines Instituts nicht mehr gegeben sein kann. Die geplante Neufassung des Absatz 6 zu § 13b Abs. 1 KWG ist daher so zu fassen, dass gruppeninterne Transaktionen innerhalb der Instituts- oder Finanzholding-Gruppe quartalsmäßig anzuzeigen sind.

In § 24 KWG der geplanten Neufassung soll der Absatz 1 um eine Nummer 15 ergänzt werden, wonach nunmehr auch die Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans unter Angabe der zur Beurteilung seiner Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung erforderlichen Tatsachen der Bundesanstalt und der Deutschen Bundesbank unverzüglich anzuzeigen sind. Die geplante Fassung begegnet Bedenken.

In der Gesetzesbegründung wird an zahlreichen Stellen ausgeführt, dass durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht die Durchschlagskraft der Aufsicht verbessert werden soll. Vor diesem Hintergrund scheint es nicht nachvollziehbar, warum man nicht auch die Absicht der Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans als anzeigepflichtig ausgestaltet. Es dürfte unbestreitbar sein, dass die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf beabsichtigte Prävention insbesondere dadurch gestärkt würde, wenn die Bankenaufsicht nicht allein erst die Bestellung angezeigt erhält, sondern bereits die Absicht der Bestellung. Im Übrigen würde eine entsprechende Normierung der geplanten Nummer 15 an die entsprechende Formulierung in § 24 Abs. 1 Nr. 1 KWG über die Bestellung eines Geschäftsleiters angeglichen werden.

Bei der Ergänzung des § 24 KWG Abs. 1 um Nummer 16 handelt es sich um eine sinnvolle Meldepflicht, um seitens der Bankenaufsicht die institutspezifischen Risiken zutreffend und umfänglich erfassen zu können.

Zuzustimmen ist dem Gesetzentwurf dahingehend, insofern nach der geplanten Neufassung von § 45 KWG Anordnungen nach dieser Vorschrift bereits dann möglich sein sollen, wenn eine Unterschreitung der aufsichtsrechtlichen Kennziffern droht. Hierdurch wird dem Präventionsziel des Gesetzentwurfes voll entsprochen.

Zustimmung verdient auch die geplante Neufassung von § 46 Abs. 1 KWG. Demnach soll nunmehr die Bankenaufsicht unter den Voraussetzungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 KWG Zahlungen an konzernangehörige Unternehmen untersagen oder beschränken, wenn diese Geschäfte für das Institut nachteilig sind. Hiermit wird es der Bankenaufsicht ermöglicht, in Krisenfällen ein Zahlungsverbot zu Lasten konzerninterner Gläubiger (so genanntes "ring fencing"). Damit kann sinnvoll verhindert werden, dass einem deutschen Tochterinstitut durch die ausländische Muttergesellschaft oder ausländischen Schwestergesellschaften in einer Krise Liquidität entzogen wird. Da insbesondere auch die USA in der aktuellen Krisensituation ebenfalls ein „ring fencing“ betreibt, ist die Aufnahme einer entsprechenden Befugnis für die Bankenaufsicht in das KWG zu begrüßen.

## **II. Zu den geplanten Änderungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes**

Die Versicherungsholding-Gesellschaften sollen nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf künftig stärker beaufsichtigt werden. Dazu dienen zutreffender Weise unter anderem die Anzeigepflichten in Bezug auf Aktionäre und Geschäftsleiter der Versicherungs-Holding-Gesellschaften.

Dem Verantwortlichen Aktuar kommt bei der Berechnung einer angemessenen Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung eine Schlüsselstellung zu. Um Interessenkonflikten vorzubeugen, soll die Funktion des Verantwortlichen Aktuars nicht mehr durch einen Geschäftsleiter ausgeübt werden können (Funktionstrennung). Das Vereinigte Königreich hat in diesem Jahr eine vergleichbare Regelung erlassen, um den negativen Erfahrungen mit der Versicherungsunternehmen Equitable Life Rechnung zu tragen. Gerade die Vorgänge um Equitable Life haben zu großen Verlusten bei den Bundesbürgern geführt.

# Nieding + Barth

Rechtsanwaltsaktiengesellschaft

- 6 -

Bei Versicherungsverbriefungen soll mehr Transparenz für die Aufsicht geschaffen werden. Dem ist zuzustimmen. Versicherungsverbriefungen werden derzeit nur retrospektiv erfasst und damit zu spät, um möglichen Risiken zu begegnen, insbesondere bei Verbriefungen über Zweckgesellschaften mit Sitz in einem Drittstaat. Rückversicherungsunternehmen sind bisher überhaupt nicht zur Anzeige von Verbriefungstransaktionen verpflichtet.

Derzeit gibt es keine fachlichen Anforderungen an Mitglieder der Kontrollgremien von Banken und Versicherungen. Fachlich nicht geeignete Mitglieder von Kontrollgremien können nicht abberufen werden, was die Restrukturierung von Banken und Versicherungen behindern kann. Daher soll die BaFin das Recht erhalten, Mitglieder der Kontrollgremien von Banken und Versicherungen abuberufen, wenn diese fachlich ungeeignet oder unzuverlässig sind. Hiermit wird richtigerweise eine Gleichstellung von Banken und Versicherungen erzielt.

Mit freundlichen Grüßen

Nieding+Barth  
Rechtsanwaltsaktiengesellschaft

  
(Klaus Nieding)  
Rechtsanwalt