

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Bismarckstraße 11-13, D-50672 Köln

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Eduard Oswald
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Registernummer Telefon Telefax E-Mail
BT FA 2009-2 +49.221.95190-81 +49.221.95190-70 m.geschwandtner@cbh.de

Köln, den 26. Mai 2009

Öffentliche Anhörung
**zum „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt-
und der Versicherungsaufsicht“ – Drucksache 16/12783**
Mittwoch, 27. Mai 2009, von 11:00 bis 13:00 Uhr

Sehr geehrter Herr Oswald, sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke dem Ausschuss für die Einladung und nehme die Gelegenheit gerne wahr, zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht“ Stellung zu nehmen. Mit Rücksicht auf meine Stellungnahme vom 18.3.2009 darf ich mich weitestgehend auf den geplanten **§ 36 Abs. 3 KWG** („Aufsicht über Aufsichts- und Verwaltungsräte“) konzentrieren.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Marcus Geschwandtner
Rechtsanwalt

Dr. Gert Cornelius ^{bis 1999}
Prof. Dr. Kurt Bartenbach ^{1,4}
Manfred Haesemann ²
Werner M. Mues ¹
Dr. Manfred Hecker ⁵
Dr. Joachim Strieder
Ernst Eisenbeis ¹
Dieter Maier-Peveling
Dr. Stefan Hertwig ^{2,3}
Dieter Korten M.A.
Carl-Peter Forschbach
Arnd Holzapfel ³
Stefan Rappen ²
Dr. Jörg Laber ¹
Paul H. Assies ⁷
Paul M. Kiss
Dr. Ingo Jung ⁴
Johannes Ristelhuber
Jens Kunzmann ⁴
Falk Newi ⁶
Volker Werxhausen ¹
Markus Vogelheim ³
Andrea Heuser ⁸
Doris Deucker
Stefan Koch ²
André Ueckert ¹
Nadja Siebertz ⁴
Franziska Anneken
Dr. Martin Quodbach, LL.M. ⁴
Dr. Markus Rüttig ⁴
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Dr. Soenke Fock, LL.M. ⁴
Dr. Tassilo Schiffer
Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Dr. Klaus Oibertz ¹
Christian Schmitt
Christine Püschmann
Nils Mrazek
Torsten Bork ³
Dr. Anja Bartenbach-Fock, LL.M.
Dr. Marcus Geschwandtner
Dr. Marcus Steinberg
Heidi Förster
Christopher Kúas
Dr. Jochen Hentschel
Regina Lamm
Dr. Falk Müller, LL.M.
Tobias Gabriel
Dr. Oliver Reinartz
Marie Teworfe-Vey

Prof. Dr. Max Dietlein ^{bis 2005}
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Dr. Gabriele Wurzel
Staatssekretärin a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Prof. Dr. Winfried Pinger
Unternehmensnachfolge und Erbrecht

- 1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
- 2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- 3 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- 4 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
- 5 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
- 6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
- 7 Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
- 8 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht


EUROPE www.europe.eu
European Economic Interest Grouping

A. Zusammenfassende Bewertung

Der Referentenentwurf hat im Lichte der Finanzmarktkrise zum Ziel, die Eingriffsbefugnisse der BaFin zu verbessern. Konkret geht es um die Stärkung der Prävention, sei es durch neue Meldepflichten, neue Eingriffsrechte in Krisensituationen oder eine Qualitätsaufsicht der BaFin über Aufsichtsratsmitglieder in Banken.

Dagegen ist im Grundsatz nichts einzuwenden. Es sollte jedoch zwingend darauf geachtet werden, dass alle Banken ihrer Systemrelevanz entsprechend gleich behandelt werden und für den Fall der „Erweiterung“ der Eingriffsmöglichkeiten der BaFin auch überprüft wird, an welcher Stelle bankaufsichtsrechtliche Vorgaben unter Umständen in ebenso „maßvollem Umfang“ zurückgenommen werden könnten. Hier besteht dringend Nachholbedarf. Mit dem Gesetz sollen 13 (!) neue Melde- und Informationspflichten eingeführt werden.

Werden zudem die Eingriffsmöglichkeiten stärker präventiv ausgerichtet, bedeutet dies einen sehr frühen Eingriff in die Geschäftsleitungskompetenz und Eigenverantwortlichkeit der Bankleiter. Auch drohen ihnen – ihrer hervorgehobenen gesellschaftsrechtlichen Stellung adäquate – Korrekturmöglichkeiten seitens der BaFin abgeschnitten zu werden.

Präventive Aufsicht darf nicht zu einer Ersetzung unternehmerischer Entscheidungen durch die BaFin führen.

Verfrühte Aufsichtsmaßnahmen können unter Umständen Einfluss auf zivilrechtliche Sorgfaltspflichten sowie auf die aufsichtsrechtliche Möglichkeit eines Abberufungsverlangens haben.

Insoweit bedarf es einer näheren Untersuchung.

Jedenfalls aber ist mit Rücksicht auf den nach wie vor engen Schutzzweck des Kreditwesengesetzes Vorsicht geboten. Eine Verlagerung aufsichtsrechtlicher Kompetenzen in das Vorfeld konkret vorhandener (Existenz-) Gefahren einer Bank (§ 45 KWG) lässt sich wohl nur für tatsächlich „systemrelevante Institute“ (Art. 6 Abs. 3 Aufsichtsrichtlinie) und damit für wenige Banken rechtfertigen.

Insoweit fehlt es jedoch an einer klaren Definition (ggf. auch Liste) und Abgrenzung. Im Übrigen ist – bei aller erforderlichen Flexibilität der BaFin – der Grundsatz der Bestimmtheit zu achten und im Übrigen für Genossenschaftsbanken nicht zu verkennen, dass dem BVR im Statut der Sicherungseinrichtung präventive Eingriffsmöglichkeiten eingeräumt sind.

Für die (nahe) Zukunft vorstellbar ist ein Bankenaufsichtsrecht, das stärker nach der tatsächlich bestehenden Systemrelevanz sowie der Gruppen- und Sicherungszugehörigkeit der zahlreichen Marktteilnehmer unterscheidet.

Orientiert an den jeweils tatsächlichen Marktgegebenheiten, dem engen Schutzzweck des Kreditwesengesetzes, einer wettbewerblich neutralen Wirkungsweise sowie den tatsächlich vorhandenen europarechtlichen Zwängen muss es in einem ersten Schritt darum gehen, ein für alle Banken erforderliches **aufsichtsrechtliches Mindestgerüst** zu definieren.

Für weitergehende Aufsichtsregelungen ist rechtlich eine differenziertere Vorgehensweise vorgeschrieben: Alle bankaufsichtsrechtlichen Regelungen müssen, vor allem unter Anrechnung des privatrechtlichen organisatorischen Mindestschutzes und der jeweiligen Systemrelevanz, für jeden ihrer Adressaten zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht verhältnismäßig sein.

Hieran ist auch der Gesetzgeber gebunden. Er hat im Übrigen zu berücksichtigen, dass bankgeschäftliche Risiken nicht nur vom Inhalt der Tätigkeit, sondern maßgeblich auch von der gewählten Rechtsform, der daraus folgenden Wirtschaftsweise, Institutsstruktur, -größe und -gruppe oder auch den Gesellschafterrechten, dem Geschäftsbezirk und damit der Beschaffenheit des Wirtschaftsraums sowie von selbstverantworteten oder gesetzlich auferlegten Eigensicherungsmechanismen abhängen („private Eigensorge“).

Ein dementsprechendes Stufensystem gilt es zu entwickeln.

B. § 36 Abs. 3 KWG-E

Ihren Lebenslauf, Zeugnisse und Fortbildungsnachweise, polizeiliches Führungszeugnis sowie Straffreiheitserklärung, bitte!

Ein rechtlich und aufsichtssystematisch zentraler Gesichtspunkt ist die geplante Einfügung eines § 36 Abs. 3 KWG.

Eines wird deutlich: § 36 Abs. 3 KWG-E ist juristisch nicht ausgereift, völlig unzureichend „begründet“ und darf daher in seiner jetzigen Fassung keinesfalls Gesetz werden.

Vielmehr tut eine eingehende gesellschafts-, sparkassen- und bankaufsichtsrechtliche Überprüfung Not.

Für einen undifferenzierten Schnellschuss mit all seinen praktischen und rechtlichen Unwägbarkeiten ist kein Raum. Dafür ist der Eingriff in Form einer Marktzutrittsregelung zu grundlegend.

Die BaFin soll zukünftig über die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung der Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder befinden und unter Umständen eine Verwarnung aussprechen, deren Abberufung verlangen oder ihnen die Ausübung der Kontrolltätigkeit untersagen können. Das soll auch für bereits bestellte Mitglieder gelten.

Entsprechende Meldepflichten sind als **§§ 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8, 24 Abs. 1 Nr. 15, Abs. 3a Satz 1 Nr. 4 KWG-E** vorgesehen.

Sowohl im Zeitpunkt des Erlaubnisanspruchs als auch bei Veränderungen aus der laufenden Bankgeschäftstätigkeit heraus muss die Bank – vertreten durch den der Kontrolle unterworfenen Vorstand (!) – die Bestellung eines Mitglieds zum Aufsichts- oder Verwaltungsrat unter Angabe der zur Beurteilung seiner Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung erforderlichen Tatsachen melden.

So wird es künftig für die über 20.000 Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder in deutschen Banken konkret heißen: *Ihren Lebenslauf, Zeugnisse und Fortbildungsnachweise, polizeiliches Führungszeugnis sowie Straffreiheitserklärung, bitte!*

Auf andere Art und Weise wird – wie bei den Geschäftsleitern (§ 1 Abs. 2 KWG) – eine zweckgerechte Tauglichkeits- und Zuverlässigkeitsprüfung nicht möglich sein. Alle Banken werden der BaFin über ihre Kontrollorganmitglieder Nachweise für deren fachliche Qualifikation und persönliche Zuverlässigkeit erbringen müssen.

Das dürfte vor allem auf die häufig ehrenamtlich tätigen Aufsichtsräte in „nicht systemrelevanten Instituten“ abschreckend wirken. Insoweit steht ernsthaft zu befürchten, dass es dort zu personellen Engpässen und zu einer Verschiebung hin zu „Fachleuten“ wie Unternehmern, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Rechtsanwälten kommen wird. Der Übergang von einem präventiv tätigen Kontrollorgan zu einem unzulässigen „Nebenvorstand“ ist dann fließend.

Auch spiegelt ein „Expertengremium“ z. B. die sehr heterogene Mitgliederstruktur der selbstorganisationsmäßig organisierten Genossenschaftsbanken nicht wider. Durch eine Flucht der Mitglieder aus dem Aufsichtsrat droht ferner z. B. die genossenschaftliche Selbstorganschaft und Unternehmenskultur Schaden zu nehmen.

Ferner gibt es keine festen und / oder entwickelten (Ausbildungs-) Maßstäbe für die bankspezifische Eignung von Kontrollorganmitgliedern in Genossenschaftsbanken, den übrigen Privatbanken und öffentlich-rechtlichen Sparkassen, zumal nicht jedes Mitglied des arbeitsteiligen Kollegialorgans selbst alle Facetten der zu kontrollierenden Bankgeschäftstätigkeit wird beherrschen müssen.

Das gilt gerade für Arbeitnehmervertreter, die ansonsten von einer Qualitätsaufsicht besonders betroffen wären. Freilich entbindet das im Einzelfall nicht von der allgemeinen Amtstauglichkeit im Sinne einer Mindestbefähigung. In der Region zu leben, kaufmännisches Verständnis zu haben und über eine allgemeine Lebenserfahrung zu verfügen, dürften in der Regel nicht ausreichen, sich ein eigenes und verlässliches Urteil über die Ordnungsmäßigkeit der Bankgeschäftstätigkeit des Vorstands und die wirtschaftliche Lage und Entwicklung der Bank bilden zu können. Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder müssen mit den Grundregeln des zu überwachenden Bankgeschäfts bei Amtsantritt vertraut sein und die zur sachgerechten Mitarbeit erforderliche Eignung und Zeit besitzen. Ansonsten läge bereits in der Übernahme des Mandats ein haftungsbegründender Sorgfaltspflichtverstoß. Ein geringer Bildungsstand schützt dann zwar nicht vor einer Ersatzpflicht, darf aber auch nicht dazu führen, dass sich z. B. in den selbstorganisationsmäßig organisierten Genossenschaftsbanken Mitglieder vor der Übernahme des Ehrenamtes scheuen. Gleiches gilt für die Ausgestaltung von § 36 Abs. 3 KWG-E. Mit gutem Grund stellt jedoch § 15 Abs. 7 SpkG NRW für Verwaltungsratsmitglieder klar, sich regelmäßig zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben fortzubilden.

Die in **§§ 24, 32, 36 KWG-E** vorgesehenen Meldungen und Überprüfungen sind außerdem mit einem erhöhten – und für den Vorstand als dem nach der gegenwärtigen Regelung zuständigen, aber zugleich kontrollunterworfenen Organ sehr unangenehmen – Verwaltungsaufwand für die Banken verbunden.

Bei der Vielzahl der Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder sowie der erforderlichen Aufarbeitung und Erfassung des Status quo wird auch innerhalb der BaFin dauerhaft neuer personeller und finanzieller Aufwand verursacht, den aufgrund des geltenden Finanzierungssystems der BaFin alle Banken und am Ende deren Kunden werden tragen müssen.

Vorbehaltlich einer vertieften rechtlichen Überprüfung und Einordnung des vorgelegten § 36 Abs. 3 KWG-E sei schon hier darauf hingewiesen, dass Aufsichtsratsmitglieder in privatrechtlich verfassten Banken (trotz z. B. der Regelungen in § 27 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, 38 Abs. 3 GenG, § 111 Abs. 4 AktG) von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und insoweit für die bankgeschäftlichen Geschicke einer Bank nur begrenzt verantwortlich zeichnen. Präventive

Ausrichtung der Geschäftsführungskontrolle hin oder her. Regelmäßig leitet der Vorstand die Bank „unter eigener Verantwortung“ (§ 27 Abs. 1 GenG, § 76 Abs. 1 AktG, § 20 Abs. 1 Satz 1 SpkG NRW), das heißt nach seiner eigenen Überzeugung und in einzelnen Geschäftsführungsangelegenheiten frei von Weisungen insbesondere der Gesellschafter oder des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats. Das mag mit Rücksicht auf den „öffentlichen Auftrag“ und die ausdrücklich geregelte Richtlinienkompetenz von Verwaltungsräten (s. § 15 Abs. 1 Fall 1 SpkG NRW) in öffentlich-rechtliche Sparkassen zuweilen anders gehandhabt werden.

Hinzu kommt, dass für den vorzeitigen Widerruf der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern die Gesellschafterversammlung zuständig ist (s. nur § 36 Abs. 3 GenG), die jedoch in den zahlreichen gesellschafterstarken Banken hierzu nicht kurzfristig einzuberufen ist und es im Übrigen der BaFin insoweit an einem geeigneten Ansprechpartner – vergleichbar dem Vorsitzenden des Kontrollorgans – wie einem „von der Generalversammlung gewählten Bevollmächtigten“ mangelt (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 2 GenG für die „kleine eG“ ohne Aufsichtsrat).

Ungeachtet dessen ist eine funktionierende Corporate Governance für alle Banken von zentraler Bedeutung. Unbestritten stellt die ordnungsgemäße Ausübung eines Kontrollmandats wachsende fachliche und zeitliche Anforderungen an die Amtsträger.

Zwingend sollte im Interesse der Bank und ihrer Gesellschafter sowie Anleger eine streng kontrollfähigkeitsgeleitete und keine partei-, interessen- oder gefälligkeitsorientierte Besetzung der Aufsichts- und Verwaltungsräte stattfinden.

Das muss mit Rücksicht auf geltende marktwirtschaftliche Funktionsprinzipien und den Zweck von Bankenaufsicht vor allem für öffentlich-rechtliche und nach Art. 6 Abs. 3 Aufsichtsrichtlinie „systemrelevante Institute“ gelten. Zu bedenken ist auch, dass sich Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder nach § 41 i. V. m. § 34 GenG, § 116 i. V. m. § 93 AktG, § 15 Abs. 8 SpkG NRW regelmäßig den gleichen zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken aussetzen wie die Vorstandsmitglieder. Das hat seinen guten Grund in der gesellschafts- und prüfungsrechtlich herausgehobenen Stellung des Kontrollorgans.

Ob einzelne Aufsichtsratsmitglieder mehr als nur gesunden Menschenverstand mitbringen, ihren gesellschaftsrechtlichen und im Übrigen nicht eigens bankaufsichtlichen (!) Sorgfaltspflichten zum Wohle der Bank nachkommen oder unter Umständen abgerufen sind, ist jedoch eine bankintern zu lösende Frage. Unterstützend wird insoweit der Abschlussprüfer tätig. Es ist nicht ersichtlich und von der Regierung auch nicht näher dargelegt, warum Regelungen aus dem Organisationsrecht (vgl. auch Ziffer 5.4.1 DCGK) in das eigens für Banken geltende und ohnehin

maßlos überfrachtete Aufsichtsrecht integriert werden sollen. Selbst die Regierung sieht in der fachlichen Eignung „nach den hergebrachten kaufmännischen Grundsätzen anerkannte Anforderungen“.

Ebenso wenig haben daher Beschränkungen hinsichtlich der Organbesetzung (s. **§ 36 Abs. 3 Satz 4 und 5 KWG-E**) etwas im Bankenaufsichtsrecht verloren. Woraus leitet sich die besondere Notwendigkeit für Banken ab? Die Begründung schweigt nicht ohne Grund. Es handelt sich um vorhandenes rechtsformindividuelles Organisationsrecht (s. nur § 37 Abs. 2 GenG; §§ 100, 105 AktG; §§ 10 ff. SpkG NRW; Ziffer 5.4.2 DCGK) und wäre, wenn überhaupt, dort zu ändern.

Bankaufsichtlich maßgeblich für die Besetzung des Kontrollorgans mit geeigneten Personen kann – wenn es gelingt, eine besondere Rechtfertigung für den massiven Grundrechtseingriff vorzubringen – nur die gebündelte und für jede einzelne Bank nach gesellschaftsrechtlicher Vereinigungsform, Größe, wirtschaftlichem Umfeld, bankgeschäftlichem Schwerpunkt, Bildungsgrad der Mitglieder usw. neu zu bestimmende Kompetenz des Gesamtgremiums sein. Die Kontrollpflicht ist eine kollektive, keine individuelle! Deshalb sollte sich auch eine mögliche Qualitätsaufsicht durch die BaFin darauf konzentrieren, ob die Komplementarität der Kompetenzen alle für die Wertschöpfungskette und das Umfeld des Bankunternehmens relevanten Gesichtspunkte umfasst.

Erwägenswert wäre dann etwa, die Kriterien für eine Mindestbefähigung von Bankkontrollorganen oder deren Vorsitzendem bzw. ausgerichtet auf die Anzahl der gesetzlichen Pflichtmitglieder festzulegen (z. B. gefordert ist mindestens ein Sachverständiger für Bilanz- und Rechnungslegung und ein weiterer für Risikomanagement und Risikocontrolling, § 25a Abs. 1 KWG, MaRisk; vgl. Ziffer 5.3.2 DCGK für den Vorsitzenden des Prüfungsausschuss) und dementsprechend dann Organumgestaltungs- oder Organzusammensetzungsverlangen aussprechen zu können.

Wirkungsvoller und maßvoller als § 36 Abs. 3 KWG-E dürfte jedoch zunächst sein, die Gesellschafter aller Banken für die Kontrolltätigkeit und Qualität des Aufsichts- und Verwaltungsrats zu sensibilisieren (z. B. Erstellung von dynamischen Qualifikationsprofilen für den Aufsichtsrat, Ausschüsse und deren Mitglieder; profunde Einführung in die spezifische Unternehmenssituation) und die Anwärter für das Kontrollamt zum Nachweis ihrer Qualifikation gegenüber den sie wählenden Gesellschaftern anzuhaltend, sich also bankintern „bewerben“ zu müssen (z. B. Nominierungsausschuss zur Identifizierung geeigneter Personen, s. Ziffer 5.3.3 DCGK). Ohnehin

betrifft die Frage der Kompetenz in Aufsichtsgremien nicht nur Banken, sondern Unternehmen aus allen Branchen.

Überdenkenswert wäre auch, dem Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat – in Anlehnung an die versicherungsaufsichtsrechtliche Figur des verantwortlichen Aktuars (vgl. u. a. § 11a VAG) – einen qualifizierten Berater in Form eines fakultativen Organs („Beirat des Aufsichtsrats“) zur Seite zu stellen.

Schließlich sollte mit Rücksicht auf die tatsächlichen Kontrollverwerfungen in der Finanzkrise überlegt werden, ob es für den Fall der geplanten „Einzelüberwachung“ nicht verhältnismäßig und daher hinreichend ist, statt aller zunächst nur die Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitglieder der wenigen (öffentlich-rechtlichen) systemrelevanten Institute einer entsprechenden Überwachung durch die BaFin zu unterstellen oder jedenfalls ein Einschreiten der BaFin gegen Kontrollorganmitglieder auf Krisensituationen zu begrenzen (vgl. §§ 46 f. KWG für Geschäftsleiter), gegebenenfalls um erforderliche Neustrukturierungen zu ermöglichen und auf allen Ebenen fachgerecht begleiten zu lassen.

Hieran gilt es m. E. anzuknüpfen.

(s. *Geschwandtner*, Börsenzeitung v. 13.5.2009, Ihren Bankenführerschein, bitte“, Seite 2)

C. Überprüfung der Regelungstiefe und des Anordnungskatalogs

Außerdem sollte auch mit Rücksicht auf den vorliegenden Regierungsentwurf und „neue“ Eingriffsbefugnisse der BaFin nochmals im Detail der bereits vorhandene Anordnungskatalog aufgearbeitet werden. Entgegen der Ankündigungen im Koalitionsvertrag und der mit dem „Erfahrungsbericht Bankenaufsicht“ verfolgten Zielsetzung, Ansatzpunkte für eine Entbürokratisierung zu finden, gingen bislang keine Gesetzgebungsvorhaben auf die methodische Überarbeitung des Bankenaufsichtsrechts ein.

Dabei sollten vor allem die verstreuten, teilweise doppelt vorhandenen Anordnungskompetenzen der BaFin neu geordnet und das normative Ordnungssystem durchgehalten werden. Ferner tut es Not, die umfangreichen Verordnungen, Richtlinien und Rundschreiben sowie Anzeige-, Melde- und Informationspflichten zu durchforsten.

Ist jede dieser Pflichten für das betreffende Kreditinstitut und zu dem vorgesehenen Turnus verhältnismäßig?

Auch die Vielzahl rein klarstellender Regelungen ist kritisch zu würdigen, weil sie das Gesetz überfrachten und dessen Anwendung erschweren. Das hat zur Folge, dass die finanzwirtschaftlichen Kernziele ins Abseits geraten und eine Systemgläubigkeit entsteht. Insbesondere nehmen sie dem Gesetz die Systematik und drohen Unklarheiten und Widersprüche hervorzurufen.

So scheint z. B. die Anordnungsvorschrift des § 25a Abs. 1 S. 8 KWG mit Rücksicht auf die Generalnorm des § 6 Abs. 1 u. 3 KWG nicht erforderlich zu sein. Insoweit gehört auch § 45b KWG auf den Prüfstand. Auch wäre vor einer Neueinfügung gesonderter Ermächtigungen näher zu untersuchen, ob nicht bereits auf der Grundlage von § 6 Abs. 1 bis 3 KWG entsprechende „Präventivmaßnahmen“ der BaFin möglich sind.

Ganz besonders wichtig für die dauerhafte Funktionsfähigkeit der Bankenaufsicht und die erforderliche Akzeptanz der immer zahlreicher, tief greifender und damit schwieriger umsetzbar werdenden Vorgaben wird es aber sein, für den Einzelfall methodisch und rechtlich angemessene Aufsichtskonzepte zu finden. Denn der intensiver werdende Dauereingriff ist sicherlich kein Gütesiegel. Bankenaufsicht ist ein Gefahrensiegel, weil sich hinter jedem Mehr an Aufsicht stets ein Mehr an Gefahr für das gemeine Wohl verbergen muss, das es zu verringern gilt. Ansonsten ließe sich das Aufsichtsrecht verfassungsrechtlich gar nicht rechtfertigen.

Das sehr eng gefasste Normsystem dient freilich nicht dazu, die BaFin in ihrem Handeln zu binden, sondern die Banken zu einem aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive erforderlichen Wohlverhalten zu veranlassen.

Die BaFin sollte sich darauf konzentrieren (können), überall dort einzugreifen, wo tatsächlich die Stabilität des Finanzsystems bedrohende Risiken erkennbar werden. Dem gegenüber muss die Möglichkeit und, angesichts zwangsläufig beschränkter Ressourcen der Bankenaufsicht, auch die Notwendigkeit eine Reduzierung dort bestehen, wo dies nicht der Fall ist.

Ganz sicher wird ein noch engeres regulatorisches Korsett die Bankleiter nicht verantwortungsbewusster machen. Ganz im Gegenteil, es nimmt ihnen die Verantwortung ab und erhöht das Bedürfnis, sich irgendwo Luft verschaffen zu müssen.

Die Stabilität des Finanzsystems soll heute schon durch zahlreiche Sicherheitsnetze gewährleistet werden.

Die Innenrevisionen, Aufsichtsräte, Wirtschaftsprüfer und Prüfungsverbände, Berufsaufsicht, Sicherungseinrichtungen, Ratingagenturen und Bankenaufsicht haben aber alle die Entstehung der Krise nicht nur nicht verhindert, sondern teilweise sogar zu ihr beigetragen.

Was soll eine Verfeinerung des Sicherheitsnetzes bewirken außer Aktivitäten vortäuschen und den Bürger für die Zukunft in trügerischer Sicherheit zu wiegen?

Es kommt jetzt darauf an, die vorhandenen Sicherungsmechanismen genau zu untersuchen und sich zu fragen, an welcher Stelle sie versagt haben. Hier, und nicht in der Schaffung neuer, immer umfassenderer Aufsichtsregeln, liegt der tatsächliche Auftrag aus der Krise.

Dabei muss eines klar sein: Wirksamstes und einziges Mittel, Finanzkrisen von vornherein zu vermeiden, ist die Einhaltung branchenweiter Wohlverhaltensstandards und eine funktionierende Corporate Governance. Hierher gehört vor allem, dass sich die Banken sowie deren Gruppen und Verbände ihrer, bereits mit der Wahl der Rechtsform weitestgehend gesetzlich vorgegebenen, originären „Geschäftsmodelle“ bewusst sind und diese leben:

Öffentlich-rechtliche Sparkassen und Landesbanken sind an einen die finanzwirtschaftlichen Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sicherstellenden „öffentlichen Auftrag“ gebundene Staatsbanken,

die in der Rechtsform der eG organisierten Genossenschaftsbanken und deren Verbund-einrichtungen sind Selbstförderungsbetriebe ihrer zumeist ortsverwurzelten Mitglieder und

die übrigen als AG, GmbH usw. verfassten Privatbanken in Dividendenmaximierungsabsicht tätige, kapitalmarktorientierte Unternehmen.

Bereits die angemessene Ausrichtung des bankgeschäftlichen Handelns an dem jeweiligen „Geschäftsmodell“ ist „präventives Risikomanagement“ und würde daher zuweilen auch aufsichtsminimierend wirken können.

Hinzu kommen müssen selbstverständlich hinreichend qualifiziertes und unabhängiges Personal, insbesondere in Vorstand und auch Aufsichtsrat, eine funktionierende Risikofrüherkennung, eine zutreffende Geschäfts-, Risiko- und Eigenmittelgewichtung sowie Transparenz gegenüber Gesellschaftern, Marktteilnehmern, Abschlussprüfern und Aufsehern.

Zudem gilt es, die Leistungsfähigkeit der freiwilligen und zum Teil institutsschützenden Sicherungseinrichtungen aufrecht zu erhalten.

Da die staatliche Dauerbeaufsichtigung des bankgeschäftlichen Wohlverhaltens „idealtypisch“ aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtfertigungspflichtig ist, haben es die Banken „theoretisch“ ein gutes Stück weit selbst in der Hand, die Intensität staatlichen Einflusses zu steuern. Gleichwohl sind Zweifel angebracht, dass es allen Beteiligten ernsthaft noch darum geht, der unternehmerischen Freiheit willen (Art. 9 Abs. 1, 12, 14, 2 Abs. 1 GG) möglichst ein Weniger an Aufsicht anzustreben, die Eigeninitiative und -verantwortung zu stärken sowie das Risiko einer Institutsinsolvenz für den Einzelfall lediglich angemessen einzudämmen.

Die lähmende Mehrung stetig zunehmender aufsichtsrechtlicher Vorgaben darf nicht Ziel und Maßstab bankgeschäftlichen Handelns sein. Bankunternehmerisches Handeln muss wettbewerbsorientiert und darf nicht der Aufsicht zugewandt sein. Die BaFin ist keine Selbstverwaltungseinrichtung oder gar ein Dienstleistungsunternehmen und die der Aufsicht unterworfenen Unternehmen sind erst recht nicht deren Kunden. Bankenaufsicht ist ein Akt öffentlicher Gewalt und darf daher bei aller Notwendigkeit „nicht über das Ziel hinausschießen“.

Insgesamt ist es vertretbar, die Bankenkrise als Ergebnis einer Überregulierung zu verstehen, die Verantwortungsbewusstsein und langfristiges unternehmerisches Denken durch ein viel zu enges Netz von formellen Wohlverhaltensvorgaben ersetzt hat.

D. Weitere notwendige Gesetzesänderungen

Gerne möchte ich Ihre Aufmerksamkeit exemplarisch auf weitere rechtliche Gesichtspunkte lenken, die bereits 2007 diskutiert, aber damals zurückgestellt wurden, wie unter anderem

die Finanzierung der Aufsicht oder diejenige aufsichtsfremder Aufgaben,

die Doppelarbeit von BaFin und Deutscher Bundesbank,

die Haftung der BaFin für „schlechte Aufsicht“ oder

die Anordnungsbefugnisse gegenüber „kleinen Banken“ sowie

das Zusammenspiel von § 30 mit § 44 KWG und

die methodische Überarbeitung des Bankenaufsichtsrechts.

Insbesondere wegen der heftigen Kritik an dem Vorhaben, die Deutsche Bundesbank – soweit auf der Grundlage des Kreditwesengesetzes tätig – der Rechts- und Fachaufsicht des BMF unterstellen zu wollen, aber auch mit Rücksicht auf die Neugestaltung der Aufsichtsrichtlinie sind weitere aufsichtrechtliche und organisatorische Einzelfragen des damaligen Referentenentwurfs wie z. B. Rechts- und Fachaufsicht über die Deutsche Bundesbank, Steuerungsausschuss, Verwaltungsrat und Fachbeirat bis auf weiteres zurückgestellt worden.

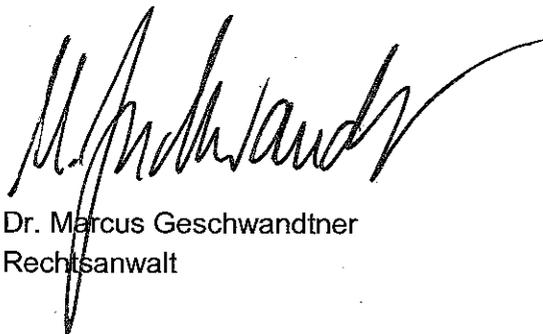
Absehbar werden uns ebenso diese Fragen erneut beschäftigen müssen und sollten daher in das weitere Gesetzgebungsverfahren eingebracht, in ihren Zusammenhängen beraten und beschlossen werden.

Meines Erachtens reicht die im Regierungsentwurf vorgesehene „Verbesserung der Eingriffsbefugnisse“ nicht aus, um wie beabsichtigt die „Durchschlagskraft der Aufsicht“ geordnet zu verbessern.

Für Details darf ich hierzu auf meine Fachveröffentlichungen und die Stellungnahme vom 18. März 2009 verweisen.

Gerne leite ich Ihnen auf Anfrage entsprechende Beiträge oder auch die Stellungnahme auch zu.

Köln, 26. Mai 2009



Dr. Marcus Geschwandtner
Rechtsanwalt