

Stellungnahme der
Gruppe Deutsche Börse

Zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über
den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von
Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts
an die Verordnung (EU) Nr. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an
Kreditinstitute und Wertpapierfirmen
(CRD IV-Umsetzungsgesetz)

Oktober 2012

Einleitende Bemerkung

Das Bundeskabinett hat am 22. August 2012 den Entwurf des CRD IV-Umsetzungsgesetzes beschlossen, das die „CRD IV“¹ termingerecht zum 1. Januar 2013 in das deutsche Recht überführen soll, sobald dieses Gesetzesvorhaben auf EU-Ebene verabschiedet und in Kraft getreten ist. Damit verbunden sind umfangreiche Änderungen verschiedener Rechtsnormen, insbesondere jedoch des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG), das in großen Teilen vollständig überarbeitet wird (KWG-E²). Ergänzt werden die CRD IV induzierten Änderungen durch weitere Anpassungen des KWG wie die modifizierten Vorschriften für das Millionenkreditmeldewesen.

Insgesamt werden sich die vorgeschlagenen Änderungen fundamental auf den Finanzmarkt im Allgemeinen sowie auf Institute im Speziellen auswirken. Die Änderungen werden verschiedenartige Institute in unterschiedlichem Ausmaß treffen. Die im Gesetzesvorhaben vorgeschlagene Umsetzung im KWG, auf die wir uns im Folgenden beschränken, zielt darauf ab, die im KWG bewährte Regulierung für Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen beizubehalten. Damit werden auch weiterhin im KWG Kreditinstitute über den Regelungsgehalt der CRD hinaus definiert und in der Kombination aus Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten weicht das KWG auch weiterhin von der Definitoren und dem Regelungsumfang von CRD und MiFID³ ab. Die so gewählte Vorgehensweise ist im Rahmen des EU-Rechts ausdrücklich zulässig und erleichtert unbestritten die Reduktion von Auswirkungen des Gesetzesvorhabens auf andere Rechtsvorschriften. Im Gegenzug wird jedoch das ohnehin hoch komplexe Regelwerk aus CRD, CRR, KWG, technischen EBA-Standards⁴, Rechtsverordnungen, BaFin-Rundschreiben und weiteren Gesetzen somit weiter verkompliziert. Insbesondere ist das KWG-E nunmehr noch stärker durch Ausnahmen und Rückausnahmen durchzogen und es ergeben sich dadurch potentielle Regelungslücken sowie – nach unserer Auffassung – auch unbeabsichtigte Regelungsfolgen. Die Beurteilung des Gesetzgebungsvorhabens und der Wechselwirkungen mit der CRR können zudem nicht abschließend beurteilt werden, da die CRR auf europäischer Ebene noch verhandelt wird und an vielen Stellen noch Anpassungen erwartet werden (siehe dazu u.a. unsere diesbezüglichen Anmerkungen unter Nummer 7 dieser Stellungnahme zu den neuen Kapitalpuffer-Anforderungen gem. §§10c ff KWG-E).

Zum jetzigen Zeitpunkt möchten wir Ihre Aufmerksamkeit auf einige zentrale Punkte des KWG-E lenken, die aus unserer Sicht im weiteren Gesetzgebungsverfahren einer Anpassung bedürfen.

¹ „Directive of the European Parliament and of the Council on the access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms“ (CRD) und “Regulation of the European Parliament and of the Council on the prudential requirements for credit institutions and investment firms“ (CRR) im Folgenden zusammengefasst als CRD IV bezeichnet.

² Im Folgenden wird der Entwurf des modifizierten KWG als KWG-E bezeichnet

³ Markets in Financial Instruments Directive (Finanzmarktrichtlinie), 2004/39/EU

⁴ Technische Durchführungs- und Regulierungsstandards der European Banking Authority

Anpassungsbedarf aus Sicht der Gruppe Deutsche Börse

1. Definition von Systemen gem. § 1 Absatz 16 KWG-E

„Systeme“ werden in Artikel 2a der Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und –abrechnungssystemen (SFD⁵) definiert. Hierunter fallen beispielsweise die von Wertpapierzentralverwahrern (z.B. Clearstream Banking AG), zentralen Kontrahenten (z.B. Eurex Clearing AG und European Commodity Clearing AG – siehe auch Artikel 17 Paragraph 4 EMIR⁶) und Zentralbanken betriebenen Systeme. Folgerichtig verweist der aktuelle Wortlaut des § 1 Absatz 16 KWG auf Artikel 2a der SFD. § 1 Absatz 16 KWG-E verweist nunmehr allerdings anstatt auf die Finalitätsrichtlinie auf „Systeme“ im Sinne des Artikels 4 Nummer 70 der Verordnung (EU) Nr. .../2012 (CRR-E), der seinerseits auf Artikel 4 Absatz 15 der Richtlinie 2004/39/EG (MiFID) verweist und „multilaterale Handelssysteme (MTFs)“ im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nr. 1b KWG betrifft.

MTFs (zum Beispiel die Eurex Bonds GmbH oder die Eurex Repo GmbH aus unserer Gruppe) sind jedoch in dieser Eigenschaft nur in den Handelsabschluss, nicht jedoch in die Geschäftsabwicklung einbezogen (analog einer Börse). Die „System“-Eigenschaft im Sinne der SFD ist hier weder gegeben noch notwendig. Der bezweckte Schutz durch rechtliche Finalität ist für MTFs mangels Geschäftsabwicklung nicht relevant. Demgegenüber bezeichnet ein System im Sinne der SFD eine förmliche Vereinbarung, die gemeinsame Regeln für die Ausführung von Zahlungs- bzw. Übertragungsaufträgen zwischen den Teilnehmern an diesem System festlegt. Derartige Systeme werden jedoch im Wesentlichen von CCPs⁷, Wertpapierzentralverwahrern (der Entwurf der EU-Verordnung zu den Zentralverwahrern (CSD⁸-Verordnung) sieht beispielsweise den Status eines Wertpapierliefer- und –abrechnungssystems im Sinne der SFD als eine Kernfunktion eines Zentralverwahrers vor) und Zentralbanken (hier unter anderem Target 2) betrieben. Die vorgeschlagenen Änderungen würden diesen Systembetreibern mangels Eigenschaft als MTF künftig die „System“-Eigenschaft nicht mehr zuerkennen und die von diesen Unternehmen betriebenen Systeme, die aktuell zu Recht den Schutz der Finalität unter der SFD bieten, würden nicht mehr in den Anwendungsbereich der SFD fallen.

Die Konsequenzen für den Finanzplatz Deutschland wären unserer Meinung nach katastrophal. Kein deutscher CCP und kein deutscher Zentralverwahrer könnten dadurch die Vorgaben von EMIR bzw. der CSD-Verordnung erfüllen. Wir bitten daher dringend um Rücknahme der vorgeschlagenen Änderung.

⁵ Settlement Finality Directive im Folgenden auch als Finalitätsrichtlinie bezeichnet

⁶ European Market Infrastructure Regulation

⁷ Central Counterparties

⁸ Central Securities Depositories

2. Beschlussfassung für Großkredite gem. § 13 KWG-E

Durch die (ersatzlose) Streichung der Regelungen des § 20 Absatz 5 KWG, die sich aus der Neufassung des § 20 KWG-E ergeben, sind künftig Geschäftsleiterbeschlüsse auch für Guthaben bei der Zentralnotenbank und Geldanlagen in Schuldverschreibungen von Zentralregierungen, sofern die Forderungen an die entsprechende Zentralregierung (einschließlich der Zentralnotenbank) 10 % des haftenden Eigenkapitals überschreiten, notwendig. Insbesondere für Forderungen an die Deutsche Bundesbank und die Bundesrepublik Deutschland erscheint uns dieses Erfordernis nicht sinnvoll und nicht sachgerecht.

Ebenso gilt die Beschlussnotwendigkeit nach unserem Verständnis für anzeige- und ggf. anrechnungspflichtige Tatbestände aus der Hereinnahme von finanziellen Sicherheiten bei Verwendung der einfachen Methode für finanzielle Sicherheiten. Gerade im Zuge der besicherten Geldanlage ist im Voraus nicht immer zu bestimmen, wer der Emittent einer akzeptierten Sicherheit sein wird (Festlegung einer bestimmten „Qualität“ der Sicherheit). Die Geschäftsleitung bestimmt jedoch in der Regel entsprechend den Vorgaben der MaRisk Sicherheiten-Kriterien und entsprechend der Vorgaben auch gewisse Sicherheiten-Limite je Kontrahent bzw. Emittent. Für derartige Sachverhalte einen expliziten Großkreditbeschluss zu fordern, erachten wir als nicht sachgerecht. Dieses Anliegen hat neben praktischen Erwägungen vor allem folgenden Hintergrund:

- (a) Finanzielle Sicherheiten, die im Rahmen der umfassenden Methode Verwendung finden, führen zu einer Korrektur des Forderungswertes gegenüber dem ursprünglichen Schuldner und nicht zu einer Forderung gegenüber dem Emittenten der Sicherheit. Ein Großkredit-Beschluss ist weder heute noch in Zukunft nach KWG-E notwendig.
- (b) Finanzielle Sicherheiten, die für Repo- oder Leihgeschäfte gestellt werden, die die Bedingungen des § 9 Absatz 1 Nr. 5 GroMiKV erfüllen, führen dazu, dass die Forderung eine Null-Anrechnung bekommt und somit ebenfalls nur die Forderung gegenüber dem ursprünglichen Schuldner existiert. Ein Großkreditbeschluss ist weder heute noch in Zukunft nach KWG-E notwendig (die entsprechende Regelung des § 9 Absatz 1 Nr. 5 GroMiKV ist in der CRR auch für die Zukunft vorgesehen).
- (c) Finanzielle Sicherheiten, die entsprechend den Vorschriften des § 20 Absatz 2 KWG aktuelle Fassung bei einem direkten Investment zu einer Nichtanrechnung auf die Großkreditgrenze führen würden, können bei Anwendung der einfachen Methode nach § 13 GroMiKV anrechnungsreduzierend (Null-Anrechnung) herangezogen werden und sind dann anzeigepflichtig. Aufgrund des Wechsels des Kreditnehmers kann die substituierte Forderung dann ggf. zu einem Großkredit gegenüber dem Sicherheitengeber führen. Eine Beschlussfassung ist aktuell nach § 20 Absatz 5 KWG nicht notwendig, die zukünftige Behandlung nach KWG-E ist unklar.
- (d) Sonstige finanzielle Sicherheiten, die im Rahmen der einfachen Methode nach § 13 GroMiKV zu einer Substitution des Schuldners führen, bedingen sowohl heute als auch nach dem KWG-E einen spezifischen Großkredit-Beschluss, sofern die entsprechenden Betragsgrenzen überschritten werden.

Im Ergebnis wird die einfache Methode in den Fällen (c) und (d) hinsichtlich der Beschlussfassungspflichten „schlechter“ gestellt als die umfassende Methode und führt – neben den grundsätzlichen Entscheidungen zur Akzeptanz von Sicherheiten (Sicherheiten-Richtlinie) und der grundsätzlichen Aufgabe, Sicherheiten-Konzentrationen zu überwachen und zu steuern – zu einer expliziten Beschlussfassungspflicht für Großkredite. Dies erachten wir grundsätzlich, zumindest aber im Fall (c), für nicht angemessen. Wir bitten daher, die grundsätzliche Fortführung der Regelung des bisherigen § 20 Absatz 5 KWG vorzusehen und die Regelung auch auf den Fall (d) auszudehnen.

Die Lösung des Problems könnte durch (sinngemäße) Einfügung der nachfolgenden Sätze (als Sätze 9 und 10) in § 13 Absatz 2 KWG-E erfolgen:

„Ein Beschluss der Geschäftsleiter ist nicht erforderlich, sofern der Kredit besteht oder gewährt werden soll in Form von Guthaben bei einer Zentralnotenbank aus operativer Geschäftstätigkeit oder in Form von Schuldtiteln, die unter die Regelungen des Artikel 389 (1) Buchstaben a), b), d) oder e) der Verordnung (EU) Nr.../2012 fallen und bei denen sich das Risikogewicht von 0 % ausschließlich aus dem Schuldner der Schuldtitel ergibt. Ferner ist ein Beschluss der Geschäftsleiter nicht erforderlich für Kredite gegenüber Emittenten von Wertpapieren einschließlich der Garantiegeber für derartige Wertpapieremissionen, die aus der Entgegennahme von Wertpapiersicherheiten im Zuge der Risikominderungstechniken resultieren und die im Rahmen der von den Geschäftsleitern genehmigten Sicherheiten-Richtlinien akzeptiert wurden.“

Eine Reduktion der Beschlussfassungspflichten durch eine nachgelagerte Rechtsverordnung nach § 13 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 KWG-E erscheint uns hierbei lediglich als eine Notlösung. Die unmittelbare Festschreibung im Gesetz – analog der bisherigen Regelung – stellt hingegen eine angemessene Lösung dar und entspricht der bisherigen rechtlichen Vorgehensweise.

3. Millionenkreditmeldewesen nach § 14 KWG-E

§ 14 Absatz 1 Satz 2 KWG-E bezieht bei Instituts- oder Finanzholdinggruppen indirekt unter anderem auch Anbieter von Nebendienstleistungen in die Meldepflichten zur Millionenkreditmeldung ein. Weiterhin sind grundsätzlich über diese Vorschrift auch Meldungen für in- und ausländische Finanzdienstleistungsinstitute, die nicht selbst nach § 14 Absatz 1 Satz 1 KWG-E meldepflichtig sind, zu erstellen. Finanzdienstleistungsinstitute, die nach § 2 Absatz 4, 7, 7a oder 8 KWG-E von der Meldepflicht auf Einzelinstitutsebene befreit sind, fallen allerdings über die Vorschrift des § 14 Absatz 1 Satz 3 KWG-E auch nicht in die indirekte Meldepflicht. Aufgrund der Gesetzessystematik des KWG ist nicht zweifelsfrei, ob diese Ausnahmeregelung nur für inländische Finanzdienstleistungsinstitute mit einer Erlaubnis nach § 32 KWG gilt oder aber auch ausländische Finanzdienstleistungsinstitute in den Ausnahmetatbestand eingebunden sind. Die Rechtsunsicherheit resultiert daraus, dass § 1 Absätze 1 und 1a KWG Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute unabhängig von deren Sitz oder dem Ort ihrer Geschäftstätigkeit definiert. Ein Inlandsbezug ergibt sich lediglich durch den Erlaubnisvorbehalt für „inländische“ Institute in § 32 Absatz 1 Satz 1 KWG. Die Regelungen der §§ 10 ff KWG wiederum beziehen sich sprachlich generell auf Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute oder zu-

sammenfassend auf Institute ohne hierbei einen ausdrücklichen Inlandsbezug herzustellen. Nach allgemeinem Rechtsverständnis ist der Inlandsbezug bzw. die Voraussetzung einer notwendigen und erhaltenen Erlaubnis nach § 32 KWG jedoch für die genannten Vorschriften (einschließlich § 14 KWG) anzunehmen. Die Ausnahmetatbestände des § 2 KWG-E – in diesem Kontext sind insbesondere die Absätze 4, 7, 7a und 8 relevant – nehmen einzelne Institute / Unternehmen von diversen Rechtsfolgen u.a. des § 14 KWG-E aus. Die dort referenzierten Institute / Unternehmen werden nur unter Verwendung der allgemeinen Definitionen des § 1 KWG-E ausgenommen wobei ein Inlandsbezug bzw. ein Erlaubnisvorbehalt des § 32 KWG wiederum nicht hergestellt wird. Nach unserem Rechtsverständnis kann jedoch nur von einer Rechtsfolge ausgenommen werden, wer der Rechtsfolge grundsätzlich unterliegt. Da nach dem oben dargelegten Rechtsverständnis der § 14 KWG-E (hier insbesondere Absatz 1 Satz 1) grundsätzlich nur auf im Inland tätige Unternehmen Anwendung findet, können die Ausnahmeregelungen des § 2 Absätze 4, 7, 7a und 8 KWG-E rechtssystematisch auch nur für im Inland tätige Institute / Unternehmen Geltung haben. Im Umkehrschluss greift die Rückausnahme des § 14 Absatz 1 Satz 3 KWG-E nur bei entsprechenden inländischen Finanzdienstleistungsinstituten, während nachgeordnete ausländische Finanzdienstleistungsinstitute mit dem gleichen Tätigkeitsumfang nicht unter die Rückausnahme fallen würden und somit Meldungen für diese Unternehmen durch das übergeordnete Unternehmen unter der Aufsicht der Bundesanstalt zu erbringen wären.

Wir erachten die indirekte Einbeziehung sowohl von Anbietern von Nebendienstleistungen als auch von ausländischen Finanzdienstleistungsinstituten, die bei einem Sitz im Inland befreit wären, für nicht angemessen und im Falle der ausländischen Finanzdienstleistungsinstitute haben wir zudem Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Europarecht. Insbesondere im Zuge der geplanten Ausweitung des Millionenkreditmeldewesens durch die Absenkung der Meldeschwelle, die Erweiterung des Kreditbegriffs und einer Erhöhung der Meldefrequenz führt die (unveränderte) Einbeziehung dieser Unternehmen zu erheblichen Ermittlungsaufwänden bei geringem Erkenntniswert.

Wie schlagen daher eine modifizierte Regelung wie folgt vor:

§ 14 Absatz 1 Satz 3 KWG-E: *„Dies gilt nicht,*

(1) soweit diese Unternehmen selbst nach Satz 1 anzeigepflichtig sind ~~oder,~~

(2) nach § 2 Absatz 4, 7, 7a oder 8 von der Anzeigepflicht befreit oder ausgenommen sind,

(3) bei Sitz im Ausland von der Anzeigepflicht befreit oder ausgenommen wären, sofern ihr Sitz im Inland wäre,

(4) es sich um Anbieter von Nebendienstleistungen handelt oder

(5) der Buchwert der Beteiligung an dem gruppenabhängigen Unternehmen nach § 10a Absatz 4 von den Eigenmitteln des übergeordneten Unternehmens abgezogen wird.“

Darüber hinaus schlagen wir vor, in § 20 Nr. 8 KWG-E die Ausnahmen von den Verpflichtungen nach § 14 KWG-E um „Handelsforderungen an zentrale Gegenparteien und Beiträge zum Ausfallfonds von zentralen Gegenparteien“ zu erweitern. Wir sind der Auffassung, dass Forderungen, die gem. Artikel 389 Absatz 1 Buchstabe j CRR-E von der Anrechnung auf die Großkreditobergrenze befreit sind (Null-Gewichtung), ebenfalls nicht in die Millionenkreditmeldungen einbezogen werden sollten.

Ansonsten würde der Verschuldungsgrad einer zentralen Gegenpartei, ebenso wie die Verschuldung des Konzerns zu dem die zentrale Gegenpartei gehört, verzerrt wiedergegeben, da die zentrale Gegenpartei aufgrund ihres spezifischen Rechtskonstrukts und der Verteidigungslinien wirtschaftlich quasi wie ein Treuhänder aller Clearing-Teilnehmer operiert. Die Forderungen an einen zentralen Kontrahenten sind aus diesem Grund auch nicht mit dem Handelsbestand vergleichbar, der durch Streichung des bisherigen § 20 Absatz 6 Nummer 5 KWG künftig vollständig in die Millionenkreditmeldungen einzubeziehen ist.

4. Corporate Governance gem. § 25d KWG-E

a) Absatz 3

In § 25d KWG-E sehen wir Klarstellungsbedarf in Bezug auf Mandate bei ausländischen Gesellschaften in einem monistischen System, wie es auch gemäß § 20 SEAG für die Europäische Gesellschaft (SE) zulässig ist. Hier sollte im KWG geregelt werden, wie mit derartigen Mandaten im Sinne der Beschränkungen des § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 und 4 KWG-E umzugehen ist. Die Umsetzung von Artikel 86 Absatz 1 Buchstabe c der CRD-E, die ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs mit § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 KWG-E erfolgen soll, ist in diesem Kontext zu sehen. Allerdings ist die entsprechende Regelung auf EU-Ebene noch in der Diskussion und der finale Inhalt schwer absehbar. In jedem Fall erachten wir die bisherige Umsetzung für unzureichend.

Gemäß Begründung wird als „Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan“ „jedes Organ verstanden, dem die Überwachung der Geschäftsleitung des jeweiligen Unternehmens obliegt, ohne dass es auf die Terminologie in dem einschlägigen, die Rechtsform regelnden Gesetz ankommt.“ Aus dieser Aussage ist somit zu schließen, dass es sich grundsätzlich um ein „Organ“ handelt. Dem steht nach unserer Ansicht auch nicht die Ausführung der Begründung entgegen, dass diese Funktion im Zweifel unmittelbar bei den Gesellschaftern liegt. Daraus folgt, dass im monistischen System das komplette Organ als „Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan“ anzusehen ist, unabhängig davon, ob einzelne Mitglieder (nach CRD zulässigerweise) auch als Geschäftsleiter fungieren. Insofern ist der aktuelle Vorschlag zu § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 KWG-E nach unserer Auffassung zwingend auf Basis des finalen Textes zu Artikel 86 Absatz 1 Buchstabe C der CRD-E anzupassen. Da somit auch der Text der Begründung nicht zutreffend die Zuordnung von „Executive“ Mitglieder des Organs in einem monistischen System wiedergibt, muss unserer Meinung nach deren Behandlung für die Mandatsbeschränkung nach § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummern 3 und 4 KWG-E geregelt werden. Eine solche Regelung könnte als ergänzender Satz in § 25d Absatz 3 KWG-E sinngemäß wie folgt eingefügt werden:

„Mandate von Mitgliedern des Verwaltungsorgans in monistischen Systemen, die zugleich auch als Geschäftsleiter fungieren, sind für die Zwecke der Beschränkung des Satzes 1 Nummer 3 und 4 lediglich als Geschäftsleiter zu werten.“

Artikel 87 Absatz 1 Buchstabe a Satz 3 CRD-E sieht eine fixe quantitative Beschränkung lediglich für Institute vor, die hinsichtlich ihrer Größe, internen Organisation, der Natur, des Umfangs oder der Komplexität ihrer Geschäftsaktivität als „wesentlich“ einzustufen sind. Der aktuelle Vorschlag zu § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 und 4 KWG-E kennt dagegen eine solche Voraussetzung nicht. Im Sinne einer 1:1 Umsetzung der europäischen Vorgaben bitten wir daher um eine entsprechende Anpassung der vorgesehenen Regelung im KWG. Wir erachten die Trennung der Aufzählung in § 25d Absatz 3 Satz 1 KWG-E nach der Nummer 2 für eine mögliche Lösung. Die bisherigen Nummern 3 und 4 würden dann in einen neuen Satz 1a überführt (als Nummer 1 und 2) und sinngemäß folgenden einleitenden Text erhalten:

„Bei Instituten, Finanzholding-Gesellschaften und gemischten Finanzholding-Gesellschaften im Sinne des Satzes 1, die hinsichtlich ihrer Größe, internen Organisation, der Natur, des Umfangs oder der Komplexität ihrer Geschäftsaktivitäten als wesentlich einzustufen sind, kann ergänzend zu Satz 1 Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans nicht sein,“

In Artikel 87 CRD-E ist aktuell eine Ausnahmeregelung für Mandate innerhalb einer „Gruppe“ dergestalt eingeräumt, dass solche Mandate über alle Gruppengesellschaften für die Frage der Mandatsbeschränkung zu (jeweils) einem (Geschäftsleiter- bzw. Aufsichts-/Verwaltungsrats-) Mandat zusammengefasst werden. Der Begriff der Gruppe ist jedoch innerhalb der CRD nicht geregelt. Damit kann hier sowohl eine Gruppe im Sinne des aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreises als auch ein Konzern im Sinne des handelsrechtlichen Konsolidierungskreises unter die Regelung fallen. Die Umsetzung in § 25d Absatz 3 Satz 2 KWG-E schränkt unserer Meinung nach diese Auslegung unangemessen ausschließlich auf die im KWG definierte aufsichtsrechtliche Gruppe ein. Die Integration von Managementfunktionen ist jedoch in Konzernstrukturen weit verbreitet und umschließt häufig z.B. die Tätigkeit als Vorstand oder Geschäftsführer von kleinen Tochterunternehmen (einschließlich Vorratsgesellschaften), die nicht in die aufsichtsrechtliche Konsolidierung einbezogen werden müssen. Die Einschränkung auf die aufsichtsrechtliche Gruppe erscheint uns vor diesem Hintergrund unangemessen. Wie die nationale Umsetzung des Begriffs zudem in anderen Staaten erfolgt, ist schwer abzuschätzen. Eine abweichende und ggf. offenere Definition in anderen Staaten würde jedenfalls deutsche Unternehmen unangemessen benachteiligen.

Der Entwurf des § 25d Absatz 3 Satz 2 KWG-E lässt die Zusammenfassung von Mandaten darüber hinaus nur zu, wenn die Beaufsichtigung der entsprechenden Unternehmen durch die Bundesanstalt erfolgt. Dies geht jedoch nach unserer Ansicht eindeutig über die Anforderung der CRD hinaus. Es benachteiligt Gruppen, die unter der konsolidierten Aufsicht einer ausländischen Aufsichtsbehörde stehen. Eine derartige Einschränkung des Gruppenbegriffs scheint uns im Widerspruch zur CRD zu stehen und ist im Zweifel europarechtswidrig.

Eine exzessive Nutzung der Gruppen-Regelung in diesem Kontext kann durch die Notwendigkeit zur Verpflichtung der Widmung von ausreichender Zeit für die Aufgaben in den regulierten Gesellschaften (u.a. §§ 25c Absatz 1 Satz 1 und 25d Absatz 1 Satz 1 KWG-E) seitens der Aufsicht unterbunden werden, so dass eine weite Auslegung des Gruppenbegriffs in diesem Fall aus unserer Sicht auch keine spezifischen Risiken mit sich bringt.

Wir bitten daher den Text in § 25d Absatz 3 Satz 2 KWG-E im Hinblick auf handelsrechtliche Konzerne sinngemäß wie folgt zu modifizieren:

„Mehrere Geschäftsleitermandate oder mehrere Mandate in Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gelten jeweils als nur ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden, die der Aufsicht der Bundesanstalt unterstehen und

- 1. die derselben Instituts-, Finanzholding- oder gemischten Finanzholdinggruppe oder demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören,*
- 2. ~~oder an denen das Institut eine bedeutende Beteiligung hält oder~~*
- 3. die in den gleichen konsolidierten Abschluss nach anwendbaren Rechnungslegungsstandards einbezogen werden.“*

Laut Begründung des Regierungsentwurfs zu § 25d Absatz 3 Satz 2 KWG-E soll diese Regelung die bisherige Privilegierung des § 36 Absatz 3 Satz 6 KWG widerspiegeln. Die bisherige Regelung wird als konform zur Regelung des Artikels 87 Absatz 1 Buchstabe a CRD-E beschrieben. Die Regelung des § 36 Absatz 3 Satz 6 KWG beschränkt jedoch die Möglichkeit, Mitglied in einem Aufsichtsrat eines Instituts zu werden, lediglich bei Überschreiten von fünf Mandaten bei durch die Bundesanstalt beaufsichtigten Unternehmen. Wir können diese Einschränkung jedoch nicht in § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 KWG-E wiederfinden. Insofern geht zumindest der Hinweis in der Begründung ins Leere. Andererseits können wir diese Einschränkung auch nicht dem Wortlaut des aktuellen Diskussionsstandes zu Artikel 87 CRD-E entnehmen. Nach unserer Interpretation spiegelt insofern der Vorschlag zu § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 KWG-E den Inhalt der CRD korrekt wider. Vor dem Hintergrund des Begründungstexts bitten wir jedoch den Regelungszweck von Artikel 87 Absatz 1 Buchstabe a CRD-E zu prüfen und die Beschränkung auf überwachte Unternehmen in § 25d Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 und 4 KWG-E gegebenenfalls aufzunehmen.

b) Absatz 7

§ 25d Absatz 7 KWG-E enthält übergreifende Regelungen für von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen zu bildende Ausschüsse, die in den Absätzen 8 bis 12 näher geregelt sind. Institute und übergeordnete Unternehmen nach § 25d Absatz 3 Satz 1 KWG-E brauchen derartige Ausschüsse nur dann einzurichten, wenn die Kriterien nach § 25d Absatz 7 Satz 1 KWG-E dies gebieten. Insbesondere Unternehmen deren Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan sich aus weniger als zehn Mitgliedern zusammensetzt können gemäß der Begründung zu § 25d KWG-E von der Bildung entsprechender Ausschüsse absehen. Die Größe wird somit als hinreichendes Kriterium angesehen, um ohne weiteres auf die Bildung eines Ausschusses zu verzichten. Wir erachten diese Auslegung im Hinblick auf die Beurteilung der Kriterien nach § 25d Absatz 7 Satz 1 KWG-E als wesentlich und halten aus diesem Grund eine Verankerung im Gesetzestext für notwendig.

Wir schlagen vor nach § 25d Absatz 7 Satz 1 KWG-E folgenden neuen Satz 1a einzufügen:

„^{1a}Die Unternehmen können, ohne eine Zustimmung der Bundesanstalt zu benötigen, von der Bildung der Ausschüsse nach den Absätzen 8 bis 12 absehen, wenn dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan weniger als zehn Mitglieder angehören.“

Ferner möchten wir darauf hinweisen, dass die Kriterien nach § 25d Absatz 7 Satz 3 KWG-E, die seitens der Mitglieder der Ausschüsse erfüllt werden sollen, unserer Ansicht nach weit über die Vorgaben der CRD und anderer vergleichbarer Rechtstexte hinausgehen. Die CRD kennt lediglich in Artikel 75 Absatz 3 CRD-E die allgemeine Anforderung, dass die Mitglieder des Risikokomitees über entsprechende Kenntnisse verfügen müssen. Die CRD verwendet in diesem Kontext jedoch nicht die Anforderung an „alle“ Mitglieder. Weder die Richtlinie der EBA (Guidelines on Internal Governance, GL 44)⁹ noch das Aktiengesetz (§ 107 Absatz 4 in Verbindung mit § 100 Absatz 5 AktG) oder der Deutsche Corporate Governance Kodex (Tz. 5.3.2, „Bildung von Ausschüssen“) kennen eine derart umfassende Anforderung an alle Mitglieder etwaiger Ausschüsse.

Die genannten Rechtsquellen verlangen üblicherweise, dass mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses (in der Regel der Vorsitzende) Sachverstand zu den Aufgabengebieten des Ausschusses haben muss. Sowohl der Deutsche Corporate Governance Kodex (Tz. 5.3.3, „Bildung von Ausschüssen“) als auch Artikel 86 der CRD sehen derartige Anforderungen an sämtliche Mitglieder des Nominierungsausschusses nicht vor. Dies gilt auch für den Vergütungskontrollausschuss nach Artikel 91 CRD-E. Auch der Text der Begründung zu § 25d Absatz 2 KWG-E legt keine derart weitreichende Auslegung der Anforderung an die Mitglieder der Ausschüsse nahe („Im Gegensatz zu der von Geschäftsleitern geforderten fachlichen Eignung erfordert „Sachkunde“ bei den einzelnen Verwaltungs- und Aufsichtsorganmitgliedern in Anlehnung an BGHZ 85, 293 ff. (Tz. 11) finanztechnisches Fachwissen (nur) in einem Ausmaß, das die Person zur Mitwirkung an der Kollektiventscheidung befähigt. Das bedeutet, dass nicht sämtliche Mitglieder über alle notwendigen Spezialkenntnisse verfügen müssen. Es kommt daher im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan auf eine Zusammenschau der Kenntnisse aller Mitglieder des Organs an.“). Aus diesem Grund sollte unserer Auffassung nach § 25d Absatz 7 Satz 3 KWG-E sinngemäß folgendermaßen gefasst werden:

„³Mindestens ein Mitglied der Ausschüsse muss ~~Die Mitglieder der Ausschüsse müssen~~ die zur Erfüllung der jeweiligen Ausschussaufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen haben.“

⁹ Die Anforderungen befinden sich in Teil III, Titel II, B.2 Nummer 14 „Organisational functioning of the management body“.

c) Absatz 10

In § 25d Absatz 10 KWG-E wird die Möglichkeit eingeräumt einen kombinierten Ausschuss, der sowohl die Aufgaben des Risiko- als auch des Prüfungsausschusses wahrnimmt, einzurichten. Diesbezüglich heißt es im Gesetzestext, dass die Entscheidung für einen solchen gemeinsamen Ausschuss unter Berücksichtigung der Kriterien nach § 25d Absatz 7 Satz 1 KWG-E gefällt werden soll. Unseres Erachtens ist der Verweis auf die Kriterien nach Absatz 7 Satz 1 an dieser Stelle nicht zielführend. Ein Institut, das in Anbetracht der Kriterien nach § 25 d Absatz 7 Satz 1 KWG-E keine Ausschüsse einrichten muss, kann konsequenterweise auch nicht zur Einrichtung eines gemeinsamen Ausschusses verpflichtet werden. Die Möglichkeit zur Einrichtung eines gemeinsamen Ausschusses kann somit nicht unter Berücksichtigung der Kriterien nach § 25d Absatz 7 Satz 1 KWG-E abgeleitet werden. In diesem Fall ist bereits die Regelung aus der uns vorliegenden aktuellen Kompromissfassung der CRD-E vom Juli 2012 (Artikel 75 Absatz 3 CRD-E) offensichtlich unsinnig.

Ungeachtet dessen kann die Zusammenfassung der Ausschüsse bei Instituten, die die Kriterien nach § 25d Absatz 7 Satz 1 KWG-E nicht erfüllen, sinnvoll sein. Wir schlagen deshalb für § 25d Absatz 10 Satz 1 KWG-E folgende alternative Formulierung vor:

„(10) Das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan eines in Absatz 3 Satz 1 genannten Unternehmens kann einen gemeinsamen Risiko- und Prüfungsausschuss bestellen, wenn dies in Würdigung der Umstände ~~unter Berücksichtigung~~ über die Kriterien nach Absatz 7 Satz 1 hinaus sinnvoll ist.“

d) Absatz 12

Aus unserer Sicht sind die Vorgaben des Artikels 91 CRD-E über den § 25d Absatz 12 Satz 1 und 2 KWG-E vollumfänglich umgesetzt. Die qualitativen Vorgaben zur Besetzung eines Vergütungsausschusses gem. § 25d Absatz 12 Satz 3 bis 7 KWG-E gehen dabei über die Anforderungen des Artikel 91 CRD-E hinaus. Eine Quelle für die ergänzenden Regelungen ist der Begründung zu Absatz 12 ebenfalls nicht zu entnehmen. Wir erachten die Anforderungen als zu weitgehend und bitten im Sinne einer 1:1-Umsetzung der EU-Vorgaben um die Streichung des § 25d Absatz 12 Satz 3 bis 7 KWG-E.

5. Konsolidierung gem. § 10a KWG-E

Im Zusammenhang mit den überarbeiteten Konsolidierungsvorschriften des § 10a KWG-E möchten wir unsere Bedenken über die möglicherweise unbeabsichtigte Einbeziehung von – unseres Erachtens – nicht unter die CRD-Aufsicht fallenden Unternehmen in Teilbereichen und insbesondere im Rahmen der konsolidierten Aufsicht vortragen. Dies gilt insbesondere für die Einbeziehung von Instituten nach § 1 Absatz 1b KWG-E, die über den Artikel 4 Nummer 8 CRR-E von der Anwendung der CRR ausgenommen sind und somit für die Zwecke der Konsolidierung nach der CRR nicht als Institute zu betrachten sind. Das KWG-E nimmt derartige Institute (und weitere im KWG aber nicht in der CRD regulierte Institute) in § 2 grundsätzlich von der Anwendung der CRR aus, die Gruppenregelung in § 10a KWG-E ist hier jedoch nicht eindeutig und bezieht diese Unternehmen in ihrer Eigenschaft als

Institut wieder in die Konsolidierungspflicht ein bzw. löst – aus unserer Sicht gegen die Intention der CRD / CRR – sogar erst die aufsichtsrechtliche Konsolidierung aus. Die Formulierung des § 10a Absatz 1 Satz 1 KWG-E bietet unserer Meinung nach zudem Interpretationsspielraum, alle KWG-Institute (Nicht CRR-Institute) unabhängig von der Rückausnahme nach § 2 KWG-E ggf. als übergeordnete Unternehmen zu qualifizieren, was vor dem oben geschilderten Hintergrund für in § 2 KWG-E von der Anwendung der CRR ausgenommene Institute nach unserer Ansicht nicht gefordert werden sollte.

Wir bitten daher, folgende Regelung als § 2 Absatz 8c KWG-E aufzunehmen:

„Unternehmen, die durch die Absätze 7 – 8b von der Anwendung bestimmter Vorschriften ausgenommen sind,

(a) gelten nicht als Institute im Sinne von Artikel 4 Absätze 63 bis 69 sowie Artikel 16 und 17 der Verordnung (EU) Nr..../2012,

(b) werden für die Zwecke der oben genannte Artikel den Finanzinstituten oder den Anbietern von Nebenleistungen gleichgestellt, sofern die Definition des Artikel 4 (3) oder 4 (89) der Verordnung (EU) Nr..../2012 zutreffen,

(c) sind nicht übergeordnete Unternehmen nach § 10a Absatz 1 Satz 2.“

6. Anwendung der Ausnahmebestimmungen nach § 2 Absatz 8 KWG-E

Gemäß Artikel 4 Nummer 8 CRR-E sind bestimmte Unternehmen von den Regelungen der CRD/CRR ausgenommen. Dies ist im Wesentlichen in § 2 Absatz 8 KWG-E umgesetzt (siehe unsere Anmerkungen zu 5.). Für derartige Unternehmen sollten somit auch die Bestimmungen der Artikel 75, 86, 87 und 91 CRD-E nicht gelten. Im Gesetzesentwurf sind diese Vorschriften jedoch in § 25d Absatz 3 und Absatz 7 bis 12 KWG-E umgesetzt. Diese Regelungen sollten daher den Ausnahmebestimmungen des § 2 Absatz 8 KWG-E hinzugefügt werden. Die Ausnahme dieser Regelungen sollte unseres Erachtens explizit im KWG geregelt werden und nicht implizit durch den Proportionalitätsgedanken zur Anwendung kommen. Abweichend davon erachten wir die Anwendung des § 25c KWG-E und des § 25d Absätze 1, 2 und 4 bis 6 KWG-E, trotz der Ausnahmeregelung des Artikel 4 Nummer 8 CRR-E für vertretbar, da es sich hier um generelle Regelungen handelt.

7. Neue Kapitalpuffer-Anforderungen gem. §§ 10c ff. KWG-E

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf haben die sich teilweise immer noch in Diskussion befindlichen Kapitalpuffer-Anforderungen Eingang in das KWG-E gefunden. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinweisen, dass in den aktuellen EU-Verhandlungen bei einer Reihe von Themen deutliche Unterschiede zwischen der aktuellen Position des Rates und der des Parlamentes bestehen und auch die Einigung innerhalb der allgemeinen Ausrichtung des Rates keineswegs als endgültig angesehen werden kann. Da die Gestaltung der künftigen Kapitalpuffer-Anforderungen einen wesentlichen Bestandteil dieser Verhandlungen ausmachen, sehen wir uns zum jetzigen Zeitpunkt nicht in

der Lage, eine umfassende Stellungnahme vorzutragen. Dennoch möchten wir nachfolgend auf diverse, nicht hinreichend geklärte Sachverhalte hinweisen.

Die im aktuellen Gesetzesentwurf vorgesehene Kombination des Puffers für systemische Risiken (§ 10e KWG-E) und des Puffers für global systemrelevante Institute (§ 10f KWG-E) über die kombinierte Pufferanforderung nach § 10g KWG-E entspricht unseres Erachtens nicht dem uns bekannten Stand des Richtlinienentwurfes. Vielmehr handelt es sich bei dem Puffer nach § 10e KWG-E um einen Vorschlag des Rates (Artikel 124a CRD-E), wohingegen es sich bei dem Puffer nach § 10f KWG-E ausweislich der Begründung um die Umsetzung der Empfehlungen des Baseler Ausschusses handelt¹⁰, der sich in Ansätzen auch in den Vorschlägen des Europaparlaments wiederfindet. Die Empfehlungen des Baseler Ausschusses sind aktuell jedoch nicht im CRD IV-Paket enthalten und insofern geht der Gesetzesentwurf über die europäischen Vorgaben hinaus. Die letztliche Ausgestaltung der Puffermodalitäten wird derzeit auf EU Ebene kontrovers diskutiert. Ob letztlich beide Puffer Eingang in den finalen Text der CRD finden, entzieht sich zwar unserer Kenntnis, dennoch möchten wir darauf hinweisen, dass nur eine Verankerung entsprechender Vorschriften in der europäischen Richtlinie Rechtsgrundlage für eine entsprechende Anpassung des Kreditwesengesetzes sein kann.

Die vorgeschlagenen Regelungen der §§ 10e und 10f KWG-E erscheinen uns zudem in der aktuellen Fassung hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte unvollständig. Die Möglichkeit der Detailregelung über Rechtsverordnungen in § 10e Absatz 5 KWG-E und § 10f Absatz 4 KWG-E erachten wir vor dem Hintergrund der möglichen Tragweite derartiger Puffer für unzureichend.¹¹ Damit sprechen wir uns nicht grundsätzlich gegen die Lösung von Details in einer Rechtsverordnung aus. Die Regelung muss jedoch im Gesetz deutlich klarere Grenzen aufzeigen, die dann den Rahmen für die Rechtsverordnung bilden. So sind aktuell zumindest die folgenden Sachverhalte gänzlich ungeklärt:

- Maximale Höhe des jeweiligen Puffers,
- Anpassungsmechanismen und –fristen bei der Erhöhung des Puffers,
- Entwicklung der maximalen Höhe des jeweiligen Puffers während einer Übergangsphase (zumindest in der Begründung unter Verweis auf die CRD dargelegt).

Die Regelungen sollten dabei auf den finalen (uns bisher nicht bekannten) Regelungen der CRD fußen und nicht die Möglichkeit von strengeren Regeln in Anspruch nehmen (1:1 Umsetzung, kein „gold plating“). Sofern die CRD IV-Regeln unerwarteter Weise nicht alle oben genannten Aspekte hinreichend regeln, könnte sich das KWG an den Regeln für den antizyklischen Kapitalpuffer hinsichtlich der Anpassungsmechanismen orientieren (Artikel 126 CRD-E) und bezüglich der maximalen Höhe und der Übergangsregelungen einerseits an den Rahmenvereinbarung für global systemrelevante Banken des Baseler Ausschusses vom November 2011¹² sowie andererseits an den Vorgaben der CRD-E selbst ausrichten.

¹⁰ Empfehlungen des Baseler Ausschusses (November 2011) zur Identifizierung von global systemrelevanten Instituten und der Festsetzung eines Kapitalzuschlags für diese Institute.

¹¹ Dies gilt grundsätzlich auch für die Regelung des § 10d Absatz 1 letzter Satz KWG-E.

¹² BCBS (2011): Global systemrelevante Banken: Bewertungsmethodik und Anforderungen an die zusätzliche Verlustabsorptionsfähigkeit, Tz. 96

In diesem Kontext sollte als Leitlinie für die Rechtsverordnung sowohl in den §§ 10e und 10 f KWG-E als auch in § 10d KWG-E festgehalten werden, dass die in der CRD vorgegebenen Obergrenzen und Übergangsregelungen einzuhalten sind und das in der CRD vorgesehene Ausnahmeregelungen (z.B. zur Festsetzung von antizyklischen Kapitalpuffern über 2,5 % hinaus) restriktiv und nur in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden kann.

Sollten die Übergangsbestimmungen und Obergrenzen für die Puffer nach den §§ 10e und 10f KWG-E nicht sachgerecht verankert werden, so laufen die Institute Gefahr, in der Übergangsfrist bis 2019 Kapitalpuffer vorhalten zu müssen, die (weit) über die grundlegenden Anforderungen einschließlich der Puffer nach den §§ 10c und 10d KWG-E hinausgehen und somit die Übergangsvorschriften zu diesen Puffern ad absurdum führen. Dies gilt umso mehr, als die Übergangsvorschriften gerade dazu dienen sollen, die steigenden qualitativen und quantitativen Anforderungen an das Eigenkapital in einer angemessenen Übergangsfrist zu erfüllen. Die Baseler Vorschläge sehen zudem für den Kapitalpuffer nach § 10f KWG-E eine stufenweise Einführung erst ab 1. Januar 2016 vor.

Die Übergangsregelungen müssten dann in § 64o KWG-E z.B. unmittelbar nach Absatz 6 eingefügt werden.

Darüber hinaus möchten wir auf einige Ungereimtheiten in § 10e KWG-E hinweisen. Die Bestimmung des § 10e Absatz 1 KWG-E, den Kapitalpuffer „dauerhaft“ vorhalten zu müssen, ist unserer Meinung nach zu weitreichend. Nach unserem Verständnis bedeutet dies, dass ein einmal angeordneter Puffer später auch bei veränderten Rahmenbedingungen nicht zurückgenommen werden kann. Dies erschließt sich uns jedoch weder aus dem Kontext noch aus dem Zweck der Regelung. Ferner erachten wir die Streichung des fraglichen Wortes – auch im Kontext des Absatzes 2 („..., um langfristige, nicht zyklische systematische oder makroprudentielle Risiken, ...“) – für problemlos. Der Gesetzestext wird auch ohne ein Abstellen auf die Dauerhaftigkeit der eigentlichen Intention der Regelung gerecht. Gleichzeitig wird durch die Streichung der Anforderung einer Dauerhaftigkeit keine Rechtunsicherheit geschaffen, ob die Bundesanstalt eine Reduzierung des Puffers zu einem späteren Zeitpunkt wieder ermöglichen kann.

Weiterhin scheint uns der Verweis in § 10e Absatz 4 KWG-E nicht korrekt zu sein. Hier sollte es unserer Ansicht nach „Absatz 1 bis 3“ anstatt „Absatz 2 bis 4“ heißen.

Ferner sind unseres Erachtens die in § 64o KWG-E vorgesehenen Übergangsregeln im Hinblick auf die erstmalige Bildung der Puffer nach §§ 10c und 10d KWG-E missverständlich formuliert und somit mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet. In § 64o Absatz 6 Satz 1 KWG-E heißt es, dass die Puffer erstmals ab dem 1. Januar 2019 vollständig anzuwenden sind. Weiterhin sind entsprechende Maßgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2018 in § 64o Absatz 6 Nummer 1 bis 3 KWG-E näher dargestellt. Eine Regelung für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2015 ist jedoch nicht getroffen, so dass in diesem Zeitraum rechtssystematisch die vollen Puffer anzuwenden wären. Da dies gemäß dem Kontext der Regelung, den Vorschriften der CRD-E und den Darlegungen in der Begründung offensichtlich nicht gewünscht ist, empfehlen wir § 64o Absatz 6 Satz 1 KWG-E wie folgt zu modifizieren:

„Die §§ 10c und 10d in der ab dem 1. Januar 2013 geltenden Fassung sind erstmals ab dem 1. Januar 2016 vollständig anzuwenden.“

Die vollständige Anwendbarkeit ab 1. Januar 2019 ergibt sich durch die Detailregelungen für die Übergangsfrist vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2018 in § 64o Absatz 6 Satz 2 KWG-E.

8. Definitiorik

Für die Gewährleistung eines größtmöglichen Gleichlaufs mit der CRR möchten wir um eine kritische Prüfung einzelner Begriffe bitten, deren Korrektur wir als notwendig erachten:

Der Entwurf der EU Kommission für die CRR definiert eine zentrale Gegenpartei (oder „zentraler Kontrahent“, der finale deutsche Begriff wird sich erst aus der offiziellen Übersetzung der CRR ergeben; In der Deutschen Fassung von EMIR und dem BMF-Entwurf des EMIR-Ausführungsgesetzes wird der Begriff „zentrale Gegenpartei“ verwendet) in Artikel 4 Nummer 73 CRR-E im Gleichklang mit der bisherigen Definition in der Richtlinie 2006/48/EG Anhang III Teil 1 Ziffer 2. Der Kompromissvorschlag des Rates zu Artikel 4 Nummer 73 CRR-E schlägt – unserer Meinung nach zu Recht – eine Verlinkung auf EMIR als europäische Basis für die Zulassung und Überwachung von CCPs vor. Der Ratsvorschlag verweist jedoch nicht nur auf die (im Detail abweichende) Definition eines CCPs in EMIR, sondern setzt auch die Zulassung oder Anerkennung eines CCPs unter EMIR voraus. Dieser letzte Bestandteil erscheint vordergründig sinnvoll. In der Übergangszeit unmittelbar nach Einführung von EMIR liegt jedoch weder eine Zulassung noch eine Anerkennung vor. Die Übergangsregelung des Artikel 89 Absatz 4 EMIR trägt diesem Sachverhalt Rechnung. Darüber hinaus sollten unverändert auch Dritt-Staaten CCPs, die aufgrund ihres Geschäfts keine Anerkennung unter EMIR benötigen, für die Regelungen des Kontrahenten-Gewichts unter der CRD mit den „EMIR-CCPs“ beim Vorliegen vergleichbarer Voraussetzungen (u.a. Einhaltung der CPSS-IOSCO Prinzipien für CCPs) einbezogen werden. Eine entsprechende Regelung muss zunächst im Rahmen der Finalisierung der CRR auf EU-Ebene erreicht werden. Wir haben unsere diesbezüglichen Anmerkungen bereits auf europäischer Ebene vorgetragen. Ungeachtet dessen muss unserer Auffassung nach der § 1 Absatz 31 KWG-E grundsätzlich die finale Regelung der CRR widerspiegeln und darüber hinaus gegebenenfalls eine angemessene Regelung für die Übergangszeit (ggf. über eine Ergänzung in § 64o KWG-E) und die Dritt-Staaten CCPs enthalten, um auf diese Weise das Kontrahentengewicht gegenüber zentralen Gegenparteien für die Eigenkapitalunterlegung und die Großkreditregeln korrekt abzubilden.

§ 1 Absatz 31 KWG-E ist jedoch zugleich auch die Basis für das Bankgeschäft nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 12 KWG-E und soll dies auch mit dem CRD IV-Umsetzungsgesetz, vor allem aber mit dem EMIR-Ausführungsgesetz bleiben. Um diesem Zweck gerecht zu werden, ist § 1 Absatz 31 KWG-E zwingend im Gleichklang mit der Definition aus Artikel 2 Nummer 1 EMIR zu halten. Dies wird so aktuell auch mit dem EMIR-Umsetzungsgesetz vorgeschlagen.

Da die Definition einer zentralen Gegenpartei jedoch wie oben dargelegt zwei unterschiedlichen Zwecken dient (Basis für die Erlaubnis unter EMIR / zum Betreiben von Bankgeschäften nach § 1 Ab-

satz 1 Satz 2 Nummer 12 KWG-E einerseits [Umsetzung von EMIR] und andererseits Definition der Basis für die Behandlung von Risikopositionen [CRD IV Umsetzung]), die – abhängig vom finalen Wortlaut der CRD möglicherweise – eine nicht deckungsgleiche Definitionsbasis haben (Artikel 2 Nummer 1 EMIR referenziert auf „markets“ und verlangt sachlogisch korrekt als Voraussetzung keine Zulassung oder Anerkennung, die CRR referenziert abweichend davon auf „financial markets“ (Kommissionsvorschlag) bzw. bedingt die Zulassung oder Anerkennung nach EMIR (Ratsvorschlag)), erscheint eine differenzierende Abbildung im KWG zwingend. Die konkrete Umsetzung ist abhängig von der Reihenfolge des Inkrafttretens des CRD IV-Umsetzungsgesetzes und des EMIR-Ausführungsgesetzes. Sofern das EMIR-Ausführungsgesetz vor dem CRD IV-Umsetzungsgesetz in Kraft tritt, muss für Zwecke der Solvenz- und Großkreditaufsicht die bisherige Regelung in Kraft bleiben (Fall 1), andernfalls muss bei der CRD IV-Umsetzung der finale Inhalt der CRR-Regelung umgesetzt werden (Fall 2).

Auf dieser Basis schlagen wir folgende Regelung für den Fall 1 vor:

Das EMIR-Ausführungsgesetz fasst den § 1 Absatz 31 KWG-E wie folgt:

„Eine zentrale Gegenpartei im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 12 ist ein Unternehmen im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (ABl. L 201 vom 27.7.2012, S. 1) in der jeweils geltenden Fassung. Abweichend von Satz 1 ist eine zentrale Gegenpartei für die Zwecke von Kontrahentenpositionen im Sinne der §§ 10 bis 18 ein Unternehmen, das bei Kaufverträgen innerhalb eines oder mehrere Finanzmärkte zwischen den Käufer und den Verkäufer geschaltet wird, um als Vertragspartner für jeden der beiden zu dienen, und dessen Forderungen aus Kontrahentenausfallrisiken gegenüber allen Teilnehmern an seinen Systemen auf Tagesbasis hinreichend besichert sind.“

Im (zeitlich späteren) CRD IV-Umsetzungsgesetz muss dann der Text gemäß unserem Vorschlag zu Fall 2 (siehe unten) angepasst werden.

Der Vorschlag für den Fall 2 unterscheidet sich lediglich im Satz 2. Der komplette Sachverhalt kann direkt mit dem CRD IV-Umsetzungsgesetz gelöst werden, da EMIR bereits in Kraft ist. Der konsolidierte Vorschlag für die Formulierung zu § 1 Absatz 31 KWG-E lautet dann sinngemäß wie folgt:

„Eine zentrale Gegenpartei im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 12 ist ein Unternehmen im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (ABl. L 201 vom 27.7.2012, S. 1) in der jeweils geltenden Fassung. Abweichend von Satz 1 ist eine zentrale Gegenpartei für die Zwecke von Kontrahentenpositionen im Sinne der §§ 10 bis 18 sowie für die Zwecke der Verordnung (EU) Nr. .../2012 (CRR) ein Unternehmen im Sinne des Artikels 4 Nummer 73 der Verordnung (EU) Nr. .../2012 (CRR).“

Eine Feinabstimmung des Wortlautes sowie gegebenenfalls eine kürzere Formulierung können nach Verabschiedung des finalen Textes der CRR erfolgen.

Darüber hinaus sollten nach unserer Auffassung weitere Definitionen aus Artikel 4 CRR-E nach § 1

Absatz 33 KWG-E übernommen werden. Dies gilt für

- Finanzinstitute (Nummer 3)
- anerkannte Börsen (Nummer 47),
- Finanzinstrumente (Nummer 57) und
- geregelte Märkte (Nummer 81).

Der Wortlaut zu § 1 Absatz 33 KWG sollte dann nach unserer Ansicht wie folgt sein:

„(33) Im Übrigen gelten für die Zwecke dieses Gesetzes die Definitionen aus

Artikel 4 Nummer 3, 12, 16 bis 20, 22, 27, 32, 37, 38, 42, 43, 48, 47 bis 49, 51, 56, bis 58, 60 bis 63, 65 bis 67, 69, 71, 72, 76 bis 78, 81, 85 und 89 der Verordnung (EU) Nr.../2012.“

Schließlich ist uns der Zusammenhang von Artikel 4 Nummer 57 CRR-E und § 1 Absatz 11 KWG-E nicht klar, da beide Vorschriften, jedoch abweichend voneinander, Finanzinstrumente definieren. Wir bitten hier möglichst um Streichung des § 1 Absatz 11 KWG-E und Einfügung von Nummer 57 in die Aufzählung von § 1 Absatz 33 KWG-E.

Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen Eingang in den weiteren Gesetzgebungsprozess finden und stehen gerne für Rückfragen und ergänzende Diskussionen zur Verfügung.

<i>Jürgen Hillen</i>	<i>Matthias Obmann</i>
Director Head of Regulatory	Expert Regulatory
Deutsche Börse AG	Deutsche Börse AG