

Stellungnahme

Regierungsentwurf Abwicklungsmechanismengesetz

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe; BT-Drucks. 18/5009

Kontakt:

Christina Wehmeier

Telefon: +49 30 20225- 5336

Telefax: +49 30 20225-5325

E-Mail: Christina.Wehmeier@dsgv.de

Berlin, 12. Juni 2015

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

I. Allgemeine Anmerkungen

Die mit dem Regelungsvorhaben in erster Linie verfolgte Anpassung des nationalen Rechts zur Bankenrestrukturierung und -abwicklung an neue unionsrechtliche Vorgaben ist grundsätzlich zu begrüßen. Einige in diesem Zusammenhang vorgesehene Änderungen des Rechtsrahmens stoßen jedoch auf teils grundsätzliche Vorbehalte, wie zum Beispiel die vorgesehene Überführung der MaRisk in eine Rechtsverordnung. Zudem sollte aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft das Regelungsvorhaben dazu genutzt werden, den Rechtsrahmen – sei es im SAG oder im KWG (hier speziell im Bereich der Verwaltungs- oder Aufsichtsorgane und bei der vorgeschlagenen Nachrangregelung) – zu optimieren. Wegen der Einzelheiten verweisen wir auf Ziffer II. „Besondere Anmerkungen“ unserer Stellungnahme.

II. Besondere Anmerkungen

Zu Artikel 1 – Änderung des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes

1. Zu Nr. 6 lit. b / § 20 Abs. 1 Satz 3 SAG-RegE

Im Hinblick auf die Überarbeitung der Definition der potentiellen Systemgefährdung in § 20 Abs. 1 S. 3 SAG-RegE sollte dem Unterfallen von Instituten unter die direkte EZB-Aufsicht im Rahmen der Prüfung der Einstufung als „anderweitig systemrelevant“ u. E. keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Aufgrund der besonderen Geschäftsmodelle von Förderbanken sollten insbesondere für diese Institute vereinfachte Anforderungen nach § 19 SAG möglich sein.

2. Zu § 13 Abs. 6, § 42 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und § 43 Abs. 1 Satz 1 SAG-RegE

Die mit dem BRRD-Umsetzungsgesetz eingeführten § 13 Abs. 6 SAG und § 42 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SAG fordern, die Erfassung von Aufzeichnungen zu Finanzkontrakten in einer zentralen Datenbank zu führen. Darüber hinaus kann die Abwicklungsbehörde nach § 43 Abs. 1 S. 1 SAG verlangen, dass das Institut für die gesamte Institutsgruppe sämtliche Finanzkontrakte zentral verwahrt und angemessen verwaltet. Diese Pflicht zur Führung einer zentralen Datenbank über Finanzkontrakte bzw. zu deren zentraler Verwahrung und angemessener Verwaltung geht über die Vorgaben der BRRD hinaus. Nach Art. 71 Abs. 7 BRRD ist lediglich vorgesehen, dass die zuständigen Behörden oder die Abwicklungsbehörden vom Institut die Führung „detaillierter“ Aufzeichnungen über Verträge verlangen können. Gerade bei Institutsgruppen und grenzüberschreitend tätigen Instituten wird es aus organisatorischen oder rechtlichen Gründen unvermeidbar sein, dass die betreffenden Aufzeichnungen in mehreren unterschiedlichen Datenbanken gespeichert werden. Solange ein zeitnaher Zugriff auf alle erforderlichen Daten in den verschiedenen Datenbanken bzw. eine Zusammenstellung dieser Daten möglich ist, gibt es auch keinen Bedarf für die Schaffung einer speziellen zentralen Datenbank neben bzw. zusätzlich zu den weiterhin erforderlichen Datenbanken. Ebenso wäre für weniger komplexe Institute mit der Pflicht zur Führung einer zentralen Datenbank ein unangemessen hoher organisatorischer Aufwand verbunden.

Das AbwMechG sollte daher auch dazu genutzt werden, die o. g. Vorschriften im SAG i. S. d. Wortlautes der BRRD anzupassen und somit das Erfordernis „in einer zentralen Datenbank“ bzw. einer „zentralen Verwahrung und Verwaltung“ zu streichen oder durch den Wortlaut „in zentralen Datenbanken“ zu ersetzen.

3. Zu § 60a SAG-RegE Verpflichtung zur vertraglichen Vereinbarung über die Anerkennung einer vorübergehenden Aussetzung von Beendigungsrechten

a) Keine Geltung der Verpflichtungen aus § 60a SAG bei Saldierungsvereinbarungen, unter denen künftig keine Geschäfte mehr abgeschlossen werden

Mit § 60a Abs. 2 Nr. 1 SAG-RegE sollen Verbindlichkeiten, die vor dem 1. Januar 2016 begründet werden von der Verpflichtung einer vertraglichen Anerkennungsklausel ausgenommen sein. Der Regierungsentwurf enthält eine teilweise Rückausnahme für Saldierungsvereinbarungen ("es sei denn, die betroffene Verbindlichkeit ist in eine Saldierungsvereinbarung einbezogen"). Soweit unter derselben Saldierungsvereinbarung vor und nach dem Stichtag Geschäfte abgeschlossen werden, soll nach der vorgesehenen Regelung die Einleitung einer Abwicklungsmaßnahme im Hinblick auf die eine Vertragspartei und die damit einhergehende Suspendierung von Beendigungsrechten nicht dazu führen, dass die andere Vertragspartei etwaige Beendigungsrechte im Hinblick auf vor dem Stichtag abgeschlossene Geschäfte geltend macht und so die Einheitlichkeit des Vertrages gefährdet. Etwas anderes muss dann gelten, wenn nach dem Stichtag keine weiteren Geschäfte mehr unter der betreffenden Saldierungsvereinbarung getätigt werden: Eine Durchbrechung der Einheitlichkeit des Vertrages wäre hier schließlich nicht zu befürchten. Zudem wird es in diesen Fällen rein faktisch oft gar nicht möglich sein, die nach § 60a SAG-RegE geforderte Vertragsklausel mit der anderen Vertragspartei zu vereinbaren. Denn diese wird regelmäßig nicht bereit sein, hinsichtlich bereits abgeschlossener Geschäfte rückwirkend in eine potentielle Verschlechterung ihrer Rechtsposition einzuwilligen.

Es erscheint auch sachgerecht in Saldierungsvereinbarungen einbezogene Verbindlichkeiten, die ausschließlich vor dem 1. Januar 2016 begründet wurden, nicht schlechter zu stellen, als sonstige Finanzkontrakte, die vor dem 1. Januar 2016 abgeschlossen wurden und für welche diese Verpflichtung der Vereinbarung einer vertraglichen Anerkennungsklausel nicht gilt, weil diese nicht unter einer Saldierungsvereinbarung abgeschlossen worden sind.

Es muss daher klargestellt werden, dass die Ausnahme von der Stichtagsregelung nur solche Saldierungsvereinbarungen erfasst, unter denen auch noch nach dem Stichtag Geschäfte abgeschlossen werden. Dies könnte beispielsweise in § 60a Abs. 2 Nr.1 SAG-RegE wie folgt erreicht werden:

*„1. für Verbindlichkeiten, die vor dem 1. Januar 2016 begründet wurden, es sei denn, die betroffene Verbindlichkeit ist in eine Saldierungsvereinbarung einbezogen, **welche auch Verbindlichkeiten umfasst, die nach dem 1. Januar 2016 begründet wurden.**“*

b) Erstreckung der Ausnahme von der Verpflichtung zur gruppenweiten Umsetzung auf Finanzholding-Gruppen

Die Befreiung für gemischte Finanzholding-Gruppen von der in § 60a Abs. 3 SAG-RegE geregelten Verpflichtung gegenüber übergeordneten Unternehmen zur gruppenweiten Umsetzung, sollte auch auf Finanzholding-Gruppen erstreckt werden. Jedenfalls gibt es keinen sachlichen Grund, Finanzholdinggesellschaften, deren übergeordnetes Unternehmen kein Institut ist, im Verhältnis zu gemischten Finanzholding-Gruppen schlechter zu stellen. Zu diesem Zweck sollten in § 60a Abs. 3 vor den Worten „gemischte Finanzholding-Gruppe“ die Worte „Finanzholding-Gruppe oder“ eingefügt werden. Hierdurch würde eine Ungleichbehandlung von übergeordneten Unternehmen einer Finanzholding-Gruppe, die keine Institute sind, gegenüber

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

denen einer gemischten Finanzholding-Gruppe vermieden werden. So gibt es z.B. Finanzholding-Gruppen im realwirtschaftlichen Sektor, deren übergeordnetes Unternehmen kein Institut ist und deren Versicherungsaktivitäten vom Umfang als nicht erheblich einzustufen sind. Eine Einordnung als gemischte Finanzholding-Gruppe kommt aufgrund des nicht erheblichen Umfangs an Versicherungsaktivitäten nicht in Betracht. Das übergeordnete Unternehmen einer solchen Finanzholding-Gruppe sollte aber nicht anders behandelt werden als das der gemischten Finanzholding-Gruppe.

4. Zu § 93 SAG-RegE, Erstreckung der Schutzbestimmungen auf alle Finanzkontrakte

Zur Sicherstellung der Einheitlichkeit des Vertrages im Fall von unter Saldierungsvereinbarungen abgeschlossenen Finanzkontrakten sieht die BRRD in Art. 73 bis 89 eine Reihe von Schutzbestimmungen vor. Diese sollen insbesondere sicherstellen, dass unter einer Saldierungsvereinbarung (Nettingvereinbarungen) zu einem einheitlichen Vertragsverhältnis zusammengefasste Geschäfte im Fall von Abwicklungsmaßnahmen, insbesondere der Übertragung und der Gläubigerbeteiligung, einheitlich behandelt werden. Zudem wird zumindest im Hinblick auf Verbindlichkeiten aus Derivaten ausdrücklich in Art. 49 BRRD bzw. § 93 SAG klargestellt, dass für die Zwecke einer Gläubigerbeteiligung die betreffenden Saldierungsvereinbarungen einheitlich beendet und abgerechnet werden. Eine solche einheitliche Beendigung und Abrechnung ist bei Derivaten zwingend erforderlich, damit überhaupt eine Verbindlichkeit entsteht, die dann Gegenstand der Gläubigerbeteiligung sein kann. Eine entsprechende ausdrückliche Regelung für Saldierungsvereinbarungen für sonstige Finanzkontrakte (etwa Wertpapierdarlehen oder Wertpapierpensionsgeschäfte) fehlt in der BRRD und auch dem SAG. Sie war nach allgemeiner Auffassung der Marktteilnehmer auch nicht erforderlich, da man bislang davon ausgegangen ist, dass Wertpapierdarlehen, Wertpapierpensionsgeschäfte und Margin-Loans (Wertpapierfinanzierungsgeschäft) schon aufgrund ihrer spezifischen Struktur als besicherte Verbindlichkeiten im Sinne von Art. 44 Abs. 2 lit. b BRRD bzw. § 91 Abs. 2 SAG einzustufen sind und somit nicht Gegenstand einer Gläubigerbeteiligung sein können.

Die Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA) legt allerdings in dem kürzlich vorgelegten Entwurf für technische Standards zu Art. 55 BRRD (Dokument Nr. EBA/CP/2014/33 vom 5. November 2014), die auch den Begriff der besicherten Verbindlichkeiten näher konkretisieren werden, den Begriff der „besicherten Verbindlichkeit“ sehr eng aus. Nach diesem Verständnis unterliegen Wertpapierfinanzierungsgeschäfte bereits dann dem Bail-in, wenn und soweit die Verbindlichkeit des in Abwicklung befindlichen Institutes nicht jederzeit vollständig besichert ist. Dies soll offenbar selbst dann gelten, wenn das betreffende Wertpapierfinanzierungsgeschäft unter einem Rahmenvertrag abgeschlossen wurde, der sicherstellt, dass sämtliche Einzelabschlüsse auf Nettobasis vollständig besichert sind. Nach diesem engen Verständnis der EBA ist zu befürchten, dass die Abwicklungsbehörde das Instrument der Gläubigerbeteiligung auf Einzelabschlussebene (also nicht auf Rahmenvertrags- bzw. Nettobasis) anwendet, ohne zu berücksichtigen, dass im Falle einer Beendigung des Rahmenvertrages und der Abrechnung und Saldierung sämtlicher Ansprüche aus den einbezogenen Wertpapierfinanzierungsgeschäften weder das Institut noch der Gläubiger einen Anspruch auf Zahlung eines einheitlichen Ausgleichsanspruchs hat.

Das Fehlen von Schutzbestimmungen für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte im deutschen SAG ist bereits in den Finanzmärkten bekannt geworden und als erhebliches Defizit mit Konsequenzen für die aufsichtsrechtliche Behandlung der Geschäfte für die Zwecke der Eigenkapitalunterlegung identifiziert worden. Dass dieses Defizit bislang nur in Deutschland festgestellt worden ist liegt daran, dass Deutschland die BRRD mit als erstes bereits in geltendes Recht umgesetzt und zudem auch als einer von wenigen Mitgliedstaaten die Anwendbarkeit des Bail-ins um ein Jahr vorgezogen hat. In anderen Mitgliedstaaten ist das Thema bereits ausreichend adressiert: So können etwa in Großbritannien unter Saldierungsvereinbarungen zu einem einheit-

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

lichen Vertragsverhältnis zusammengefasste Verbindlichkeiten aus Finanzkontrakten (einschließlich aus Derivaten sowie Wertpapierfinanzierungsgeschäften) als "protected liabilities" eingestuft werden, die nur dann in eine Gläubigerbeteiligung (bail-in) einbezogen werden können, wenn diese zuvor zu einem einheitlichen Ausgleichsbetrag verrechnet worden sind - also erst nach Beendigung und Abrechnung (vgl. The Banking Act 2009 (Restrictions of Special Bail-in Provision etc.) Order 2014 vom 17. Dezember 2104, Ziff. 4 - Set-off and netting (2) (c) (i)¹). Im laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der BRRD in Großbritannien sind keine Änderungen in diesem Punkt geplant.

Das Fehlen einer Schutzbestimmung für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte widerspricht dem in Artikel 73(b) BRRD verankerten „No-creditor-worse-off-(NCWO)“-Prinzip, wonach Gläubiger durch ein Bail-in nicht schlechter gestellt werden sollten als durch die Insolvenz. Für den Fall der Insolvenz ist in Deutschland durch § 104 InsO sichergestellt, dass der Gläubiger im Falle der Beendigung und Abrechnung der Wertpapierfinanzierungsgeschäfte nur den Nettobetrag schuldet oder einfordern kann, der sich nach Saldierung sämtlicher gegenseitigen Forderungen aus den Einzelabschlüssen und den geleisteten Finanzsicherheiten ergibt. Wird der Bail-in isoliert auf Einzelabschluss-Ebene vorgenommen, hätte der Gläubiger demnach umgehend einen Ausgleichsanspruch gegen den Restrukturierungsfonds (siehe § 147 SAG).

Der fehlende Schutz für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte widerspricht ferner auch der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (Finanzsicherheiten-Richtlinie), die den Schutz von in Close-out-Netting-Vereinbarungen einbezogene Finanzsicherheiten auch für den Fall von Sanierungsmaßnahmen im Sinne des Artikel 2 lit. (k) FSR sicherstellen will. Dass die Finanzsicherheiten-Richtlinie in Deutschland insoweit nicht umgesetzt wurde lag daran, dass es außerhalb der InsO bislang keine speziellen Sanierungs- oder Restrukturierungsgesetze gab. Mit Etablierung des Abwicklungsregimes für Institute ist allerdings der Bedarf einer Umsetzung der FSR in diesem Bereich gegeben.

Vor diesem Hintergrund ist eine Anpassung des SAG dahingehend dringend geboten, dass die für Derivate geltenden Schutzbestimmungen des § 93 SAG auch auf andere Wertpapierfinanzierungsgeschäfte erstreckt werden. Da hiermit dem in Artikel 73(b) BRRD verankerten „No-creditor-worse-off-(NCWO)“-Prinzip sowie der Finanzsicherheiten-Richtlinie Rechnung getragen wird, handelt es sich im Ergebnis um Klarstellungen.

Die Gesetzesänderung könnte ferner genutzt werden, um Auslegungsfragen des § 93 SAG zu klären. So ist der in § 93 SAG verwendete Begriff „Glattstellung“ missverständlich, da hiermit meist der Abschluss eines spiegelbildlich ausgestalteten Gegengeschäfts bezeichnet wird, gemeint ist hier allerdings die Beendigung oder Kündigung. Ferner könnte das Verhältnis von § 93 Abs. 2 und § 91 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 5 SAG klargestellt werden.

Zu diesem Zweck wäre § 93 anzupassen und mit § 93a eine neue Bestimmung über die entsprechende Geltung der Regelungen für Derivate für andere Finanzkontrakte einzufügen. Die Regelungen könnten in etwa wie folgt ausgestaltet werden:

¹ Set-off and netting

4.—(1) An instrument to which this Order applies may not make special bail-in provision in respect of a protected liability (subject to paragraph (6)).

(2) In this article a "protected liability" is an eligible liability which is not within paragraph (3), and meets the following conditions—

(a) condition 1 is that the liability is owed by the relevant banking institution to a particular person ("the person");

(b) condition 2 is that the liability is a liability which either the person or the relevant banking institution is entitled to set-off or net under particular set-off arrangements, netting arrangements or title transfer collateral arrangements into which the person has entered with the relevant banking institution ("the relevant arrangements");

(c) condition 3 is that—

(i) where the liability relates to a derivative, financial contract or qualifying master agreement (see article 5), it has not been converted into a net debt, claim or obligation, whether in accordance with the relevant arrangements or through the making of special bail-in provision or otherwise;

(ii) where the liability relates to any other type of contract, it has neither been converted nor treated as if it had been converted into a net debt, claim or obligation, whether in accordance with the relevant arrangements or through the making of special bail-in provision or otherwise.

§ 93

Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung in Bezug auf Verbindlichkeiten aus Derivaten

(1) In Bezug auf Verbindlichkeiten aus Derivaten ist das Instrument der Gläubigerbeteiligung nur nach oder gleichzeitig mit der Beendigung oder Glattstellung der Derivate anwendbar.

(2) Die Abwicklungsbehörde ist bei Vorliegen der Abwicklungsvoraussetzungen des § 62 Absatz 1 befugt, Derivateverträge zum Zweck der Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung zu kündigen und glattzustellen, es sei denn, eine Verbindlichkeit aus einem Derivat **ist gemäß § 91 Absatz 2 Nr. 2 oder Nr. 5, oder** wird gemäß § 92 aus dem Anwendungsbereich des Instruments der Gläubigerbeteiligung ausgenommen.

§ 93a

Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung in Bezug auf Verbindlichkeiten aus Wertpapierkontrakten

Die Bestimmungen des § 93 gelten entsprechend für Wertpapierkontrakte im Sinne von § 2 Absatz 3 Ziffer 21 Buchstabe a, die nicht Derivate sind.

Zu Artikel 2 – Änderung des Kreditwesengesetzes

1. Zu § 25a Abs. 4 und § 25b Abs. 5 KWG-RegE

Der Rundschreibencharakter der MaRisk hat sich in der Praxis bewährt. Hiermit wird dem Prinzip der doppelten Proportionalität angemessen Rechnung getragen und eine flexible institutsspezifische Anwendung der Vorgaben ermöglicht, die aufgrund der Heterogenität der deutschen Bankenlandschaft und der Vielzahl kleiner und mittlerer Institute sowie einiger größerer Institute weiterhin essenziell ist. Auch die SREP-Guidelines der EBA bekennen sich ausdrücklich zum Proportionalitätsprinzip und haben dieses an diversen Stellen verankert. Wir sehen daher - jedenfalls vor dem Hintergrund der Begründung des Regierungsentwurfs - keinen überzeugenden Grund, vom bisherigen, flexiblen, prinzipienorientierten Ansatz der MaRisk abzurücken. Im Rahmen einer Rechtsverordnung wäre ein solcher prinzipienorientierter, am Proportionalitätsprinzip ausgerichteter Ansatz unter Umständen schwieriger möglich. Die Begründung zu § 25a, vor dem Hintergrund erweiterter aufsichtlicher Eingriffsrechte (§ 10 Abs. 3 und § 45b KWG) die Möglichkeit zu eröffnen, die zur Rechtfertigung derartiger Sanktionen dienenden Regelungen auf Basis einer Rechtsverordnung zu stellen, ist u. E. kein zwingendes Argument für eine Überführung der MaRisk in eine Rechtsverordnung. Als normeninterpretierende Verwaltungsvorschrift haben die MaRisk bisher den unbestimmten Rechtsbegriff der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation für die Prüfungspraxis der Aufsicht ausgelegt. Aufsichtliche Maßnahmen, wie etwa die Verhängung eines Bußgeldes oder Abberufungsverfahren, wurden in der Vergangenheit zwar nicht auf die fehlende Einhaltung der MaRisk gestützt, sondern auf die Verletzung der zugrunde liegenden Rechtsnorm des KWG. Dieses Vorgehen war in der Vergangenheit jedoch praktikabel und ausreichend, um aufsichtliche Maßnahmen durchzusetzen. Die MaRisk bieten als normeninterpretierende Verwaltungsvorschrift einen bewährten und flexiblen Rahmen für die qualitative Bankenaufsicht.

Ferner hängt die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsorganisation regelmäßig von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab, und es besteht insofern naturgemäß ohnehin ein weitreichender Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Aufsicht. Eine schematische Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit bzw. die Feststellung einer Nicht-Ordnungsmäßigkeit der Organisation wird auch im Rahmen einer Verordnung ohne Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht möglich sein.

Insgesamt plädieren wir vor dem Hintergrund des im Regelfall funktionierenden Abstimmungsprozesses bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben (Fachgremium MaRisk) bzw. bei der Konkretisierung der Verwaltungspraxis per Rundschreiben für die Beibehaltung des bisherigen Wegs, d. h. die Aufrechterhaltung der MaRisk. Sollte eine Verordnungsermächtigung aufgrund einer europarechtlichen Notwendigkeit unumgänglich sein, muss darauf geachtet werden, dass die bisherige Methodenfreiheit sowie der Proportionalitätsgrundsatz dadurch nicht eingeschränkt werden. Dem sollte der Gesetzgeber bereits im Rahmen der Verordnungsermächtigung Rechnung tragen. Selbst bei einer Überführung der MaRisk in eine Verordnung sollte der bereits angesprochene institutionalisierte und bewährte Diskussions- und Abstimmungsprozess zwischen der Aufsicht und der Kreditwirtschaft hinsichtlich der Risikomanagement-Anforderungen über das Fachgremium MaRisk fortgesetzt werden und ggf. ein Anhörungsrecht der Spitzenverbände bei Änderungen der Verordnung ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen, wie es bei früheren Verordnungsermächtigungen im KWG auch der Fall war.

Zudem wäre in diesem Fall sicherzustellen, dass die Verordnung nicht die (bereits bestehende) gesellschaftsrechtliche Pflichtenlage der Geschäftsführung bzgl. des Risikomanagements (z. B. nach § 91 Abs. 2 AktG) beeinflusst.

2. Zu § 25b KWG-RegE

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu § 25a KWG-RegE.

3. Zu §§ 25c und d KWG-RegE

Mit den in Artikel 2 Nr. 14 und 15 vorgesehenen Änderungen der §§ 25c und 25d KWG-RegE sollen KWG-Vorschriften geändert werden, mit denen der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des CRD IV-Umsetzungsgesetzes und des Finanzmarktanpassungsgesetzes verschiedene Governance-Themen, wie z.B. Anforderungen an die Mandatsträger von Aufsichtsorganen, Mandatshöchstgrenzen, Arbeit und Zusammensetzung der Aufsichtsorgane, Ausschüsse, etc. geregelt hat.

Von der Änderung des Artikels 2 Nr. 15 ist konkret die Verpflichtung zur Bildung von Ausschüssen betroffen. Hiernach soll sich der Anwendungsbereich des § 25d Abs. 7 bis 12 KWG auch nach dem Regierungsentwurf zum Abwicklungsmechanismusgesetz grundsätzlich auf alle Institute, Finanzholdinggesellschaften oder gemischte Finanzholdinggesellschaften erstrecken, auch wenn diese nicht „von erheblicher Bedeutung“ sind (§ 25d Abs. 7 Satz 1 KWG-RegE). Institute von erheblicher Bedeutung sollen künftig unabhängig von der Selbsteinschätzung stets zur Bildung von Ausschüssen verpflichtet werden (§§ 25d Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 11 Satz 1 und 12 Satz 1 KWG-RegE). Dies halten wir für weder sachgerecht und erforderlich.

Dies gilt auch für die in der Begründung zum Regierungsentwurf vorgesehene Klarstellung, dass das Gesamtverwaltungs- und Aufsichtsorgan die in § 25d Abs. 8 bis 12 KWG formulierten Aufgaben wahrnehmen muss, sofern von der Bildung von Ausschüssen abgesehen wird. Wir begrüßen jedoch die nunmehr in der Regierungsbegründung aufgenommene Klarstellung, dass die Wahrnehmung dieser Aufgabe durch das Gesamtverwaltungs- und Aufsichtsorgan unter Berücksichtigung der Kriterien nach § 25d Abs. 7 Satz 1 KWG zu erfolgen hat.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass durch die Einfügung der gemischten Holding-Gruppe nunmehr die Anrechnungsvorschriften der §§ 25c Absatz 2 Satz 2 und § 25d Absatz 3 Satz 3 in Übereinstimmung mit Art. 91 Absatz 4 CRD IV ausgeweitet werden, bei denen das Mutterunternehmen ein Industrieunternehmen ist, zu dem mindestens ein Institut als Tochterunternehmen gehört. Damit wird es Finanzvorständen von Industrieunternehmen weiterhin möglich bleiben, dass diese ihre Expertise in Aufsichtsräten von Kreditinstituten und Finanzholding-Gesellschaften einbringen, die Tochterunternehmen des Industrieunternehmens sind. Dies erhöht auch die Diversität der Zusammensetzung des Aufsichtsrates durch Vertreter der Realwirtschaft. Eine Gleichbehandlung zu Finanzholding-Gruppen und gemischten Finanzholding-Gruppen mit Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen ist auch geboten, da die Mitglieder des Aufsichtsorgans eines Instituts, einer Finanzholding-Gesellschaft oder einer gemischten Finanzholding-Gesellschaft ohnehin über die notwendige fachliche Eignung und Zuverlässigkeit verfügen müssen. Im Zuge des CRD-Umsetzungsgesetzes ist diese Möglichkeit durch eine nicht richtlinienkonforme Umsetzung eingeschränkt worden. Finanzvorstände von Industrieunternehmen mit Altmandaten konnten diese nur noch aufgrund einer Übergangsregelung in § 64r Abs. 14 KWG wahrnehmen.

Die Regelung greift jedoch inhaltlich für andere Konstellationen zu kurz, da sie in erster Linie auf Konstellationen zugeschnitten ist, bei denen ein Industrieunternehmen über eine Banktochter verfügt. Hierbei bleibt unberücksichtigt, dass die (unter Punkt 4. näher ausgeführten) Probleme von Vertretern der Realwirtschaft bei der Wahrnehmung von Aufsichtsmandaten in Kreditinstituten auch dadurch entstehen, dass der Ge-

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

schäftsleiterbegriff des § 25d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KWG – wie derzeit von der BaFin im Rahmen der Konsultation 01/2015 zu den Merkblättern für Verwaltungs- und Aufsichtsorgane sowie Geschäftsleiter erwogen – über die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 KWG hinaus ausgelegt wird.

Die Kumulierungsmöglichkeiten nach KWG und VAG führen des Weiteren zu widersprüchlichen Ergebnissen, wenn ein Mandatsträger sowohl Mandate im Anwendungsbereich des KWG als auch des VAG wahrnimmt. Wir halten daher weiterhin die gesetzliche Verankerung des Gleichlaufs der Kumulierungstatbestände in den §§ 25c und d KWG sowie § 7a VAG für erforderlich.

Überdies werden auch Institute von nicht erheblicher Bedeutung wegen der fehlenden Privilegierung von Gruppenmandaten in § 25d Abs. 3a KWG weiterhin benachteiligt. Dies steht nicht mit Sinn und Zweck des Gesetzes im Einklang.

Im Einzelnen

a) Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Änderungen im Regierungsentwurf

aa) Zu § 25d Abs. 7 Satz 1 KWG-RegE

Hintergrund für die gesetzliche Änderung ist nach der Begründung zum Regierungsentwurf die durch das Finanzmarktanpassungsgesetz entstandene Rechtsunsicherheit, inwieweit die Regelungen zur Einrichtung von Ausschüssen gemäß § 25d Abs. 7 bis 12 KWG noch auf nicht bedeutende Institute Anwendung finden. Hierzu ist jedoch anzumerken, dass die Absätze 7 bis 12 KWG lediglich vor Inkrafttreten des Finanzmarktanpassungsgesetzes nicht eindeutig formuliert waren. Im Rahmen des Finanzmarktanpassungsgesetzes ist eine Klarstellung insofern erfolgt, als sich die Regelungen über die Ausschüsse des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans seit Inkrafttreten des Gesetzes **eindeutig nur noch auf „CRR-Institute von erheblicher Bedeutung“ beziehen.**

Nach Ansicht der Bundesregierung soll nunmehr jedoch gesetzlich klargestellt werden, dass sich § 25d Abs. 7 bis 12 KWG grundsätzlich an alle Institute, Finanzholding-Gesellschaften und gemischte Finanzholding-Gesellschaften richtet.

Diese Regelung verstößt gegen **Proportionalitätserwägungen** und **geht deutlich über die europäischen Vorgaben hinaus:**

Die CRD IV verpflichtet in Umsetzung des Proportionalitätsgedankens nur solche Institute, die aufgrund ihrer Größe, ihrer internen Organisation und der Art, des Umfangs und der Komplexität ihrer Geschäfte von erheblicher Bedeutung sind, spezielle Ausschüsse (Art. 76 Abs. 3 Risikoausschuss, Art. 88 Abs. 2 Nominierungsausschuss, Art. 95 Abs. 1 Vergütungsausschuss) zu bilden und nennt Aufgaben, die von den Ausschüssen solcher Institute von erheblicher Bedeutung wahrzunehmen sind. Für **nicht bedeutende Institute** in diesem Sinne werden in der CRD IV **keine Vorgaben bezüglich der Aufgaben der Aufsichtsorgane** gemacht.

Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des Finanzmarktanpassungsgesetzes Institute, die „nicht von erheblicher Bedeutung“ sind, gemäß § 25d Abs. 7 KWG, der für die Anwendbarkeit der Absätze 8 bis 12 nur auf Unternehmen nach Absatz 3 Satz 1 verweist – also auf CRR-Institute von erheblicher Bedeutung –, aus dem Anwendungsbereich der Absätze 8 bis 12 herausgenommen. In der gleichen Weise war durch das Finanzmarktanpassungsgesetz auch der Anwendungsbereich der Mandatshöchstgrenzen der

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

CRD IV auf bedeutende Institute beschränkt worden. Der aktuell geltende Wortlaut des Gesetzes stellt eine **richtlinienkonforme Umsetzung dar**, vgl. Art. 76 Abs. 3 Satz 1, 88 Abs. 2 Satz 1, 95 Abs. 1 der Richtlinie 2013/36/EU, und sollte daher in der aktuellen Form **beibehalten werden**.

Ein weiterer Grund, warum jedenfalls nicht alle Ausschussaufgaben für sämtliche Institute anwendbar sein können, liegt darin, dass kleine und mittelgroße Institute einzelne Aufgaben bspw. nach genossenschafts- oder sparkassenrechtlichen Vorgaben nicht wahrnehmen können. Sofern beispielsweise der Prüfungsausschuss dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan gemäß § 25d Abs. 9 KWG Vorschläge für die Bestellung eines Abschlussprüfers sowie für die Höhe seiner Vergütung unterbreiten und zur Kündigung oder Fortsetzung des Prüfauftrags beraten soll, widerspricht dies genossenschafts- und sparkassenrechtlichen Vorgaben, wonach die Durchführung der Abschlussprüfung durch die Prüfungsstelle (Verbandsprüfung) zu erfolgen hat. Teilweise sind auch Struktur, Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsorgans und der Geschäftsleitung bereits ländergesetzlich geregelt, so dass einzelne gemäß § 25d Abs. 11 Satz 2 Nr. 3 KWG durch den Nominierungsausschuss wahrzunehmende Aufgaben (z.B. jährlich vorzunehmende Bewertung von Struktur, Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsorgans und der Geschäftsleitung) nicht oder nur teilweise umgesetzt werden können. So kann sich z.B. der Verwaltungsrat nicht mit den in § 25d Abs. 11 Ziff. 1 KWG geregelten Auswahlverfahren befassen, wenn laut gesetzlicher Regelung das Entsendungsrecht für die Verwaltungsratsmitglieder beispielsweise bei der betreffenden Landesregierung liegt oder dieser von demokratisch legitimierten Selbstverwaltungskörperschaften gewählt wird.

bb) Zur Begründung des Regierungsentwurfs zu § 25d Abs. 7 KWG-RegE, Buchstaben c und d

Wir begrüßen die in die Regierungsbegründung aufgenommene Klarstellung, dass das Gesamtverwaltungs- und Aufsichtsorgan die in § 25d Abs. 8 bis 12 KWG formulierten Aufgaben allenfalls **unter Berücksichtigung der Kriterien nach § 25d Abs. 7 Satz 1 KWG** wahrnehmen muss, sofern von der Bildung von Ausschüssen abgesehen wird.

Insgesamt halten wir die Regelung jedoch weiterhin für zu weitgehend. Die europäischen Vorgaben sehen – wie unter a) ausgeführt – eine Wahrnehmung der Aufgaben gemäß § 25d Abs. 8 – 12 KWG durch das Gesamtverwaltungs- und Aufsichtsorgan bei Absehen von der Bildung von Ausschüssen, nicht vor. Die Regelung ist auch nicht vom aktuellen Gesetzeswortlaut gedeckt.

So hat der deutsche Gesetzgeber in § 25d Abs. 7 bis 12 KWG geregelt, dass die dort genannten Ausschüsse nur von Unternehmen, die von erheblicher Bedeutung sind, zu bilden sind und auch von diesen nur in Abhängigkeit von der Größe, der internen Organisation und der Art, des Umfangs, der Komplexität und dem Risikogehalt der Geschäfte des Unternehmens. Lediglich die Aufgaben des Risikoausschusses gemäß § 25d Abs. 8 Satz 10 KWG sind auch dann vom Gesamtaufsichtsorgan wahrzunehmen, wenn kein Ausschuss gebildet wurde. Im Umkehrschluss ist das Gesamtaufsichtsorgan nur bei einer solchen expliziten Aussage zur Wahrnehmung der genannten Aufgaben verpflichtet. Eine solche fehlt jedoch bei den anderen in § 25d Abs. 7 ff KWG genannten Aufgaben.

Es wäre daher sachgerecht, das Gesamtverwaltungs- und Aufsichtsorgan auch nur für den Fall der fehlenden Einrichtung eines Risikoausschusses mit der Übernahme dieser Aufgabe zu verpflichten.

cc) § 25d Abs. 8, 9, 11 und 12, jew. Satz 1 KWG-RegE – keine Streichung der Wörter „unter Berücksichtigung der Kriterien nach Absatz 7 Satz 1“

Im Hinblick auf die Regelungen zu den Ausschüssen des Aufsichtsorgans hat nach dem aktuellen Gesetzeswortlaut jedes Institut von erheblicher Bedeutung eine Selbsteinschätzung zu treffen, ob es anhand der genannten Kriterien die entsprechenden Ausschüsse bilden muss (§ 25d Abs. 7 Satz 1 KWG). Dies entspricht auch dem zugrunde liegenden Verständnis der CRD IV-Richtlinie (vgl. z.B. Art. 76 Abs. 3 CRD IV-Richtlinie).

Institute von erheblicher Bedeutung hätten durch den Verweis der Absätze 8 bis 12 auf Absatz 3 Satz 1 und 2 und durch die Streichung des Verweises auf Absatz 7 nunmehr stets die entsprechenden Ausschüsse zu bilden. Dies entspricht nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und steht auch nicht im Einklang mit der CRD IV-Richtlinie. Auch bei Instituten von erheblicher Bedeutung (also insbesondere ab einer Bilanzsumme von 15 Mrd. €) müssen die in Absatz 7 genannten Kriterien zur Anwendung kommen. Bei Instituten mit einer Bilanzsumme über 15 Mrd. € kann jedoch nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass deren Geschäftsmodell die zusätzliche Einrichtung eines Ausschusses erfordert. Der Verweis auf Absatz 7 in den Absätzen 8 bis 12 sollte daher nicht gestrichen werden. Nur so wird dem Proportionalitätsgrundsatz Rechnung getragen.

b) Über den Regierungsentwurf hinausgehende Änderungsvorschläge

aa) „Tatbestandsübergreifende Anwendung von Kumulierungstatbeständen“ - Vorschlag zur Neuregelung des § 25d Abs. 3 Satz 4 KWG

Über die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen hinaus sollte zudem eine gesetzliche Klarstellung dahingehend erfolgen, dass die Kumulierungstatbestände des § 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 bis 3 KWG aufgrund der engen rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit der privilegierten Unternehmen „tatbestandsübergreifend“ angewendet werden können. Wir halten dies zur Beseitigung etwaiger Unsicherheiten im Hinblick auf die Zulässigkeit der Kumulierung von Privilegierungstatbeständen für sinnvoll.

§ 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 bis 3 KWG regelt verschiedene Privilegierungstatbestände, innerhalb derer eine Kumulierung mehrerer Mandate auf ein auf die Höchstgrenze anzurechnendes Mandat erfolgen kann. Wir sind der Auffassung, dass auch eine „tatbestandsübergreifende“ Kumulierung sinnvoll und europarechtlich zulässig ist. Das heißt, dass Aufsichtsmandate, die in einem ersten Schritt über eine in § 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 bis 3 KWG geregelte Privilegierung (z.B. Finanzholding-Gruppe) zu einem Mandat kumuliert werden können, in einem zweiten Schritt über einen weiteren Privilegierungstatbestand mit weiteren Mandaten zu insgesamt einem Mandat kumuliert werden können.

Für die Zulässigkeit einer solchen doppelten Kumulierung sprechen folgende Gesichtspunkte:

Privilegierungstatbestände haben den gleichen Regelungszweck

- Die Privilegierungstatbestände haben alle den gleichen Regelungszweck. Aufgrund der engen wirtschaftlichen und rechtlichen Verbundenheit zieht die gleichzeitige Mandatswahrnehmung eine Verbesserung der Aufsicht nach sich.

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

Es besteht kein Differenzierungsgrund zwischen den Privilegierungstatbeständen

- o Der europäische Gesetzgeber hat mit der Einführung der Fallgruppen keine unterschiedlichen oder weitergehenden Ziele verfolgt, deren Erreichen durch eine tatbestandsübergreifende Kumulierung verhindert würde. Es gibt kein Verhältnis zwischen den Privilegierungstatbeständen, das eine tatbestandsübergreifende Anwendung ausschließen würde.

Gesetzesziel wird auch bei tatbestandsübergreifender Kumulierung gewahrt

- o Sinn und Zweck der Mandatsbeschränkung ist die Sicherstellung von genügend Zeit für die Aufsicht. Der Grund für die Schaffung der Privilegierungstatbestände liegt in den zu erwartenden zeitlichen und fachlichen Synergieeffekten, die sich bei enger Verbundenheit der Unternehmen ergeben. Da die enge Verbundenheit jedoch allen Privilegierungstatbeständen zugrunde liegt, treten Synergieeffekte auch bei tatbestandsübergreifender Kumulierung ein. Es ist somit kaum eine zeitliche/fachliche Mehrbelastung bei tatbestandsübergreifend kumulierten Mandaten zu erwarten.

Gesetzgeber hat keine dieser Wertung gegenteilige Aussage getroffen

- o Die Gesetzesmaterialien zeigen, dass sich der Gesetzgeber nicht unmittelbar mit der Frage beschäftigt hat, ob die Privilegierungstatbestände kumulativ angewendet werden dürfen; der Gesetzeswortlaut schließt dies jedenfalls nicht aus (vgl. auch Lackhoff, Kreditwesen 2014, 663, 665).

Da die Fälle gleichwertig sind, ist Gleichbehandlung geboten

- o Alle in § 25d Abs. 3 S. 3 behandelten Fälle sind gleichwertig. Es ist deshalb eine Gleichbehandlung geboten. Ein sachlicher Grund, warum die tatbestandsübergreifende Kumulation nicht möglich sein soll, ist nicht erkennbar. Ein Verbot der tatbestandsübergreifenden Kumulierung würde vielmehr im Einzelfall zu einer künstlichen Splittung der Mandate und damit zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen. Das ist z.B. der Fall bei mehreren Mandaten bei Unternehmen, die Mitglied einer Finanzholding-Gruppe sind. Diese Mandate können nach § 25c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und § 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KWG zu einem Mandat zusammengefasst werden. Sind die Institute dieser Finanzholding-Gruppe zudem Mitglieder desselben Institutssicherungssystems, wie andere Institute, die nicht zur selben Finanzholding-Gruppe gehören, ist es sachgerecht, dass das kumulierte Mandat aus den Unternehmen der Finanzholding-Gruppe mit weiteren Mandaten bei Instituten, die demselben Institutssicherungssystem angehören, zu einem Mandat kumuliert werden kann.

Wir schlagen daher vor, folgenden § 25d Abs. 3 Satz 4 n.F. in das Gesetz einzufügen:

Aktuelle Fassung des KWG	Änderungsvorschlag
	<p>§ 25d Abs. 3 Satz 4 neu <u>Unter Einhaltung der Grundsätze von Satz 3 Nr. 1 bis 3 können die Ausnahme-tatbestände auch tatbestandsübergreifend angewandt werden.</u></p>

bb) Kumulierung von Mandaten in Unternehmens- und Versicherungsgruppen - Vorschlag zur Neuregelung des § 25c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und § 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 und Abs. 3a KWG sowie zur Neuregelung des § 7a Abs. 4 Satz 4, 2. Halbsatz VAG

Der Begriff der „Gruppe“ in Artikel 91 CRD IV sollte so ins nationale Recht umgesetzt werden, dass sowohl Mandate in „Unternehmensgruppen“ als auch Mandate innerhalb kreditwirtschaftlicher Verbände als ein Mandat gelten. Der Gleichlauf von §§ 25c und d KWG und § 7a VAG sollte gesetzlich klargestellt werden.

Wir schlagen folgende Gesetzesänderung vor:

Fassung des KWG unter Berücksichtigung des Regierungsentwurfs	Änderungsvorschlag
<p>§ 25c Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Dabei gelten [...] mehrere Mandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,</p> <p>1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, oder gemischten Finanzholding-Gruppe oder gemischten Holding-Gruppe angehören,</p>	<p>§ 25c Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Dabei gelten [...] mehrere Mandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,</p> <p>1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, oder gemischten Finanzholding-Gruppe, <u>Versicherungs- oder Unternehmensgruppe oder kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe</u> angehören,</p>
<p>§ 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Dabei gelten [...] mehrere Mandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,</p> <p>1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, oder gemischten Finanzholding-Gruppe oder gemischten Holding-Gruppe angehören,</p>	<p>§ 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Dabei gelten [...] mehrere Mandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,</p> <p>1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, oder gemischten Finanzholding-Gruppe, <u>Versicherungs- oder Unternehmensgruppe oder kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe</u> angehören,</p>

Aktuelle Fassung des KWG	Änderungsvorschlag
<p>§ 25d Abs. 3a Nr. 2 Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts, das weder CRR-Institut noch Institut von erheblicher Bedeutung im Sinne des Absatzes 3 Satz 7 ist, oder einer Finanzholding-Gesellschaft kann nicht sein, [...]</p> <p>2. wer in mehr als fünf Unternehmen, die unter der Aufsicht der Bundesanstalt stehen, Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist, es sei denn, diese Unternehmen gehören demselben institutsbezogenen Sicherungssystem an.</p>	<p>§ 25d Abs. 3a Nr. 2 <i>[zu den gebotenen Änderungen siehe nachfolgend unter 5.]</i></p>

Aktuelle Fassung des VAG	Änderungsvorschlag
<p>§ 7a Abs. 4, Satz 4 VAG Es kann auch nicht bestellt werden, wer bereits fünf Kontrollmandate bei unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen ausübt; Mandate bei Unternehmen derselben Versicherungs- oder Unternehmensgruppe bleiben dabei außer Betracht.</p>	<p>§ 7a Abs. 4, Satz 4 VAG Es kann auch nicht bestellt werden, wer bereits fünf Kontrollmandate bei unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen ausübt; Mandate bei Unternehmen, <u>die</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. derselben <u>Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, gemischten Finanzholding-Gruppe im Sinne des Kreditwesengesetzes</u>, Versicherungs- oder Unternehmensgruppe <u>oder kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe angehören,</u> 2. <u>die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem im Sinne des Kreditwesengesetzes angehören, oder</u> 3. <u>an denen das Institut eine bedeutende Beteiligung im Sinne des Kreditwesengesetzes hält</u> <p>bleiben dabei außer Betracht <u>gelten als ein Mandat.</u></p>

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

- Zum einen soll mit der vorgeschlagenen Änderung ein Gleichlauf zu § 7a Versicherungsaufsichtsgesetz („Versicherungs- und Unternehmensgruppe“) hergestellt und klargestellt werden, dass in Entsprechung der Vorgaben der CRD IV sowohl Mandate innerhalb von Unternehmensgruppen als auch innerhalb von Versicherungsgruppen als ein Mandat gelten.

Insbesondere sollte eine freiwillig oder wie im Versicherungsbereich aus gesetzlichen Gründen (Vermögensstrennung der Versicherungssparten) vorgenommene Aufteilung eines einheitlichen Unternehmens in mehrere Einzelunternehmen nicht zu einer „künstlichen“ Anhebung der Anzahl an Aufsichtsmandaten führen. Im Versicherungsaufsichtsgesetz ist dies bereits ausdrücklich anerkannt. Im Rahmen der nationalen Umsetzung der CRD IV ist eine entsprechende Umsetzung bisher nicht erfolgt. Die CRD IV lässt eine Mandatskumulierung innerhalb eines Versicherungskonzerns zu, da nach Artikel 91 Abs. 4 a) CRD IV ausdrücklich Mandate innerhalb derselben „Gruppe“ (manche Sprachfassungen der CRD IV sprechen auch von Konzern) insgesamt nur als ein Mandat gelten.

Eine entsprechende CRD IV-konforme Ausweitung über die jetzt vorgesehene Anpassung an die CRD-IV-Vorgaben ist für Versicherungsgruppen essentiell, da die Mandatswahrnehmung im Bereich von Versicherungsgruppen bei gleichzeitiger Wahrnehmung eines kreditwirtschaftlichen Mandates ohne eine entsprechende Kumulierung erheblich erschwert wird. Hervorzuheben ist, dass dieses Petitum lediglich auf die Zusammenrechnung von Mandaten innerhalb eines Versicherungskonzerns zielt, nicht jedoch auf sämtliche Versicherungsmandate eines Mandatsträgers in verschiedenen Konzernen.

- Zum anderen soll mit dem Änderungsvorschlag den Besonderheiten der Mandatswahrnehmung in dezentral organisierten Verbundgruppen, die bekanntlich nicht als Konzern organisiert sind, Rechnung getragen und die europarechtlich zulässigen Möglichkeiten insoweit genutzt werden. So sollten auch Mandate bei Verbundunternehmen, auf die die Primärinstitute u.a. zur Effizienzsteigerung Teile ihrer Geschäftsaktivitäten auslagern, kumuliert werden können.

Kleinere Institute können – im Gegensatz zu großen Bankkonzernen – bestimmte Dienstleistungen nicht selbst erbringen. Daher bündeln die Institute ihre Ressourcen und unterhalten gemeinsame Dienstleister für die jeweiligen Bereiche. Es handelt sich dabei insbesondere um die folgenden Gebiete: Wertpapier, Kreditkarte, Technik, gewerbliche Immobilienfinanzierung, Bausparen, Versicherung, Leasing, Verlag.

Damit sich kleine und mittlere Institute stabil im Wettbewerb platzieren können, ist es auch von Seiten der Aufsicht wünschenswert, dass Ressourcen gebündelt werden und damit die Effizienz gesteigert wird. Diese Auswirkungen wurden bei Einführung des CRD IV Umsetzungsgesetzes vom Gesetzgeber übersehen und sollten nunmehr korrigiert werden. Der Vorschlag steht im Einklang mit den europäischen Vorgaben der CRD IV.

Artikel 91 Abs. 4 a) CRD IV sieht vor, dass mehrere Mandate innerhalb derselben „Gruppe“ als ein Mandat gelten. Der Gruppenbegriff wird in der CRD IV nicht legal definiert und auch sonst nicht einheitlich verwendet. Der Gruppenbegriff ist daher je nach Normzusammenhang individuell auszulegen. Die Definition hat sich somit am Sinn und Zweck von Artikel 91 CRD IV zu orientieren. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sollen Mandate in Unternehmen, die wirtschaftlich eine Einheit bilden, zu einem Mandat zusammengefasst werden können. Bei Verbundunternehmen greift eine Konzernausnahme nicht, weil diese keiner einheitlichen Leitung unterliegen. Beim Verbund handelt es sich vielmehr um eine insbesondere in Deutschland bekannte alternative Form des Zusammenwirkens mittels mittelbarer oder unmittelbarer Beteiligung bzw. Trägerschaft unter einer dauerhaften Verfolgung des gemeinsamen Verbundinteresses und mittels Organverflechtung. Es ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber – auch durch die Wahl

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

einer Richtlinie – die Besonderheiten einer solchen Verbundlage durch Verwendung eines weiten Gruppen-Begriffs berücksichtigen wollte.

cc) Mandate von Geschäftsführern aus der Realwirtschaft

Aktuelle Fassung des KWG	Änderungsvorschlag
<p>§ 25d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines CRR-Instituts, das von erheblicher Bedeutung im Sinne des Satzes 7 ist kann nicht sein, [...]</p> <p>3. wer in einem Unternehmen Geschäftsleiter ist und zugleich in mehr als zwei Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist.</p>	<p>§ 25d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines CRR-Instituts, das von erheblicher Bedeutung im Sinne des Satzes 7 ist kann nicht sein, [...]</p> <p>3. wer in einem Unternehmen Geschäftsleiter gemäß § 1 Abs. 2 KWG ist und zugleich in mehr als zwei Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist.</p>
<p>§ 25c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Geschäftsleiter eines CRR-Instituts, das von erheblicher Bedeutung im Sinne des Satzes 6 ist kann nicht sein, [...]</p> <p>2. wer in einem anderen Unternehmen Geschäftsleiter ist oder bereits in mehr als zwei Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist.</p>	<p>§ 25c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Geschäftsleiter eines CRR-Instituts, das von erheblicher Bedeutung im Sinne des Satzes 6 ist kann nicht sein, [...]</p> <p>2. wer in einem anderen Unternehmen Geschäftsleiter gemäß § 1 Abs. 2 KWG ist oder bereits in mehr als zwei Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist.</p>

Die BaFin konsultiert derzeit das „Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB“ und das „Merkblatt zur Prüfung der fachlichen Eignung, Zuverlässigkeit und zeitlichen Verfügbarkeit von Geschäftsleitern“. Die darin dargestellte Verwaltungspraxis der BaFin hat eine hohe Praxisrelevanz für die Institute. In diesem Kontext werden seitens der BaFin Überlegungen geäußert, den Geschäftsleiterbegriff über die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 KWG hinaus auf alle Geschäftsführer eines Unternehmens, egal welcher Branche, auszuweiten. Diese Ansicht wird weder durch die CRD IV noch durch das KWG gestützt:

In § 1 Abs. 2 KWG ist der Begriff des Geschäftsleiters klar definiert und auf Vorstände eines *Institutes im Sinne des KWG* (Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute) beschränkt. Auch nach der europäischen Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 CRD IV ergibt sich dasselbe Ergebnis: Danach sind „Geschäftsleitung“ die natürlichen Personen, die in einem *Institut* Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen und für das Tagesgeschäft des Instituts verantwortlich und gegenüber dem Leitungsorgan rechenschaftspflichtig sind“. Institute sind nach der Definition in Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 CRD IV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 CRR Einlagenkreditinstitute und Wertpapierfirmen.

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

Weder die europäischen Grundlagen noch der Rahmen des KWG stützen die Auslegung der BaFin, sondern allein die von uns hier vertretene Ansicht, dass unter Geschäftsleitern im Sinne von § 25c und 25d KWG nur Vorstände eines Institutes zu verstehen sind.

Würde die Auslegung der BaFin Bestand haben, wären nicht nur Vorstände eines Kreditinstitutes auf zwei Aufsichtsmandate beschränkt, sondern auch Geschäftsführer aus der Realwirtschaft. Das bedeutet, dass diese neben einem kreditwirtschaftlichen Aufsichtsmandat auch in ihrer eigenen Unternehmensgruppe nur noch ein weiteres Aufsichtsmandat wahrnehmen können. Das wird diese Personen davon abhalten, ihren Sachverstand in das Aufsichtsorgan eines Kreditinstitutes einzubringen.

Vorstände der Realwirtschaft, die zugleich ein Aufsichtsmandat in einem Kreditinstitut übernehmen, würden durch die Auslegung der BaFin zudem stärker beschränkt als Vorstände eines Kreditinstitutes, da Aufsichtsmandate innerhalb einer Institutsgruppe zu einem Mandat zusammengefasst werden können. Mehrere Aufsichtsmandate innerhalb eines sonstigen Konzerns können hingegen nicht kumuliert werden. Diese stärkere Beschränkung von Mandatsträgern der Realwirtschaft gegenüber Mandatsträgern eines Kreditinstitutes ist weder von der zugrunde liegenden Richtlinie, noch vom deutschen Gesetzgeber gewollt.

Durch die vorgesehene Einführung des neuen Kumulierungstatbestandes für gemischte Holding-Gruppen klingt an, dass damit die von der Deutschen Kreditwirtschaft im Rahmen der BaFin-Konsultation geäußerten Bedenken zumindest teilweise aufgegriffen werden sollen. So soll laut der Gesetzesbegründung eine Gleichbehandlung mit Finanzholding-Gruppen und damit eine Erleichterung für Vertreter der Realwirtschaft (für die innerhalb eines sonstigen Konzerns keine Kumulierungsmöglichkeiten bestehen) bei der Wahrnehmung von Mandaten geschaffen werden.

Diese im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung greift jedoch inhaltlich zu kurz, da sie Erleichterungen nur für einen bestimmten Adressatenkreis (insb. Industriekonzerne mit Banktochter) vorsieht. Wie bereits weiter oben beschrieben, treten die beschriebenen Probleme von Vertretern der Realwirtschaft bei der Wahrnehmung von Aufsichtsmandaten in Kreditinstituten auch dadurch auf, dass der Geschäftsleiterbegriff des § 25d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KWG über die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 KWG hinaus ausgelegt wird.

Wir sehen deshalb eine gesetzgeberische Klarstellung als erforderlich an, dass mit dem Begriff des Geschäftsleiters in § 25d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KWG und § 25c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KWG nur Geschäftsleiter im Sinne der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 KWG gemeint sind.

dd) Vorschlag zur Neuregelung des § 25d Abs. 3a KWG

Statt zwei, dürfen Mitglieder des Aufsichtsorgans eines Instituts, das nicht von erheblicher Bedeutung ist, maximal fünf Kontrollmandate bei unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen ausüben. Eine Privilegierung für Gruppenmandate, wie sie in § 25d Abs. 3 Satz 3 KWG für alle Institute von erheblicher Bedeutung vorgesehen ist, hat der Gesetzgeber dabei nicht aufgenommen.

Die an sich begrüßenswerte Absicht des Gesetzgebers, für nicht systemrelevante Institute weniger „strenge“ Mandatsbeschränkungen einzuführen, wird im Fall einer Institutsgruppe dadurch jedoch in ihr Gegenteil verkehrt. Während der Geschäftsleiter eines Instituts von erheblicher Bedeutung eine unbeschränkte Anzahl von gruppeninternen Aufsichtsratsmandaten wahrnehmen kann (da diese aufsichtsrechtlich als nur ein Mandat gelten), ist der Geschäftsleiter einer Institutsgruppe, die weniger bedeutend ist, wegen der fehlenden Privilegierung von Gruppenmandaten auf fünf Mandate beschränkt, gleichgültig, ob es sich um gruppeninterne oder tatsächlich Drittmandate handelt.

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

Dies steht nicht mit Sinn und Zweck des Gesetzes in Einklang. Es sollte daher analog zu § 25d Abs. 3 Satz 3 KWG eine gesetzliche Privilegierung für Gruppenmandate auch bei Instituten von nicht erheblicher Bedeutung zugelassen werden. Entsprechend unserer Ausführungen unter Punkt 3. sollten dabei auch Mandate in Versicherungs-, Unternehmens- oder kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen als ein Mandat gelten.

Aktuelle Fassung des KWG	Änderungsvorschlag
<p>§ 25d Abs. 3a Satz 1 Nr. 2 Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts, das weder CRR- Institute noch Institut von erheblicher Bedeutung im Sinne des Absatzes 3 Satz 7 ist, oder einer Finanzholding-Gesellschaft kann nicht sein,</p> <p>[...]</p> <p>2. wer in mehr als fünf Unternehmen, die unter der Aufsicht der Bundesanstalt stehen, Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist, es sei denn, diese Unternehmen gehören demselben institutsbezogenen Sicherungssystem an.</p>	<p>§ 25d Abs. 3a Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts, das weder CRR- Institute noch Institut von erheblicher Bedeutung im Sinne des Absatzes 3 Satz 7 ist, oder einer Finanzholding-Gesellschaft kann nicht sein,</p> <p>[...]</p> <p>3. wer in mehr als fünf Unternehmen, die unter der Aufsicht der Bundesanstalt stehen, Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist.</p> <p>Dabei gelten im Sinne von Satz 1 Nummer 3 mehrere Mandate als ein Mandat, wenn die Mandate bei Unternehmen wahrgenommen werden,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die derselben Institutsgruppe, Finanzholding-Gruppe, gemischten Finanzholding-Gruppe, Versicherungs- oder Unternehmensgruppe oder kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe angehören, 2. die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören, 3. an denen das Institut eine bedeutende Beteiligung hält.

4. Zu § 46f Abs. 5-8 KWG-RegE

a) Privilegierung anstelle einer Nachrangregelung

Die neu eingeführten Absätze 5 bis 8 des § 46f KWG-RegE regeln die Rangfolge von Forderungen aus unbesicherten Schuldtiteln für den Insolvenzfall. Mit der geplanten Neufassung des § 46f KWG-RegE wird ein gesetzlicher Nachrang für unbesicherte Schuldtitel eingeführt. Die im Regierungsentwurf gewählte Definition des Begriffs „Schuldtitel“ in § 46f Abs. 7 KWG-E sieht dabei vor, dass Namensschuldverschreibungen und Schuldscheindarlehen mit Inhaber- und Orderschuldverschreibungen hinsichtlich ihres Forderungsranges gleichgestellt sein sollen. Wir begrüßen grundsätzlich die Gleichbehandlung der in § 46f Abs. 7 KWG-RegE genannten Schuldtitel. Das mit der vorgeschlagenen Nachrangregelung verfolgte Ziel ist ebenfalls grundsätzlich als sachgerecht zu begrüßen.

Unbesicherte Schuldtitel, die derivative Elemente enthalten, welche die Anforderungen des § 46f Abs. 6 KWG-RegE erfüllen, werden hinsichtlich der Rangfolge in der Insolvenz nicht mit den sog. „Plain Vanilla“ Schuldtiteln (klassische Inhaberschuldverschreibungen) aus Abs. 7 gleichgestellt und sind damit vom gesetzlichen Nachrang ausgenommen.

Wir weisen jedoch darauf hin, dass Institute und andere Investoren, die Bankanleihen halten, wie beispielsweise Versicherungen oder Pensionskassen, belastet oder im Umfang ihrer Anlagen in Banktitel beschränkt und damit unter Umständen von einem Investment abgehalten werden könnten. Wir plädieren deshalb für einen Privilegierungswortlaut, durch den die Privilegierung von Forderungen ökonomisch dazu führt, dass unbesicherte Schuldtitel vorrangig in ein Bail-in einbezogen werden können. § 46f Abs. 4 KWG sieht bereits heute eine Privilegierung bestimmter Forderungen vor. Der Katalog der zu privilegierenden Forderungen wäre entsprechend um solche Forderungen zu erweitern, die nicht aus unbesicherten Schuldtiteln bestehen. Eine Privilegierungslösung wäre ein milderer und flexiblerer Ansatz, um dasselbe Ziel zu erreichen.

Eine gesetzliche Nachranglösung hätte hingegen möglicherweise folgende negative Folgen:

- Investitionsrichtlinien von herkömmlichen „Senior Unsecured Investoren“ könnten eine Investition in explizit nachrangig statuierte Bankanleihen verbieten. Zusätzlich sieht z. B. die Anlageverordnung (§ 3 Anlageverordnung) für Versicherungsunternehmen und Pensionskassen quantitative Beschränkungen vor.
- Der explizite gesetzliche Nachrang könnte dazu führen, dass die EZB-Fähigkeit der Anleihen in Frage gestellt wird (Art. 64 EZB-Leitlinie (EU) 2015/510) und damit die Liquiditätsbeschaffung einzelner Banken ohne Grund limitieren könnte. Insbesondere kleinere und mittlere Banken, die Schuldverschreibungen von Banken halten, wären betroffen, wenn sie diese Papiere nicht mehr bei der EZB als Sicherheit hinterlegen können. Konkret dürften kleinere und mittlere Banken, die traditionell in Bankanleihen investieren (weil sie in der Kreditbeurteilung einerseits einfacher zu erfassen sind als z. B. ABS&RMBS Transaktionen und andererseits, weil die Kreditanalyse für derartige Emittenten von Bankanleihen ohnehin erforderlich ist, um gedeckte Anleihen dieser Emittenten oder Handels- & Derivategeschäft oder andere Kontrahentenrisiken einwerten zu können) und mit diesen Bankanleihen ihre haus-eigene Liquiditätsreserve ausstatten, mit einem Wegfall der Liquiditäts-Beschaffungs-Eigenschaft dieser Bankanleihen einen wesentlichen Teil ihrer Liquiditätssicherungsmasse verlieren. Diese Entwicklung würde den aktuellen Trend, dass sich Deckungsmassen aufgrund starker Zentralbankkäufe massiv verringern, noch weiter verstärken. Wir sind in Kontakt mit der EZB um eine Klärung herbeizuführen.

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

- Eine Privilegierung würde auch vom Kapitalmarkt eher akzeptiert werden, da Pari Passu Vertragsregelungen nicht nachrangiger Inhaberschuldverschreibungen ausdrücklich eine gesetzliche Vorrangstellung akzeptieren. Der folgende Wortlaut entspricht dem standardmäßigen Text: *„Die Schuldverschreibungen begründen nicht besicherte und nicht nachrangige Verbindlichkeiten der Emittentin, die untereinander und mit allen anderen nicht besicherten und nicht nachrangigen Verbindlichkeiten der Emittentin gleichrangig sind mit Ausnahme von Verbindlichkeiten, die nach geltenden Rechtsvorschriften vorrangig sind“.*

b) Klarstellung, dass auch Rückzahlungsforderungen aus Schuldtiteln erfasst werden, wenn der Zinssatz strukturiert ist

Gemäß § 46f Abs. 6 KWG-E sollen Schuldtitel von der Rangregelung in Abs. 5 ausgenommen sein, die entweder hinsichtlich des Nominalbetrags (Abs. 6 Nr. 1) oder hinsichtlich des Zinses (Abs. 6 Nr. 2) mit einem Derivat verbunden sind. Grund hierfür sind ausweislich der Gesetzesbegründung Schwierigkeiten bei der Bewertung dieser Schuldtitel, die im Falle einer Abwicklung vorzunehmen ist.

Schwierigkeiten in der Bewertung einer Verbindlichkeit im Zeitpunkt der Abwicklung kann es nur für solche Verbindlichkeiten geben, die direkt von der Entwicklung eines Derivates abhängen, deren Höhe der Forderung des Gläubigers im Zeitpunkt der Abwicklungsanordnung nur mit großer Unsicherheit bestimmt werden kann. Davon unberührt bleiben solche Verbindlichkeiten, die zu ihrem Nominalbetrag in der Bankbilanz passiviert sind. Dies gilt vor allem für solche Schuldverschreibungen, deren Rückzahlung zu 100 % geschuldet ist. Dies gilt auch dann, wenn der Zins für diese Schuldverschreibung direkt mit einem Derivat verbunden ist.

Im Falle des Bail-in eines Teils des Nominalbetrags einer Schuldverschreibung reduziert sich der künftig zu zahlende Zins auf die Anleihe entsprechend. Dies gilt unabhängig davon, ob der Zins von der Entwicklung eines Derivats abhängig ist oder ob es sich um einen festen Zinssatz handelt.

In beiden Varianten, Schuldverschreibung mit strukturiertem Zins oder mit Festzins, sichert eine Bank in der Regel ihr eigenes Marktrisiko in Bezug auf die zukünftig zu zahlenden Zinsen ab. Diese Absicherungsgeschäfte für den Zins (hedging) sind ggf. nach einem Bail-in entsprechend dem dann noch ausstehenden nominalen Rückzahlungsbetrag anzupassen. Diese Anpassung geschieht entweder durch die Beendigung des nicht mehr passenden Absicherungsgeschäfts und das Eingehen eines neuen passenden Absicherungsgeschäfts oder nur durch das Eingehen eines Gegengeschäfts, das das bisherige Absicherungsgeschäft im notwendigen Maße neutralisiert. Dieser Anpassungsvorgang kann je nach Basiswert des jeweiligen Absicherungsgeschäfts zugunsten oder zulasten der Bank ausfallen. Bezogen auf alle betroffenen Absicherungsgeschäfte kann die Folgewirkung des Bail-in für die Bank auch nahezu neutral sein.

Vor dem Hintergrund, dass dieser Folgemechanismus bezogen auf das Marktrisiko der Bank für jeden Zins einer Schuldverschreibung gilt und nicht mit der Bewertung der Stückzinsen und schon gar nicht mit der Bewertung des Nominalbetrags zusammen hängt, sollte die Nominalverbindlichkeit einer Anleihe mit strukturiertem Zins einer Nominalverbindlichkeit einer Anleihe mit Festzins gleich gestellt sein.

Es wäre ansonsten kaum nachvollziehbar, weshalb z.B. eine zehnjährige Anleihe, rückzahlbar zu par mit einem Zins abhängig von der Entwicklung des Goldpreises, einen besseren Rang hinsichtlich des Nominalbetrages haben soll, als eine hundertjährige Anleihe, rückzahlbar zu par mit einem Festzinssatz über die gesamte Laufzeit. Zumal die hundertjährige Anleihe aufgrund der Zinsduration für die Bank ein höheres Marktrisiko darstellt als die zehnjährigen Anleihe.

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

Um für den Abwicklungsfall die Masse der Bail-in fähigen Instrumente möglichst weit zu fassen, jedoch gleichzeitig diejenigen Schuldverschreibungen mit derivativen Elementen auszunehmen, deren Bewertung im Falle eines Bail-in nicht ganz einfach vorgenommen werden könnte, schlagen wir eine Anpassung der Definition der ausgenommenen strukturierten Schuldtitel vor. Hiermit wird dem Gesetzeszweck Rechnung getragen: Die Masse der Bail-in-fähigen Instrumente wird breit gefasst und es sind nur solche derivativen Produkte ausgenommen, die im Falle einer Abwicklung nur mit Schwierigkeiten bewertet werden könnten. Solche Schuldverschreibungen mit derivativen Elementen, die im Bail-in Fall nicht ganz einfach vorgenommen werden können, stellen nur einen sehr geringen Anteil am Gesamtvolumen der Refinanzierungsmittel einer Bank dar, so dass es keine Ausweitung dieser Produktkategorie geben wird. Die in Volumensverhältnissen betrachtete, vergleichsweise geringe Verbreitung dieser Instrumente liegt einerseits darin begründet, dass Banken aus diesen, in der Regel kurzfristigen Instrumenten keine sinnvolle Refinanzierung begründen können. Andererseits stellen diese Instrumente auch aus Investorensicht in der Regel keine Haupt-Anlageprodukte dar, da sie eben einen offenen Rückzahlungsanspruch besitzen und damit keine Kapitalgarantie bieten (können), woraus folgt dass Investoren sie –wenn überhaupt- nur der Portfoliobeimischung wegen erwerben dürften.

Die Argumente sowohl aus Emittenten- als auch aus Investorensicht blieben insgesamt auch nach einer Umsetzung der geplanten „Besserstellung“ valide, sodass eine starke Ausweitung dieser Instrumentengattung – nur aufgrund einer Besserstellung in der Insolvenz nicht zu erwarten ist. Es ist im Gegenteil eher zu erwarten, dass zukünftig ein Institut steuernd insofern eingreift, dass es zu jederzeit über ausreichend bail-in-fähiges Verbindlichkeiten verfügt, die vom Nachrang bzw. nicht von der Privilegierung erfasst sind (siehe hierzu auch §§ 49 ff SAG).

Eine Regelung unter Berücksichtigung der unter a) und b) vorgebrachten Argumentation könnte, fußend auf dem Regierungsentwurf, wie folgt lauten:

§ 46f Unterrichtung der Gläubiger im Insolvenzverfahren und Insolvenzzrangfolge

(1) Mit dem Eröffnungsbeschluss ist den Gläubigern von der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts ein Formblatt zu übersenden, das in sämtlichen Amtssprachen der Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums mit den Worten "Aufforderung zur Anmeldung und Erläuterung einer Forderung. Fristen beachten!" überschrieben ist. Das Formblatt wird vom Bundesministerium der Justiz im Bundesanzeiger veröffentlicht und enthält insbesondere folgende Angaben:

1. welche Fristen einzuhalten sind und welche Folgen deren Versäumung hat;
2. wer für die Entgegennahme der Anmeldung und Erläuterung einer Forderung zuständig ist;
3. welche weiteren Maßnahmen vorgeschrieben sind;
4. welche Bedeutung die Anmeldung der Forderung für bevorrechtigte oder dinglich gesicherte Gläubiger hat und inwieweit diese ihre Forderungen anmelden müssen.

(2) Gläubiger mit gewöhnlichem Aufenthalt, Wohnsitz oder Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums können ihre Forderungen in der oder einer der Amtssprachen dieses Staates anmelden. Die Anmeldung muss in deutscher Sprache mit den Worten "Anmeldung und Erläuterung einer Forderung" überschrieben sein. Der Gläubiger hat auf Verlangen eine Übersetzung der Anmeldung und der Erläuterung vorzulegen, die von einer hierzu in dem Staat nach Satz 1 befugten Person zu beglaubigen ist.

(3) Der Insolvenzverwalter hat die Gläubiger regelmäßig in geeigneter Form über den Fortgang des Insolvenzverfahrens zu unterrichten.

(4) Im Rang vor den übrigen Insolvenzforderungen werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

1. gedeckte Einlagen im Sinne von § 2 Absatz 23 des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes sowie Ansprüche, die auf Grund der Erfüllung eines Entschädigungsanspruchs nach § 16 des Einlagensicherungsgesetzes auf das Einlagensicherungssystem übergegangen sind;
2. entschädigungsfähige Einlagen im Sinne des § 2 Absatz 18 des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes sowie Einlagen von Instituten mit Sitz in der Europäischen Union, die entschädigungsfähige Einlagen wären, wenn sie nicht von deren Niederlassungen außerhalb der Europäischen Union angenommen worden wären;

3. Insolvenzforderungen, die nicht aus unbesicherten Schuldtiteln im Sinne von Absatz 6 stammen.

(5) Der Rang von Absatz 4 Nr. 3 gilt auch für Schuldtitel, für die vereinbart ist, dass die Rückzahlung oder die Höhe des Rückzahlungsbetrages vom Eintritt oder Nichteintritt eines zum Zeitpunkt der Begebung des Schuldtitels noch unsicheren Ereignisses abhängig ist oder die Erfüllung auf andere Weise als durch Geldzahlung erfolgt. Der Rang von Absatz 4 Nr. 3 gilt auch für Zinsen von Schuldtiteln, für die vereinbart ist, oder dass die Zahlung oder die Höhe des Zahlungsbetrages vom Eintritt oder Nichteintritt eines zum Zeitpunkt der Begebung des Schuldtitels noch unsicheren Ereignisses abhängt, es sei denn, die Zinszahlung oder die Höhe des Zinszahlungsbetrages ist ausschließlich von einem festen oder variablen Referenzzins abhängig und die Erfüllung erfolgt durch Geldzahlung.

(6) Schuldtitel im Sinne von Absatz 4 Nr. 3 sind auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen und Oderschuldverschreibungen und diesen Schuldtiteln vergleichbare Rechte, die ihrer Art nach auf den Kapitalmärkten handelbar sind, sowie Schuldscheindarlehen und Namensschuldverschreibungen, die nicht als Einlagen unter Absatz 4 Nummern 1 oder 2 fallen. Geldmarktinstrumente zählen nicht zu den Schuldtiteln des Absatzes 4 Nr. 3.

Damit stünden klassische Inhaberschuldverschreibungen, die keine derivativen Elemente beinhalten, weiterhin auf gleicher Stufe mit Schuldscheindarlehen und Namensschuldverschreibungen. Der vom Gesetzgeber intendierte Regelungszweck – nämlich eine rechtssichere Anwendung des Bail-in ohne Ansteckungsgefahren zu gewährleisten – wäre damit gleichwertig sichergestellt.

Die Abgrenzung zwischen Schuldscheindarlehen und Geldmarktinstrumenten sollte klargestellt werden. Kurzlaufende Schuldscheindarlehen sind als Geldmarktinstrumente zu qualifizieren. Ohne eine solche Klärstellung könnte es uneindeutig sein, ob diese Instrumente als Geldmarktinstrumente privilegiert sind.

Sollte ungeachtet unserer vorstehenden Bedenken an einer Nachrangregelung festgehalten werden, sollte dann entsprechend im Wortlaut des Gesetzes klar gestellt werden, dass Abs. 5 auch für Rückzahlungsforderungen aus Schuldtiteln gilt, wenn der Zinssatz strukturiert ist. Abs. 6 könnte dann wie folgt lauten:

(6) Absatz 5 gilt nicht für Schuldtitel, für die vereinbart ist,

- ~~1-~~ dass die Rückzahlung oder die Höhe des Rückzahlungsbetrages vom Eintritt oder Nichteintritt eines zum Zeitpunkt der Begebung des Schuldtitels noch unsicheren Ereignisses abhängig ist oder die Erfüllung auf andere Weise als durch Geldzahlung erfolgt. ~~oder~~
- ~~2-~~ **Absatz 5 gilt auch nicht für Zinsen von Schuldtiteln, für die vereinbart ist**, ~~oder~~ dass die ~~Zins~~Zahlung oder die Höhe des ~~Zins~~Zahlungsbetrages vom Eintritt oder Nichteintritt eines zum Zeitpunkt der Begebung des Schuldtitels noch unsicheren Ereignisses abhängt, es sei denn, die Zinszahlung oder die Höhe des Zinszahlungsbetrages ist ausschließlich von einem festen oder variablen Referenzzins abhängig und die Erfüllung erfolgt durch Geldzahlung.

c) Zulässige Einschränkung des Bestandsinteresses der betroffenen Gläubiger

Intention des Gesetzesentwurfs ist es, unmittelbar Bail-in-fähige Beträge ohne lange Übergangszeit im ausreichendem Maße bereit zu stellen. Aus diesem Grund müssen – wie im Gesetzesentwurf vorgesehen – auch die im Bestand befindlichen Instrumente den geplanten Klarstellungen unterliegen. Ein etwaiger Bestandschutz kann dem nicht entgegengehalten werden. Soweit dieser dem Gesetzesentwurf immanenten Auffassung entgegengehalten wird, dass (Alt-)Verbindlichkeiten einem Bestandschutz unterliegen müssten, könnte dem aus unserer Sicht nicht gefolgt werden.

Zum einen unterliegen sogenannte (Alt-)Verbindlichkeiten in Umsetzung der Vorgaben der BRRD nämlich bereits seit dem Inkrafttreten des SAG am 1. Januar 2015 dem Instrument der Gläubigerbeteiligung – ein „Eingriff“ in den Bestand ist somit bereits erfolgt. Zum anderen hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2014 (Az. II ZR 381/13, Rz. 2) deutlich gemacht, dass eine echte Rückwirkung nicht vorliegt, soweit der Rückzahlungsanspruch bei Inkrafttreten des Gesetzes – im zu entscheidenden Fall des Schuldverschreibungsgesetzes – noch nicht fällig war: *„Es wird kein abgeschlossener Sachverhalt geregelt, sondern während eines Dauerschuldverhältnisses das anwendbare Recht geändert. Eine solche unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Zwar können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese Grenzen sind aber erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfGE 116, 96, 132; 101, 239, 263; 95, 64, 86; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 Rn. 40 - ADCOCOM).“* Dass die vorgeschlagene Regelung diesen Anforderungen gerecht wird, hat die Bundesregierung in der Begründung des Regelungsvorschlags zutreffend dargelegt (BT-Drucks. 18/5009, S. 81/82).

5. Zu § 64s Abs. 2 KWG-RegE

Vor dem Hintergrund des kommenden Verordnungsvorschlags für eine EU-Bankenstrukturreform ist der deutsche Gesetzgeber gefordert, kurzfristig die in Artikel 2 des Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 7. August 2013 vorgesehenen Trennbankenregeln mit den europäischen Planungen zu synchronisieren. Im Interesse der

Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG)

Rechts- und Planungssicherheit für die betroffenen deutschen Institute sollte nicht mit nationalen – ggf. nach Verabschiedung der Verordnung noch zu modifizierenden – Regeln europäischen Vorgaben für eine Bankenstrukturreform vorgegriffen werden. Eine kurzfristige Änderung bzw. Verschiebung des Anwendungszeitpunkts der deutschen Trennbankenregeln ist daher geboten.

Wir plädieren daher für eine Verlängerung der Übergangsfristen im KWG bis zum Inkrafttreten der europäischen Regeln. Hierzu bietet es sich an, in § 64s Abs. 2 KWG die Zahl "2015" durch "2018" und die Zahl "2016" durch "2019" zu ersetzen.

Zu Artikel 3 - Änderung des Restrukturierungsfondsgesetzes

1. Zu § 12 RStruktFG-RegE

Die Neufassung von § 12 Abs. 5 ist grundsätzlich zu begrüßen. Ob die mit der Regelung bezweckte beitragsentlastende Wirkung eintritt, hängt davon ab, unter welchen Bedingungen die Zahlung eines abgesicherten Teilbetrags erfolgen muss. Diesbezüglich sieht weder das Gesetz noch die Delegierte Verordnung (EU) 2015/63 Bestimmungen vor. Daher erscheint es geboten, das Gesetz um eine Regelung nach dem Vorbild von Art. 7 der Durchführungsverordnung (EU) 2015/81 zu ergänzen.

2. Zu § 12j RStruktFG-RegE

Wie sowohl bereits von der Deutschen Bundesbank (Monatsbericht Juni 2014, S. 52) als auch vom Bundesrat (BR-Drucks. 357/14, S. 20) gefordert, sollten **Altmittel des Restrukturierungsfonds aus den Beitragsjahren 2011 bis 2014**, sofern sie nicht zur Deckung der Ausgleichsverpflichtung gemäß § 13 Abs. 2a FMStFG benötigt werden, zur Entlastung der zum SRF beitragspflichtigen Institute eingesetzt werden. Die Entlastung sollte pro Institut im Verhältnis zu seinen an den Restrukturierungsfonds geleisteten Jahresbeiträgen erfolgen.

Verzichtet man auf eine solche Entlastung würde eine Doppelbelastung von deutschen Instituten geschaffen, die erst in den nationalen Fonds und künftig erneut in den einheitlichen Abwicklungsfonds einzahlen müssten. Um dies zu vermeiden, eröffnet die SRM-VO den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit, Altmittel bestehender nationaler Fonds **zur Beitragsentlastung einzusetzen**. Hiervon sollte der Gesetzgeber Gebrauch machen und auf die in § 12j RStruktFG-RegE vorgesehenen Regelungen zur Brückenfinanzierung der deutschen Kammern des SRF und zur vorübergehenden Finanzierung der Abwicklung von Wertpapierfirmen unter Einzelaufsicht und inländischen Unionszweigstellen verzichten. Stattdessen sollte das RstruktFG eine Verrechnung mit dem ab dem 1. Januar 2016 an einheitlichen Abwicklungsfonds zu leistenden Jahresbeiträge vorsehen.

3. Steuerliche Behandlung der Bankenabgabe

Auf das in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 EStG statuierte Betriebsausgabenabzugsverbot für Jahresbeiträge sollte verzichtet werden. Zum einen durchbricht das Abzugsverbot für Jahresbeiträge das im Rahmen der Ertragsbesteuerung anerkannte objektive Nettoprinzip. Auch aus Sicht der Politik stellen Beiträge zum Restrukturierungsfonds steuersystematisch eine absetzbare Betriebsausgabe dar (vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/63, S. 5822). Zum anderen sollte auch zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen für die deutsche Kreditwirtschaft die Abzugsfähigkeit der Bankenabgabe wie auch in anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden.

Zu Artikel 5 - Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes

Die Neufassung konkretisiert Möglichkeiten der FMSA zur Erzielung von Einnahmen zur Deckung ihrer Kosten. Vorgesehen sind bei Aufgaben im Rahmen der Sanierung und Abwicklung von Instituten Kostenerstattungen per Umlage auf die Institute, sofern keine sonstige Deckung durch Einnahmen ausreicht. Nach unserer Auffassung muss eine verursachergerechte Kostenverteilung im Vordergrund stehen. Deshalb ist vor der Finanzierung durch eine Umlage in jedem Fall und so weit wie möglich eine individuelle und verursachergerechte Kostenzuteilung sicherzustellen.