

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN · BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E.V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E.V. BERLIN · DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E.V. BERLIN-BONN
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

Stellungnahme des Zentralen Kreditausschusses

**Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht
Regierungsentwurf vom 25. März 2009**

Ref.:

9. April 2009

I. Vorbemerkungen

1. Keine nationalen Insellösungen

Wir begrüßen, dass sich der deutsche Gesetzgeber nach der Verabschiedung akuter Maßnahmen mit der Fortentwicklung des Bankenaufsichtsrechts befasst und sind uns bewusst, dass die Voraussetzungen für gute Rahmenbedingungen der deutschen Bankenaufsicht geschaffen werden müssen. Dessen ungeachtet möchten wir einige kritische Anmerkungen zu dem vorgelegten Regierungsentwurf äußern.

Wir verstehen, dass Schwachstellen des bestehenden Aufsichtsregelwerks behoben werden müssen, jedoch sollte hier auch bei großem politischem Handlungsdruck nicht das selbstgesteckte Ziel, internationalen und europäischen Regulierungsvorhaben nicht vorgreifen zu wollen, unterlaufen werden. So sind beispielsweise die vorgeschlagenen Maßnahmen in § 10 Abs. 1b Nr. 3 KWG ebenso wie die zukünftig vorgesehene Meldeverpflichtung in § 24 Abs. 1 Nr. 16 KWG aktuell genauso Gegenstand intensiver Begutachtung auf internationaler Ebene, wie die generelle Frage nach der Verabschiedung neuer internationaler Vorgaben zu höheren Eigenkapitalanforderungen als Lehre aus den Erfahrungen aus der Finanzmarktkrise. Den Ergebnissen dieser Diskussionen und möglicher Rechtssetzungsmaßnahmen wird mit der aktuellen Gesetzgebungsinitiative der Bundesregierung vorgegriffen. Damit besteht einerseits die Gefahr, dass bei später abweichenden Vorgaben der internationalen Regelungen das KWG erneut angepasst werden muss und darüber hinaus bis zur Verabschiedung einheitlicher internationaler Rechtsregelungen die Gefahr erheblicher Wettbewerbsnachteile für die deutsche Kreditwirtschaft besteht. Der Gesetzentwurf sollte sich daher auf Regelungsgegenstände beschränken, die der begrüßenswerten Grundhaltung der Bundesregierung, dass Reaktionen auf die Finanzmarktkrise einer internationalen Abstimmung bedürfen, entsprechen.

Die Finanzmarktkrise stellt zwar einen berechtigten Anlass dar, über das Eingriffsinstrumentarium der Aufsicht nachzudenken. Nach unserer Einschätzung hat es jedoch im Umgang mit betroffenen Instituten während und vor der Finanzmarktkrise nicht primär an hinreichenden Eingriffsmöglichkeiten der Aufsicht gefehlt. Grundsätzlich sei zudem angemerkt, dass bisher der Grundsatz „Prävention statt Repression“ zu Recht seitens der Aufsicht praktiziert wird.

Wichtiger als die Schaffung neuer Eingriffsinstrumente ist es aus unserer Sicht, dass eine moderne Aufsicht, die ihr heute schon zur Verfügung stehenden Instrumente konsequent und sachgerecht einsetzt. Hierfür muss man ihr aber auch eine den komplexen Erscheinungsformen von Produkten des Marktes und den Risikoprozessen in Instituten angemessene Personalstruktur zur Verfügung stellen. Die Finanzwirtschaft ist seit langem bereit, die finanzielle Aus-

stattung der Aufsicht so zu gestalten, dass sie im Markt um die besten Mitarbeiter wettbewerbsfähig ist.

2. Bürokratiekosten

Der Gesetzentwurf gibt die zu erwartenden Bürokratiekosten mit 1,471 Mio. Euro an, von denen 1,09 Mio. Euro auf die Kreditwirtschaft entfielen. Auch wenn es sich dabei angabegemäß lediglich um eine „grobe Schätzung“ handeln soll, ist auf den ersten Blick erkennbar, dass die Zahl weit untertrieben ist.

Neu eingeführt werden sollen 13 neue Informationspflichten; drei bereits bestehende sollen geändert werden. Bereits der IT-Implementierungsaufwand bei den Instituten und der Aufsicht dürfte, ohne dass an dieser Stelle bereits konkrete Zahlen genannt werden können, erhebliche Summen verschlingen.

Einer der zentralen Inhalte des Gesetzentwurfes ist zudem die Einführung einer Eignungs- und Zuverlässigkeitskontrolle der Mitglieder von Aufsichtsorganen durch die BaFin. Geht man von einer Anzahl von 2.277 Kreditinstituten in Deutschland (Quelle BuBa, Stand 31.12.2007), einer beispielhaften Größe des Aufsichtsorgans von 9 Mitgliedern und einer durchschnittlichen Amtsdauer von 5 Jahren aus, hätte die Aufsicht pro Jahr die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit von knapp 4.100 Personen zu beurteilen. Allein vor diesem Hintergrund erscheint die Kostenschätzung außerhalb jeglicher Realität.

II. Einzelanmerkungen

Losgelöst von unseren grundsätzlichen Ausführungen haben wir zu den vorgeschlagenen Einzelregelungen folgende Anmerkungen:

1. Ziffer 2: § 10 Abs. 1 b KWG (neu)

Mit der Änderung des bisherigen Abs. 1 b sollen für die Bankenaufsicht weitergehende Spielräume zur Festsetzung von Eigenkapitalzuschlägen eröffnet werden. Gerade mit Blick auf die neuen in den Nummern 1 und 3 geregelten Tatbestände wird die bereits oben unter den Allgemeinen Anmerkungen angesprochene Problematik nationaler Alleingänge besonders augenfällig. Insgesamt sei angemerkt, dass die Festsetzung von Eigenkapitalzuschlägen weit im Vorfeld einer bankindividuellen Krise ergriffen werden muss, da diese andernfalls lediglich Krisen verstärkend wirken und damit nicht zielführend wären.

Gerade der Tatbestand der Nr. 1 ist insoweit in seiner Regulationsstruktur zu kritisieren. Da die Solvabilitätsverordnung die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinien 2006/48/EG

(CRD) und 2006/49/EG (CAD) heute bereits vollumfänglich umgesetzt, muss ein Eigenkapitalzuschlag auf der Grundlage von §10 Abs. 1 b Nr. 1 KWG (neu) zwangsläufig über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehen. Bereits heute können Eigenkapitalzuschläge für Risiken, die durch die Säule I nicht oder nicht adäquat erfasst sind, im Rahmen der Säule II der Baseler Regelungen festgesetzt werden, so dass wir insoweit keinen Handlungsbedarf erkennen. Wenn dagegen die genannten EU-Richtlinien relevante Risiken nicht oder nicht ausreichend erfassen, bedarf es einer Anpassung dieser Richtlinienvorgaben, nicht jedoch der Schaffung nationaler Sonderregelungen. Dieses Vorgehen stellt klassisches „gold plating“ dar und steht damit im Widerspruch zum selbstformulierten Anspruch der Bundesregierung sich bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben auf eine 1:1- Umsetzung zu beschränken.

Mit der beabsichtigten Einführung des Tatbestandes in Nr. 2 wird die bisher im Gesetz strikt eingehaltene Trennung zwischen ökonomischen Eigenkapitalanforderungen und regulatorischen Eigenkapitalanforderungen wenn nicht aufgehoben, so doch zumindest verwischt. Diese Vorgehensweise halten wir für bedenklich, da sie im Übrigen auch die Differenzierung zwischen den Regelungen der so genannten Säule 1 und der so genannten Säule 2 von Basel II und der europäischen Transformation dieser Regelungen durch die CRD betrifft. Hierfür sprechen beispielsweise auch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung. Soweit dort von Zinsänderungsrisiken im Anlagebuch die Rede ist, könnte vermutet werden, dass über den Tatbestand der Nr. 2 ein erster Schritt in Richtung auf die Vorgabe obligatorischer Eigenkapitalanforderungen für Zinsänderungsrisiken im Anlagebuch gemacht werden soll. Derartige Bestrebungen - auch in Bezug auf andere Säule II-Risikokategorien - werden von uns nachdrücklich zurückgewiesen. Insoweit sollte es bei dem von allen Seiten akzeptierten bisher praktizierten Verfahren der Überwachung und Meldung von Ausreißerfällen bleiben

Zum Tatbestand der neuen Nr. 3 möchten wir über unsere diesbezüglichen Ausführungen in der Einleitung hinaus anmerken, dass eine mögliche Regelung zum Aufbau von Reserven in Aufschwungphasen zur Abmilderung zyklischer oder prozyklischer Tendenzen per se auf alle beaufsichtigten Institute zur Anwendung gelangen muss. Da es sich bei der nach § 10 Abs. 1 b Nr. 3 KWG (neu) vorgesehenen Regelung jedoch um eine einzelinstitutsbezogene Norm handelt, ist dieses Ziel mit der entsprechenden Vorschrift nicht erreichbar. Unter regelungssystematischen Aspekten ergibt die Aufnahme des Tatbestands der neuen Nr. 3 bei § 10 Abs. 1 b KWG keinen Sinn. Diesem Aspekt sollte im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens Rechnung getragen werden.

Hinsichtlich des Tatbestandes der Nr. 4 haben wir keinerlei Bedenken, soweit es um das genannte Beispiel der erstmaligen Aufnahme der Geschäftstätigkeit geht. Es begegnet aus unserer Sicht jedoch Zweifeln, ob der Tatbestand mit der unbestimmten Terminologie „besonderen Geschäftssituation“ tatsächlich eine den Bestimmtheitsanforderungen genügende Ermächtigungsgrundlage für entsprechende Eigenkapitalzuschläge liefert. Wir bitten um eine Aussage, ob die entsprechende Regelung bereits mit dem BMJ abgestimmt wurde.

2. Ziffer 4 Buchstabe a: § 13 b Abs. 6 KWG (neu)

Die Sinnhaftigkeit dieser Anzeigeregung erscheint uns generell zweifelhaft. Bereits durch die Meldungen im Millionen- und Großkreditregime wird die Meldepflicht nach § 13b Abs. 6 KWG (neu) größtenteils abgedeckt bzw. ist in Teilen sogar weitergehend: So ist die Meldeschwelle in § 14 Abs. 1 KWG mit einem Absolutwert in Höhe von 1.500.000 EUR in der Regel niedriger anzusehen als in § 13b KWG (neu); ebenso sind hier alle gruppenangehörigen Unternehmen meldepflichtig. Ferner besteht für Institute die Meldepflicht nach § 13a KWG. Der Mehrwert einer Anhebung des Schwellenwertes erscheint uns hier fraglich. Da die Regelungen zum Großkreditregime zeitnah aufgrund der europäischen Überarbeitung der CRD verschärft werden, erscheint insoweit eine Änderung des derzeitigen nationalen Regimes bei der zeitnah zu erfolgenden Umsetzung angemessen.

Im Sinne einer Vereinheitlichung sollte bei der Definition auf den bereits in § 1 Abs. 22 KWG getroffenen, qualifizierten Begriff der gruppeninternen Transaktion zurückgegriffen werden. Ferner sollte im Rahmen von Vereinheitlichungen bedacht werden, dass nach den KWG-Regelungen für Institutsgruppen die Schwellenwerte in Anlehnung an das vorhandene Eigenkapital bestimmt werden und nicht an die in der Regel niedrigeren Eigenkapitalanforderungen.

Soweit in der Gesetzesbegründung darauf verwiesen wird, dass es sich bei der Regelung um eine Parallelregelung zu § 104e VAG handelt, bitten wir um nähere Ausführungen zu den praktischen Erfahrungen mit dieser Regelung im Bereich der Versicherungsaufsicht.

Mit Blick auf die im letzten Satz des neuen Absatzes statuierte Meldepflicht fragt sich darüber hinaus, wann eine Gefährdung der angemessenen Eigenmittelausstattung des übergeordneten Unternehmens **droht**. Hier wären wir für eine weitergehende Erläuterung, gerne auch ein illustrierendes Beispiel, dankbar.

3. Ziffer 5 Buchstabe a: § 24 Abs. 1 Nr. 16 KWG (neu)

Mit der Einführung der neuen, in Nr. 16 vorgesehenen Meldeverpflichtung für eine modifizierte bilanzielle Eigenkapitalquote wird eine im internationalen Umfeld aktuell unter dem Stichwort „leverage ratio“ diskutierte Maßnahme aufgegriffen und umgesetzt.

Die Einführung einer entsprechenden Meldepflicht leistet nach unserer Ansicht keinen substantiellen Beitrag zur zukünftigen Krisenprävention.

Die modifizierte bilanzielle Eigenkapitalquote weist keinerlei Risikosensitivität auf. Sie steht damit konzeptionell im Gegensatz zu dem von Basel II beschrittenen Weg. Sie taugt nicht als Mittel, um zyklische Wirkungen zu begrenzen. Dass eine solche Kennziffer Krisen nicht verhindern hilft, zeigt das Beispiel USA, wo ein solches Verfahren seit langem praktiziert wird. Trotz jahrelanger Erfahrungen mit diesem Instrument war die Kennziffer weder in der Lage, noch grundsätzlich geeignet, das Entstehen der Finanzmarktkrise zu verhindern oder deren Intensität abzumildern. Im Gegenteil, die Krise ist in den Vereinigten Staaten entstanden und hat dort auch die größten Schäden verursacht. Der Umstand, dass nunmehr im Rahmen des neuen § 24 Abs. 1 Nr. 16 KWG vorgesehen werden soll, dass nicht alleine bilanzielle, sondern auch außerbilanzielle Positionen erfasst werden, mildert die entsprechenden Schwächen nur marginal.

In jedem Falle müssen die Schwächen der Aussagekraft der Meldung einer modifizierten Eigenkapitalquote - zum Beispiel die Abhängigkeit vom gewählten Rechnungslegungsstandard - bei ihrer aufsichtlichen Analyse Berücksichtigung finden. Die Kennziffer darf keinesfalls die alleinige Grundlage für aufsichtliche Maßnahmen bilden, sondern darf wenn überhaupt lediglich ein einzelner Parameter neben vielen weiteren im Rahmen der Bewertung eines Instituts sein (Indikatorwirkung). Wir begrüßen daher die Ausführungen hierzu in der Gesetzesbegründung (S. 22 unten, S. 23 oben), dass keine Verpflichtung eingeführt werden soll, diese Kennziffer einzuhalten.

Die Gesetzesbegründung bewertet ferner die Meldung als „einfach zu ermittelnden, zusätzlichen Indikator“ (S. 23 oben). Hier sei der Hinweis erlaubt, dass sich die Meldung der modifizierten Eigenkapitalquote seitens der Aufsicht aus dem ohnehin bereits zu meldenden Datenmaterial ableiten lässt und die Meldeverpflichtung insoweit einen unnötigen bürokratischen Aufwand für die Institute darstellt.

In der konkreten Ausformung der Nr. 16 stellt sich darüber hinaus die Frage, warum im Rahmen einer bankaufsichtsrechtlichen Regelung im KWG als Beurteilungsmaßstab auf

das bilanzielle und nicht auf das regulatorische Eigenkapital abgestellt wird. Für bankaufsichtliche Zwecke ist der regulatorische Eigenkapitalbegriff zentral und liefert im Übrigen auch weitestgehend wettbewerbsneutrale, weil auf identischen Vorgaben beruhende Ergebnisse. Eine Rechtfertigung für das Abstellen auf das bilanzielle Eigenkapital fehlt in der Gesetzesbegründung.

Darüber hinaus ist unklar, was mit dem Begriff „**außerbilanzielle Verpflichtungen**“ gemeint ist. Das Gesetz kennt in § 19 KWG zwar die außerbilanziellen Geschäfte, nicht jedoch die außerbilanziellen Verpflichtungen. Auch insoweit bedarf es einer weitergehenden Konkretisierung.

4. Ziffer 8 Buchstabe c: § 36 Abs. 3 KWG (neu)

a) Sinnhaftigkeit von Sonderregeln für die Kreditwirtschaft fraglich

Wir teilen die Auffassung des Gesetzgebers, dass die fachliche Qualifikation der Mitglieder von Kontrollorganen von besonderer Bedeutung ist. Wir haben jedoch erhebliche Zweifel, ob es wirklich sachgerecht ist, Sonderregelungen für Aufsichtsorgane der Finanzwirtschaft zu schaffen. Daran ändert auch die begrüßenswerte Klarstellung in der Gesetzesbegründung nichts, dass bei der Beurteilung der Einhaltung der fachlichen Qualifikation der Organmitglieder der Proportionalitätsgedanke zum Tragen kommen soll. Der Schwerpunkt politischer Maßnahmen sollte ohnehin auf der Qualifizierung der Mitglieder von Kontrollgremien, statt auf deren eventueller Abberufung liegen.

b) Fehlen einer klaren Abgrenzung von Aufsichts- und Leitungsorgan

Sowohl im Entwurfstext als auch in der Entwurfsbegründung zu § 36 KWG (neu) werden Aufsichts- und Leitungsorgan nicht klar voneinander abgegrenzt:

Die Entwurfsbegründung beschreibt, wann eine fachliche Eignung zur Wahrnehmung der Überwachungs- und Kontrollfunktion gegeben sein soll. Dies soll insbesondere der Fall sein bei „Personen, die bereits in leitender Funktion bei einem vergleichbaren Institut tätig waren.“ Nimmt man diese Ausführungen tatsächlich ernst, müsste zukünftig jedes Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitglied die Geschäftsleiterqualifikation erfüllen. Für die Arbeitnehmervertreter sollen diese Anforderungen ebenfalls gelten. Diese Folgen können nicht gewollt sein - für eine fachliche Eignung von Kontrollgremiumsmitgliedern müssen spezifische Anforderungen aufgestellt werden.

Entwurfstext und -begründung verwenden – wie auch § 44 KWG, der auf europäisches Recht zurückgeht – den Begriff „Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan“. Auch wenn der Begriff des „Verwaltungsorgans“ mutmaßlich die dem deutschen Recht weitgehend fremde monistische Unternehmensstruktur (Leitungs- und Aufsichtsfunktion liegen bei einem Organ) erfassen soll, wird das Verwaltungsorgan in der bankaufsichtsrechtlichen Literatur der Leitungsfunktion zugeordnet (*Reischauer/Kleinhans*, KWG, § 44 Anm. 35; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, § 44 Rdnr. 74). Damit träten die vorgeschlagenen Neuregelungen neben die bereits bestehenden KWG-Vorschriften zur Geschäftsleiterqualifikation – u. U. sogar mit unterschiedlicher Reichweite. Wir halten vor diesem Hintergrund eine Klarstellung für notwendig, dass sich die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen nicht auf das Leitungsorgan, sondern nur auf die Mitglieder von Kontrollorganen beziehen.

c) Differenzierung der Qualifikationsanforderungen nach Art und Umfang der betriebenen Geschäfte

In der Entwurfsbegründung wird richtigerweise ausgeführt, dass die Voraussetzungen an die fachliche Eignung bei kleinen Instituten, deren Haupttätigkeit darin besteht, Kredite an Privatkunden oder kleine oder mittelständische Unternehmen zu vergeben, andere sind als bei einem international tätigen Kreditinstitut, das global das Investmentgeschäft betreibt. Allerdings werden aus dieser zutreffenden Erkenntnis nicht die auf der Hand liegenden Schlussfolgerungen gezogen. Gesetzesvorschlag und -begründung verfolgen im Weiteren ausschließlich einen reinen „Fachexperten-Ansatz“. Diesen Ansatz halten wir für verfehlt:

Prominente Beispiele belegen, dass auch Aufsichtsräte, die mit hochkarätigen Fachleuten besetzt sind, Fehlentscheidungen treffen bzw. Entwicklungen nicht richtig einschätzen können. Die dem Gesetzesentwurf zugrunde liegende Gleichung „je größer das Expertenwissen im Kontrollorgan, desto geringer die Risiken für das Institut“ trifft nicht zu. Vielmehr ist es richtig, dass die Tragfähigkeit des Geschäftsmodells entscheidend für die Risikolage eines Instituts ist. Dementsprechend muss das Mitglied des Aufsichtsorgans in der Lage sein, die Übereinstimmung von Geschäftsmodell und Risikotragfähigkeit des Instituts zu beurteilen. Die Anforderungen an die Mitglieder des Aufsichtsorgans sind damit sowohl am jeweiligen Geschäftsmodell, als auch unter Berücksichtigung von Art und Komplexität der betriebenen Geschäfte zu definieren.

d) Strengere Anforderungen an Aufsichtsorganmitglieder als an Geschäftsleiter

Mit Blick auf die konkret vorgesehenen Befugnisse für die Bankenaufsicht ist zu kritisieren, dass die Anforderungen, die nunmehr an die Mitglieder von Kontrollgremien gestellt werden sollen, nicht konkretisiert werden. Es kann nicht sein, dass der Gesetzentwurf

an Mitglieder der Kontrollgremien offenbar strengere Anforderungen stellt als an Geschäftsleiter. So ist die Abberufung eines Geschäftsleiters ausweislich der Regelung des § 36 Abs. 2 KWG nur möglich, wenn dieser vorsätzlich oder leichtfertig handelt, bzw. das Institut nachhaltig gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstößt, § 36 Abs. 1 i. V. m. § 35 Abs. 2 Nr. 6 KWG. Dagegen soll die Abberufung eines Mitglieds eines Kontrollgremiums bereits allein wegen sorgfaltswidrigen Handelns möglich sein. Sorgfaltswidrig wäre aber bereits auch jede leichte Fahrlässigkeit. Dies erscheint vollkommen unangemessen. Insoweit bedarf das Gesetz an dieser Stelle auf jeden Fall einer nachhaltigen Korrektur. Dies um so mehr, als die im selben Gesetzentwurf vorgeschlagenen Parallelregelungen für Versicherungsgesellschaften insoweit deutlich weniger rigide Anforderungen stellen. So sehen die vorgeschlagenen Regelungen in den §§ 7a Abs. 4 Nr. 4, 87 Abs. 8 Nr. 2 und 121c Abs. 6 VAG (neu) obwohl weitgehend deckungsgleich mit dem Regelungsinhalt des § 36 Abs. 3 KWG (neu) andere Regelungsinhalte vor. Eine derartige Ungleichbehandlung von Aufsichtsorganen in Versicherungsgesellschaften und in Kreditinstituten, ist nach unserem Dafürhalten nicht zu rechtfertigen. Insoweit sollte der Gesetzentwurf in jedem Falle für eine Gleichbehandlung sorgen.

Unabhängig davon wirft der Vorschlag nicht unerhebliche praktische Zweifel auf: Es ist zu bedenken, dass es in Deutschland mehr als 2.200 Kreditinstitute gibt. Die Aufsicht dürfte kaum über die Ressourcen verfügen, mehr als 20.000 Gremienmitglieder einer potenziellen Überprüfung zu unterziehen.

e) Begrenzung der Anzahl ehemaliger Geschäftsleiter im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgan (§ 36 Abs. 3 Satz 4 KWG (neu))

Bezüglich der Regelung in § 36 Abs. 3 S. 4 KWG (neu) ist anzumerken, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex berechtigter Weise eine Ausnahme bei der Besetzung von Kontrollgremien durch ehemalige Vorstandsmitglieder vorsieht, sofern dies in geeigneter Weise begründet wird. Hintergrund dieser Ausnahme ist insbesondere, dass gerade ehemalige Geschäftsleiter von Instituten durch die genaue Kenntnis des Unternehmens für die Funktionserfüllung des Aufsichtsrates förderlich sind.

Sofern an dem Regierungsvorschlag in § 36 Abs. 3 S. 4 KWG (neu) festgehalten wird, sollte jedenfalls eine zeitliche Einschränkung des Verbots für ehemalige Geschäftsleiter bei der Besetzung von Kontrollgremien des gleichen Instituts zwingend in Betracht gezogen werden: So sollten Geschäftsleiter nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums (zum Beispiel von zwei Jahren) als unabhängig gelten. So sind auch nach der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direk-

toren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (2005/162/EG) ehemalige Geschäftsleiter nach Ablauf einer „Cooling-Off“-Periode als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder einzustufen. Auf diese Weise wäre beispielweise eine Berufung in ein Kontrollgremium eines Instituts ermöglicht, in dem vor Jahren eine Geschäftsleitertätigkeit bestand. Die zu einem gewissen Maß berechnete Konfliktsituation aufgrund der vorausgehenden Geschäftsleiterfunktion wäre damit behoben. Insbesondere mit Blick auf die steigenden Qualifikationsanforderungen sollte der – ohnehin beschränkte - Kreis eventueller, qualifizierter Kandidaten nicht durch überbordende zeitliche Sperr-Regelungen zusätzlich eingeeengt werden.

f) Begrenzung der Höchstanzahl an Kontrollmandaten (§ 36 Abs. 3 Satz 5 KWG (neu))

In Anlehnung an die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex wird im Regierungsentwurf vorgeschlagen, die Anzahl der Mandate von Mitgliedern in Kontrollorganen auf insgesamt fünf zu begrenzen.

Im Fokus des Deutschen Corporate Governance Kodex stehen bekanntlich börsennotierte Unternehmen. Auch wenn eine Anwendung einiger der im Kodex enthaltenen Empfehlungen unabhängig von der Börsennotierung und Rechtsform wünschenswert sein mag, so erscheint eine undifferenzierte und pauschale Begrenzung der Kontrollmandate in allen unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen jedoch nicht sachgerecht.

Der mit der verantwortungsbewussten Mandatswahrnehmung verbundene Zeit- und Arbeitsaufwand ist im Wesentlichen abhängig von der Größe und Komplexität des Geschäftes des zu beaufsichtigenden Unternehmens. Der Zeitaufwand eines Mandats in einem Institut mit einer besonderen Bedeutung für die Finanzmarktstabilität dürfte somit deutlich höher sein als bei einem kleineren Institut. Vor diesem Hintergrund scheint eine abgestufte Bemessung der zulässigen Anzahl von Kontrollmandaten in Abhängigkeit von der Größe, der Komplexität des Geschäftsmodells und der Bedeutung für die Finanzmarktstabilität angebracht.

g) Anforderungen an Arbeitnehmervertreter

Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, wonach die entsprechenden Anforderungen sowohl für Arbeitnehmer-, wie auch für Arbeitgebervertreter gleichermaßen Geltung haben sollen, sind unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zwar zu begrüßen. Sowohl die Eignungsanforderungen als auch das Abberufungsrecht dürften ordnungspolitisch und auch rechtlich für Arbeitnehmer- wie auch Arbeitgebervertreter Friktionen mit einerseits dem

Aktienrecht und andererseits bei paritätisch besetzten Aufsichtsräten mit dem Mitbestimmungsrecht aufweisen, die unbedingt einer Klärung bedürfen. Weitergehende Informationen, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen auch hinsichtlich ihrer Kompatibilität mit den benannten Vorgaben und Regelungen überprüft worden sind, wären hilfreich.

h) Gesetzgebungskompetenz bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

Soweit es um die Mitglieder von Kontrollgremien öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute geht, ist bei gesetzgeberischen Maßnahmen des Bundes zudem die Frage der Gesetzgebungskompetenz für das Organisationsrecht der Mitglieder von Kontrollgremien öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute zu berücksichtigen.

i) Übergangsregelung

Es ist vorgesehen, die Regelungen am Tag nach der Veröffentlichung des Gesetzes in Kraft treten zu lassen. Hier ist – wie bereits für den Versicherungsbereich in § 123f VVG (neu) zumindest für Geschäftsleiter vorgesehen – die Schaffung einer angemessenen Übergangsfrist unabdingbar, um etwaige organisatorische Probleme bei Umbesetzungen lösen zu können. Überschreiten beispielsweise einzelne Mitglieder des Kontrollgremiums die zulässige Höchstzahl der gleichzeitig wahrnehmbaren Mandate pro Person, erscheint es sachgerecht, sie nicht sofort ausscheiden, sondern ihre Mandate, die sie innehaben, bis zum vorgesehenen Ende der Amtsperiode weiterführen zu lassen. Für neu übernommene Mandate könnte die Neuregelung hingegen uneingeschränkt gelten.

5. Ziffer 10 Buchstabe a: 45 Abs. 1 KWG (neu)

Einleitend möchten wir darauf hinweisen, dass die dem KWG zugrunde liegende Bankenrichtlinie 2006/48/EG (auch: Capital Requirements Directive, CRD) vom europäischen Gesetzgeber derzeit überarbeitet und noch im April 2009 verabschiedet werden soll. Darin wird in den Artikeln 57 bis 67 die Definition von Kernkapitalinstrumenten neu geregelt. Diese Regeln sind voraussichtlich bis zum 31. Oktober 2010 in nationales Gesetz umzusetzen. CEBS beabsichtigt, im 3. Quartal 2009 Leitlinien zur harmonisierten Umsetzung der CRD in den nationalen Jurisdiktionen zu veröffentlichen. Zentraler Bestandteil der Neuregelungen ist die Frage, in welchem Umfang die Bankenaufsicht in Zahlungen auf Kernkapitalinstrumente eingreifen kann. Insofern ist nach unserer Einschätzung noch für 2009 ein neues Gesetzgebungsverfahren zur Anpassung unter anderem des § 45 KWG anzustoßen. Wir fordern daher nachdrücklich, auf eine Überarbeitung des § 45 KWG zum jetzigen Zeitpunkt zu verzichten, da mit Sicherheit angenommen werden muss, dass insbesondere die hier vorgeschlagenen Änderungen noch innerhalb eines Jahres erneut geändert werden müssen.

Im Einzelnen haben wir zudem erhebliche Bedenken gegenüber den vorgeschlagenen Änderungen:

Die vorgeschlagene Ergänzung bei § 45 Abs. 1 S. 1 KWG (neu) läuft auf eine Prognoseentscheidung der Bankenaufsicht hinaus, die grundsätzlichen Bedenken begegnet. Mit Blick auf die erheblichen Wirkungen der in § 45 Abs. 1 KWG beschriebenen Maßnahmen sowohl für das Institut, wie auch für dessen Anteilseigner ermöglicht der § 45 KWG tiefe Eingriffe in die Geschäftsleitungskompetenz des Instituts. Diese tiefen Eingriffe auf einer Prognosebasis vorzunehmen, wird zwangsläufig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen mit den Betroffenen führen, die hinsichtlich des Ausgangs mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet sind. Es erscheint uns insgesamt unangemessen, derart weitreichende Maßnahmen auf derart unsicherer Beurteilungsgrundlage treffen zu wollen.

Die in den neuen Sätzen 2 und 3 des § 45 Abs. 1 KWG vorgesehenen Eingriffsbefugnisse der Bankenaufsicht stellen ferner auf Definitionen ab, welche uns nicht im Einklang mit den im KWG verwendeten Begriffen zu stehen scheinen. Die Anknüpfung an den Jahresüberschuss (§ 45 Abs. 1 S. 2 KWG) stellt eine grundlegende Verschiebung des bisher im KWG geltenden Verlustbegriffs dar, welcher nach allgemeinem Verständnis auf den Bilanzverlust abstellt.

Da insoweit auch noch eine diskretionäre Entscheidung durch die BaFin vorgesehen ist, dürfte eine solche Regelung erhebliche negative Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Institute zur Beschaffung von Eigenkapital haben. Gerade Institute in angespannten Situationen werden bei einem derartigen Regelungsansatz deutlich größere Probleme bei der Eigenkapitalbeschaffung bekommen, als dies bereits heute der Fall ist, wenn potentielle Investoren damit rechnen müssten, dass die BaFin die Befriedigung von Zins- oder Dividendenforderungen aussetzt. Eine solche Regelung erscheint in Krisenzeiten kontraproduktiv, da sie sogar prozyklisch wirken kann.

Hinzu kommt, dass mit der vorgeschlagenen Regelung in dem neuen Satz 3 die Möglichkeit geschaffen werden soll, diskretionär in die Bilanzierungspolitik der Institute eingreifen zu können. Ein solcher willkürlicher Eingriff in die Bilanzpolitik eines Institutes ist abzulehnen. Insbesondere widerspricht dieser Ansatz den jüngst veröffentlichten Positionen unter anderem der G20, des Financial Stability Boards und des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, von den Banken zu verlangen, in konjunkturellen Hochphasen Rücklagen zu

bilden, welche in Krisenzeiten aufgezehrt werden können (zum Teil auch unter dem Begriff „Dynamic Provisioning“ bekannt).

6. Ziffer 10 Buchstabe c Doppelbuchstabe aa): § 45 Abs. 4 S. 2 KWG (neu)

Wir regen an, den neuen Satz 2 bei § 45 Abs. 4 sprachlich umzugestalten. In der aktuellen Version ist er insoweit misslungen, als von einer „kurzfristigen Verschlechterung der Eigenmittelausstattung“ gesprochen wird und dies den Eindruck vermitteln könnte, als dass lediglich die Verschlechterung der Eigenmittelausstattung vorübergehend ist. Gemeint ist mit der Regelung jedoch eine Eingriffsbefugnis für eine schnelle Verschlechterung der Eigenmittelausstattung zu schaffen. Insoweit sollte der Begriff „kurzfristig“ entweder ersetzt oder an anderer Stelle platziert werden.

7. Ziffer 10 Buchstabe c Doppelbuchstabe bb): § 45 Abs. 4 S. 4 KWG (neu)

Mit dem neuen Satz 4 bei Absatz 4 wird klargestellt, dass vertragliche Abreden, die der Anordnung einer entsprechenden Ausschüttungssperre wie durch § 45 Abs. 1 S. 2 und 3 KWG (neu) vorgesehen entgegenstehen, unwirksam sein sollen. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass eine schützenswerte Vertrauensposition der Inhaber von Eigenmittelinstrumenten grundsätzlich nicht bestehe, da der grundsätzlich höhere Ertrag aus der Zurverfügungstellung von Eigenmitteln grundsätzlich nur dann anfalle, wenn im Geschäftsjahr ein entsprechender Überschuss erwirtschaftet werde.

Diese Ausführungen kommen über den Status einer bloßen Behauptung nicht hinaus. Entscheidend ist und bleibt, was vertraglich zwischen den Parteien vereinbart war. Wenn sich im Vertrag keinerlei Hinweis darauf findet, dass Leistungen an die Kapitalgeber nur erfolgen können, wenn ein Jahresüberschuss erwirtschaftet wurde, wird der Gesetzgeber kaum in der Lage sein, derartige rechtliche Konsequenzen gesetzlich vorzuschreiben. Eine solche gesetzliche Regelung stellt einen tiefen Eingriff in die vertraglich vereinbarten Rechte nicht der Aufsicht unterfallender Dritte dar, die verfassungsrechtlich nicht haltbar sein werden. Eine entsprechende Regelung dürfte nur akzeptabel sein für neu abzuschließende Verträge, indem die beaufsichtigten Institute verpflichtet werden, eine entsprechende Klausel in die Vertragswerke aufzunehmen. Für Altverträge, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, wird dies jedoch nicht gelten können. Insoweit wird dringend empfohlen mit Blick auf diese Regelung eine entsprechende Klarstellung in den Gesetzentwurf aufzunehmen.

8. Ziffer 11 Buchstabe a: § 45b Abs. 1 KWG (neu)

Die vom Gesetzgeber nunmehr zu Gunsten der Bundesanstalt vorgesehenen Erleichterungen zur Verhängung eines Kapitalaufschlages gemäß § 45b KWG bei Fehlern im Bereich

der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation eines Instituts erscheinen insoweit fraglich, als eine erhöhte Eigenkapitalanforderung keinen Beitrag zu einer Verbesserung der als defizitär erkannten Geschäftsorganisation des Instituts leistet. Insoweit ist der regelungstechnische Ansatz, wie er sich zurzeit im KWG findet, wonach die Möglichkeit des Eigenkapitalzuschlags in diesem Bereich lediglich ultima ratio sein kann, sachgerecht. Schließlich muss eine entsprechende repressive Maßnahme der Bankenaufsicht stets verhältnismäßig, d.h. auch geeignet sein, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Das gewünschte Ziel kann hier lediglich eine verbesserte Geschäftsorganisation sein, denn genau darum geht es bei § 45b KWG. Die Verhängung von Eigenkapitalzuschlägen dürfte auf dem Weg zu diesem Ziel dem Grunde nach eher weniger geeignet sein. In jedem Falle bedarf es einer entsprechenden Konkretisierung der Regelung des neuen Satzes 2 in eine ähnliche Richtung, wie dies der bisherige Absatz 3 enthielt.

9. Ziffer 12: § 46 Abs. 1 S. 3 und S. 4 KWG (neu)

Die vorgeschlagene Erweiterung des § 46 KWG in Richtung auf ein so genanntes „ring-fencing“ ist mit Blick auf die Erfahrungen der Finanzmarktkrise grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings wäre aus unserer Sicht zu prüfen, inwieweit ein derartiger Regelungsansatz zu den von Seiten der Bundesregierung propagierten, gewünschten internationalen Lösungsansätzen passt.

Zudem besteht bereits gemäß § 46a KWG die Möglichkeit, ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot an das Institut zu erlassen. Insofern ist unklar, was nach den Ausführungen im Allgemeinen Teil der Begründung des Gesetzesentwurfes unter dem Begriff des Krisenfalles konkret zu verstehen sein soll. Der Erlass eines Zahlungsverbotes auch ohne Bestehen einer Insolvenzgefahr für das konkrete Institut könnte gegebenenfalls als Protektionismus zugunsten deutscher Kreditinstitute verstanden werden. Allein der Umstand, dass andere Staaten außerhalb der EU entsprechend verfahren, dürfte hier kaum als Rechtfertigung ausreichen. Jedenfalls nicht mit Blick auf die europarechtlich garantierte Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Vor Einführung einer entsprechenden Maßnahme sollte die europarechtliche Zulässigkeit derartiger Zahlungsverbote intensiv geprüft werden, um von vornherein Schadensersatzansprüche gegen die BaFin zu vermeiden.

10. Ziffer 13: § 56 Abs. 2 Nr. 4 Ziffern 13 bis 16 KWG (neu)

In der Gesetzesbegründung zu den entsprechenden Änderungen wird darauf hingewiesen, dass es sich insoweit um Folgeänderungen aus der Erweiterung der Anzeigepflicht nach § 24 Abs. 1 KWG handele. Dies trifft mit Blick auf den aktuellen Gesetzesvorschlag jedoch lediglich für die Ziffern 15 und 16 zu. Mit Blick auf die Anzeigetatbestände der Nummern

13 und 14 handelt es sich dagegen um die Schließung einer bestehenden Gesetzeslücke. Dieses sollte in der Begründung auch deutlich gemacht werden.

11. Vorschlag für eine Ergänzung des § 46 b KWG

Aus gegebenem Anlass ergreifen wir die Gelegenheit und regen an, die anstehende KWG-Überarbeitung dazu zu nutzen, auch § 46b Abs. 1 S. 6 KWG wie folgt zu ändern:

„Die Bundesanstalt hat dem Insolvenzgericht einen geeigneten Insolvenzverwalter vorzuschlagen; von diesem Vorschlag darf das Insolvenzgericht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abweichen.“

Zur Begründung sei darauf verwiesen, dass der Erfolg des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Bank ganz wesentlich von den Fähigkeiten, den Erfahrungen und dem Geschick des Insolvenzverwalters abhängt. Zu berücksichtigen ist dabei, dass in der Kreditwirtschaft als einer stark regulierten Branche alle Geschäftsleiter gemäß § 32 Abs. 1 bis 4 KWG über die erforderliche fachliche Eignung und die entsprechende Erlaubnis der BaFin verfügen müssen. Es ist naheliegend, dass der Insolvenzverwalter, der ein Kreditinstitut abwickelt und in gewissem Umfang auch noch bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften unterliegt, nur im Einverständnis mit der BaFin sein Amt innehaben sollte.

Für den

ZENTRALEN KREDITAUSSCHUSS

Bundesverband der Deutschen

Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V.



Gerhard Hofmann



i. V.
Dr. Holger Mielk