

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf für ein
Risikoreduzierungs-gesetz
(BT-Drs. 19/22786)

Kontakt:

Dr. Olaf Achtelik (SAG, WpHG, KAGB, KredReorgG)

Thorsten Reinicke (KWG, VAG)

Frank Kürten (AnlEntG, EinSiG)

Telefon: +49 30 2021-2323

Telefax: +49 30 2021-192300

E-Mail: o.achtelik@bvr.de, reinicke@bvr.de, f.kuerten@bvr.de

Berlin, 02.10.2020

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

www.die-dk.de

Hauptpetita

Mit dem Gesetz zur Reduzierung von Risiken und zur Stärkung der Proportionalität im Bankensektor (RisikoreduzierungsGesetz) soll im Wesentlichen das EU-Bankenpaket umgesetzt werden. Der vorliegende Regierungsentwurf ist im Hinblick auf einzelne Proportionalitätsaspekte zu begrüßen. Allerdings enthält er auch einige Punkte, die im weiteren Gesetzgebungsverfahren einer Nachbesserung bedürfen. Insbesondere das bei einzelnen Regelungen vorgenommene sog. „gold plating“ europäischer Regelungen ist abzulehnen. Unverständlich ist uns der Standpunkt des Nationalen Normenkontrollrates im Rahmen seiner Stellungnahme gem. § 6 Absatz 1 NKRG, wonach ihm keine Anhaltspunkte vorliegen, dass mit dem RisikoreduzierungsGesetz über eine 1:1 Umsetzung von EU-Recht hinausgegangen wird. So wird z. B. zum Anwendungsbereich der Regelungen zu Organkrediten (§ 15 Abs. 6 KWG-E) in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates sogar explizit eingeräumt, dass der Anwendungsbereich ausgeweitet wird, da es sich aus aufsichtlicher Sicht um eine sinnvolle Ergänzung handelt.

Dem zweiten Teil des Titels „... und zur Stärkung der Proportionalität im Bankensektor“ wird der Gesetzesentwurf nicht gerecht, bzw. steht diesem diametral entgegen. Wenn der behauptete Wille für mehr Proportionalität auch und gerade auf nationaler Ebene tatsächlich besteht, gibt es durchaus Möglichkeiten und Spielräume, bei einzelnen Regelungen entsprechend der Systemrelevanz, Bedeutung bzw. Größe und Komplexität der Institute zu differenzieren.

Vor diesem Hintergrund betreffen unsere Hauptpetita folgende Themen:

- **Infizierung von Kapitalinstrumenten (§ 46f Abs. 7 KWG-E, S. 5 f.)**
 - § 46f Abs. 7a KWG-E soll das nach Ansicht der EBA bestehende „Infizierungsproblem“ für Altinstrumente beheben. Wir haben in diesem Zusammenhang allerdings Konstellationen identifiziert, die ggf. nach dem zugrundeliegenden Verständnis der EBA zu einer „Infizierung“ der berücksichtigungsfähigen Instrumente führen können. Daher erachten wir die **Ausweitung des Anwendungsbereiches auf berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten** für zwingend erforderlich.
 - Mit der Verschiebung der Altinstrumente von ihrem ursprünglichen Insolvenzrang in den Vorrang gegenüber bestehenden Eigenmittelinstrumenten besteht **Klarstellungsbedarf, wann diese Instrumente zur Verlusttragung herangezogen werden**.
 - Zudem ist sicherzustellen, dass ein ursprünglich als Eigenmittel anrechenbares **Instrument**, das bei **Übergangsvorschriften** sukzessive seine Anrechenbarkeit verliert, **in den Anwendungsbereich des § 46 Abs. 7a S. 2 KWG-E fällt**.
- **Transparenz der zusätzlichen Eigenmittelanforderungen (§ 6c KWG-E, S. 10 f.)**
 - Die **Transparenzvorschrift gemäß Art. 104a Abs. 5 CRD V fehlt** und sollte in § 6c KWG-E noch ergänzt werden. In der Gesetzesbegründung (S. 175) wird darauf verwiesen, dass § 39 Abs. 1 VwVfG (Begründung des Verwaltungsaktes) dies hinreichend umsetzt. Diese Einschätzung teilt die DK nicht. Die sehr allgemein gehaltene Notwendigkeit, die Gründe eines Verwaltungsakts zu benennen, deckt die Vorgaben des Art. 104a Abs. 5 CRD V nicht ausreichend ab. Die Institute benötigen detaillierte Informationen, wie die zusätzlichen Eigenmittelanforderungen von der Aufsicht ermittelt werden, um damit angemessen umgehen zu können.
- **Behandlung von Zinsänderungsrisiken im Anlagebuch (§ 6c KWG-E, S. 12)**
 - Die Regelungen zum aufsichtlichen Zinsschock sind nach Konsultation mit der DK in dem Rundschreiben 06/2019 (BA) der BaFin ausführlich und abschließend geregelt. Die im Regierungsentwurf zum RiG vorgeschlagene Behandlung der Zinsänderungsrisiken des Anlagebuchs weicht von den Ausführungen des BaFin-Rundschreibens in wesentlichen Teilen ab. **Die Ausführungen sollten daher grundlegend auf Basis des bestehenden BaFin Rundschreibens 06/2019 (BA) überarbeitet werden**.

- **Eigenmittelempfehlung (§ 6d KWG-E, S. 12 ff.)**
 - Die EU-Richtlinie (CRD V) sieht vor, dass diese Kennziffer durch „Eigenmittel“ unterlegt werden kann und nicht nur durch „hartes Kernkapital“, wie vom RiG-E vorgesehen. Damit wären künftig u.a. keine stillen Vorsorgereserven nach § 340f HGB mehr anrechenbar, die von HGB-Instituten (insb. Sparkassen und Genossenschaftsbanken) gebildet werden. Ein „gold plating“ - insbesondere zu Lasten der kleinen und mittelgroßen Institute - ist abzulehnen. **Wir plädieren daher für eine 1:1-Übernahme der EU-Richtlinie und die Formulierung „Eigenmittel“ statt „hartes Kernkapital“.**
- **Kapitalpuffer für systemische Risiken (§ 10e KWG-E, S. 14 f.)**
 - Die Anordnung eines Kapitalpuffers für systemische Risiken sollte nur die Ausnahme sein. § 10e Abs. 6 KWG-E sieht vor, dass der Kapitalpuffer für systemische Risiken auch ohne vorherige Anhörung durch Allgemeinverfügung angeordnet werden kann. **Wir regen an, dass der Entwurf einer solchen Allgemeinverfügung im Regelfall umfassend konsultiert wird** und die Überprüfung durch die Aufsicht quartalsweis durchzuführen ist.
- **Erweiterung des Organkredites (§ 15 KWG-E, S. 15 ff.)**
 - Die **DK lehnt die geplante Ausweitung des Organkreditbegriffs auf alle Geschäfte (ohne Bezug zum Kreditgeschäft) entschieden ab.** Die EU-Richtlinie sieht diese Ausweitung nicht vor. Ebenso **lehnen wir eine über die EU-Vorgaben hinausgehende Erweiterung des Personenkreises ab**, die auf mögliche Organschaft zu überprüfen sind. **Ein gold plating muss vermieden werden.** Etwaige Änderungen sollten erst zum 28. Juni 2021 umgesetzt werden müssen.
- **Zusätzliche Eignungsbeurteilung von Leitungsorganmitgliedern durch das Institut (§ 24 KWG-E, S. 20 ff.)**
 - Aus Sicht der DK ist eine zusätzliche **Eignungsbewertung** von Aufsichtsorganmitgliedern durch die Institute abzulehnen, wenn diese keinerlei Einfluss auf die Auswahl der Mitglieder nehmen können. Wir fordern keine pauschale Freistellung, sondern eine Ausnahme nur für den Fall, dass bei öffentlich-rechtlichen Instituten aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen allein der bzw. die Anteilseigner oder der kommunale/jeweilige Träger für die Entsendung der Mitglieder verantwortlich ist. In diesem Fall sollte die Erstbeurteilung der Eignung durch die Aufsichtsbehörden (wie bisher auch) genügen.
- **Internes Risikomanagement (§ 25a Abs. 1 KWG-E, S. 24 f.)**
 - Auf die durch das RiG vorgesehene **Ergänzung** von § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG-E zu „**aufsichtlichen Stresstests**“ sollte **verzichtet** werden. In § 6b KWG-E wird bereits klar ausgeführt, dass die Institute bei der Ermittlung des Kapitalbedarfs auch potenzielle Verluste aufgrund von internen und aufsichtlichen Stresstests im Blick haben müssen und dass diese potenziellen Verluste in die aufsichtliche Überprüfung einbezogen werden. Insofern ist Art. 104b Abs. 1 CRD V aus unserer Sicht bereits hinreichend umgesetzt. Die angedachte Ergänzung von § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG-E würde hingegen zu einer unsachgemäßen Vermengung der institutsinternen und der regulatorischen Perspektive führen.
- **Risikoträger (§ 25a Abs. 5b KWG-E, S. 26 ff.)**
 - Wir bitten darum, wie bislang die **Regelungen für Risikoträger nur auf bedeutende Institute anzuwenden.** Artikel 92 CRD V erlaubt weiterhin ausdrücklich eine Anwendung, die insbesondere der Größe und der Art, dem Umfang und der Komplexität des Instituts angemessen ist.

- **Mandate (§§ 25c, 25d KWG-E, S. 28 ff.)**
 - Die generelle Stigmatisierung der vom Träger entsandten politischen Aufsichtsorganmitglieder insbesondere bei den öffentlich-rechtlichen Instituten sollte ein Ende finden. Wir bitten darum, dass bei der Neuregelung zur Unvoreingenommenheit eine entsprechende **Klarstellung für diese Vertreter aufgenommen** wird.
 - Zudem regt die DK verschiedene Nachbesserungen beim Gruppenbegriff und eine Klarstellung bzgl. des formellen Unabhängigkeitserfordernisses an.

- **Entfallen der Möglichkeit, per Risikoanalyse als nicht bedeutend kategorisiert zu werden (§25n KWG S. 32)**
 - Die DK plädiert im Sinne von mehr Proportionalität in der Regulierung für die **Beibehaltung der „Widerlegungsmöglichkeit“ zur Einstufung als „bedeutendes Institut“** durch eine Risikoanalyse.

- **Vertragliche Anerkennungspflicht hinsichtlich Bail-in (§ 55 SAG, S. 38 ff.) und der Aussetzung von Beendigungsrechten (§ 60a SAG, S. 40 f.)**
 - Das Versagen der Anrechnungsmöglichkeit bei Fehlen der vertraglichen Anerkennung des Bail-in (**§ 55**) ist **gesetzssystematisch nicht haltbar und benachteiligt die deutschen Kreditinstitute**. § 55 Abs. 12 sollte deshalb gestrichen werden.

 - Die Pflicht in **§ 60a**, in bestehende Kontrakte erneut die Anerkennung von Beendigungsrechten hinzuverhandeln (die Institute andere EU-Mitgliedstaaten unterlagen bislang nicht dieser Pflicht) sollte eingeschränkt werden. (Nur) die deutschen Institute mussten bereits einmal ähnliche Klauseln vereinbaren. Nun sollen die Anerkennungspflichten inhaltlich geändert und um die Anerkennung der Befugnisse nach § 66a SAG-E erweitert werden ist. **Die Vorschrift sollte nicht gelten, wenn bereits vertragliche Anerkennungsklauseln für die Zwecke des § 60a vereinbart worden sind.**

- **Umfang und Berechnung des Entschädigungsanspruchs (§ 7 Abs. 4 EinSiG-E, S. 41)**
 - Im Hinblick auf Artikel 7 "Änderung des Einlagensicherungsgesetzes", konkret Ziffer 3 (§ 7 Abs. 4 EinSiG-E), halten wir eine weitere Klarstellung für erforderlich und schlagen folgenden geänderten Wortlaut vor: "Handelt der Kontoinhaber für Rechnung eines Dritten, ist für die Deckungssumme nach § 8 auf den Dritten abzustellen, sofern das Konto in der Kontobezeichnung als offenes Treuhandkonto eindeutig gekennzeichnet ist und das Bestehen des Treuhandverhältnisses nachgewiesen wird".

- **Veräußerung nachrangiger berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten und relevanter Kapitalinstrumente an Privatkunden (65b WpHG-E, S. 42 f.)**
 - Die angestrebte Regelung zur „**Mindeststückelung**“ ist im Hinblick auf **AT1- und Tier2-Instrumente nicht gerechtfertigt**, da es sich in beiden Fällen um ein „gold plating“ der Vorgaben aus Art. 44a BRRD II handelt und dort nicht verlangt wird. Wir plädieren deshalb dafür, die Anwendung der Mindeststückelung parallel zu Art. 44a BRRD auf die nachrangigen berücksichtigungsfähigen Instrumente außerhalb der Eigenmittel zu beschränken.

- **Ausweis von Treuhandgeschäften unterhalb der Bilanz (§ 6 RechKredV, S. 43)**
 - Wir regen an, § 6 RechKredV dergestalt zu ändern, dass **Treuhandgeschäfte** nicht in der Bilanz, sondern **unterhalb der Bilanz** ausgewiesen werden und somit nicht mehr in die Berechnung der Bankenabgabe einfließen. Dies ist insbesondere für die als „Treuhandvermögen“ ausgewiesenen KfW-Schnellkredite relevant, die im Zuge der COVID-19-Krise zahlreich gewährt wurden.

Besondere Anmerkungen

Artikel 1 – Änderung des Kreditwesengesetzes

Ziffer 2 (§ 46f KWG-E) - Umsetzung von Artikel 48 Absatz 7 der BRRD-Änderungsrichtlinie

Wir begrüßen ausdrücklich die Umsetzung von Artikel 48 Abs. 7 der BRRD II in § 46f Abs. 7a KWG-E, da damit die potentiellen Konflikte zwischen den vertraglichen Nachrangklauseln von Kapitalinstrumenten und der in der CRR vorgesehenen Rangfolge im Insolvenzfall behoben werden. Um spätere Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, schlagen wir zur Klarstellung einige Ergänzungen von § 46f KWG-E vor.

- § 46f Abs. 7a KWG-E soll das nach Ansicht der EBA bestehende „Infizierungsproblem“ für Altinstrumente beheben. Die Anwendung beschränkt sich derzeit lediglich auf den Bereich der Eigenmittelinstrumente. Im Rahmen des Bankenpaketes wurden die berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten nach CRR II in das Rahmenwerk mit aufgenommen. Wir haben in diesem Zusammenhang auch Konstellationen identifiziert, die ggf. nach dem zugrundeliegenden Verständnis der EBA zu einer „Infizierung“ der berücksichtigungsfähigen Instrumente führen können, weil z. B. nicht mehr anerkennungsfähige Altinstrumente als ausgenommene Verbindlichkeiten im Sinne von Art. 72a Abs. 2 CRR II qualifiziert und damit schädlich für die Beurteilung der Nachrangigkeit im Sinne von Art. 72b Abs. 2 lit. d) CRR II wären. Ein praktisches Beispiel wäre ein Tier 2-Instrument, das eines der Kriterien des Art. 63 CRR nicht erfüllt, allerdings aufgrund der Wahl eines nicht gängigen Zins-Index als strukturiert nach Art. 72a Abs. 2 lit. I CRR II einzustufen wäre. Daher erachten wir die **Ausweitung des Anwendungsbereiches auf berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten** für zwingend erforderlich.
- Darüber hinaus sehen wir Klarstellungsbedarf in Bezug auf das Verhältnis der Altinstrumente zu den berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten. Mit der Verschiebung der Altinstrumente von ihrem ursprünglichen Insolvenzrang in den Vorrang gegenüber bestehenden Eigenmittelinstrumenten steht die Frage im Raum, wann diese Instrumente zur Verlusttragung herangezogen werden. Es ist unklar, ob diese Instrumente als „sonstige Nachrangverbindlichkeiten“ vor den berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten (analog der Übersicht über die Haftungskaskade im Rahmen der Bankenabwicklung der BaFin, Position 4 „Unbesicherte nachrangige Verbindlichkeiten“ nach § 39 InsO) herangezogen werden oder ggf. gleichzeitig mit den berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten nach § 38 InsO.

Zudem regen wir folgende **Klarstellungen in Satz 2** an:

Ursprüngliche Intention für Art. 48 Abs. 7 2. UA BRRD II dürfte vor allem die Amortisationsregelung in Art. 64 CRR gewesen sein. Eine ähnliche Fragestellung ergibt sich aber im Fall von Übergangsvorschriften, wenn ein ursprünglich als Eigenmittel anrechenbares Instrument sukzessive seine Anrechenbarkeit verliert.

Wie ausgeführt regelt Art. 48 Abs. 7 BRRD II, dass das Instrument einheitlich zu betrachten ist. Sowohl der anrechenbare als auch der nicht-anrechenbare Teil sind dann im Nachrang. Auch der nicht mehr anrechenbare Teil gilt hier als Eigenmittel. In der CRR findet sich diese Fiktion nicht.

Es ist aus unserer Sicht deshalb nicht auszuschließen, dass die EBA in Fortführung ihrer Überlegungen auch darin einen Fall der „Infizierung“ sehen könnte. Denn:

Für den anrechenbaren Teil des Instruments gilt Art. 28 Abs. 1 lit. j) CRR, wonach die Instrumente „die Instrumente [...] bei Insolvenz oder Liquidation des Instituts nachrangig gegenüber **allen anderen Ansprüchen**“ sind. Diese Bedingung könnte insoweit als nicht erfüllt gesehen werden, als der nicht mehr anrechenbare Teil zwar als „anderer Anspruch“ gesehen werden könnte, dem anrechenbaren Teil gegenüber aber nicht vorrangig ist.

Vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit zum Teil sehr formalistischen Auslegungen der EBA bitten wir dringend um eindeutige Klärung und Klarstellung,

- dass § 46 Abs. 7a S. 2 KWG-neu auch für Instrumente im Übergangszeitraum Anwendung findet und
- dass darin keine Infizierung weder liegt noch künftig liegen wird.

Wir gehen ferner davon aus, dass die Vorschrift des § 46f Abs. 7a S. 1 KWG-E auch den Konflikt einer möglichen „Infizierung“ der Kapitalanteile des Mehrheitsgesellschafters durch die seitens des Tochterunternehmens nicht mehr anrechenbaren Minderheitsanteile bei einem bestehenden Ergebnisabführungsvertrag behebt. Insoweit würden die als hartes Kernkapital anerkannten Mehrheitsanteile nach allen anderen Forderungen berichtigt, während die Anteile von Minderheitsgesellschaftern als andere Forderungen im Sinne des Satzes 1 behandelt würden. Da es sich bei den von Mehrheits- bzw. Minderheitsgesellschaftern gehaltenen Anteilen um rechtlich separate Vertragsverhältnisse handelt, findet Satz 2 insoweit keine Anwendung. Wir bitten um entsprechende Klarstellung.

Ferner wäre die Klarstellung angezeigt, dass diese Regelung auch für Emissionen nach nicht-deutschem Recht gilt.

Artikel 2 – Weitere Änderungen des Kreditwesengesetzes

Allgemeine Anmerkungen

Dem zweiten Teil des Titels „... und zur Stärkung der Proportionalität im Bankensektor“ wird der Gesetzesentwurf nicht gerecht, bzw. steht diesem diametral entgegen. Wenn der behauptete Wille für mehr Proportionalität auch und gerade auf nationaler Ebene tatsächlich besteht, gibt es durchaus Möglichkeiten und Spielräume, bei einzelnen Regelungen entsprechend der Systemrelevanz, Bedeutung bzw. Größe und Komplexität der Institute weitergehend zu differenzieren (s. hierzu im Einzelnen weiter unten).

In diesem Zusammenhang bitten wir um konkrete Hinweise, auf welche Meldungen zukünftig für LSIs verzichtet werden kann, zumal bislang die zugesagten Erleichterungen aus der CRR national überhaupt noch nicht zum Tragen gekommen sind.

Eine Entlastungsmöglichkeit insbesondere für kleine, nicht komplexe Institute sehen wir beispielsweise bei den Regelungen zur Eigenmittelzielkennziffer (s. Anmerkungen zu § 6d KWG-RegE).

„Stacking Order“ (§§ 6c Abs. 6, 6d Abs. 3 und 10b KWG sowie § 10 Abs. 3 und 4 KWG)

Die sogenannte „Stacking Order“, d.h. die Reihenfolge, in der die Eigenmittelanforderungen und -empfehlungen sowie die Pufferanforderungen zu erfüllen sind, ist für die Institute von großer Bedeutung, nicht zuletzt im Hinblick auf die MDA-Schwellen. Eine klare und widerspruchsfreie Darstellung der diesbezüglichen Regelungen in Übereinstimmung mit den europäischen Regelungen ist insofern absolut erforderlich. Die aktuelle Umsetzung gewährleistet dies aus unserer Sicht nicht ausreichend:

- § 6c KWG-E zur Eigenmittelanforderung für sonstige Risiken regelt in Abs. 6 Nr. 5, dass hierzu nur Eigenmittel eingesetzt werden dürfen, die nicht bereits zur Erfüllung der Eigenmittelempfehlung nach § 6d KWG-E eingesetzt wurden. Hiernach wäre somit zunächst die Eigenmittelempfehlung (P2G) zu erfüllen und erst danach die Eigenmittelanforderung (P2R).
- § 6d KWG-E zur Eigenmittelempfehlung für sonstige Risiken hingegen regelt in Abs. 3 Nr. 2 KWG, dass hierzu nur Eigenmittel eingesetzt werden dürfen, die nicht bereits zur Erfüllung der Eigenmittelanforderung nach § 6c eingesetzt werden, also genau die umgekehrte Reihenfolge (diese entspricht der „Stacking Order“ gemäß CRD V sowie SREP-Leitlinien der EBA).

- Die beiden vorstehenden Punkte machen deutlich, wie schwierig aber auch wie wichtig eine eindeutige Darstellung der „Stacking Order“ ist. Wir begrüßen daher die in laufender Nr. 26 der Gesetzesbegründung dargelegte Absicht, die Ausschlussregeln, das zur Einhaltung der Kapitalpuffanforderungen zu verwendende harte Kernkapital betreffend, zentralisiert zu regeln und diese damit gleichsam vor die Klammer zu ziehen. Die in § 10b KWG angegebene Reihenfolge erweckt durch die fortlaufende Nummerierung zwar den Eindruck, es handele sich um die „Stacking Order“, ist letztlich aber nur die Aufzählung der Anforderungen, die nicht zu einer Doppelbelegung der Eigenmittel mit den Kapitalpufferanforderungen führen dürfen. Die Reihenfolge ihrer Nennung hingegen weicht von der „Stacking Order“ ab.
- Darüber hinaus weicht § 10b KWG von der Stacking-Order des Art. 128 CRD V auch hinsichtlich der Einbeziehung der Eigenmittelanforderungen aus § 10 Abs. 3 und Abs. 4 KWG ab. Die genannten Normen geben der deutschen Aufsicht einen über die harmonisierten europäischen Vorgaben hinausgehenden Ermessensspielraum zur Festsetzung weiterer Eigenmittelanforderungen. Dies sehen wir nicht nur im Hinblick auf eine mögliche Schlechterstellung deutscher Institute kritisch, sondern auch insofern, dass diese Kapitalanforderungen nicht in den Kontext der weiteren europäischen Regelungen passen. Unklar ist bspw., wie diese zusätzlichen nationalen Eigenmittelanforderungen bei der Festlegung der MREL-Anforderungen durch das SRB berücksichtigt werden (können).

Zusammenfassend erachten wir es für zwingend erforderlich, die vollständige „Stacking Order“ im KWG, z.B. in § 10b KWG eindeutig vorzugeben. Des Weiteren sind die Widersprüche in den §§6c und 6d KWG-RefE entsprechend zu bereinigen und die Möglichkeiten zur Festsetzung zusätzlicher Kapitalanforderungen gem. §10 Abs. 3 und Abs. 4 zu streichen.

Besondere Anmerkungen

Ziffer 2 Buchstabe d) (§ 1 Abs. 21 KWG-E) – Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitglieder als Risikoträger

Zukünftig sollen neben den Geschäftsleitern auch Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitglieder zwingend als Risikoträger gelten.

Diese Ergänzung des § 1 Abs. 21 KWG-E ist nicht sachgerecht, da sie – zusammen mit § 25 a Absatz 5 b Satz 1 KWG-E- nicht nur alle CRR-Institute ungeachtet ihrer Größe zur Identifizierung von Risikoträgern verpflichtet, sondern bei der pauschalen Kategorisierung der Risikoträger keine Unterschiede innerhalb des betroffenen Personenkreises beachtet. Die Risikoträgereigenschaft ist für Vergütungsfragen relevant und muss deshalb auch im Zusammenhang mit dem für diesen Themenkomplex geltenden Maßstäben beurteilt werden. Instituten, die tarifgebunden vergüten und nach Struktur und Risikoprofil keine kontrollbedürftigen Anreizsysteme haben, sollten keine pauschalen Kategorien übergestülpt werden, die inhaltlich nicht ausgefüllt werden können.

Die pauschale Einordnung von Verwaltungs- und Aufsichtsräten als Risikoträger lässt das Proportionalitätsprinzip völlig außer Acht.

Beispielsweise bekommen Verwaltungsräte in Sparkassen keine Vergütung, sondern ein fixes Sitzungsgeld für ihren Aufwand, das überhaupt nicht geeignet ist, die Risikoaffinität negativ zu beeinflussen. Die Bezeichnung als Risikoträger ist hier unpassend.

§ 1 Abs. 21 Satz 2 KWG-E ist insofern anzupassen, als dass es Ausnahmen für die Kategorisierung von Verwaltungs- und Aufsichtsräten als Risikoträger geben muss.

In Aufsichtsräten, die unter Berücksichtigung des Mitbestimmungsgesetzes gebildet werden, werden regelmäßig Arbeitnehmervertreter, die Mitglieder des Betriebsrates des Instituts sind, in den Aufsichtsrat entsandt. Gemäß § 25d Abs. 5 Satz 2 KWG darf die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied nur rein fix vergütet werden. Die Regelung

sollte entsprechend der BaFin-Auslegungshilfe zur Institutsvergütungsverordnung von 15. Februar 2018 zu dem (zwischenzeitlich) aufgehobenen § 18 Abs. 2 InstitutsVergV so gefasst werden, dass die besonderen Anforderungen an die Ausgestaltung der Vergütungssysteme für Risikoträger von Mitarbeitern, die gleichzeitig Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan sind, nur im Hinblick auf die variable Vergütung für ihre sonstige Tätigkeit im Institut erfüllt werden müssen, sofern diese Mitarbeiter auch im Hinblick auf diese (sonstige) Tätigkeit als Risikoträger des Unternehmens anzusehen sind (siehe hierzu BaFin-Auslegungshilfe, S. 46: „Mitarbeiter, die gleichzeitig Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan (z.B. i.S.v. § 7 Abs. 2 MitbestG) sind, dürfen gemäß § 25d Abs. 5 KWG für ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied nur rein fix vergütet werden. Die Anforderungen der §§ 18 bis 22 dieser Verordnung müssen daher nur dann im Hinblick auf die variable Vergütung für ihre sonstige Tätigkeit im Institut erfüllt werden, sofern diese Mitarbeiter auch im Hinblick auf diese Tätigkeit als Risikoträger des Unternehmens anzusehen sind. Das Verbot variabler Vergütungsbestandteile in § 25d Abs. 5 KWG darf nicht durch eine Zuordnung variabler Vergütungsbestandteile zur Vergütung für die sonstige Tätigkeit umgangen werden“).

Der bei der Richtlinien-Umsetzung gegebene nationale Spielraum sollte hier genutzt werden, um im Hinblick auf die bekannten Governance-Strukturen der deutschen Genossenschaftsbanken, Sparkassen, Förderbanken und mittelständischen Banken mit ihren nebenamtlich tätigen Aufsichts- bzw. Verwaltungsräten Ausnahmen zuzulassen. Andernfalls sind unverhältnismäßige formelle Umsetzungsaufwendungen v.a. in kleinen, nicht komplexen Banken die absehbare Folge. Die Proportionalitätsklausel in Art. 92 Abs. 2 CRD dürfte hierfür eine ausreichende Grundlage bieten.

Ziffer 5 (§ 2c KWG-E) – Beteiligungsanzeigen

Die Einfügung "direkt oder indirekt" in Abs. 1 ist redundant. Die Definition "Bedeutende Beteiligung" ergibt sich aus § 1 Abs. 9 KWG unter Verweis auf die qualifizierte Beteiligung nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 36 CRR. Demnach sind schon jetzt sowohl direkte als auch indirekte Beziehungen erfasst.

Weiterhin bitten wir die Regelung so zu gestalten, dass auf die zumindest in der Gesetzesbegründung genannte Anzeigepflicht bei einem Wechsel zwischen direkter und indirekter Beziehung verzichtet wird. Diese ist zum einen europarechtlich nicht erforderlich, da es Art. 22 CRD nicht gebietet, dass auch eine (nochmalige) Anzeige erfolgt, wenn es einen Wechsel zwischen direkter und indirekter Beziehung gibt. Zum anderen sehen wir keine Notwendigkeit für eine derartige zusätzliche Anzeige von Beteiligungen, die schon zuvor als bedeutende Beteiligung eingestuft und angezeigt wurden (es sei denn, die Quoten verändern sich über oder unter die Grenzen 20, 30 o. 50%, was beim bloßen Wechsel von direkt in indirekte Beteiligung oder umgekehrt eher nicht der Fall ist). Es gibt weder in der CRD noch in CRR oder KWG ein gesteigertes Zuverlässigkeitserfordernis für eine unmittelbare im Vergleich zu einer mittelbaren Beteiligung; die schon erwiesene Zuverlässigkeit hält bereits den Untersagungsgründen des § 2c Abs. 1b KWG vollauf stand. Das Verfahren ist zudem für den Inhaber und die Aufsichtsbehörde mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden, der angesichts des zuvor Gesagten unnötig erscheint.

Das Zusammenspiel der Neuregelung in Abs. 1 Satz 6 mit anderen Inhalten in § 2c KWG scheint nachbesserungswürdig. Insbesondere müsste klargestellt werden, dass bei (vollzogenem) unbeabsichtigtem Erwerb all die Regelungen aus § 2c KWG nicht gelten, die auf die Phase vor Erwerb abstellen (z.B. Abs. 1b). Auch scheint ein Widerspruch zu bestehen, wenn der neue Abs. 1 Satz 2 die unverzügliche Rückführung ausnehmen will, jedoch in dem neuen Abs. 3 Satz 2 (s. Ziffer 5 f) des Entwurfes) eine Anzeigepflicht begründet wird (die nach erfolgter Rückführung eher als überflüssig anzusehen ist).

Ziffer 8 (§ 2f KWG-E) – Zulassung von Finanzholding-Gesellschaften

Nach § 2f KWG-E müssen (gemischte) Finanzholding-Gesellschaften künftig eine bankaufsichtliche Zulassung beantragen. Wir plädieren nachdrücklich dafür, dass Finanzholding-Gesellschaften, die gemäß § 10a Abs. 2 Satz

2 oder Satz 3 KWG als übergeordnetes Unternehmen einer Finanzholding-Gruppe bestimmt worden sind, die Zulassung ohne Prüfverfahren erhalten. Hierfür regen wir eine entsprechende Klarstellung an. Hilfsweise wäre ein verkürztes Antragsverfahren zur Zulassung der Finanzholding-Gesellschaft geeignet, um den Verwaltungsmehraufwand eines gänzlich neuen vollumfänglichen Zulassungsverfahrens deutlich zu reduzieren.

Die als übergeordnete Unternehmen einer Finanzholding-Gruppe bestimmten Finanzholding-Gesellschaften sind bereits für die Erfüllung von aufsichtlichen Pflichten auf Gruppenebene zuständig. Die Angemessenheit dieser Aufgabenverteilung in der Gruppe wird somit bereits im Rahmen des regelmäßigen SREP-Prozesses durch die Bankenaufsicht beurteilt. Es kann demnach ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass eine ausreichende aufsichtliche Befassung mit diesen Finanzholding-Gesellschaften erfolgt und damit eine umfassende Datengrundlage vorhanden ist. Darüber hinaus sind den Aufsichtsbehörden die gemäß § 2f Abs. 2 KWG-E beizubringenden Unterlagen im Zuge des Verfahrens zur Bestimmung als übergeordnetes Unternehmen bereits weitgehend vorgelegt worden. Eine erneute Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen wäre mithin sowohl für die Aufsichtsbehörden als auch für die betroffenen Gesellschaften mit einem formalen Mehraufwand verbunden, ohne dass diesem ein aufsichtlicher Nutzen gegenüberstünde. Dies gilt insbesondere auch für die beizubringenden Angaben, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit und der fachlichen Eignung der Leitungspersonen der Finanzholding-Gesellschaft erforderlich sind (§ 2f Abs. 2 Nr. 2 KWG-E). Die Durchführung einer Fit-and-proper-Prüfung von Personen, die - ggf. bereits schon seit Jahren - die Geschäfte einer Finanzholding-Gesellschaft führen und damit der laufenden Überwachung durch die Aufsichtsbehörden unterliegen, erscheint in begründeten Ausnahmefällen sinnvoll, sollte aber nicht als Regel in das Gesetz aufgenommen werden.

Da das bisherige Verfahren zur Bestimmung des übergeordneten Unternehmens nach § 10a Abs. 2 KWG in § 2f KWG-E aufgeht, erscheint der Rückgriff auf bereits bestehende „Autorisierungen“ naheliegend. Dass die nun europaweit einheitliche Regelung in Deutschland bereits in der Vergangenheit einschlägig war, ergibt sich im Übrigen auch aus der Begründung der Neufassung des § 10a KWG (S. 172: "Die Überarbeitung des Absatzes 2 dient der Anpassung an die nunmehr bereits in Artikel 11 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 vorgesehene Möglichkeit, dass eine (gemischte) Finanzholding-Gesellschaft für die Einhaltung der Gruppenanforderungen zuständig sein kann. Die bereits national zu dieser Möglichkeit bestehenden Regelungen des § 10a Abs. 2 werden gestrichen, da dies nunmehr insgesamt in § 2f KWG geregelt ist.").

Wir regen daher an, die Übergangsvorschriften für Finanzholding-Gesellschaften in § 64a Abs. 1 KWG-E wie folgt zu ergänzen:

"Finanzholding-Gesellschaften und gemischte Finanzholding-Gesellschaften, die vor dem [...] nach § 10a Absatz 2 Satz 2 oder Satz 3 KWG in der vor dem 29.12.2020 geltenden Fassung als übergeordnetes Unternehmen bestimmt worden sind, erhalten auf Antrag eine Zulassung nach § 2f Absatz 1. § 2f Absatz 2 und Absatz 3 KWG finden keine Anwendung."

Hilfsweise sollte zumindest ein verkürztes Zulassungsverfahren möglich sein: "§ 2f Absatz 2 Satz 1 kommt für Finanzholding-Gesellschaften und gemischte Finanzholding-Gesellschaften, die vor dem [...] nach § 10a Abs. 2 Satz 2 oder Satz 3 KWG in der vor dem 29.12.2020 geltenden Fassung als übergeordnetes Unternehmen bestimmt worden sind, nicht zur Anwendung. Die Aufsichtsbehörde kann die in § 2f Absatz 2 Satz 1 genannten Informationen und Unterlagen anfordern, wenn diese für die Beurteilung des Antrags notwendig sind und ihr noch nicht vorliegen."

Ziffer 11 (§ 6b KWG-E) – Aufsichtsrechtliche Überprüfung und Beurteilung

Die DK empfiehlt, Abs.1 Satz 1 Nr. 2 wie folgt umzuformulieren:

„[...] die Risiken, denen ein Institut ausgesetzt ist oder sein könnte. Darunter können auch Risiken fallen, die unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs und der Komplexität der Geschäftstätigkeit eines Instituts bei Stresstests festgestellt wurden.“

Die bisherige Formulierung, die „insbesondere“ auf bei Stresstests festgestellte Risiken verweist, engt den Fokus u.E. zu stark auf dieses Instrument ein.

Ziffer 12 (§§ 6c u. 6d KWG-E) – Zusätzliche Eigenmittelanforderungen

Zu § 6c KWG-E

Im vorliegenden Entwurf werden die Fälle einer zusätzlichen Kapitalanforderung im § 10 Abs. 3 KWG-E weitreichend gestrichen und dem § 6c zugeordnet. Die DK begrüßt den weitgehenden Gleichlauf mit den Artikeln 104a und 104b CRD und plädiert für eine Streichung der verbleibenden Teile des § 10 Abs. 3 und 4 KWG.

In § 6c KWG-E fehlt die nationale Umsetzung der **Transparenzvorschrift** von Art. 104a Abs. 5 CRD V. In der Gesetzesbegründung (S. 175) wird darauf verwiesen, dass § 39 Abs. 1 VwVfG (Begründung des Verwaltungsaktes) dies hinreichend umsetzt. Wir teilen diese Einschätzung nicht. Die sehr allgemein gehaltene Notwendigkeit, die wesentlichen und tatsächlichen Gründe eines Verwaltungsakts zu benennen, decken die sehr detaillierten Vorgaben des Art. 104a Abs. 5 CRD V in keiner Weise ausreichend ab. Die detaillierte Transparenz der Gründe für die zusätzliche P2R-Kapitalanforderungen entsprechend der CRD-Vorgabe ist jedoch von essenzieller Bedeutung für die Kreditinstitute, um angemessen mit der Vorgabe der zusätzlichen Eigenmittelanforderungen umgehen zu können. Eine konkrete Beschreibung des Analyseprozesses und der sich daraus ergebenden Kapitalaufschläge wäre wünschenswert.

Der § 6c KWG-E sollte durch einen neuen Absatz 7 entsprechend der CRD-Vorgabe ergänzt werden:

„Über die Vorgaben des § 39 Abs. 1 VwVfG hinaus sind von der Aufsichtsbehörde die Gründe für zusätzliche Eigenmittelanforderungen detailliert schriftlich zu erläutern. Die Aufsichtsbehörde gibt dazu zumindest einen vollständigen Einblick der in den Absätzen 1 bis 6 des vorliegenden Paragraphen genannten Punkte. In dieser Begründung sind in dem in Absatz 1 Nummer 5 des vorliegenden Paragraphen genannten Fall auch die Gründe, warum die Festlegung von Empfehlungen für zusätzliche Eigenmittel nicht länger als ausreichend betrachtet wird, gesondert anzugeben.“

Wir begrüßen die in laufender Nr. 26 der Gesetzesbegründung zu § 10b KWG-E dargelegte Absicht, die Ausschlussregeln, das zur Einhaltung der Kapitalpuffanforderungen zu verwendende harte Kernkapital betreffend, zentralisiert zu regeln und diese damit gleichsam vor die Klammer zu ziehen. Die sogenannte **“Stacking Order”**, d.h. die Reihenfolge, in der die Eigenmittelanforderungen und -empfehlungen sowie die Pufferanforderungen zu erfüllen sind, ist für die Institute von großer Bedeutung, nicht zuletzt im Hinblick auf die MDA-Schwellen. Eine klare und widerspruchsweise Darstellung der diesbezüglichen Regelungen ist insofern absolut erforderlich (vgl. unsere Allgemeinen Anmerkungen).

Die in § 10b KWG angegebene Reihenfolge erweckt durch die fortlaufende Nummerierung zwar den Eindruck, es handele sich um die „Stacking Order“, ist letztlich aber nur die Aufzählung der Anforderungen, die nicht zu einer Doppelbelegung der Eigenmittel mit den Kapitalpufferanforderungen führen dürfen. Die Reihenfolge ihrer Nennung hingegen weicht von der „Stacking Order“ ab. Zusammenfassend erachten wir es für zwingend erforderlich, die vollständige „Stacking Order“ an zentraler Stelle im KWG, z.B. in § 10b KWG eindeutig vorzugeben. Dabei sollten die Widersprüche in den §§ 6c und 6d KWG-E bereinigt werden. Auch weicht § 10b KWG von der Stacking-

Order des Art. 128 CRD V hinsichtlich der Einbeziehung der Eigenmittelanforderungen aus § 10 Abs. 3 und Abs. 4 KWG ab. Die genannten Normen geben der deutschen Aufsicht einen über die harmonisierten europäischen Vorgaben hinausgehenden Ermessensspielraum zur Festsetzung weiterer Eigenmittelanforderungen. Dies sehen wir nicht nur im Hinblick auf eine mögliche Schlechterstellung deutscher Institute kritisch, sondern auch insofern, dass diese Kapitalanforderungen nicht in den Kontext der weiteren europäischen Regelungen passen. Unklar ist bspw., wie diese zusätzlichen nationalen Eigenmittelanforderungen bei der Festlegung der MREL-Anforderungen durch das SRB berücksichtigt werden (können).

In Bezug auf die zusätzlichen Eigenmittelanforderungen nach § 6c KWG-E sollte unseres Erachtens das **Verhältnis zur vergleichbaren Ermächtigungsgrundlage in Art. 16 SSM-Verordnung** geklärt werden, da § 6c KWG-E sich auch auf die „Aufsichtsbehörden“ und nicht nur auf BaFin und Deutsche Bundesbank bezieht. Ferner bitten wir um Klarstellung des Verhältnisses von § 6c KWG-E zum geänderten § 10 Abs. 3 KWG in überarbeiteter Form, sofern § 10 Abs. 3 KWG beibehalten wird.

Der in § 6c Abs. 1 Nr. 6 KWG-E angeführte Begriff „andere institutsspezifische Situationen, die zu wesentlichen aufsichtlichen Bedenken führen“ ist unbestimmt und gibt den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit, zusätzliche Eigenmittelanforderungen (P2R) mit unterschiedlichsten Begründungen zu rechtfertigen. Da die Regelungen im Kontext zu den weiteren aufsichtlichen Eigenkapitalanforderungen zu sehen sind und der Gesetzgeber der Aufsicht auch über § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 KWG die Möglichkeit zu weiteren (über § 6c KWG-E) hinausgehenden Eigenkapitalanforderungen einräumt, erachten wir hier eine stärkere Definition und Begrenzung der Tatbestände für erforderlich, für die Eigenkapitalanforderungen nach § 6c Abs. 1 Nr. 6 KWG möglich sind. Dies verhindert einerseits eine beliebige Festsetzung von Eigenkapitalanforderungen mit immer anderen Begründungen und macht andererseits für die Institute transparent, welche konkreten Maßnahmen zu einer Reduzierung der zusätzlichen Eigenmittelanforderungen führen.

Mechanistische Maßnahmen bei Unterschreitungen der Eigenmittelempfehlung wie in § 6c Abs. 1 Nr. 5 KWG-E vorgeschlagen (pauschale Wandlung in zusätzliche Eigenmittelanforderungen nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums o. Ä.), erachtet die DK als nicht zielführend. Die aktuellen Anforderungen der deutschen Aufsicht sehen für diesen Fall die Erstellung einer Kapitalplanung (AT 4.1 Tz. 11 MaRisk / normative Perspektive des Risikotragfähigkeitsleitfadens) mit dem Ziel der Wiedererfüllung der Eigenmittelzielkennziffer vor. Dieses Vorgehen erscheint ausreichend. Die DK plädiert ferne im Sinne einer Planungssicherheit für die Institute für eine klare Trennung zwischen Eigenmittelanforderung und Eigenmittelempfehlung hinsichtlich ihrer Ableitung, der hierdurch abgedeckten Risiken und ihres Charakters im Rahmen des Säule II-Rahmenwerkes. Abs. 1 Nr. 5 sollte wie folgt umformuliert werden:

„[...] das Institut, die Institutsgruppe, die Finanzholding-Gruppe oder die gemischte Finanzholding-Gruppe wiederholt keine ausreichende Kapitalplanung vorweisen kann, in der eine wiedererreichte Einhaltung der Eigenmittelempfehlung nach § 6d aufgezeigt wird“

Die **neue Anforderung** im Regierungsentwurf (die im Referentenentwurf noch nicht enthalten war) im Hinblick auf § 6c Abs. 5 S. 3 KWG-E (analog zu § 6d KWG-E) stellt eine strengere Anforderung als in Art. 104a Abs. 4 CRD V festgelegt dar. Denn die **zusätzliche Eigenmittelanforderung** zur Abdeckung des Risikos einer übermäßigen Verschuldung darf nur mit Kernkapital erfüllt werden – nicht jedoch mit Ergänzungskapital. Wir sehen hier kein Erfordernis, eine strengere Regelung als in der CRD V festzuschreiben. Im Einzelfall bestünde sowieso die Ermächtigung der Aufsichtsbehörde, eine strengere Kapitalzusammensetzung anzuordnen. Insofern wäre es angezeigt, wieder auf die Formulierung aus dem Referentenentwurf zurückzugehen.

§ 6c Abs. 5 Satz 4 KWG-E ermöglicht der Aufsichtsbehörde jedoch einen weiten **Ermessensspielraum zur Anordnung eines höheren Anteils an Kernkapital oder hartem Kernkapital**. Wir plädieren für hohe Transparenzanforderungen bei einer einzelfallbezogenen Ausübung dieses Ermessensspielraumes, um die (Kapital-)

Planungssicherheit für deutsche Institute zu erhöhen. So sollte der Ausübung des Ermessensspielraumes eine Avisierung der möglichen Anordnung durch die Aufsicht als auch eine Anhörung des Instituts vorangehen, was auch den aufsichtlichen Dialog mit den Instituten weiter stärkt.

Die Regelungen zum aufsichtlichen Zinsschock sind nach Konsultation mit der DK in dem Rundschreiben 06/2019 (BA) der BaFin ausführlich und abschließend geregelt. Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene **Behandlung der Zinsänderungsrisiken des Anlagebuchs** weicht von den Ausführungen des BaFin-Rundschreibens in wesentlichen Teilen ab.

So richtet sich das Rundschreiben 06/2019 (BA) zur Beurteilung des Zinsänderungsrisikos nach dem aufsichtlichen Standardtest (+/- 200 bp, Schwelle 20% der Eigenmittel). Die im vorliegenden Regierungsentwurf genannte Schwelle von 15 % des Kernkapitals bei 6 Szenarien gilt im BaFin-Rundschreiben 06/2019 (BA) hingegen lediglich als Frühwarnindikator. Im BaFin-Rundschreiben 06/2019 (BA) wird zudem explizit festgehalten, dass es keinen aufsichtlichen Automatismus hinsichtlich der Höhe der Kapitalfestsetzung aufgrund einer Überschreitung dieser Schwelle gibt.

Darüber hinaus ist der im Regierungsentwurf genannte ertragsorientierte Zinsschock auf den Zinsertrag einschließlich eines geeigneten Beurteilungsmaßstabs im Gegensatz zu seiner barwertigen Entsprechung bisher unbekannt und weder im BaFin-Rundschreiben 06/2019 (BA) benannt noch an anderer Stelle konsultiert worden. Die sinnvolle Entwicklung eines aussagekräftigen Standardmodells für aufsichtliche Zwecke, das für alle Institute und Institutsgruppen anwendbar ist, ist nicht möglich, was bereits die Konsultation des Baseler Standards BCBS 368 gezeigt hat.

Die vorliegenden Ausführungen sollten daher grundlegend auf Basis des bestehenden BaFin Rundschreibens 06/2019 (BA) überarbeitet und konsultiert werden. Dabei sollte die ertragsorientierte Betrachtung mangels eines geeigneten Verfahrens – wie auch schon vom Baseler Ausschuss in BCBS 368 – gestrichen werden.

Sollten unsere Petita nicht aufgegriffen werden, bitten wir um eine Erweiterung der bereits ergänzten Gesetzesbegründung zu §6c (Seite 175). Insbesondere sollte eine zusätzliche Klarstellung der folgenden Punkte erfolgen:

- 1) Ein Automatismus zwischen der Überschreitung der aufsichtlichen IRRBB-Schwellenwerte bezüglich EVE und NII und zusätzlichen Eigenmittelanforderungen ist nach CRD V bzw. entsprechender Umsetzung im RisikoreduzierungsGesetz weiterhin nicht vorgesehen.
- 2) Bis zum Inkrafttreten der gemäß den Mandaten in CRD V ausstehenden EBA-RTS und EBA-GL zu IRRBB gelten für die Berechnung aufsichtlicher Größen weiterhin allein die Vorgaben des nationalen Rundschreibens 06/2019 (BA).
- 3) Die Kriterien des §6c, Abs. 3 Nr. 1 und 2 KWG-ReG-E werden deshalb zur Beurteilung der „Wesentlichkeit“ von Zinsänderungsrisiken im Anlagebuch bis zum Inkrafttreten der oben genannten RTS- und GL-Vorgaben nicht angewendet.

Zu § 6d KWG-E

Bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Eigenmittelempfehlung bzw. Eigenmittelzielkennziffer (nachstehend EMZK) sollten zwingend die Spezifika des deutschen Bankensektors und der nationalen Aufsichtspraxis berücksichtigt werden. Insbesondere sollte eine weitere Komplexitätsreduktion für aufsichtliche Stresstests angestrebt werden, Synergien zu vorhandenen Aufsichtselementen genutzt und das Proportionalitätsprinzip für deutsche Institute im Rahmen der CRD V-Umsetzung weiter gestärkt werden. Im Einzelnen merkt die DK hierzu an:

- (1) Es ist für die DK nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der deutsche Gesetzgeber Anforderungen der CRD V für deutsche Institute verschärfen will und eine **Erfüllung der Eigenmittelempfehlung in Form von hartem Kernkapital** (CET1) verlangt. Die DK lehnt dies aus den folgenden Gründen ab:

1. Die Empfehlung zum Vorhalten zusätzlicher Eigenmittel wird in Art. 104b CRD V nicht auf das harte Kernkapital eingegrenzt. Danach können auch sonstiges Kern- und Ergänzungskapital für die Unterlegung anrechenbar sein. Bei der nationalen Umsetzung der CRD V sollten grundsätzlich keine strengeren Anforderungen kodifiziert werden, als in der Richtlinie selbst vorgesehen.
 2. Zur Vermeidung eines nationalen Gold-Plating halten wir die Vorgabe zur Unterlegung der Eigenmittelempfehlung des § 6d ausschließlich in Form von hartem Kernkapital für nicht zielführend. Wir betrachten es als notwendig, dass zur Unterlegung der Eigenmittelempfehlung alle Eigenmittelbestandteile sowie freie Vorsorgereserven nach § 340f HGB bzw. § 26a KWG a.F. genutzt werden können. Dies entspricht auch der im Fachgremiums MaRisk am 27. September 2019 mit der deutschen Aufsicht erörterten Möglichkeit einer Unterlegung der Eigenmittelzielkennziffer mit ungebundenen § 340f HGB-Vorsorgereserven.
 3. Eine Berücksichtigung von AT 1- und Tier 2-Kapitalinstrumenten zur Deckung der zusätzlichen Eigenmittelempfehlung erachten wir insofern gerechtfertigt, als dass die Eigenmittelempfehlung beispielsweise im Vergleich zum Kapitalerhaltungspuffer eine abweichende Zielsetzung verfolgt. Bei einer Unterschreitung des Kapitalerhaltungspuffers sieht die EU-Richtlinie (CRD) Maßnahmen wie z. B. Ausschüttungssperren vor. Hier wird gegenüber der Eigenmittelempfehlung eine strengere Einhaltung sowie CET1-Unterlegung beabsichtigt. Die Eigenmittelempfehlung stellt dagegen eine langfristige Zielquote dar, deren Einhaltung zumindest im Planungszeitraum dargestellt werden muss. Somit stellt dies aus unserer Sicht eine „weichere“ Anforderung in den aufsichtlichen Konsequenzen dar, womit eine breitere Qualität des Kapitals gerechtfertigt scheint.
 4. Eine vollständige Unterlegung der Eigenmittelempfehlung mit hartem Kernkapital in Verbindung mit den erwarteten weiteren potenziellen Eigenkapital-Verschärfungen im Zuge der Umsetzung der finalen Basel III-Regelungen und dem Kapitalabzug für Non-Performing Exposures würde den Bedarf von hartem Kernkapital weiter erhöhen und damit das Kreditvergabepotenzial an Haushalte und Unternehmen weiter begrenzen. Dieser Gefahr eines prozyklischen Effektes auf das Kreditgeschäft der Banken kann demzufolge mit einer weitergefassten Eigenmittelempfehlung begegnet werden.
- (2) Wir stellen grundsätzlich die Notwendigkeit eines regelmäßigen vollumfänglichen aufsichtlichen Stresstests aller LSIs in Frage, da der deutschen Aufsicht bereits über die FinaRisikoV-Meldungen detaillierte Informationen zur individuellen Risikolage und Risikotragfähigkeit der Institute im Stressfall vorliegen. Daher plädieren wir einerseits für eine deutliche Reduktion der Stress- und Szenarioparameter auf das Notwendige und andererseits für eine Nutzung der Erkenntnisse aus den adversen Szenarien der FinaRisikoV-Meldungen, um Redundanzen, unnötige Komplexität und die derzeit erheblichen Verwaltungskosten, welche in keinem angemessenen Verhältnis zu ihrem Nutzen für die Aufsicht und die Institute stehen, zu reduzieren.
- (3) Für kleine, nicht komplexe Institute i. S. von Art. 4 Abs. 1 Nr. 145 CRR-II sollte zur Komplexitätsreduktion die Ermittlung der Eigenmittelempfehlung wesentlich vereinfacht werden und lediglich in Ausnahmefällen die Teilnahme an vollumfänglichen aufsichtlichen Stresstests erfordern. Dieser Vorschlag greift auch eine aktuelle Empfehlung des Bundesrates auf, welcher sich für eine zielgenaue Verbesserung der EU-Bankenregulierung für kleine und mittlere Institute ausspricht¹. Die Ausgestaltung des Proportionalitätsprinzips zugunsten einer Befreiung kleiner, nicht komplexer Institute zielt auf die intendierte Reduzierung des administrativen Aufwands für kleine, nicht komplexe Institute.

¹ Vgl. BR DS 661/19 7 bzw. 7d. „die Wettbewerbsnachteile von kleinen, nicht komplexen Instituten sowie Förderbanken [sollten] weiter abgebaut werden.“ bzw. „Wichtig sind Erleichterungen beim aufsichtlichen Überprüfungs- und Bewertungsprozess (SREP) und der Eigenmittelzielkennziffer [...] Vor diesem Hintergrund soll geprüft werden, kleine, nicht komplexe Institute vom SREP ebenso wie von der Eigenmittelzielkennziffer auszunehmen“

Ziffer 24 (§ 10 KWG-E) – Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten

Gemäß Ziffer 24 Buchstabe d) werden in § 10 Abs. 5 KWG-E die §§ 297 Abs. 1, 304 Abs. 4 sowie 305 Abs. 5 Satz 4 AktG in den Katalog der bankaufsichtlich nicht anwendbaren Vorschriften aufgenommen. In der Begründung heißt es dazu, dass damit die Vorgaben des Artikel 28 Abs. 3 Unterabsatz 2 Bst. f CRR erfüllt werden sollen. Danach muss ein Ergebnisabführungsvertrag eine Kündigungsfrist vorsehen, der zufolge der Vertrag nur am Ende eines Geschäftsjahres beendet werden kann.

Wie begrüßen das Anliegen des BMF, die Erfüllung des Artikel 28 Abs. 3 Unterabsatz 2 Bst. f CRR über die gesetzliche Regelung sicherzustellen. Wir möchten trotzdem hinterfragen, ob das Ziel durch die Aufnahme der genannten Paragraphen erreicht wird.

Aus unserer Ansicht sollte der Regelungszweck klarer formuliert werden. Die anderen in § 10 Abs. 5 KWG-E aufgeführten Paragraphen gelten für die Kapitalüberlassung als solche. Bei den §§ 254, 297, 304 und 305 AktG geht es hingegen nicht um die Kapitalüberlassung, sondern um ein anderes Vertragsverhältnis, das daneben besteht, nämlich einen Unternehmensvertrag. In dem Gesetzesvorschlag des BMF sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, dass es um einen Ausschluss des § 297 AktG im Zusammenhang mit § 291 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative AktG (Gewinnabführungsverträge) geht, soweit das den Gewinn empfangene Unternehmen Kapital zur Überlassung von Eigenmitteln zur Verfügung stellt. Die Regelung des Artikel 28 Abs. 3 Unterabsatz 2 Bst. f CRR bezieht sich nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut nur auf Ergebnisabführungsverträge. § 10 Abs. 5 KWG-E sollte entsprechend so ausgestaltet werden, dass er sich auch nur auf solche Unternehmensverträge erstreckt. Die Erfassung sonstiger Unternehmensverträge ist nicht erforderlich, um die Vorgaben des Art. 28 Abs. 3 Unterabsatz 2 Bst. f CRR zu erfüllen.

Dies könnte beispielsweise durch die Einführung eines neuen Satzes 2 mit folgendem Wortlaut erreicht werden:

„Auf Unternehmensverträge nach § 291 Abs. 1 2. Alternative Aktiengesetz zwischen Unternehmen mit Kapitalüberlassung i.S.d. Satzes 1 sind die §§ 313, 314 BGB sowie die §§ 297 Abs. 1, 304 Abs. 4 und 305 Abs. 5 Satz 4 Aktiengesetz nicht anzuwenden.“

Zudem regen wir an, den Anwendungsausschluss auf Instrumente des harten Kernkapitals – auf diese bezieht sich Artikel 28 Abs. 3 Unterabsatz 2 Bst. f CRR - zu beschränken. In der aktuellen Version bezieht sich der Anwendungsausschluss auf die Überlassung aller Arten von Eigenmitteln im Sinne des Artikels 72 CRR.

Aufgrund der Anpassung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 (SRM-Verordnung) durch die Verordnung (EU) 2019/877 (SRM-Verordnung 2) sowie der Anpassung des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes (SAG) durch die Richtlinie (EU) 2019/879 (BRRD 2) bitten wir weiterhin darum, die Verweise zu den berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten (Art. 12 Abs. 16 Satz 1 SRM-Verordnung und § 49 Abs. 2 SAG) entsprechend zu aktualisieren.

Ziffer 29 (§ 10e KWG-E) – Kapitalpuffer für systemische Risiken

Die Anordnung eines Kapitalpuffers für systemische Risiken sollte nur die Ausnahme sein. Daher erscheint uns auch die in § 10e Absatz 2 KWG-E genannte 2-Jahres-Frist zur Prüfung der Puffervorgaben als nicht angemessen. Es sollte stattdessen eine quartalsweise Überprüfung der adressierten Risiken auf ihre bestehende Systemrelevanz sowie die Offenlegung der Ergebnisse aus der Überprüfung eingeführt werden.

§ 10e Abs. 6 KWG-E sieht vor, dass der Kapitalpuffer für systemische Risiken auch ohne vorherige Anhörung durch Allgemeinverfügung angeordnet werden kann. Wir regen an, dass der Entwurf einer solchen Allgemeinverfügung im Regelfall umfassend konsultiert wird und eine angemessene Abstimmung mit der Kreditwirtschaft erfolgt. Um dies entsprechend abzusichern, sollte für den Regelfall ein explizites Anhörungsrecht zu Gunsten der Verbände des Kreditgewerbes verankert werden.

Ziffer 35 (§ 13 KWG-E) – Großkredite

Im Rahmen der CRR II wurden auch die Großkreditvorschriften geändert. Eine wesentliche Neuerung betrifft die Art. 401 Abs. 4 i. V. m. Art. 403 CRR mit der Einführung der verpflichtenden Nutzung einer Kreditrisikominde- rungstechnik (KRMT) im Großkreditregime, wenn diese für die Eigenmittelanforderungen für Kreditrisiken (Sol- venzregime) angewandt wurde. In Höhe der Besicherung ist in der Folge im Großkreditregime eine sogenannte indirekte Risikoposition beim Sicherheitensteller auszuweisen und ggf. auf dessen Großkreditobergrenze anzu- rechnen (Substitutionsansatz).

Die formale Beschlussfassung nach § 13 Abs. 2 KWG fußt auf dem Begriff des Großkredits nach Art. 392 CRR. Das kann künftig dazu führen, dass aufgrund substituierter indirekter Risikopositionen rechnerisch Großkredite entstehen oder sich bestehende Großkredite erhöhen.

Über die Besicherung wird jedoch ohnehin im Rahmen der Kreditentscheidung über den originären Kredit mitent- schieden. Insofern kommt einem Großkreditbeschluss über indirekte Risikopositionen keine zusätzliche Warn- funktion vor Kreditgewährung mehr zu. Indirekte Risikopositionen, die aus der Anwendung des Art. 403 CRR resultieren, sollten daher klarstellend von § 13 KWG ausgenommen werden. Die Kenntnis der Geschäftsleitung über bestehende Großkredite – auch unter Einschluss der indirekten Risikopositionen – bleibt beispielsweise über das regelmäßige Risikoreporting sichergestellt.

Ziffer 36 (§ 15 KWG-E) – Organkredite

In § 15 KWG-E werden der Begriff des Organs und der für die Organkreditvorschriften zugrunde zu legende Kreditbegriff erheblich ausgeweitet. Die neuen Anforderungen sind in diesem Umfang weder europarechtlich noch aus den Baseler Grundsätzen für eine wirksame Bankenaufsicht heraus geboten. So bezieht sich Art. 88 Abs. 1 CRD V, der als Begründung für die Ausweitung des Organkreises herangezogen wird, ausschließlich auf die Mitglieder des Leitungsorgans und der mit ihnen verbundenen Parteien wie sie im neuen Unterabsatz Satz 2 zu Artikel 88 Abs. 1 CRD V definiert sind, aber weder auf Prokuristen und der mit diesen verbundenen Parteien noch auf Funktionsträger von Unternehmen, die von dem Institut abhängig sind oder das Institut beherrschen. Der Begriff der „related party“ in Fußnote 73 zu Grundsatz 20 des Baseler Ausschusses ist im Hinblick auf die infrage kommenden Personen und Unternehmen in der Kann-Form formuliert und durch Art. 88 Abs. 1 neuer Unterabsatz Satz 2 CRD V konkretisierend umgesetzt. Eine über Art. 88 Abs. 1 CRD V hinausgehende Auswei- tung lehnen wir entschieden ab, da dies einer harmonisierten Umsetzung in der EU entgegensteht und deutsche Kreditinstitute über Gebühr belasten würde. Das vorgenommene „gold plating“ steht in diametralem Wider- spruch zu den Bemühungen auf nationaler Ebene, die administrativen Lasten der Institute zu verringern.

Die Vorgaben sind teilweise schlichtweg nicht umsetzbar und stehen im Widerspruch zu anderen Normen. Die Verschärfungen sind auch insoweit nicht nachvollziehbar, da nach unserer Kenntnis Verletzungen von Organkre- ditvorschriften nicht übermäßig einschlägig gewesen sind und schon gar nicht zu Schieflagen von Instituten ge- führt haben.

Die Baseler Grundsätze vom September 2012 (dort Fußnote 73 zu Grundsatz 20) unterscheiden sich grundlegend von § 15 KWG. Teils sind die Grundsätze, teils das KWG restriktiver². Die Baseler Grundsätze waren und sind als unverbindliche Empfehlung kein zwingendes Muster für den Kreis potentieller Organkreditnehmer nach § 15 KWG.

² Zum Beispiel zählen nach den Baseler Grundsätzen u. a. Tochter- und Konzerngesellschaften zu den verbundenen Parteien, während nach § 15 Abs. 1 Nr. 9 KWG Kredite an Unternehmen, an denen das Institut lediglich mit mehr als 10 Prozent beteiligt ist, als Organkredite zu behan- deln sind. Konzerngesellschaften werden dagegen vom KWG nicht erfasst. § 15 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 sind wiederum restriktiver als die Base- ler Grundsätze, denn sie setzen anders als diese keinen kontrollierenden Einfluss voraus.

Eine punktuelle, verschärfende Synchronisierung beider Regelungsregime erscheint überzogen und nicht geboten. Ausweislich des Grundsatzes 20, Zentrales Kriterium 1, besteht ein Ermessensspielraum, der aus unserer Sicht zu Gunsten der Institute genutzt werden sollte.

Definition Organ

Die vorgesehene Erweiterung des Kreises potentieller Organkreditnehmer lehnen wir ab. Sie ist weder europarechtlich noch aus den Baseler Grundsätzen heraus geboten. Die Baseler Grundsätze enthalten keine Definition, welche Personen als "engste Familienangehörige" gelten. Damit fallen sie als Begründung dafür aus, in § 15 Abs. 1 Nr. 5 KWG künftig nicht nur minderjährige Kinder, sondern auch volljährige Kinder und Eltern als potentielle Organkreditnehmer zu behandeln. Es erscheint ohne weiteres möglich, unter "engsten Familienangehörigen" weiterhin nur minderjährige Kinder zu verstehen, zu denen naturgemäß ein besonderes Näheverhältnis besteht. Dieses kann für volljährige Kinder nicht automatisch unterstellt werden. Der Kreis der erfassten Personen ergibt sich auch nicht aus einem Vergleich mit anderen Regelwerken, in denen eine ähnliche Begrifflichkeit verwendet wird, im Gegenteil: nach IAS 24.9 gehören die Kinder, der Ehe-/Lebenspartner, die Kinder des Ehe-/Lebenspartners und abhängige Angehörige (dieser Begriff ist eng auszulegen) zu den "nahen Familienangehörigen", aber nicht die Eltern. Nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 26 MAR gelten der Ehe-/Lebenspartner, die unterhaltsberechtigten Kinder und Verwandte, die seit über einem Jahr in demselben Haushalt leben, als "eng verbundene Personen" bzw. "in enger Beziehung stehende Personen" (Art. 19 MAR), tendenziell aber nicht volljährige Kinder nach Beendigung ihrer Ausbildung und Eltern. Auch der Anwendungsbereich von Art. 28 Abs. 1 MiFID II-DVO ("Personen, zu denen eine familiäre Bindung oder enge Verbindung besteht") ist im Einzelnen völlig unklar, wobei nach Art. 2 Nr. 3a MiFID II-DVO darunter der Ehe-/Lebenspartner, die abhängigen Kinder oder Stiefkinder und Verwandte fallen, die seit über einem Jahr in demselben Haushalt leben; damit sind auch insoweit volljährige Kinder tendenziell nicht und Eltern in der Regel nicht erfasst.

Im Hinblick auf Artikel 88 Abs. 1 neuer Unterabsatz Satz 2 Buchstabe a) CRD V wird mit der bloßen Übernahme der Begriffe "Kinder" und "Eltern" bzw. "Elternteil" aus Art. 88 CRD V nicht hinreichend berücksichtigt, dass es sich auch hierbei um eine Konstellation handeln muss, bei der eine für die Zwecke des § 15 KWG besondere Verbindung auch aus ökonomischer Sicht bestehen muss ("verbundene Partei"). Davon unabhängig übersteigt die geplante Umsetzung auch die Vorgaben von Art. 88 CRD V, in dem nach dem gegenwärtigen Entwurf auch Kinder und Eltern von Personen einbezogen werden, die nicht dem Leitungsorgan des Institutes angehören (z.B. Prokuristen und zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigte Handlungsbevollmächtigte); dies ist mangels Anlass abzulehnen und würde in der Praxis unangemessenen Aufwand für die Institute bedeuten. Schließlich fordert Art. 88 CRD lediglich eine angemessene Dokumentation entsprechender Kredite. Daher ist es nicht sachgerecht und angemessen, für die dort genannten Sachverhalte die komplexen und arbeitsintensiven Organkreditregelungen zur Anwendung zu bringen. Vielmehr sollte für die Fallgestaltungen nach Art. 88 CRD V, die bisher nicht von § 15 KWG erfasst sind, lediglich ein Dokumentationserfordernis aufgenommen werden.

Aus unserer Sicht existiert zudem ein unauflösliches Spannungsfeld mit datenschutzrechtlichen Anforderungen. Eine verpflichtende Mitteilung des um Eltern und erwachsene Kinder erweiterten Kreisen naher Angehöriger setzt voraus, dass die rechtliche Befugnis zur rechtsverbindlichen Erhebung der Daten durch das Organmitglied besteht, anderenfalls trägt das Organmitglied/Institut das objektive Risiko, dass relevante Daten – beispielsweise von seinen volljährigen Kindern oder seinen Eltern – nicht/nicht vollständig beschafft werden können. Rein faktisch stellt sich dann die Frage, ob die nahezu vollständige Ermittlung und laufende Aktualisierung der Beteiligungsverhältnisse eines jeden Kreditnehmers überhaupt möglich ist. Bedenken ergeben sich ferner aus dem Grundsatz der datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeit, da der erweiterte Erhebungskreis tief in die familiäre Sphäre sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Angehörigen eingreift.

Im Hinblick auf § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 KWG-RegE, mit dem Art. 88 Abs.1 neuer Unterabsatz Satz 2 Buchstabe b) CRD V umgesetzt werden soll, bitten wir auf die Bezüge zu § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 zu verzichten, da dies zu einer deutlichen Ausweitung des Organkreises über die Vorgabe des Art. 88 Abs. 1 neuer Unterabsatz Satz 2 Buchstabe b) CRD V führen würde, der sich lediglich auf Mitglieder des Leitungsorgans und ihre engen

Familienmitglieder bezieht, die eine qualifizierte Beteiligung von mehr als 10% des Kapitals oder der Stimmrechte an einem gewerblichen Unternehmen halten, einen wesentlichen Einfluss auf dieses Unternehmen nehmen können oder ein Organmitglied dieses Unternehmen sind. Die Gesellschafter und die Prokuristen eines Unternehmens gehören nicht zum Leitungsorgan, so dass in jedem Fall auf deren Einbeziehung in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 KWG verzichtet werden sollte.

Der Verzicht auf die Bezugnahme zu den Gesellschaftern gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 KWG ist auch deshalb von Bedeutung, da sich anderenfalls in vielen Fällen eine deutliche nicht mehr gerechtfertigte Ausweitung des Organkreises bei Instituten in der Rechtsform der GmbH ergibt, die zudem zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber Aktiengesellschaften führen würde. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 RegE i.V.m. Nr. 2 KWG müsste zukünftig u.a. zusätzlich jede Kreditvergabe eines Instituts an ein Unternehmen, an dem ein Gesellschafter eines Instituts, das in der Rechtsform der GmbH geführt wird, eine bedeutende Beteiligung hält, den Organkreditvorschriften unterworfen werden. Dies schließt auch die Fälle ein, bei denen der Gesellschafter der GmbH eine juristische Person ist. Der Begriff der bedeutenden Beteiligung ist in § 1 Abs. 9 KWG definiert und verweist auf die Definition der qualifizierten Beteiligung in Art. 4 Abs. 1 Nr. 36 CRR. Danach besteht eine qualifizierte Beteiligung, wenn direkt oder indirekt mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmrechte an einem Unternehmen gehalten oder eine andere Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung dieses Unternehmens besteht. Der Begriff des maßgeblichen Einflusses ist dabei weder in der CRR noch im KWG legal definiert und verbleibt damit bis zu einem gewissen Grad unscharf. Der Begriff der bedeutenden Beteiligung im Sinne des § 1 Abs. 9 KWG umfasst damit neben den direkten bedeutenden Beteiligungen auch die direkten und indirekten Beteiligungen an Tochterunternehmen und deren bedeutenden Beteiligungen. Hierdurch würde es bei Kreditvergaben an Unternehmen, an denen ein Gesellschafter in der Rechtsform einer GmbH eine, mehrere oder viele bedeutende Beteiligungen hält zu einer deutlichen Ausweitung an Unternehmen kommen, die den Organkreditvorschriften zu unterwerfen wären. Die Kredite an diese Unternehmen wären dann wiederum nach § 15 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 3 KWG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 39 CRR mit allen Krediten und Unternehmen zusammenzufassen, die zur selben Gruppe verbundener Kunden gehören. Im Ergebnis käme es hierdurch zu einer faktischen nicht gerechtfertigten Ausweitung der Organkreditvorschriften, die weit über die Intention des europäischen Gesetzgebers in Art. 88 Abs. 1 CRD V hinausgeht.

Schließlich bitten wir darum, auf eine Änderung von § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 KWG-RegE zu verzichten, da diese nach Art. 88 Abs. 1 CRD V nicht erforderlich ist. Die Anforderung, dass nun auch bei Kreditvergaben an volljährige Kinder und Eltern von Prokuristen des herrschenden und der abhängigen Unternehmen des Instituts die Zustimmung der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrats des Instituts sowie die Zustimmung des herrschenden Unternehmens einzuholen sind, erscheint uns deutlich überzogen. Hier empfehlen zum Bürokratieabbau eine Revision dieser Vorschrift. Zukünftig sollte die Einbeziehung von Prokuristen und deren Ehegatten und Kinder vom herrschenden und abhängigen Unternehmen in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 KWG auf solche Fälle beschränkt werden, bei denen die Kreditgewährung zu nicht marktmäßigen Konditionen erfolgt, da in solchen Fällen auch ein Interesse der Leitungsorgane im Hinblick auf die Aufdeckung potentieller Interessenkonflikte besteht.

Die vorgesehene Erweiterung des Kreises potentieller Organkreditnehmer auf volljährige Kinder und Eltern von Funktionsträgern eines vom Institut abhängigen oder das Institut beherrschenden Unternehmens (Ergänzung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 KWG) dürfte nicht von Art. 88 Abs. 1 neuer Unterabsatz 1 Satz 2 Buchstabe a) CRD V geboten sein; dieser bezieht sich nicht auf die genannten Angehörigen von Funktionsträgern von Konzernunternehmen.

Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs über Kredite hinaus

Die durch Absatz 6 vorgesehene gesetzliche Ausweitung der Regelungen zur Organkreditbeschlussfassung auf alle Geschäfte mit dem Institut, die keine Kredite im Sinne von § 21 Abs. 1 KWG sind, lehnen wir entschieden ab und fordern eine Streichung dieses Absatzes. Die Anforderung führt wegen der Reichweite einerseits und der Unbestimmtheit des Begriffes „Geschäfte“ andererseits zu uferlosen Prüfungs- und Beschlussfassungspflichten, u.a.

auch mit Blick auf die vorgesehene Erweiterung des Organkreises. Eine gesetzliche Ausweitung der Organkreditvorschriften auf alle Geschäfte mit Personen und Unternehmen des Organkreises ist vor dem Hintergrund der europäischen Vorgaben und der Vorgaben des Baseler Ausschusses unverhältnismäßig. Während es auf europäischer Ebene keine entsprechenden Vorgaben gibt, würde es nach den Vorgaben des Baseler Ausschusses ausreichen, wenn die Aufsichtsbehörde Vorgaben formuliert, die die Institute zu beachten haben.

Bereits durch die heutige Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 oder 10 i.V.m. § 19 Abs. 3 KWG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 39 CRR besteht in einem großen Konzern, zu dem das Institut gehört, eine sehr große Gruppe verbundener Kunden, die in der Regel noch über die Unternehmen des Konzerns hinausgehen, zu dem das Institut gehört. Sollte diese Vorschrift in dieser Form Gesetz werden, würde dies bedeuten, dass durch die Bezugnahme auf § 15 Abs. 1 Satz 1 auch alle Geschäfte des Instituts mit Konzernunternehmen und den nicht zu den Konzernunternehmen gehörenden Unternehmen, die zur Gruppe verbundener Kunden nach § 19 Abs. 3 KWG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 39 KWG gehören, den Beschlussfassungspflichten durch die Geschäftsleitung und den Aufsichtsrat des Instituts unterworfen werden würden. Dies würde den Geschäftsbetrieb des Instituts mit diesen Unternehmen stark beeinträchtigen. Da vielfach im Vorhinein nicht vorhersehbar ist, welche Geschäfte das Institut mit den zur Gruppe verbundener Kunden des Instituts gehörenden Unternehmen im Laufe des Jahres abschließen werden, bedeutet dies, dass dann für jedes dieser Geschäfte die Beschlussfassung durch die Geschäftsleitung und den Aufsichtsrat des Instituts nach den Bestimmungen des § 15 KWG erforderlich wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 4 Satz 1 KWG die Beschlussfassung durch die Geschäftsleitung grundsätzlich vor Abschluss des Geschäftes zu erfolgen hätte, weil die nachträgliche Genehmigung lediglich den Ausnahmefall darstellen soll. Auch die Möglichkeit eines Vorratsbeschlusses nach § 15 Abs. 4 Satz 6 KWG für bestimmte Geschäfte besteht nicht, wenn der Geschäftspartner ein Unternehmen ist. Die Ausweitung der Beschlussfassungspflichten entsprechend den Organkreditvorschriften auf alle Geschäfte würde angesichts des zu erwartenden Umfangs erforderlicher Beschlüsse zu einer inakzeptablen Belastung der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrates führen, so dass eine tiefere inhaltliche Befassung vielfach nicht zu erwarten wäre. Der verfolgte Zweck der Warnfunktion einer Beschlussfassung würde damit verfehlt, da nur noch mit einer Vielzahl formaler Beschlüsse zu rechnen wäre. Der Aufwand steht nach unserem Dafürhalten deshalb in keinerlei Verhältnis zum potentiellen Schutzzweck.

Nach der Begründung soll die Änderung dazu dienen, Grundsatz 20 der Baseler Grundsätze, Zentrale Kriterien 2 und 3 in Verbindung mit Fußnote 74 vollständig einzuhalten. Der Internationale Währungsfonds soll im Rahmen eines Assessment Programms 2016 das Fehlen von Regeln für solche Geschäfte beanstandet haben. Aus unserer Sicht gibt hierzu deutlich mildere und geeignetere Möglichkeiten zur Umsetzung, als eine holzschnittartige, wenig flexible gesetzliche Ausweitung der strengen Organkreditvorschriften auf alle sonstigen Geschäfte. Die Anforderungen des Grundsatz 20 mit den zentralen Kriterien 2 und 3 legen aus unserer Sicht vielmehr eine Umsetzung in Form aufsichtlich modifizierter Risikomanagement-Regeln wie z.B. den MaRisk nahe, da diese einerseits eine vollständige, aber auch risikoorientierte und proportionale Umsetzung ermöglichen. So sieht das Kriterium 2 zu Grundsatz 20 im Hinblick auf die Anforderung marktmäßiger Konditionen bei Geschäften mit verbundenen Parteien eine wahlmäßige Umsetzung durch den Gesetzgeber oder die Aufsichtsbehörde vor. Das Kriterium 3 zu Grundsatz 20 sieht sogar nur die Aufsichtsbehörde in der Pflicht zu Beschlussfassungsvorgaben, wenn bestimmte Beträge überschritten werden oder die Geschäfte ein besonderes Risiko für das Institut darstellen. Offenbar hat der Baseler Ausschuss erkannt, dass solche Vorgaben unter Berücksichtigung der individuellen Situation des Instituts nur im Wege aufsichtlicher Vorgaben durch die Aufsichtsbehörde sinnvoll sind.

Wir möchten deshalb ausdrücklich auf die Ende Juli 2020 zur Konsultation gestellten überarbeiteten EBA-Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU und den dort neu eingefügten Abschnitt 11 „Loans and other transactions with members of the management body and their related parties“ hinweisen. Diese sehen vor, dass neben der Kreditvergabe zukünftig auch für alle anderen Arten von Transaktionen mit Mitgliedern des Leitungsorgans und deren Angehörigen vergleichbare Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten getroffen werden sollen. Die Transaktionen sollen dabei zu Marktkonditionen abgewickelt und Limite z.B. für Produkttypen vorgesehen werden, die vom Leitungsorgan zu genehmigen und zu ändern sind (vgl. Tz. 107 ff.).

Darüber hinaus sollen alle wesentlichen Transaktionen mit Mitgliedern des Leitungsorgans und den mit ihnen verbundenen Parteien ordnungsgemäß dokumentiert werden (vgl. Tz. 113). Kreditinstitute sollten ihren Eigentümern jährlich angemessene aggregierte Informationen über Darlehen und andere Transaktionen mit Mitgliedern des Leitungsorgans und mit ihnen verbundenen Parteien zur Verfügung stellen (vgl. Tz. 115). Bei der Milderung festgestellter Interessenkonflikte von Mitgliedern des Leitungsorgans sollen die Kreditinstitute die ergriffenen Maßnahmen dokumentieren, einschließlich einer Begründung, wie effektiv diese sind, um eine objektive Entscheidungsfindung zu gewährleisten (vgl. Tz. 126). Wir sind der Auffassung, dass mit den Vorgaben der neuen EBA Leitlinien zur Internal Governance auch eine vollständige Umsetzung des Grundsatzes 20 in Verbindung mit den zentralen Kriterien 2 und 3 erfolgt.

Die überarbeiteten EBA Guidelines on internal Governance sollen am 26. Juni 2021 in Kraft treten und sind dann nach Art. 4 Abs. 3 Unterabsatz 2 SSM-Verordnung Nr. 1024/2013 von allen bedeutenden Instituten unmittelbar zu beachten. Sofern aus Sicht der BaFin ein aufsichtliches Interesse an einheitlichen Vorgaben für bedeutende und weniger bedeutende Institute bestehen sollte, könnte dies durch eine entsprechende Anpassung der MaRisk erfolgen. Dies würde auch eine proportionale an den Risiken ausgerichtete Umsetzung ermöglichen, statt holzschnittartig gesetzliche Vorgaben umsetzen zu müssen. Einer gesetzlichen Vorgabe bedarf es insofern nicht, um Grundsatz 20 mit den zentralen Kriterien 2 und 3 vollständig umzusetzen. Dies ist wie ausgeführt auch nicht geboten und wäre unverhältnismäßig.

Sofern § 15 Abs. 6 KWG-RegE, der auch in systematischer Hinsicht einen Fremdkörper in den Organkreditvorschriften des § 15 KWG darstellt nicht gestrichen werden sollte, droht deutschen Institute, dass der gleiche Sachverhalt zweifach und nicht deckungsgleich geregelt wird. Auch deshalb sollte in jedem Fall von einer systemwidrigen Erweiterung des § 15 KWG auf „sonstige Geschäfte“ Abstand genommen werden.

Bereits im Rahmen der Umsetzung der Großkreditrichtlinie war seinerzeit erwogen worden, den Kreditbegriff des heutigen § 21 Abs. 1 KWG (damals § 13 Abs. 1 KWG) generell auszuweiten und auf jegliche Risikopositionen, also nicht nur für Groß- und Millionenkreditbelange, zu erstrecken. Dies wurde für § 15 KWG und § 18 KWG allerdings aus guten Gründen verworfen. Statt eines einheitlichen weiten Kreditbegriffs beließ man es somit für die letztgenannten Belange bei der heutigen Rechtslage. Der Kreditbegriff des § 21 Abs. 1 KWG schließt etwa handelsbezogene und somit typischerweise besonders zeitkritische Engagements aus seinem Anwendungsbereich aus. Dies hat gerade im Bereich des § 15 KWG gute Gründe: Für Organkredite sind Vorratsbeschlüsse nur in engen Ausnahmefällen zulässig, vgl. § 15 Abs. 4 Satz 6 KWG.

Ein Blick auf § 18 KWG zeigt, dass der enge Kreditbegriff durchaus seine Berechtigung hat. Es ist unstrittig, dass sich auch aus Handelsgeschäften Kreditrisiken ergeben können. Allerdings ist die Bank bei deren Würdigung nicht an die spezifischen Vorgaben des § 18 KWG gebunden.

Dieser Gedanke ließe sich auch für § 15 KWG fruchtbar machen: Die Bank hat ohnehin bereits heute sicherzustellen, dass sie keine Transaktionen zu nichtmarktgerechten Konditionen eingeht. Dies kann auch überprüft und ggf. aufsichtlich geahndet werden. Dies würde u.E. den Basler Vorgaben genügen. Nicht erforderlich ist demgegenüber die auf das Kreditgeschäft im engeren Sinne (= § 21 Abs. 1 KWG) zugeschnittene besondere verfahrensmäßige Behandlung, wie sie § 15 KWG vorsieht.

Der Wortlaut des Regierungsentwurfs wirft unter anderem die Frage auf, ob die im Rahmen von Förderprogrammen von Bund und Ländern gewährten Zuschüsse als „Geschäfte“ künftig unter die Organkreditvorschriften fallen. Die Gesetzesbegründung sieht insoweit keine Einschränkung vor. Die Anwendung der Organkreditvorschriften auf nicht rückzahlbare Zuschüsse, die von den Förderbanken regelmäßig auch ohne eigenen Kreditanteil durchge-

reicht werden, wäre aufgrund ausgeschlossener Interessenkonflikte weder angemessen noch praktikabel. Darüber hinaus würden andere Institutionen, die nicht dem KWG unterliegen und ebenfalls Zuschüsse vergeben, einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Wir bitten insoweit um eine entsprechende Klarstellung.

Hinzu tritt, dass in Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie mit dem neuen §§ 111a ff. AktG Vorschriften zur Kontrolle von Geschäften mit Related Parties eingeführt wurden. Bedarf für eine darüberhinausgehende Ausweitung von Anforderungen an die Behandlung von Krediten/Geschäften und etwaiger damit verbundener Interessenkonflikte sehen wir nicht.

Organkreditbeschlüsse

Es sollte klargestellt werden, dass sich der Ausschluss der Mitwirkung nicht auf die Vorratsbeschlussfassung nach § 15 Abs. 4 KWG bezieht. Dies wäre nicht sachgerecht, da zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch keine konkrete Kreditnehmereigenschaft vorliegt und letztlich eine Vorratsbeschlussfassung wegen der potenziellen Betroffenheit aller Geschäftsleiter oder Mitglieder des Aufsichtsorgans ausgeschlossen wäre.

Es sollte klargestellt werden, was mit „Vorbereitung“ der Beschlussfassung gemeint ist. Bezieht sich dies nur auf den Kreditprozess oder wäre hier auch die inhaltliche Besprechung vor Beschlussfassung im Aufsichtsgremium erfasst?

Ziffer 37 (§ 24 KWG-E) – Anzeigen

Mit der Erweiterung der Anzeigepflichten in Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 15 sowie in Abs. 3a Nr. 1 und Nr. 4 um die Pflicht zur Mitteilung einer durch das Institut vorzunehmenden Eignungsbewertung und um die Pflicht, laufende Änderungen mitzuteilen, werden weder zwingende CRD V-Vorgaben umgesetzt, noch wird Proportionalität gestärkt. Vielmehr wird den Instituten weiterer Aufwand ohne Erkenntnisgewinn im Hinblick auf die Aufsichtszwecke aufgebürdet. Dies irritiert uns insbesondere mit Hinblick auf die Initiative „COREPCore“ nach Art. 430 Abs. 8 CRR II zur proportionalen Reduktion der Befolgungskosten im Meldewesen, die von der deutschen Aufsicht begleitet und unterstützt wird. Eine Ausweitung des nationalen Anzeigewesens ohne proportionale Abstufungen ist u. E. zum gegenwärtigen Zeitpunkt unvereinbar mit den grundsätzlichen Proportionalitätsbemühungen, die auch im Titel dieses Gesetzes aufgegriffen werden. Der Gesetzesentwurf (S. 184 zu Artikel 2 Nr. 37) spricht insoweit auch nur von einer „Verbesserung“. Allerdings ist weder ersichtlich, noch wird im Gesetzesentwurf näher erläutert, warum insoweit überhaupt ein Verbesserungsbedarf erforderlich sein sollte. Im Einzelnen:

- (1) Künftig soll zusätzlich zur Aufsichtsbehörde **auch das Institut** eine **Eignungsbewertung für neue Mandatsträger** durchführen müssen und der Aufsicht das Ergebnis anzeigen (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 15 sowie Abs. 3a Nr. 1 und Nr. 4 KWG-E). Diese Änderung wird mit der Umsetzung der CRD V und der EBA-Leitlinien zur Eignungsbewertung (GL 2017/12) begründet. Nach unserem Dafürhalten ist diese neue Verpflichtung jedoch durch die CRD nicht geboten. Im Gegenteil, es wurde eine Ausnahme in der CRD nicht berücksichtigt, die besonders wichtig ist, wenn die Besetzung der Positionen aufgrund der jeweiligen Rechtsgrundlagen durch den bzw. die Anteilseigner oder Träger bzw. dessen Aufsichtsorgan erfolgt, ohne dass das Institut darauf irgendeinen Einfluss hätte oder eingebunden wäre, sondern lediglich über die erfolgte Bestellung informiert wird.

Diese Ausnahme ist in Artikel 88 Absatz 2 letzter Satz CRD normiert. Hiernach finden die Anforderungen an die Beurteilung des Leitungsorgans *„keine Anwendung, wenn das Leitungsorgan nach nationalem Recht in keiner Weise an der Auswahl und Bestellung seiner Mitglieder beteiligt ist“*. Der dahinterstehende Rechtsgeanke ist eindeutig: Wenn kein Einfluss des Instituts auf die Auswahl der Mitglieder besteht, macht eine Eignungsbewertung durch das Institut keinen Sinn. Dies gilt explizit für den Nominierungsausschuss eines bedeutenden Instituts, muss aber auch für das Gesamtaufsichtsorgan eines jeden Instituts gelten, in dem besagter Einfluss nicht besteht.

Zur Ausnutzung der ausdrücklich möglichen proportionalen Umsetzung muss diese Ausnahme unbedingt in das RiG übernommen werden. Maximalharmonisierung bzw. „Goldplating“ widersprechen einem präventiven, risikoorientierten Ansatz der Bankenaufsicht und sollten vermieden werden.

Die Pflicht zur Eignungsbewertung durch das Institut würde Institute vor erhebliche Probleme stellen, die keinerlei Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsorgans (ggf. auch des Vorstands) haben und denen somit die Pflicht zur Beurteilung von Tatsachen auferlegt würde, über die sie weder zu entscheiden haben, noch in irgendeiner Form Einfluss nehmen können. Dies unterscheidet sie von Instituten anderer Rechtsformen, bei denen zumindest ein Vorschlagsrecht des Aufsichtsorgans besteht (z.B. Aktiengesellschaften).

Bei Sparkassen bestehen zudem folgende Besonderheiten: Die Kommunen entsenden Mitglieder in die Verwaltungsräte ihrer Sparkassen, um dort die Aufsicht über diese vorzunehmen. Nun sollen sie von der Sparkasse, die sie eigentlich für die Kommune beaufsichtigen sollen, selbst bewertet werden. Dies erscheint systemfremd. Nach den Sparkassengesetzen der Länder bestimmt allein die kommunale Trägerkörperschaft, beispielsweise der Kreistag, über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates (Ausnahme: Arbeitnehmervertreter). Die Sparkassen haben hierauf keinerlei Einfluss. Die Aussage in der Gesetzesbegründung, dass die Institute die Hauptverantwortung für die Eignung der Organmitglieder tragen, ist hinsichtlich der Verwaltungsratsmitglieder der Sparkassen nicht richtig. Bei neuen Sparkassen-Verwaltungsratsmitgliedern ist die Hauptverantwortung für die Eignung bei den Kommunen zu verorten. Dies sehen einige Sparkassengesetze der Länder explizit so vor (Beispiele: § 12 Abs. 1 Satz 2 SpkG NRW: *„Die Voraussetzungen für die erforderliche Sachkunde hat der Träger vor der Wahl zu prüfen und sicherzustellen.“*). Deshalb ist es nicht angezeigt, dass die Sparkassen die Eignung dieser Personen gegenüber der Aufsicht nachweisen müssen. Die Sparkassen haben auch keine Kompetenz, in das Wahlergebnis der Vertretungskörperschaft des Trägers einzugreifen und auch keine Abberufungskompetenz. Sofern tatsächlich Zweifel an der Eignung bestünden, obliegt die verbindliche Entscheidung und Beurteilung des Sachverhaltes ohnehin der Aufsichtsbehörde. Hierauf hat auch der Deutsche Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 18. September 2020 hingewiesen und sich deutlich dafür ausgesprochen, dass es weiterhin allein Aufgabe der Aufsichtsbehörden ist, die Eignung von Mitgliedern und stellvertretenden Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen verbindlich zu bewerten, sofern das Institut oder dessen Organe an der Auswahl und Bestellung dieser Personen nicht beteiligt sind (vgl. BR-Drs. 434/20 Ziffer 5). Die Empfehlung des Bundesrates gilt neben den Sparkassen auch für andere öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, bei denen die Besetzung der Positionen aufgrund der jeweiligen Rechtsgrundlagen durch den/die Anteilseigner oder Träger erfolgt, ohne dass das Institut darauf irgendeinen Einfluss hätte oder eingebunden wäre, sondern lediglich über die erfolgte Bestellung informiert wird.

Daneben sprechen auch praktische Gründe gegen eine Eignungsbewertung durch das Institut: Unklar ist beispielsweise, wer diese Beurteilung überhaupt durchführen sollte - und auf welcher Grundlage. Aufgrund des Organgefüges kann dies nicht der Vorstand tun. Andernfalls würde dieser über die (Nicht-)Eignung von Aufsichtsorganmitgliedern befinden, die wiederum über dessen eigene Anstellung und Vertragsmodalitäten zu entscheiden und ihn zu überwachen haben. Dies ist offensichtlich konfliktträchtig und praxisfern. Viele Institute haben aufgrund ihrer Größe auch keinen Nominierungsausschuss. Es müsste sich also das gesamte Aufsichtsorgan als Kollektivorgan mit der Eignungsfrage beschäftigen. Dies für alle neu gewählten Mitglieder innerhalb einer 2-Wochenfrist (wie derzeit von der BaFin geplant) zu bewältigen, wäre nahezu unmöglich, da in der Regel so kurzfristig noch nicht alle Unterlagen vom neuen Mitglied eingereicht werden können. Fraglich ist zudem, ob dann das bisherige Aufsichtsorgan oder aber das neukonstituierte Aufsichtsorgan über die Eignung entscheiden müsste. Eine Beurteilung nach der Bestellung zusätzlich zur Aufsichtsbehörde auch vom Institut durchzuführen, bringt zudem keinen Mehrwert, weil die Bewertung ebenfalls nur anhand der bei der Anzeige einzureichenden Unterlagen (Lebenslauf) erfolgen würde.

Wir bitten daher dringend darum, die vorgeschlagenen Regelungen zur Eignungsbewertung unter Berücksichtigung der vorgebrachten Aspekte nochmals einer eingehenden Überprüfung zu unterziehen. Die Eignungsbewertung neuer Mitglieder sollte wie bisher auch allein durch Aufsichtsbehörden erfolgen. Dies hat sich als zielführend und ausreichend bewährt. Erforderlich wäre aus unserer Sicht aber jedenfalls eine Klarstellung, dass eine solche Eignungsbeurteilung nur dann stattfindet, wenn das Institut bzw. seine Organe an der Auswahl und Bestellung der Mitglieder beteiligt sind.

Zudem bitten wir im Sinne eines proportionalen Vorgehens darum, kleine und nicht komplexe Institute, wie sie die CRR definiert, vom bürokratischen und finanziellen Aufwand für die eigene Eignungsbewertung zu entlasten und sie von dieser Pflicht auszunehmen (vgl. BR-Drs. 434/20 Ziffer 5).

- (2) Die von uns geforderte Klarstellung, dass Eignungsüberprüfungen seitens der Aufsicht auch **nach der Bestellung von neuen Mitgliedern (also ex-post)** erfolgen können, wurde leider nicht in die CRD V aufgenommen. Mangels gegenteiliger Festlegung in der CRD V und aufgrund Ziffer 136 der EBA/ESMA-Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen (EBA/GL/2017/12) gehen wir jedoch davon aus, dass das von der deutschen Aufsicht bisher praktizierte und bewährte Verfahren zur Eignungsbewertung unverändert beibehalten werden kann. Wir bitten um gesetzliche Klarstellung im KWG.
- (3) Im Hinblick auf die Ergänzung der Anzeigepflicht auf **Tatsachenänderungen** "*... die sich auf die ursprüngliche Beurteilung ... erheblich auswirken*" (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 und 15 sowie Abs. 3a Nr. 1 und 4 KWG-E) erscheint es wenig praxisgerecht, hier eine Dauerpflicht zu begründen, ggf. in kurzen zeitlichen Abfolgen mehrere Anzeigen abgeben zu müssen. Es sollte den Erwartungen des Art. 91 CRD genügen, wenn die Aufsicht in festen periodischen Abständen summarisch über die institutsinternen Eignungsbewertungen (z.B. im Rahmen jährlicher Evaluierung der Institute oder mittels den Prüfungsberichten der Abschlussprüfer) unterrichtet wird. Andernfalls wird den Instituten ein eher als formalistisch einzustufender Mehraufwand aufgeladen, der in keinem angemessenen Verhältnis zum Erkenntnismehrwert der Aufsicht steht. Weiterhin sollte klargestellt werden, dass nur die Änderung solcher Tatsachen anzeigespflichtig ist, die im Rahmen der ursprünglichen Eignungsbeurteilung anzugeben gewesen wären, und dass die Institute hier keine aktive Nachforschungspflicht trifft.
- (4) Die bisherige Anzeigepflicht des § 24 Abs. 1 Nr. 4 (25% anrechenbare Eigenmittel) wird stark reduziert auf 5% des harten Kernkapitals. Dies ist eine drastische Verschärfung der Meldeanforderung. Die Anforderung basiert u.E. nicht auf der CRD V. Die Absenkung der Meldegrenze sollte nochmals unter Risikogesichtspunkten geprüft werden, um eine unnötige Belastung der Institute im Hinblick auf Meldeanforderungen zu vermeiden.
- (5) Hinsichtlich der neuen Anzeigeverpflichtung in Abs. 1 Nr. 18 ist nicht erkennbar, welchen aufsichtlichen Mehrwert es hätte, ohnehin offenzulegende Informationen zusätzlich anzuzeigen. Wie jede Anzeige ginge auch diese Anzeige mit einem administrativen Aufwand einher, der vorliegend vermeidbar wäre. Auch wenn die Anzeige nur auf Anforderung erfolgen muss, ist nicht klar, wieso die Bankenaufsicht nicht selber in die Offenlegungsberichte der Institute hereinschaut und dort die Informationen abgreift. Umso mehr stellt sich die Frage, wer die Offenlegungsberichte überhaupt liest, wenn dies noch nicht einmal die nationale Bankenaufsicht macht. Wir möchten zudem darauf hinweisen, dass dieses Reporting ursprünglich nur für kapitalmarkt-orientierte und somit IFRS-Kreditinstitute vorgesehen war.
- (6) Es ist nunmehr in Abs. 1a Nr. 5 vorgesehen, dass die zuständigen Behörden von den Instituten **Informationen zum geschlechtsspezifischen Lohngefälle** erheben, um diese zum Vergleich von Vergütungstrends und -praxis zu nutzen. Bedeutende Institute sind zur Übermittlung der Informationen zum geschlechtsspezifischen Lohngefälle verpflichtet, kleinere Institute können zur Übermittlung aufgefordert werden. Ein Erkennt-

nisgewinn aus den Informationen kann sich nur bei solchen Vergütungen ergeben, bei denen eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts denkbar ist. Die Informationspflicht sollte demnach nicht für solche Vergütungen gelten, die auf Basis eines Tarifvertrags gezahlt werden, da die Vergütung nach Tarifvertrag auf der Eingruppierung der Tätigkeit basiert. Geschlechtsspezifische Unterschiede sind dadurch quasi ausgeschlossen. Geschlechtsspezifische Vergütungsunterschiede sind auch bei Aufsichtsorganen, die ein pauschales Sitzungsgeld statt einer Vergütung erhalten ausgeschlossen, so dass auch diese von der Pflicht auszunehmen sind.

- (7) Durch den neuen Abs. 3e soll der BaFin das Recht eingeräumt werden, **Interviews** mit Geschäftsführer-Kandidaten und bereits bestellten Aufsichts- oder Verwaltungsratsmitgliedern zu führen, um deren Qualifikation (Zuverlässigkeit, fachliche Eignung, ausreichende zeitliche Verfügbarkeit) zu beurteilen. Diese Gesetzesänderung ist nicht Ausfluss der CRD V. Sie entstammt vielmehr den „Fit-and-Proper“-Leitlinien der EBA (EBA/GL/2017/12), deren Umsetzung in deutsche Verwaltungspraxis die BaFin zu Recht (teilweise) ablehnte. Dass nun Teile der Leitlinien direkt in den Gesetzestext des KWG überführt werden sollen, überrascht. Die geplante Änderung würde zu einer weiteren Bürokratisierung der Bestellungsprozesse von Geschäftsführern und Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitgliedern führen. Dieser Bürokratisierung bedarf es nicht, da die Qualifikation dieser Personen durch ein Zusammenwirken von Selbstevaluation der Organe, interner Revision sowie der externen Kontrolle durch die Jahresabschlussprüfer sichergestellt ist. Im Hinblick auf die Überlegung, mit diesem Gesetz auch das Thema Proportionalität aufzugreifen, sollte hier Abstand genommen werden. Die Durchführung der Interviews wird nicht nur für die Institute bzw. die betroffenen Organmitglieder, sondern auch für die Aufsicht mit vermehrtem Aufwand und größerer Bürokratie verbunden sein, ohne dass dies europarechtlich zwingend notwendig wäre.

Ziffer 38 (§ 25 KWG-E) – Risikotragfähigkeitsinformationen / Daten zur Liquiditätssteuerung

Im Rahmen des Regierungsentwurfs wurde nun in § 25 Abs. 3 Satz 2 KWG-E ein im Referentenentwurf bereits gestrichener Satz wieder aufgenommen. Damit kann für Meldungen nach FinaRisikoV weiterhin eine über die aufsichtliche Konsolidierung nach Teil 1, Titel II, Kapitel 2 der CRR hinausgehende Gruppe zugrunde gelegt werden. Die Regelungen der CRR zur aufsichtlichen Konsolidierung sollten auch für die Meldungen nach FinaRisikoV ausreichend sein. Davon abweichende Gruppenbegriffe erhöhen den Erstellungsaufwand deutlich, da für die zusätzlich einbezogenen Unternehmen generell keine aufsichtlichen Datenzulieferungswege vereinbart wurden.

Gemäß KWG-E sollen weiterhin alle deutschen Institute den nationalen Meldepflichten gemäß FinaRisikoV unterliegen. Die DK erachtet dies mit Blick auf die unterschiedlichen Aufsichtszuständigkeiten (SIs: EZB, LSIs: BaFin/Bundesbank) als nicht mehr angemessen. Die EBA-Leitlinien EBA/GL/2016/10 - Leitlinien zu für SREP erhobenen ICAAP- und ILAAP-Informationen „richten sich an die zuständigen Behörden gemäß der Definition in Artikel 4 Absatz 2 Ziffer i der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010“ (Tz. 6 der EBA/GL/2016/10). Für die direkt durch die EZB beaufsichtigten Institute (Significant Institutions, SI), ist nach § 6 Abs. 1 Satz 2 KWG die EZB die „zuständige Behörde“. SIs müssen der EZB seit 2016 jährlich umfangreiche Dokumentationen zum ICAAP und ILAAP einreichen.

SIs sollten daher grundsätzlich von den entsprechenden nationalen Meldepflichten gemäß FinaRisikoV (Informationen zur Risikotragfähigkeit, Liquiditätssteuerung, Refinanzierungspläne) ausgenommen und der Anwendungsbereich in § 25 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 KWG-E somit auf LSIs eingegrenzt werden.

Auf die Unverhältnismäßigkeit der doppelten Meldeanforderungen hat die DK schon mehrfach im Fachgremium MaRisk sowie in ihrer Stellungnahme zur Änderung der FinaRisikoV vom 30. August 2019 hingewiesen. Die bisherigen Argumente der deutschen Aufsicht, die Erhebung dieser Informationen sei auch von SIs notwendig, um für etwaige Anfragen (bspw. von Ministerien oder dem Bundestag) auskunftsfähig zu sein sowie eine Datengrundlage für die makroprudenzielle Aufsicht zu verfügen, kann die DK nicht nachvollziehen. Die deutsche Aufsicht ist Teil des SSM und sollte nach unserem Dafürhalten über einen ausreichenden Datenzugriff verfügen, um ein

grundsätzliches Bild über die Lage der deutschen SIs zu erlangen. Darüber hinaus widerspricht das Vorgehen der Aussage der deutschen Aufsicht im Rahmen der Vorstellung des neuen Risikotragfähigkeitsleitfadens am 29. Mai 2018, wonach sie eine Ausnahme von SIs vom Anwendungsbereich des Risikotragfähigkeitsmeldewesens für vertretbar erachtete. Wir können den Mehrwert einer granularen Meldung von Informationen zur Risikotragfähigkeit und Liquiditätssteuerung - parallel zu den bereits von der EZB erhobenen Meldungen - nicht erkennen. Zumal sich auch die deutsche Aufsicht zu dem Ziel bekannt hatte, Redundanzen und Doppelungen im Meldewesen zu eliminieren.

Die Meldung von Refinanzierungsplänen gemäß EBA-Guideline EBA/GL/2014/04 (bzw. Update EBA/GL/2019/05) sollte auf SIs beschränkt werden. Der Fokus der „Funding Plans“ hat seit jeher auf den signifikanten Instituten gelegen. Bei LSIs kann unter Proportionalitätsgesichtspunkten auf eine Erhebung verzichtet werden. Das Aussetzen dieser Meldeanforderung für LSIs durch die deutsche Aufsicht in den letzten Jahren hat diese Sichtweise bestätigt. Da SIs ihre Refinanzierungspläne direkt an die EZB übermitteln, ist die Festschreibung einer nationalen Meldeanforderung entbehrlich. Der Zusatz „Refinanzierungspläne“ in der Überschrift von § 25 und die Nr. 3 im Absatz 1 sollten deshalb weggelassen werden.

Eine weitere Doppelung im Meldewesen besteht zudem bezüglich der als Teil der „Finanzinformationen“ gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 KWG regelmäßig einzureichenden Daten zum Zinsänderungsrisiko. Auch die EBA-Leitlinien zur Steuerung des Zinsänderungsrisikos bei Geschäften des Anlagebuchs (EBA/GL/2018/02) „richten sich an die zuständigen Behörden gemäß der Definition in Artikel 4 Absatz 2 Ziffer i der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010“ (Tz. 6 der EBA/GL/2018/02). Für die SIs ist dies wiederum die EZB. Die für den SREP-Prozess erforderlichen Daten zum Zinsänderungsrisiko werden vor diesem Hintergrund in einem quartalsweisen Turnus im Rahmen der SSM Short Term Exercise (STE) an die EZB gemeldet. Im BaFin-Rundschreiben 06/2019 zu Zinsänderungsrisiken im Anlagebuch wird bei der Frage der Dateneinreichung bereits eine Differenzierung nach SIs und LSIs vorgenommen. In Abschnitt 2 des Rundschreibens ist geregelt, dass SIs „die Meldepflicht nach FinaRisikoV auch erfüllen, indem sie die für den Zweck der Meldung an die EZB ermittelten Daten an die Deutsche Bundesbank und die BaFin übermitteln.“ In diesem Zusammenhang bitten wir um eine Klarstellung, dass mit der vierteljährlichen Einreichung der STE-Templates zum Thema IRRBB über das ExtraNet der Deutschen Bundesbank die im Rundschreiben angesprochene Übermittlung an die deutsche Aufsicht abgedeckt ist. Die redundante Einreichung dieser Daten in einem zweiten Meldeformat nach FinaRisikoV würde hingegen bei den betroffenen Instituten zu einem Mehraufwand führen, dem kein für uns erkennbarer angemessener Informationsnutzen gegenübersteht.

Darüber hinaus steht die Erweiterung der Meldungen gem. FinaRisikoV um zusätzliche jährliche Meldungen zur Liquiditätssteuerung und Refinanzierungsplänen dem vom Gesetzgeber gesetzten Ziel, den aufsichtlichen Meldeumfang insbesondere für kleine und nicht komplexe Institute nicht weiter zu erhöhen, grundsätzlich entgegen. Die Möglichkeiten der proportionalen Ausgestaltung der Meldeanforderungen sollten konkret in § 25 Abs. 3 KWG-E aufgenommen und im KWG verankert werden.

Ziffer 39 Buchstabe a (§ 25a Abs. 1 KWG-E) – Internes Risikomanagement

Die Art. 104a und 104b CRD V werden durch die neu eingefügten §§ 6c und 6d KWG-E umgesetzt; abweichend davon Art. 104b Abs. 1 CRD V durch Ergänzung des § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG-E. In § 6b KWG-E wird jedoch bereits klar ausgeführt, dass die Institute bei der Ermittlung des internen Kapitals auch potenzielle Verluste aufgrund von internen und aufsichtlichen Stresstests im Blick haben müssen und dass diese potenziellen Verluste in die aufsichtliche Überprüfung einbezogen werden. Insofern ist Art. 104b Abs. 1 CRD V aus unserer Sicht bereits hinreichend umgesetzt, weshalb auf eine Ergänzung von § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG-E verzichtet werden sollte.

Unabhängig davon würde die angedachte Einfügung in § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG-E zu praktischen Problemen führen. So stellt die Risikotragfähigkeitsrechnung auf eine rein institutsinterne Sicht ab (Säule 2-Perspektive). Die Ergebnisse der aufsichtlichen Stresstests sollen vom Institut insbesondere in Form der Eigenmittelempfehlung gemäß § 6d KWG-E bei der Planung des regulatorischen Kapitalbedarfs berücksichtigt werden (sog. normative

Perspektive), ohne dass eine permanente Einhaltung verbindlich vorgegeben ist. Eine Unterlegung mit (internem) Risikodeckungspotenzial (in der sog. ökonomischen Perspektive) wird hingegen nicht gefordert. Auch die MaRisk stellen klar, dass die Ergebnisse von Stresstests nicht automatisch zu einer Unterlegung mit Risikodeckungspotenzial führen müssen (vgl. AT 4.3.3 Tz. 6 Erläuterung).

Bei der Festlegung des Säule-2-Kapitals wird zudem klar unterschieden, ob es sich um normale Bedingungen (zusätzliche Eigenmittelanforderungen nach § 6c KWG-E) oder um Stressbedingungen (Eigenmittelempfehlung nach § 6d KWG-E) handelt. Die Festlegung der zusätzlichen Eigenmittelanforderungen bezieht sich nach § 6c Satz 1 Nr. 2 KWG-E allerdings u. a. darauf, ob die Risikotragfähigkeit gewährleistet ist oder nicht. Wenn also bereits bei der Ermittlung der Risikotragfähigkeit auf die potenziellen Verluste abgestellt würde, die sich aus internen und aufsichtlichen Stresstests ergeben, enthielten die zusätzlichen Eigenmittelanforderungen nach § 6c KWG-E automatisch eine Stresskomponente, so dass die o. g. Unterscheidung nicht mehr möglich wäre. Insbesondere würde damit die Systematik infrage gestellt, für Krisensituationen spezielle Kapitalpuffer vorzuhalten, die im Falle der Krise auch tatsächlich genutzt werden können.

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund passen die angedachten Änderungen des § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWG-E nicht zur Praxis des ICAAP mit normativer und ökonomischer Perspektive. Den aufsichtlichen Vorgaben zum ICAAP zufolge soll die Betrachtung von Stressszenarien bzw. adversen Szenarien in der ökonomischen und normativen Perspektive in normalen Zeiten zwar einen Spielraum für Krisenzeiten freihalten und somit einen Beitrag zur dauerhaften Überlebensfähigkeit der Institute leisten, Stresseffekte in der ökonomischen Perspektive fließen allerdings nicht in die Festlegung der zusätzlichen Eigenmittelanforderungen nach § 6c KWG-E ein. Andernfalls müssten diese zusätzlichen Eigenmittelanforderungen in Krisenzeiten um eben diese Effekte bereinigt werden, damit der bestehende Spielraum vom Institut tatsächlich genutzt werden kann. Stresstests und damit Stressbedingungen werden bereits heute ausreichend in der Banksteuerung berücksichtigt. Wird die Stressbetrachtung jedoch ein Teil der konkreten Steuerungshandlungen, können daraus erhebliche Fehlsteuerungsimpulse resultieren.

Von der vorgesehenen Ergänzung sollte aus den genannten Gründen Abstand genommen werden. Sofern trotz der vorgetragenen Argumente eine Ergänzung im KWG für erforderlich gehalten wird, sollte diese formal korrekt in § 6d vorgenommen werden, um die beschriebenen Probleme zu vermeiden.

Neu (§ 25a Abs. 3 KWG) Gruppenkonsolidierung

Es sollte eine Ergänzung aufgenommen werden, nach der Tochterunternehmen, die selbst nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen, nur die branchen- bzw. sektorspezifischen Anforderungen auf Einzelbasis erfüllen. Damit würde der neue Artikel 109 Abs. 2 CRD V umgesetzt werden. Danach wird ausdrücklich klargestellt, dass für Tochterunternehmen, die selbst nicht dem Anwendungsbereich der CRD unterliegen, ihre branchenspezifischen Anforderungen auf Einzelbasis erfüllen. Damit gelten die Regelungen, Verfahren und Mechanismen für Institute im Kapitel 2, Abschnitt II der CRD (hier: interne Unternehmensführung und Vergütungspolitik) gerade nicht für solche Tochterunternehmen auf Einzelbasis. Dies bedeutet beispielsweise für Kapitalverwaltungsgesellschaften, die als Tochterunternehmen Teil eines Bankenkonzerns sind, dass diese auf Einzelbasis die für sie jeweils geltenden besonderen Anforderungen des KAGB zu erfüllen haben. Dies stellt auch Erwägungsgrund 10 der CRD V klar, wonach die einschlägigen sektorspezifischen Rechtsakte für Tochterunternehmen, die keine Institute sind und nicht auf Einzelbasis der CRD unterliegen, Vorrang haben sollen. Auch in Anbetracht der neuen Gruppenregelung für die Vergütungspolitik halten wir eine entsprechende Klarstellung bereits im KWG für notwendig, um dem Verordnungsgeber hierzu klare Grenzen zu setzen.

Weiterhin sollten die vorgenannten Tochterunternehmen, soweit sie an besondere Vergütungsanforderungen nach Maßgabe anderer Rechtsakte gebunden sind, sowie Tochterunternehmen mit Sitz in einem Drittland, die an besondere Vergütungsanforderungen nach Maßgabe anderer Rechtsakte der Union gebunden wären, wenn sie ihren Sitz in der Union hätten, die Anforderungen an die Vergütungspolitik, die variable Vergütung und den Vergütungsausschuss gemäß Art. 92, 94 und 95 CRD nicht auf konsolidierter Basis anwenden müssen. Damit würden

die neuen Absätze 4 und 5 des Art. 109 CRD 1:1 umgesetzt. Darin wird bestimmt, dass die Vergütungsanforderungen der CRD nicht auf konsolidierter Basis für Tochterunternehmen gelten, die selbst nicht dem Anwendungsbereich der CRD unterliegen. Vielmehr sollen nur ausnahmsweise zur Verhinderung von Arbitrage die Vergütungsanforderungen der CRD V für bestimmte Mitarbeiter (und nicht für das gesamte Tochterunternehmen) einzelner Tochterunternehmen gelten, die mit der Erbringung spezifische Dienstleistungen beauftragt sind und die sich direkt und wesentlich auf das Risikoprofil der Bankengruppe auswirken. Der EU-Gesetzgeber will damit verhindern, dass durch Übertragungs- oder Auslagerungsvereinbarungen, die zwischen dem nicht der CRD unterliegenden Tochterunternehmen, das die Mitarbeiter beschäftigt, und einem anderen Institut derselben Gruppe geschlossen werden, die Vergütungsvorgaben umgangen werden (fiktives Beispiel: Eine Bank überträgt Führungsaufgaben für IT-Fragen mit Auswirkung auf die gesamte Bankengruppen auf einen Mitarbeiter einer Kapitalverwaltungsgesellschaft, um so den Bonuscap für diesen Mitarbeiter zu umgehen). Dies stellt auch Erwägungsgrund 10 der CRD V klar.

Wir halten es gerade nicht für ausreichend, diesen Anwendungsbereich erst auf Ebene einer Rechtsverordnung abschließend zu regeln, so wie dies in § 25a Abs. 6 KWG-E vorgeschlagen ist. Dies gilt umso mehr, als der im Gesetzentwurf gewählte Gruppenansatz wesentlich weiter sein soll als dies in der CRD V vorgesehen ist und dem Verordnungsgeber generelle Befugnisse für Gruppenregelungen auf Unternehmensebene der Tochtergesellschaften (und nicht nur für ausgewählte Mitarbeiter im Ausnahmefall) erteilt werden sollen. Um dem Verordnungsgeber klare Grenzen im Umgang mit der Gruppenregelung aufzuzeigen, ist zumindest eine gesetzliche Klarstellung des Gruppenansatzes zwingend angezeigt.

Ziffer 39 (§ 25a Abs. 5b und Abs. 6 KWG-E) – Risikoträger

(1) Unter sachgerechter Anwendung des Proportionalitätsprinzips waren bisher nicht bedeutende Institute von den Regelungen für Risikoträger ausgenommen. Dies soll nunmehr durch Abs. 5b geändert werden, ohne dass dafür ein Grund genannt wird noch ersichtlich wäre. Dies steht auch im Widerspruch zu der vorgesehenen Regelung in § 2 Abs. 7a KWG-E, wonach sämtliche Leasing- und Factoringsgesellschaften von den Anforderungen der Risikoträgeridentifizierung freigestellt werden sollen. Laut Ausführungen in der Gesetzesbegründung beruht diese vollständige Ausnahme auf der Tatsache, dass auch für bedeutende Leasing- und Factoringsgesellschaften die Institutsvergütungsverordnung keine Steuerungswirkung entfaltet. Es ist nicht erkennbar, wieso eine solche Steuerungswirkung dann bei kleinen Instituten gesehen wird.

Zur Identifizierung dieser Risikoträger müsste bei den nicht bedeutenden Instituten ein sich regelmäßig wiederholender Prozess angestoßen werden, dessen Etablierung Zeit und Ressourcen bindet. Dies müsste geschehen, ohne dass daraus irgendein Erkenntnisgewinn abgeleitet werden kann. Die Ermittlung dieser Risikoträger hat keine Auswirkung auf deren Vergütung, da die besonderen Anforderungen aus der Institutsvergütungsverordnung (§§ 18 ff. InstitutsVergV) weiterhin nur für die bedeutenden Institute gelten.

Daher bitten wir, wie bislang die Regelungen für Risikoträger nur auf bedeutende Institute anzuwenden. Artikel 92 CRD V erlaubt weiterhin ausdrücklich eine Anwendung, die insbesondere der Größe und der Art, dem Umfang und der Komplexität des Instituts angemessen ist.

Anderenfalls wäre es dringend erforderlich, die Regelungen zu Risikoträgern so anzupassen, dass sie auch für kleine Institute praktikabel wären. So bedürfte es dann beispielsweise einer Klarstellung, dass Mitarbeiter der nachgelagerten Führungsebene dann nicht als Risikoträger gelten, wenn (in kleinen Instituten) überhaupt nur eine oder zwei Führungsebenen bestehen. Auch wäre eine Regelung erforderlich, dass Funktionsträger selbst (Interne Revision, Compliance, Risikocontrolling etc., vgl. § 2 Abs. 11 InstVergV) nicht unter die Definition des Risikoträgers fallen; auch dann nicht, wenn außer der Geschäftsleitung keine Managementebene eingerichtet ist, die für die Kontrollfunktion zuständig wäre. Denn Kontrollfunktionen sind z. T. schon kraft Gesetzes unmittelbar unter der Vorstandsebene anzusiedeln (z. B. WpHG-Compliance, Art. 22 VO 2017/565; Geldwäsche, § 7 Abs. 1 GwG).

Ferner sollte auch berücksichtigt werden, dass die EBA im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 28. Januar 2020 für die im Dezember 2019 angekündigte Novelle der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 604/2014 vom 4. März 2014 zur Ermittlung von Risikoträgern (siehe hierzu Consultation Paper Draft Regulatory Technical Standards, EBA/CP/2019/16) mitgeteilt hat, dass für kleinere Institute möglicherweise ein (sehr) eingeschränkter Kriterienkatalog zur Risikoträgerermittlung vorgeschlagen werde (z.B. Geschäftsleitung und nachfolgende Führungsebene), um diese kleineren Institute vor dem vollständigen Risikoträgerermittlungsprozess zu bewahren, den bislang ausschließlich bedeutende Institute umsetzen müssen. Vor diesem Hintergrund sollte der Kriterienkatalog für die Risikoträger-Identifizierung in kleineren Instituten aus Proportionalitätsgründen auch vom deutschen Gesetzgeber möglichst einfach gehalten werden.

- (2) Mit § 25a Abs. 5b Satz 1 KWG-E soll Art. 92 Abs. 3 Buchstabe b) und c) CRD V umgesetzt werden. Hier sollte in Nr. 1 abweichend vom Gesetzentwurf nun nicht mehr auf „Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der nachgelagerten Führungsebene“, sondern auf Mitarbeiter der unmittelbar der Geschäftsleitung nachgelagerten Führungsebene“ abgestellt werden. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da der zuerst angedachte Begriff äußerst „unscharf“ war. Die neue Formulierung ist etwas konkreter gefasst, sollte aber möglichst noch durch einige Regelbeispiele konkretisiert werden. Entsprechendes gilt für die Wiederholung des Begriffs in § 25a Abs. 5b Satz 1 Nr. 3 Buchstabe a) KWG-E.
- (3) Bezüglich der vorgesehenen Einfügung von § 25a Abs. 5b Satz 1 Nr. 3 KWG-E ist anzumerken, dass die öffentliche Anhörung der EBA am 28. Januar 2020 für die im Dezember 2019 angekündigte Novelle der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 604/2014 vom 4. März 2014 zur Ermittlung Risikoträgern (siehe hierzu Consultation Paper Draft Regulatory Technical Standards, EBA/CP/2019/16) gezeigt hat, dass grundsätzliche Einigkeit darin besteht, dass für die zu berücksichtigende Vergütungshöhe statt auf das Zuflussprinzip der Vergütung (im Geschäftsjahr) voraussichtlich auf das Periodenprinzip der Vergütung abgestellt wird (für ein Geschäftsjahr). Damit würde sichergestellt, dass diejenige Fixvergütung, die (im und) für ein Geschäftsjahr gezahlt wurde, sowie diejenige variable Vergütung, die im Folgejahr für dasselbe Geschäftsjahr gewährt wird, berücksichtigt wird. Für § 25a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 KWG-E sollte daher zwingend die finale Vorgehensweise aus der kommenden, für dieses Jahr angekündigten Novelle der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 604/2014 berücksichtigt werden. Andernfalls müssten die Institute bei der Vergütungshöhe zwei divergierende Ansätze („im“ und „für“ ein Geschäftsjahr) berücksichtigen. In ihrer o.g. Anhörung hatte die EBA mitgeteilt, dass ihr finaler Entwurf im Juni der Europäischen Kommission vorgelegt werden müsse.
- (4) § 25a Abs. 5b Satz 1 Nr. 3 lit. a) KWG-E stellt auf eine durchschnittliche Vergütung *„der Geschäftsleiter und Geschäftsleiterinnen, der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans sowie der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der unmittelbar der Geschäftsleitung nachgelagerten Führungsebene“* ab. Bezüglich der vorgesehenen Einbeziehung der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans in den maßgeblichen Vergleich ist darauf hinzuweisen, dass dies – wie die DK auch in ihrer Stellungnahme zu der vorgenannten EBA-Konsultation EBA/CP/2019/16 zum Ausdruck gebracht hat³ - im dualistischen System mit der Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle bzw. Vorstand und Aufsichtsrat keinen geeigneten Maßstab darstellt. Auf das Vergleichskriterium „Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan“ sollte daher verzichtet werden.
- (5) Die Anwendung der CRD-Vergütungsbestimmungen auf konsolidierter Basis auf alle Tochtergesellschaften einer Bankengruppe - einschließlich derer, die bereits anderen sektoralen Vergütungsvorschriften (z.B. AIFMD/UCITS) unterliegen - wurde bislang durch § 27 Absatz 2 Satz 1 Institutsvergütungsverordnung (Insti-

³ Auszug aus der DK-Stellungnahme vom 18. Februar 2020: “However, the remuneration of supervisory board members in countries with a dual-board corporate structure is not a compelling criterion. Many small banks only pay their supervisory board members small attendance fees or expense allowances. Furthermore, at larger banks, the emoluments of supervisory board members are generally based on additional criteria, rather than remuneration aspects alone. In corporate groups, the activities on the supervisory boards of subsidiaries are often compensated by way of the remuneration paid for the member’s main activity at the group parent. For these reasons, the results of the remuneration calculation are likely to be highly distorted. Moreover, it is completely unclear how employee representatives on the supervisory board would have to be treated. It would therefore be advisable to delete “supervisory function” from Article 8.” Die vollständige Stellungnahme kann unter https://die-dk.de/media/files/200218_DK-Stellungnahme_EBA_RTS_englisch_final.pdf abgerufen werden.

tutsVergV) klar eingeschränkt. Soweit nunmehr der § 25a Absatz 6 Satz 1 Nr. 1 KWG-E die Verordnungsermächtigung zur Ausweitung der Regeln der Institutsvergütungsverordnung (und des Bonus Caps gemäß § 25a Absatz 5 KWG) auf bestimmte Mitarbeiter in Tochtergesellschaften, u. a. Kapitalverwaltungsgesellschaften, die nicht dem KWG unterstellt sind, ausweitet, sollte diese Erweiterung gestrichen werden. Die sektoralen Vergütungsvorschriften, insbesondere AIFMD/UCITS, erfassen bereits (z. T. konkreter) entsprechende geschäftsspezifische Risiken der Unternehmen.

Sollte eine Streichung von § 25a Absatz 6 Satz 1 Nr. 1 KWG-E nicht in Erwägung gezogen werden, ist eine sachgerechte Konkretisierung der Regelung nach Sinn und Zweck angezeigt.

In § 25a Absatz 6 Satz 1 Nr. 1 KWG-E sollten zumindest die Worte „gruppenangehörige Unternehmen“ durch „gruppenangehörige Tochterunternehmen“ ergänzt werden, weil es nicht die Intention des europäischen Gesetzgebers war, auch die Mitarbeiter gruppenangehöriger Mutterunternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs des KWGs einzubeziehen.

Zumindest sollte gesetzlich klargestellt werden, dass zur Umsetzung von Art. 109 Abs. 5 CRD V sich die geplante Ausweitung der Regeln der InstitutsVergV und des Bonus Caps gemäß § 25a Absatz 5 KWG ausschließlich auf Gruppen-Risikoträger in nachgelagerten Unternehmen beziehen, die nicht dem KWG unterstellt sind. Hintergrund ist, dass Art. 109 (5) CRD V ausschließlich auf die Gruppen-Risikoträger (und nicht sämtliche Risikoträger) abstellt. Denn Asset Manager sind laut Art. 109 Abs. 4 CRD V grundsätzlich ausgenommen, da sie aufgrund ihrer sektoralen, „specific remuneration requirements“ (z.B. AIFMD, UCITS V, Investment Firm Directive) ohnehin auf Solo-Ebene Risikoträgernach Maßgabe der "specific remuneration requirements" aus AIFMD/UCITS V etc. identifizieren müssen und für diese Risikoträger ihre specific remuneration requirements anwenden müssen (die kein Bonus Cap enthalten). Art. 109 Abs. 5 CRD V bildet die Ausnahme zu Art. 109 Abs. 4 CRD V, indem durch Absatz 5 die Gruppen-Risikoträger in den Asset Managern letztlich auch den CRD V-Regelungen (inkl. Bonus Cap) unterworfen werden. Daher sollte - konsistent zu Art. 109 Abs. 5 CRD V - auch im KWG klargestellt werden, dass sich diese Anforderungen in nachgeordneten Asset Managern ausschließlich auf Gruppen-Risikoträger bezieht (und nicht auf sämtliche Risikoträger, die Asset Manager auf Solo-Ebene ohnehin identifizieren müssen).

Ziffer 40 (§ 25c KWG-E) – Geschäftsleiter

- (1) Es soll künftig auf den **Gruppenbegriff** der CRR II abgestellt werden. Aus unserer Sicht besteht weiterhin das Bedürfnis, dass Mandate in Institutsgruppen, Mandate in Konzernen der Realwirtschaft und Mandate in Konzernen bzw. Gruppen der Versicherungswirtschaft rechtlich gleichbehandelt werden, also bei allen gleichermaßen eine Möglichkeit der Kumulierung besteht.

Zumindest bitten wir um eine entsprechende Ergänzung, wonach auch **Versicherungsgruppen als „Gruppe im Sinne der CRR II“** gelten. Im Geltungsbereich des KWG sollte eine Zusammenrechnung von Aufsichtsmandaten in Versicherungsgruppen in entsprechender Anwendung des § 24 Abs. 4 S. 2 VAG möglich sein. Dies wird als notwendig erachtet, um Mitgliedern von Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorganen von Instituten bzw. Finanzholding-Gesellschaften die Wahrnehmung von Aufsichtsmandaten in Versicherungsgruppen, die aufgrund des Spartenprinzips aus einer Vielzahl einzelner Gesellschaften bestehen, zu ermöglichen und diese nicht in sachfremder Weise einzuschränken.

Um insbesondere innerhalb dezentraler Institutsgruppen eine wirksame und effiziente Überwachung der Verbundunternehmen zu gewährleisten, ist es notwendig, die Vorgaben zur Höchstanzahl von Aufsichtsmandaten im KWG und im VAG entsprechend anzugleichen, d.h. die **Kumulierungstatbestände des KWG in das VAG zu übertragen**. Wir verweisen auf unsere untenstehenden Ausführungen zu Artikel 6 – Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes.

- (2) Die Klarstellung, dass der Umstand, ein **Organmitglied eines verbundenen Unternehmens oder einer verbundenen Organisation** zu sein, kein Hindernis für das erforderliche unvoreingenommene Handeln der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans darstellt (§ 25d Abs. 11 Satz 1 Nr. 3 KWG-E), begrüßen wir. Aus systematischen Gründen sollte die Klarstellung jedoch bereits im Kontext der Zuverlässigkeit, sowohl in § 25c KWG und in § 25d KWG verankert sein (vgl. auch nachfolgende Ausführungen zu § 25d KWG-E).
- (3) In den Fällen, in denen das (potentielle) **Zusatzmandat** den (potentiellen) Mandatsträger nicht daran hindert, der Wahrnehmung seiner Aufgaben in dem betreffenden Unternehmen ausreichend Zeit zu widmen, erscheint die neue Regelung in Abs. 2 Satz 6 unangemessen, eine Annahme des Mandates vor Gestattung explizit zu verbieten - zumal keine Frist vorgesehen ist, in der die Behörde einen Gestattungsantrag bescheiden müsste. Dies erscheint insbesondere bei Zusatzmandaten von zeitlich untergeordneter Rolle unverhältnismäßig. Ferner erscheint, die Aufnahme der Zusatzmandatstätigkeit unter den Vorbehalt einer Gestattung zu stellen, auch im Hinblick auf die Flexibilität kurzfristig zu besetzender Positionen (Zusatzmandate) hinderlich. Gerade hier kann es ggfs. erforderlich sein, schnell wieder handlungsfähig zu sein (Mindestanzahl von Mitgliedern in Gremien).

Ziffer 41 (§ 25d KWG-E) – Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan

Sämtliche zu Ziffer 39 gemachten Ausführungen gelten hier entsprechend.

- (1) Weiterhin sollte die in Artikel 91 Absatz 4 lit. a CRD IV normierte **Kumulierungsmöglichkeit für Gruppen** gleichermaßen für alle Mandatsträger in Instituten gelten. Eine Privilegierung nur für Mandatsträger in Instituten von erheblicher Bedeutung (Bilanz \geq 15 Mrd. Euro) ist nicht sachgerecht. Sie sollte somit auch für Mandatsträger gelten, die Mandate ausschließlich in Instituten wahrnehmen, die nicht von erheblicher Bedeutung sind. Die damit einhergehende Möglichkeit, eine größere Anzahl von Aufsichtsmandaten wahrzunehmen wird dadurch begrenzt, dass das Mitglied seinen Aufsichtstätigkeiten gemäß § 25d Absatz 1 Satz 1 KWG ausreichend Zeit widmen muss. § 25d Absatz 3a Satz 1 Nr. 3 KWG sollte daher entsprechend um eine Kumulierungsmöglichkeit für Mandate in Gruppen im Sinne der CRR II ergänzt werden.
- (2) Ferner ist weder eine EU-rechtliche Grundlage noch sonst ein zwingender Anlass zu erkennen, durch den neuen Abs. 8 Satz 6 den **Vorsitzenden eines Risikoausschusses** in der Übernahme weiterer Vorsitzfunktionen zu beschränken. Diese Regelung würde aber zu erheblichen praktischen Problemen führen.

Einige Institute würden in den unauflösbaren Konflikt gebracht werden, entweder gegen historisch bedingte Regelungen (beispielsweise in Sparkassengesetzen der Länder) oder aber gegen die KWG-Anforderung zu verstoßen. Nach dem Sparkassenorganisationsrecht ist der Vorsitzende des Verwaltungsrats oftmals zugleich Vorsitzender des Risikoausschusses. Dieser Regelungsbereich fällt unseres Erachtens in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Daher plädieren wir nachdrücklich dafür, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehene Regelung des § 25d Abs. 8 Satz 6 KWG-E wieder gestrichen wird.

Insbesondere für Institute mit regionaler Verankerung und nicht risikoaffinem Geschäftsmodell dürfte die vorgeschlagene Regelung kaum Vorteile bringen. Daher sollte diese Regelung jedenfalls um Ausführungen zur Proportionalität ergänzt werden. Der Gedanke der Proportionalität gewinnt im Bankaufsichtsrecht wieder zunehmend an Bedeutung, was sich im Bankenpaket bereits teilweise niedergeschlagen hat. Sofern weniger bedeutende Institute – mit ihren meist kleineren Aufsichtsorganen – überhaupt Ausschüsse im Sinne des KWG bilden, erscheint uns hier die Beschränkung, dass der Vorsitzende des Risikoausschusses weder Vorsitzender des Aufsichtsorgans insgesamt noch eines anderen Ausschusses sein darf, zu einengend für die Institute. Gerade der Vorsitzende des Aufsichtsorgans dürfte oft auch dasjenige Mitglied des Gremiums sein, das

am besten für die Vorsitzfunktion im Risikoausschuss geeignet ist. Hieran sollte die Besetzung des Vorsitzenden des Risikoausschusses auch anknüpfen. Für den Vorsitz sollte die Kompetenz primär im Fokus stehen. Diese kann unter Umständen in der Person des Aufsichtsratsvorsitzenden liegen.

Wir regen deshalb nachdrücklich an, dass eine Trennung nur für bedeutende Institute oder nur auf Basis einer Selbsteinschätzung des jeweiligen Aufsichtsorgans erfolgen sollte.

Zudem ist eine Klarstellung zu der „Soll“-Regelung wünschenswert, so dass sich aus dem Gesetz ergibt, bei Vorliegen welcher Kriterien von der Trennung in der Funktion der vorsitzenden Person abgewichen werden kann. Hier könnte z.B. das Kriterium ergänzt werden, dass bei entgegenstehenden Regelungen (s.o.) von einer Trennung abgewichen werden kann.

- (3) Die geplante Regelung zur **Zusammenlegung von Ausschüssen** in § 25d Abs. 10 Satz 3 KWG-E betrifft lediglich bedeutende Institute. Es stellt sich die Frage, vor welchem Hintergrund eine allgemeine Begründungspflicht sinnvoll ist. Denkbar wäre auch, dass die Aufsichtsbehörde in Einzelfällen um eine Begründung bittet. Damit könnte der doch erhebliche Aufwand (im Gesetzesentwurf angegebener Erfüllungsaufwand von 986 Minuten pro Fall), stets eine Begründung anfertigen zu müssen, abgefangen werden. Hierzu regen wir eine Änderung dahingehend an, dass die Aufsichtsbehörden lediglich im begründeten Einzelfall eine Begründung verlangen kann.
- (4) Die Klarstellung in § 25d Abs. 11 Satz 1 Nr. 3 KWG-E, dass der Umstand, ein Organmitglied eines verbundenen Unternehmens oder einer verbundenen Organisation zu sein, kein Hindernis für das **erforderliche unvoreingenommene Handeln** der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans darstellt, begrüßen wir. Aus unserer Sicht ist es erforderlich, dass die generelle Stigmatisierung der vom Träger entsandten politischen Aufsichtsorganmitglieder insbesondere bei den öffentlich-rechtlichen Instituten ein Ende findet und diese Vertreter von der Gesetzesänderung profitieren können. Wir bitten um eine entsprechende Klarstellung. Der Deutsche Bundesrat hatte die Bundesregierung bereits am 31. März 2017 aufgefordert, darauf hinzuwirken, „dass die Mitgliedschaft in einem Aufsichts-/Verwaltungsrat bei Personen, die Anteilseigner oder Träger der Bank vertreten, nicht den Anforderungen des Artikels 91 Absatz 8 [CRD] widerspricht“ (BR-Drs. 38/17, Ziffer 19). Dem sollte im Rahmen der Umsetzung der CRD V Rechnung getragen werden. Aus systematischen Gründen sollte die Klarstellung bereits im Kontext der Zuverlässigkeit, sowohl in § 25c KWG und in § 25d KWG verankert sein.
- (5) Es wäre zusätzlich wünschenswert, wenn in § 25d Abs. 12 Satz 2 Nr. 1 KWG der bisherige Halbsatz (*„die Auswirkungen der Vergütungssysteme auf das Risiko-, Kapital- und Liquiditätsmanagement sind [durch den Vergütungskontrollausschuss] zu bewerten“*) gestrichen wird. Dieser Halbsatz ist seit längerem redundant zur nahezu fast gleichlautenden Überprüfungsaufgabe nach § 15 Abs. 4 Institutsvergütungsverordnung für den Vergütungskontrollausschuss.
- (6) Um die notwendige **Flexibilität bei der Besetzung der Aufsichtsorgane** zu erhalten, halten wir vor dem Hintergrund der Anforderungen der EBA/ESMA-Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und von Schlüsselfunktionsinhabern an die **formelle Unabhängigkeit von Aufsichtsorganmitgliedern** darüber hinaus eine gesetzliche Klarstellung in Bezug auf das Erfordernis der Unabhängigkeit für erforderlich (z.B. § 25d Abs. 1 Satz 3 KWG-neu: *Unbeschadet besonderer gesellschafts- oder handelsrechtlicher Vorgaben werden keine Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder gestellt.*).

Nach den EBA/ESMA-Leitlinien (dort Ziffer 89) soll in CRD-Instituten von erheblicher Bedeutung oder börsennotierten CRD-Instituten eine ausreichende Anzahl an unabhängigen Aufsichtsorganmitgliedern vorhanden sein. Andere Institute sollen mindestens ein unabhängiges Mitglied im Aufsichtsorgan haben.

Die BaFin hat bereits in Aussicht gestellt, die EBA-Leitlinien mit Augenmaß anzuwenden und dabei die Anforderungen an die Unabhängigkeit nicht übernehmen zu wollen. Dies unterstützen wir ausdrücklich. Diese Herangehensweise sollte unserer Ansicht nach aber auch gesetzlich nachvollzogen werden, um die notwendigen Wirkungen auch für die durch die EZB unmittelbar beaufsichtigten signifikanten Institute (SIs) herbeizuführen. Hierzu passt auch, dass in Artikel 91 CRD V nur von „Independence of mind“ (Unvoreingenommenheit) gesprochen wird und nicht wie in den Leitlinien von einer Unabhängigkeit der Mitglieder der Aufsichtsorgane. Das durch die EBA statuierte Unabhängigkeitserfordernis hat mithin keine gesetzliche Grundlage.

Für den vollständigen Verzicht auf das Unabhängigkeitserfordernis spricht, dass auch § 100 Absatz 5 AktG seit dem 17. Juni 2016 das bis dahin geltende Unabhängigkeitserfordernis für mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats nicht mehr enthält (vgl. Artikel 5 Abschlussprüferreformgesetz). Hintergrund für die Streichung war, dass „durch die institutionelle Trennung des Prüfungsausschusses von der Geschäftsleitung [...] bereits ein allgemein hohes Maß an Unabhängigkeit sichergestellt [ist]“ (Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/7219, S. 56). Die besagte institutionelle Trennung gilt im dualistisch geprägten deutschen Recht nicht nur für das Verhältnis von Prüfungsausschuss und Geschäftsleitung, sondern insgesamt für das Verhältnis von Aufsichts- und Geschäftsleitungsorgan (vgl. nur § 105 Absatz 1 AktG, § 37 Absatz 1 GenG). Anders als möglicherweise in Ländern mit monistisch geprägten Rechtsordnungen besteht in Deutschland nicht nur im Gesellschaftsrecht, sondern auch im Aufsichtsrecht kein Bedürfnis für ein über die institutionalisierte Trennung von Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorgan hinausgehendes Unabhängigkeitserfordernis.

Sollte ein vollständiger Verzicht auf das Unabhängigkeitserfordernis nicht möglich sein, sollten zumindest die folgenden Einschränkungen vorgenommen werden:

Es sollte klargestellt werden, dass vom Erfordernis unabhängiger Mitglieder abgesehen werden kann - nicht nur bei CRR-Instituten, die selbst 100%ige Töchter eines CRR-Instituts sind, sondern analog auch für gemischte Gruppen, bei denen das Institut ein 100%iges Tochterunternehmen eines Industrieunternehmens ist. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, wenn für Tochterkreditinstitute von CRR-Kreditinstituten andere Maßstäbe als für Tochterkreditinstitute von Industrieunternehmen angelegt werden, da die fachliche Eignung und Zuverlässigkeit jedes Aufsichtsratsmitglieds ohnehin von der zuständigen Aufsichtsbehörde überprüft wird.

Zudem sollte die Ausnahme vom Unabhängigkeitserfordernis auch für bedeutende Institute gelten, die nur einen Anteilseigner haben:

- Die Anforderungen der EBA an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrates basieren im Wesentlichen auf den Empfehlungen der EU-Kommission von 15. Februar 2005 „on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board“ (vgl. S. 8 Tz. 14 des gemeinsamen Final Reports der ESMA und EBA unter „Background and rationale“ vom 26. September 2018). Nach dieser Empfehlung soll Interessenkonflikten begegnet werden, die das Urteilsvermögen beeinträchtigen können. Nach Erwägungsgrund 7 dieser Empfehlung geht es in Gesellschaften mit breiter Eigentumsstreuung in erster Linie darum, wie die Geschäftsführung dazu gebracht werden kann, vor Aktionären, die sich in einer relativ schwachen Position befinden, Rechenschaft abzulegen. In Gesellschaften mit Mehrheitsaktionären, die eine Kontrollbeteiligung halten, richtet sich das Augenmerk nach der Begründung in Erwägungsgrund 7 dieser Empfehlung eher darauf, wie gewährleistet werden kann, dass die Gesellschaft so geführt wird, dass die Interessen der Minderheitsaktionäre hinreichend berücksichtigt werden. In beiden Fällen geht es darum, einen angemessenen Schutz Dritter zu gewährleisten, um Interessenkonflikten zu begegnen. Diese Interessenkonflikte bestehen aber nicht bei Mutter-/Tochter-konstellationen mit nur einem Anteilseigner. Eine 1:1-Umsetzung der Empfehlung der EU-Kommission ist für solche Konstellationen nicht sachgerecht und war von der EU-Kommission auch nicht intendiert, da sich die Empfehlung auf gelistete Unternehmen bezieht. Bei Mutter-/Tochterkonstellationen mit nur einem Anteilseigner kommt es hingegen darauf an, dass das Mutterunternehmen über den Aufsichtsrat seine Überwachungs- und Kontrollfunktion effektiv ausüben kann.

- Das Mutterunternehmen, das das Vermögensschutzinteresse hat und im Falle einer deutschen Aktiengesellschaft nach § 91 Abs. 2 AktG dafür verantwortlich ist, dass geeignete Maßnahmen im Konzern getroffen werden, damit den Fortbestand des Tochterunternehmens und im Falle von Ansteckungseffekten auch das Mutterunternehmen gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden, muss die effektive Kontrolle über den Aufsichtsrat ausüben können. Diese kann bei einem zu weitgehenden Unabhängigkeitsbegriff eingeschränkt sein. Es ist deshalb nicht sachgerecht, wenn z. B. Mandatsträger, die beim Mutterunternehmen beschäftigt sind, wie z. B. der Finanzvorstand des Mutterunternehmens oder Vertreter des Senior Managements des Mutterunternehmens, die die Interessen des Mutterunternehmens vertreten und deren Aufgabe die effektive Überwachung und Kontrolle des Tochterinstituts ist, nach den EBA-Leitlinien grundsätzlich als nicht unabhängig zu betrachten sind (vgl. Tz. 91 Buchstabe d) S. 29 der deutschen Fassung der EBA-Leitlinien).

Unklar ist auch, was eine „angemessene Anzahl“ unabhängiger Mitglieder i.S. der EBA-Leitlinien ist.

Die Leitlinien definieren zudem den Begriff der Unabhängigkeit anhand eines Negativ-kataloges mit weitreichenden Kriterien. Es besteht die Gefahr, dass hiernach viele Mitglieder allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Anteilseigner- oder Trägervorteiler nicht als unabhängig gelten (vgl. Ziffer 91 lit. b der EBA-Leitlinien). Die Widerlegungsmöglichkeit stellt einen Aufwand für das Institut dar, der vermieden werden sollte.

Daher sollte zumindest eine Legaldefinition des Unabhängigkeitsbegriffes aufgestellt werden, welche die Besonderheiten der deutschen Bankenlandschaft ausreichend berücksichtigt (z. B.: § 25d Abs. 1 Satz 3 und 4 KWG-neu: *„Unabhängiges Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist ein Mitglied, das in den letzten drei Jahren nicht Geschäftsleiter oder leitender Angestellter des Instituts war und weder vom Institut noch von dessen Geschäftsleitung abhängig ist. Vom Träger oder alleinigen Anteilseignern gewählte oder entsandte Mitglieder und Mitglieder, die dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan aufgrund nationaler Vorschriften, die die Erfüllung des Gründungszwecks des Unternehmens bzw. des öffentlichen Auftrages sicherstellen, angehören sowie Arbeitnehmervertreter entsprechend den Mitbestimmungsgesetzen gelten nicht allein aufgrund dieses Umstandes als abhängig.“*).

Ziffer 42 (§ 25n KWG-E) – Bedeutendes Institut / Vergütung

Gem. Art. 94 Abs. 4 lit. a) ii) CRD kann die Schwelle, ab derer die Institute alle Vergütungsanforderungen zu erfüllen haben, vom Mitgliedstaat auf höchstens 15 Mrd. Euro angehoben werden. Wir begrüßen, dass aus Proportionalitätsgesichtspunkten die bisherige Schwelle von 15 Mrd. Euro in § 1 Abs. 3c KWG-E beibehalten wird.

Wir möchten an dieser Stelle jedoch anmerken, dass wir es begrüßt hätten, wenn in der CRD kleine (bzw. nicht-kapitalmarktorientierte) Banken vollständig von den Regelungen zur Vergütung ausgenommen worden wären. Wenigstens der Verweis auf die Nebenbedingungen einer „kleinen“ Bank (u. a. kleines Handelsbuch und geringes Derivatevolumen, s. Nr. 1) in Art. 94 Abs. 4 lit. a) i) CRD sollte jedoch im Rahmen einer nationalen Entscheidung zur Erhöhung der Bilanzsummenschwelle auf 15 Mrd. EUR gestrichen werden, da hierdurch mittelgroße Banken schlechter gestellt werden als bislang.

Ein erheblicher Nachteil gegenüber der bisherigen Rechtslage ist der Wegfall der Möglichkeit für Institute, sich per Risikoanalyse von der Kategorisierung als bedeutend ausnehmen zu lassen, der für die betroffenen Institute weitreichende Folgen hätte. Im Einzelnen bedeutet diese Änderung, dass die betroffenen Institute künftig die besonderen Anforderungen der Institutsvergütungsverordnung erfüllen müssen. Diese sind weitreichend und umfassen beispielsweise das Erfüllen der besonderen Anforderungen zur Ermittlung von Risikoträgern, die Umsetzung komplexer Regelungen zur Ausgestaltung der Vergütung von Risikoträgern, die Installation eines Vergütungsbeauftragten, die Anpassung von Prozessen und Berichtswegen, das Aufsetzen neuer Reports und Lohnbuchungen, sowie erweiterte Prüfungskontrollen durch Prüforgane und Aufsicht. Dieser Aufwand entstünde durch

die Streichung des § 25n KWG, obwohl sich an der tatsächlichen Risiko- und Vergütungssituation nichts negativ verändert hat.

Es ist nicht sachgerecht, tarifgebunden vergütende Institute, nur weil sie die Bilanzsummengrenze überschreiten und die nach Struktur und Risikoprofil keine kontrollbedürftigen Anreizsysteme haben, demselben Pflichtenkatalog auszusetzen, wie große Häuser. Das Ziel des Gesetzes, nämlich die Stärkung der Proportionalität, wird in diesem Punkt komplett vernachlässigt.

Im Gesetzesentwurf wird offenbar davon ausgegangen (S. 182 zu Artikel 1 Ziff. 41), dass eine zwingende Vorgabe des Art. 94 Abs. 3 CRD-V umgesetzt worden sei. Das trifft aus unserer Sicht nicht zu: Art. 94 Abs. 1 CRD-V verweist ausdrücklich auf Art. 92 Abs. 2 CRD-V und damit auf das Proportionalitätsprinzip. Danach sind bei der Anwendung der Grundsätze der Vergütungspolitik die Größe, interne Organisation und die Art, der Umfang und die Komplexität der Geschäfte des Instituts zu berücksichtigen und bei der nationalen Umsetzung Rechnung zu tragen. Wir halten es unter dem Gesichtspunkt der Proportionalität, der sogar namensgebend für das Gesetz wirkt, für unerlässlich, die Möglichkeit per Risikoanalyse der Kategorisierung als bedeutend zu entgehen, beizubehalten.

Ziffer 45 (§ 29 KWG-E) – Besondere Pflichten des Prüfers

Der Entwurf sieht vor, in Abs. 1 Satz 1 klarzustellen, dass der Prüfer *als Teil* der Prüfung des Jahresabschlusses ... auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Instituts zu prüfen hat (bisher: *bei* der Prüfung des Jahresabschlusses). Die Neuformulierung soll laut Gesetzesbegründung sicherstellen, dass der bisherige Standard der Jahresabschlussprüfung unabhängig von eventuell entgegenstehenden privatrechtlichen Standards im aufsichtsrechtlichen Teil erhalten bleibt.

Unseres Erachtens sollte die vorgesehene Neuformulierung von Abs. 1 Satz 1 KWG unterbleiben, zumal die Begründung in höchstem Maße missverständlich ist.

Es ist nachvollziehbar und unstrittig, dass für den aufsichtsrechtlichen Teil der Prüfung wie für die Prüfung des Jahresabschlusses qualitativ hohe Anforderungen und Maßstäbe gelten sollen. Gleichwohl muss berücksichtigt werden, dass die Prüfung des handelsrechtlichen Abschlusses und die aufsichtsrechtliche Prüfung unterschiedliche Sachverhalte betreffen und unterschiedliche Ziele haben. Dies bedingt teilweise ein differenziertes Vorgehen. Aus diesem Grund sind die Standards für die Prüfung des Jahresabschlusses nicht vollumfänglich und durchgehend auf die aufsichtsrechtliche Prüfung anwendbar.

Wie wir hören, befindet sich der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer mit den deutschen Aufsichtsbehörden seit geraumer Zeit in einem intensiven, konstruktiven Austausch zum Prüfungsansatz bei aufsichtsrechtlichen Prüfungen. Im Ergebnis des Austausches ist ein Prüfungsstandard für die aufsichtsrechtliche Prüfung zu erwarten, der den Anforderungen von Aufsicht und Gesetzgeber genügt. Daher erübrigt sich eine Anpassung von § 29 Abs. 1 Satz 1.

Ziffer 50 (§ 36 KWG-E) – Maßnahmen gegen Geschäftsleiter und Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgane

Materiell wird in Abs. 2 offenbar auf das Vorliegen des subjektiven Tatbestands i. R. des Aussprechens einer Verwarnung verzichtet. Zwar bleibt ein solcher für das sich ggfs. anknüpfende Abberufungsverlangen erforderlich. Gleichwohl ist der Begriff der „Verwarnung“ mit einem Werturteil verbunden. Fehlt es an jedem Verschulden des Geschäftsleiters, hätte die BaFin andere Mittel als eine Verwarnung, um hierauf zu reagieren. Die Verschärfung ist daher kritisch zu sehen.

Gesetzessystematisch sollte die Verwarnung getrennt werden von der (schon bislang nach Abs. 2 bestehenden) Möglichkeit der Abberufung. So könnte die Verwarnung als neuer Absatz 1a eingefügt werden, die Absätze 1a

und 1b werden zu Absätzen 1b und 1c und der dann zu ändernde Absatz 2 nimmt Bezug auf den neuen Absatz 1a.

Ziffer 53 (§ 45 KWG-E) – Eingriffsbefugnisse der Aufsicht

Wir halten eine Klarstellung des Verhältnisses zu den Eingriffsbefugnissen in der SSM-Verordnung und dem Sanierungs- und Abwicklungsgesetz für erforderlich. Gleiches gilt im Verhältnis zu den Early Intervention Befugnissen der Aufsichtsbehörden in § 36 SAG. Es sollte Rechtsklarheit für die Institute geschaffen werden. Verschiedene Rechtsgrundlagen in verschiedenen Rechtsquellen führen nicht zur Klarheit bei der Rechtsanwendung.

Ziffer 53 (§ 45 KWG-E) – Regelungen in Verträgen über Eigenmittelinstrumente

§ 45 Abs. 6 KWG-E sieht vor, dass aus Regelungen in Verträgen über Eigenmittelinstrumente keine Rechte abgeleitet werden können, soweit diese einer der genannten bankaufsichtlichen Anordnungen widersprechen. Eine entsprechende Regelung war bisher schon in § 45 Abs. 5 KWG enthalten. Unklar ist, ob eine Ablehnung derartiger vertraglicher Ansprüche ohne Aufnahme diesbezüglicher Klauseln in den Verträgen möglich ist. Die Verträge über Eigenmittelinstrumente werden so gestaltet, dass sie den Anforderungen der CRR entsprechen. Veränderungen der CRR-Anrechnungskriterien wird durch Übergangsbestimmungen Rechnung getragen. Sensibilisiert durch die aktuell von der EBA angestoßenen Diskussionen zur Anrechnung von Eigenmitteln, insbesondere die Infizierung von Altbeständen, möchten wir unter allen Umständen vermeiden, dass von deutschen Instituten begebene Eigenmittelinstrumente in Verdacht geraten, aufsichtlichen Anforderungen nicht zu entsprechen und somit nicht mehr anrechenbar zu sein.

Wir schlagen daher vor, § 45 Abs. 6 Satz 2 KWG-E zu streichen. Sollte dies nicht möglich sein, bitten wir auf jeden Fall klarzustellen, dass aus § 45 Abs. 6 KWG keine Auswirkungen auf die Anrechenbarkeit der Eigenmittel resultieren und das auch Verträge über Eigenmittelinstrumente, die § 45 Abs. 6 Satz 2 KWG-E entgegenstehen, weiterhin als Eigenmittel angerechnet werden, sofern sie die Anforderungen der CRR erfüllen. Dies gilt umso mehr als die Maßnahmen des § 45 Abs. 2 KWG wiederum durch die Nichteinhaltung der über die EU-Vorgaben hinausgehenden Eigenmittelanforderungen des § 10b Abs. 3 und Abs. 4 KWG ausgelöst werden können.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf bloße Gefährdungssituationen ist nachvollziehbar.

Abzulehnen ist allerdings die Einbeziehung von § 10i KWG in den Sanktionskatalog: Eine Unterschreitung der kombinierten Kapitalpufferanforderung ist im Gesetz ausdrücklich zugelassen. Ist dies der Fall, enthält § 10i KWG einen eigenen Rechtsfolgenkatalog. Erst wenn dieser nicht greift (die Pufferanforderungen dauerhaft nicht eingehalten werden), kann die Aufsichtsbehörde auf weitere Maßnahmen zugreifen. Die Aufnahme des § 10i KWG (und „§ 10j KWG) ist also systematisch abzulehnen. § 45 Abs. 1 Nr. 4 (und Nr. 5) KWG-E sollten gestrichen werden. Hierfür spricht auch die Neufassung des § 6d Abs. 4 KWG-E, wonach die Beschränkung des § 10i KWG – systematisch zutreffend - nicht ausgelöst werden, wenn lediglich die Eigenmittelempfehlung unterschritten wird.

Bemerkenswert ist die Neuregelung unter § 45 Abs. 7 KWG-E, wonach bei Streichung bzw. Untersagung variabler Vergütung die zivilrechtlichen Ansprüche unter bestimmten Voraussetzungen erlöschen. Noch deutlicher wird Absatz 9: danach können aus (Arbeits-)verträgen keine Rechte abgeleitet werden, die Maßnahmen nach § 45 Abs. 2 Nr. 10, 11, Abs. 7, 8 KWG-E entgegenstehen. Zweifel am zivilrechtlichen Durchschlagen von Maßnahmen nach § 45 KWG wären damit grds. beseitigt.

Insgesamt trägt die Verteilung von Eingriffsbefugnissen in unterschiedlichen Abschnitten des KWG nicht zur Übersichtlichkeit bei. Anforderungen an die EK-Ausstattung kann die BaFin u. a. aufstellen nach §§ 6ff (Aufgaben der BaFin), § 10 (Ergänzende Anforderungen an die Eigenmittelausstattung) und § 45 (Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung). Die Rechtsgrundlagen sind z. T. redundant.

Ziffer 63 (§ 56 KWG-E) – Bußgeldvorschriften

Der zusätzliche Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 56 Abs. 1 Nr. 2a KWG-E für den Fall, dass ein Beteiligungserwerb entgegen § 2c Abs. 1b Satz 7 KWG vor Ende des Beurteilungszeitraums vollzogen wird, nimmt der Aufsichtsbehörde Flexibilität in Grenzfällen; etwa wenn (z.B. kurz vor Ultimo oder in der Urlaubsperiode, ganz zu schweigen von Situationen wie der aktuellen Lage), ein Vollzug sehr dringlich wird, aber der stattgebende Bescheid der Behörde, z.B. aufgrund der internen Abläufe, noch nicht fertig gestellt werden konnte. Daher wird eine Ergänzung wie folgt angeregt: *„... eine bedeutende Beteiligung an einem Institut ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde erwirbt oder erhöht“*. Dies würde der Aufsichtsbehörde Raum lassen, vor Fertigstellung des Bescheids zu signalisieren, dass dem Erwerb keine Bedenken entgegenstehen, was eine Ordnungswidrigkeit vermeiden würde.

Ziffer 65 (§ 64a KWG) – Übergangsvorschriften zum RiG

Wir bitten, die vorgeschlagene neue Übergangsvorschrift zum RisikoreduzierungsGesetz in § 64a KWG um einen neuen Absatz 3 dergestalt zu ergänzen, dass für Institute, die keine CRR-Kreditinstitute sind und in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2019/2034 über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen (IFD) fallen, die Anforderungen an die Vergütungspolitik in § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 6, Abs 5 bis 5c KWG und § 25d Abs 12 KWG in der aktuell geltenden Fassung weiterhin anzuwenden sind.

Damit würde eine nationale Übergangsvorschrift für Wertpapierfirmen geschaffen werden, die derzeit der CRD und dem künftigen neuen Regulierungsrahmen der IFD unterliegen. Denn für diese legt die IFD, die bis zum 26. Juni 2021 umgesetzt werden muss, neue aufsichtliche Vorgaben (einschließlich spezifischer Vergütungsregeln) fest. Die Anforderungen der CRD werden deshalb nicht länger für diese Wertpapierfirmen gelten. Bedauerlicherweise enthält weder die CRD V noch die IFD eine Übergangsvorschrift für solche Wertpapierfirmen. Es wäre jedoch unverhältnismäßig, die neuen Vorgaben der CRD V auch für diese Wertpapierfirmen bis zum 29. Dezember 2020 umzusetzen, um unmittelbar danach am 26. Juni 2021 diese wieder aufzuheben und neue Vorgaben festzulegen. Die mit den Änderungen der Vergütungsregeln im KWG einhergehenden neuen Anforderungen an die Praxis würden innerhalb des ersten Halbjahres 2021 ohnehin keine aufsichtlichen Wirkungen erzielen. Daher wäre ihre Einführung für diesen kurzen Zeitraum eine wirkungslose Zwischenregulierung. Eine solche ist nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kaum zu rechtfertigen.

Betroffen von diesen Vorgaben sind CRR-Wertpapierfirmen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 CRR, die keine CRR-Kreditinstitute sind und der IFD unterliegen. Ebenso sind Firmen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 lit. c CRR betroffen. Für Letztgenannte gelten die Vergütungsvorgaben der CRD zwar nicht, weil sie nicht als Institute im Sinne der CRR/CRD qualifizieren. Dennoch hat der deutsche Gesetzgeber einzelne allgemeine Vergütungsvorgaben auch auf diese Firmen (z. B. Anlageberater und Anlagevermittler im Sinne von § 2 Abs. 8 KWG oder Finanzportfolioverwalter, Abschlussvermittler und Anlageverwalter im Sinne von § 2 Abs. 8b KWG) im KWG übertragen.

Artikel 3 – Weitere Änderungen des Kreditwesengesetzes

Weitere Anpassungen des KWG

Vor dem Hintergrund der geplanten Überarbeitung des § 3 KWG im Rahmen des RiG sollten in diesem Zuge auch nachfolgende Anpassungen vorgenommen werden.

§ 54 KWG

Die in § 54 KWG derzeit vorgesehene Strafbewehrung eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Betriebens von verbotenen Geschäften im Sinne des § 3 Abs. 2 oder Abs. 4 KWG stößt auf erhebliche rechtsstaatliche Bedenken.

Dem sollte durch das Regelungsvorhaben in der Form Rechnung getragen werden, dass ein solcher Verstoß lediglich eine Ordnungswidrigkeit nach § 56 KWG darstellt und damit der Tatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 1 KWG wieder – wie vor Einführung der Trennbankenregelungen – auf verbotene Geschäfte i.S.v. § 3 Abs. 1 KWG beschränkt wird.

Zwar ist eine Anknüpfung der Strafbarkeit an Normen außerhalb des eigentlichen Straftatbestandes – hier § 3 Abs. 2 und Abs. 4 KWG – für sich genommen verfassungsrechtlich unproblematisch. Die in Bezug genommenen Normen müssen jedoch ihrerseits dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und des § 1 StGB genügen. Der Umstand, dass in § 3 Abs. 2 und Abs. 4 KWG eine Fülle von (teilweise englischen) unbestimmten Rechtsbegriffen verwendet werden und Verweisungen auf andere Rechtsquellen (HGB, KAGB und europäisches Sekundärrecht) enthalten sind, die sich selbst dem erfahrenen und einschlägig vorbefassten Bankspezialisten nicht allein durch sorgfältige Gesetzeslektüre erschließen, und die erhebliche Unsicherheiten und Auslegungsschwierigkeiten mit sich bringen, führt zu einer verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbaren Unbestimmtheit des Straftatbestandes. Im Kern handelt es sich um aufsichtsrechtliche Begrifflichkeiten, die sich den verfassungsrechtlich gebotenen strafrechtlichen Kategorien entziehen und die wegen ihres flexiblen Auslegungsspektrums zur Abgrenzung zwischen strafbewehrtem, außerstrafrechtlich verbotenem und erlaubtem Verhalten im Rahmen einer Ausfüllungsnorm für die strafrechtliche Blankettvorschrift des § 54 Abs. 1 Nr. 1 KWG vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG ungeeignet sind. Es kann nicht – wie vom Bundesverfassungsgericht wiederholt betont – vom Normadressaten anhand der gesetzlichen Regelung vorhergesehen werden, „ob ein Verhalten strafbar ist“ (so etwa BVerfGE 75, 329, 341). Eine ausreichend zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung des Verbots- bzw. Straftatbestandes kann auch nicht durch eine behördliche Erläuterung, wie die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) veröffentlichte Auslegungshilfe erfolgen. So wird in der Auslegungshilfe beispielsweise auf Leitlinien der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (European Securities and Markets Authority – ESMA) verwiesen. Leitlinien der ESMA kann jedoch erst recht keine Strafbarkeit begründende Wirkung zukommen., zumal auch diese eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen enthalten, die wiederum zu einer erheblichen Unsicherheit und Auslegungsschwierigkeiten beim Rechtsanwender führt.

Sollte ungeachtet unserer verfassungsrechtlichen Bedenken eine Strafbewehrung eines Verstoßes dennoch für angemessen erachtet werden, sollte zumindest nach dem Vorbild der Strafbarkeit von Pflichtverletzungen im Bereich des Risikomanagements (§ 54a KWG) die Strafbarkeit daran anknüpfen, dass erst die Nichtbefolgung einer konkreten Anordnung der BaFin, verbotene Geschäfte im Sinne des § 3 Abs. 2 oder Abs. 4 KWG zu beenden, eine Strafbarkeit nach sich zieht. Auch dieser Ansatz würde dem Umstand Rechnung tragen, dass die Institute angesichts der Unbestimmtheit des Tatbestandes nicht sicher feststellen können, ob ein bestimmtes Geschäft eine Strafbarkeit auslöst.

Brexit – Anpassung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen im KWG, VAG und WpHG für BaFin-Maßnahmen zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte im Hinblick auf das Austrittsabkommens und Auslaufen der Übergangsfrist zum 31. Dezember 2020

Wir regen an, das vorliegende Gesetzgebungsverfahren für eine Anpassung der Regelungen zu Ermächtigungsgrundlagen im KWG, VAG, ZAG und WpHG für BaFin-Maßnahmen zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Finanz-, Wertpapier-, Derivate- und Zahlungsverkehrsmärkte bzw. zum Schutz des Versicherten zu nutzen, und der BaFin die Möglichkeit einzuräumen, entsprechende Maßnahmen trotz des inzwischen erfolgten Abschlusses des Austrittsabkommens und nach Auslaufen der Übergangsfrist ergreifen zu können. Bei dieser Gelegenheit sollten die Instrumente zudem flexibler ausgestaltet werden, in dem etwa auf eine zu enge zeitliche Begrenzung verzichtet wird, bzw. diese an die Laufzeit der Geschäfte oder Verträge geknüpft werden kann.

Die BaFin wäre in diesem Zusammenhang berechtigt, die Allgemeinverfügung mit geeigneten Informationspflichten und Auflagen zu verbinden, um einen Überblick über die Umsetzung zu erhalten und ggf. Maßnahmen zu ergreifen, wenn die Allgemeinverfügung in Einzelfällen zweckwidrig genutzt werden sollte.

Die im vergangenen Jahr eingeführten Ermächtigungsgrundlagen für Allgemeinverfügungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in § 52b Abs. 12 und § 64m Abs. 2 KWG, § 66a VAG, § 102 Abs. 4 WpHG sowie § 39 Abs. 8 ZAG, im Falle eines ungeordneten EU-Austritts des Vereinigten Königreichs sind mit dem zwischenzeitlich erfolgten Abschluss des Austrittsabkommens gegenstandslos geworden, da Voraussetzung für die Anwendbarkeit in allen Fällen das Nichtvorliegen eines Austrittsabkommens im Sinne von Artikel 50 Absatz 2 Satz 2 des Vertrages über die Europäische Union ist.

Sinn und Zweck dieser Ermächtigungsgrundlagen war es, der BaFin zielgenaue Instrumente an die Hand zu geben, um die zu erwartenden Verwerfungen und Unsicherheiten in den Finanz- und Zahlungsverkehrsmärkten im Fall eines ungeordneten EU-Austritts des Vereinigten Königreichs wirksam begegnen zu können bzw. die versicherten zu schützen. Diese Instrumente sollten insbesondere verhindern, dass die vertrags- und ordnungsgemäße Fortführung bestehender Verträge und Geschäfte aufgrund des mit dem EU-Austritts verbundenen Statuswechsels zu einem Drittstaat aus aufsichtsrechtlichen Gründen beeinträchtigt oder diese gar unzulässig wird (Sicherung der Vertragskontinuität).

Die Deutsche Kreditwirtschaft hat seinerzeit, wie auch alle anderen Marktteilnehmer, die Einführung dieser Instrumente zur Sicherung der Vertragskontinuität nachdrücklich begrüßt, da sie geeignet waren, zumindest für eine Übergangszeit die notwendige (aufsichtsrechtliche) Rechtssicherheit für die Fortführung bestehender Verträge und Geschäfte zu gewährleisten und etwa vorzeitige Beendigungen zu vermeiden. Eine solche Sicherung der Vertragskontinuität dient dabei vor allem dem Schutz der deutschen Vertragsparteien und Versicherungsnehmer.

Mit Abschluss des Austrittsabkommens und der damit verbundenen Übergangsfrist wurde den Vertragsparteien im Vereinigten Königreich und den EU-Mitgliedstaaten noch einmal mehr Zeit eingeräumt, ihre Vertragsbeziehungen an die künftigen Gegebenheiten nach Auslaufen der Übergangsfrist anzupassen. Sie werden diese Zeit auch soweit wie möglich nutzen. Es wird aber dennoch und trotz aller laufenden Bemühungen nicht zu verhindern sein, dass auch mit Ablauf der Übergangsfrist eine nicht unerhebliche Zahl von Vertragsbeziehungen nicht oder nicht rechtzeitig angepasst bzw. die relevanten Portfolien nicht übertragen worden sind. Hier ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass solche Anpassungen und Übertragungen nicht einseitig bewirkt werden können, sondern die Mitwirkung beider Vertragsparteien erfordern und dass gerade die Anpassung oder Übertragung größerer Portfolien alle Beteiligten vor erhebliche praktische, rechtliche und operationelle Herausforderungen stellt.

Hinzu kommt, dass gerade im Hinblick auf Bankgeschäfte, Finanzdienstleistungen und Versicherungsgeschäfte erhebliche Unsicherheiten darüber bestehen, ob diese Gegenstand des Abkommens über die künftigen Beziehungen werden und wenn dies der Fall sein sollte, mit welcher Reichweite.

Die Gründe, die die Schaffung der Ermächtigungsgrundlagen für die Instrumente zur Sicherung der Vertragskontinuität sprachen, bestehen damit ungeachtet des Abschlusses des Austrittsabkommens weiterhin.

Vorschlag (beispielhaft für § 53b Abs. 12 KWG/entsprechend übertragbar auf die weiteren Ermächtigungsgrundlagen)

§ 53b KWG

(12) ~~Wird der Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union wirksam, ohne dass bis zu diesem Zeitpunkt ein Austrittsabkommen im Sinne von Artikel 50 Absatz 2 Satz 2 des Vertrages über die Europäische Union in Kraft getreten ist, so kann~~ Die Bundesanstalt kann zur Vermeidung von Nachteilen für die Funktionsfähigkeit oder die Stabilität der Finanzmärkte anordnen, dass die Vorschriften der Absätze 1 bis 9 für ~~einen Übergangszeitraum~~ nach Auslaufen der Übergangsfrist gemäß Art. 176 des Austrittsabkommens (Wirksamwerden des Austritts) auf Unternehmen mit Sitz im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland, die zum Zeitpunkt des ~~Wirksamwerdens des Austritts des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union~~ nach Absatz

1 im Inland über eine Zweigniederlassung oder im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht haben, ganz oder teilweise bis zum Auslaufen der Laufzeit der betroffenen Geschäfte oder Verträge oder für einen angemessenen Übergangszeitraum, der bei Bedarf verlängert werden kann, entsprechend anzuwenden sind. Dies gilt nur, soweit die Unternehmen nach dem Wirksamwerden des Austritts Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen, die in engem Zusammenhang mit zum Zeitpunkt des Wirksamwerden des Austritts bestehenden Verträgen stehen. Der im Zeitpunkt des Austritts beginnende Übergangszeitraum darf eine Dauer von 21 Monaten nicht überschreiten. Die Anordnung kann auch durch Allgemeinverfügung ohne vorherige Anhörung getroffen und öffentlich bekannt gegeben werden.

Artikel 5 - Änderung des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes

Ziffer 21 (§ 51 Abs. 4 SAG-E) - Berichterstattung und Offenlegung der MREL- und Bail-in-Anforderung

§ 51 Abs. 4 SAG-E soll in Umsetzung von Art. 45i BRRD die Befreiung von MREL- bzw. bail-in-bezogenen Melde- und Offenlegungspflichten für "Insolvenzinstitute" festlegen. Dort wird ausgeführt, dass die Absätze 1 „und“ 3 für diese Institute nicht gelten. Es sollte allerdings im Hinblick auf die Regelung in Art. 45i BRRD klarer und richtiger lauten: "Die Absätze 1 **bis** 3 gelten nicht ...".

Ziffer 22 (§ 55 SAG-E) - Vertragliche Anerkennungspflicht hinsichtlich Bail-in

a) In **§ 55 Abs. 6 SAG-E** sollte klargestellt werden, dass die erforderliche Mitteilung nicht für jede einzelne Verbindlichkeit (einzelfallbezogen) zu erfolgen hat, sondern für Kategorien gleichartiger Verbindlichkeiten abgegeben werden kann. Eine einzelfallbezogene Mitteilungspflicht wäre unverhältnismäßig und zudem weder für die Institute noch die zuständige Abwicklungsbehörde praktisch umsetzbar.

b) Den **Verstoß gegen unmittelbar und vorrangig geltende Bestimmungen der BRRD und der CRR** durch Ausschluss der Anrechenbarkeit nach § 55 Abs. 12 SAG-E gilt es zu beseitigen.

Der neue Absatz 12 verbietet sowohl die MREL-Anrechenbarkeit von Verbindlichkeiten ohne erforderliche vertragliche Anerkennungsklauseln als auch die Anrechenbarkeit dieser Verbindlichkeiten als bankaufsichtlichen Eigenmittelbestandteil. Hierdurch werden die vorrangig und mittelbar geltenden Bestimmungen der CRR und auch der BRRD überschrieben:

Im Hinblick auf eigenmittelfähige Verbindlichkeiten ist bereits der Ausschluss der MREL-Anrechenbarkeit nicht mit den Regelungen der BRRD II vereinbar: Denn die BRRD II verweist für die Definition der Eigenmittel, die zur Erfüllung der Mindestanforderung an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten genutzt werden können, auf den Eigenmittelbegriff der CRR („*own funds*“ - Artikel 2 (1) (38) BRRD II). Instrumente, die als Eigenmittel im Sinne der CRR gelten, können daher immer auch für MREL Zwecke angerechnet werden. Dementsprechend gelten die Anforderungen der BRRD II an berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten, die zur Erfüllung der Mindestanforderung an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten genutzt werden können, eben nicht für Eigenmittelinstrumente (z.B. das Erfordernis der Restlaufzeit von mindestens einem Jahr, siehe Artikel 45b BRRD II, Artikel 72c CRR, welches nur für berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, nicht aber für Eigenmittelposten erfüllt werden muss).

Es muss deshalb klar zwischen dem Regime für Anforderungen an berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten für MREL-Zwecke einerseits und dem CRR-Regime mit den Anforderungen an Eigenmittel andererseits unterschieden und eine Vermengung unbedingt vermieden werden. Damit kann die Anrechenbarkeit als Eigenmittel für bankaufsichtliche Zwecke auch nicht an die Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 55 BRRD gekoppelt werden. Dies folgt zunächst bereits aus dem Umstand, dass für Eigenmittelinstrumente den gemäß Art. 55 BRRD II inhaltsglei-

che, aber speziellere Anforderungen für entsprechende vertragliche Anerkennungsklauseln gelten (Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe p und q sowie Artikel 63 Buchstabe n und o CRR und wie auch in § 51 Absatz 1 Buchstabe c SAG-E aufgeführt). Dass Eigenmittelposten keine Posten berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten im Sinne des Art. 55 BRRD II sind, ergibt sich weiterhin unmittelbar aus Artikel 72a Absatz 1 CRR. Dass für Eigenmittelinstrumente auch für MREL-Zwecke andere Anforderungen gelten, wird auch dadurch belegt, dass zwar die CRR-Definitionen für AT1 und T2 Instrumente vertragliche Anerkennungsklauseln vorsehen, die CRR-Definition für Instrumente berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten (TLAC Instrumente) in Artikel 72b CRR jedoch keine solche vertragliche Anerkennungsklausel vorsieht. Das ergibt sich daraus, dass für berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten Artikel 55 BRRD erst in nationales Recht umzusetzen ist (aber eben nicht für Eigenmittel).

Im Übrigen wäre es systemwidrig die Frage der „Eigenmittelanrechnung für bankaufsichtsrechtliche Zwecke“ im SAG zu regeln. Denn die CRR regelt abschließend, welche Kapitalinstrumente als Eigenmittel anrechenbar sind. Diese abschließenden Regelungen würden eine parallele Regelung im SAG unterlaufen: Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Übergangsfristen der CRR für Instrumente für die die CRR-Anforderungen zu den vertraglichen Anerkennungsklauseln gelten (Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe q sowie Artikel 63 Buchstabe o CRR). Demnach dürfen Eigenmittelinstrumente, die vor dem 27. Juni 2019 (Artikel 494b CRR II) begeben wurden und keine vertraglichen Anerkennungsklauseln nach Artikel 52 (1) (q) oder Artikel 63 (p) CRR enthalten, bis zum 28. Juni 2025 voll als Eigenmittelbestandteile angerechnet werden. Hier käme es folglich zu einem direkten Konflikt zwischen SAG und CRR.

Die **deutschen Kreditinstitute** würden damit **ungerechtfertigt benachteiligt**, weil sie Eigenmittelinstrumente nicht mehr anrechnen dürften, die nach der CRR bis 28. Juni 2025 vollwertige Eigenmittelbestandteile sind. Weiterhin würden die Marktteilnehmer bzgl. des geltenden Rechts verunsichert. Die deutschen Kreditinstitute müssten in ihren Veröffentlichungen (Offenlegungsbericht, Kapitalmarktkommunikation etc.) erklären, dass für sie eine von der CRR abweichende Definition von bankaufsichtlichen Eigenmittelbestandteilen gelten soll obwohl sie der CRR unterliegen). Auch die europäischen Meldeanforderungen sind nicht für abweichend von der CRR definierte Eigenmittelinstrumente ausgelegt.

Banken könnten auch nicht auf die CRR Übergangsvorschriften für Eigenmittelinstrumente verzichten: Selbst Banken, deren neuere Emissionen alle eine vertragliche Anerkennungsklausel enthalten, die den Anforderungen der Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe p und q sowie Artikel 63 Buchstabe n und o CRR (und somit inhaltlich auch den Anforderungen des Artikel 55 BRRD II) genügen, sind vor dem Hintergrund des Brexit auf eine entsprechende Übergangslösung angewiesen. Im Gegensatz zu Artikel 494b CRR, der in solchen Fällen ein Grandfathering für AT1 und T2 Instrumente vorsieht, die vor dem 27. Juni 2019 begeben wurden, gibt es unter dem vorgeschlagenen SAG kein Grandfathering für solche Fälle. Das cut-off date der deutschen Umsetzung des Artikel 55 BRRD ist der 1. Januar 2015 (§ 55 Absatz 3 SAG). Damit könnten nur Verbindlichkeiten, die bereits vor dem 1. Januar 2015 begründet worden sind und keine Drittstaatenklausel enthalten als bankaufsichtliche Eigenmittel angerechnet.

Schließlich ist die Regelung zu weitgehend: Wie bereits dargelegt, ist der Begriff der Verbindlichkeiten für die Zwecke des § 55 SAG sehr weit gefasst und umfasst nicht nur Schuldtitel bzw. Kapitalinstrumente, sondern auch praktisch sämtliche Geldforderungen gegen das Institut. Damit erfasst die Regelung auch viele Formen von Verbindlichkeiten, die für die Eigenkapitalanrechnung überhaupt nicht in Betracht kommen.

Um Widersprüche mit den unmittelbar und vorrangig geltenden Bestimmungen der BRRD und der CRR auszuschließen, sollte der **§ 55 Absatz 12 SAG-E ersatzlos entfallen**. Zumindest müsste klargestellt werden, dass nach der CRR als Eigenmittelbestandteile anrechenbare Kapitalinstrumente weder von der Anrechnung für MREL-Zwecke noch von der Anerkennung als Eigenmittelbestandteile ausgeschlossen werden.

Ziffer 27 (§ 60a SAG-E) - Vertragliche Anerkennungspflicht hinsichtlich Aussetzung von Beendigungsrechten

aa) Zu Absatz 1 und 3: Befreiungsmöglichkeit im Hinblick auf unvermeidbare faktische Umsetzungsschwierigkeiten und Ausschluss der Rückwirkung für bereits nach § 60a SAG bisheriger Fassung angepasste Rahmenverträge.

§ 60a SAG stellt Institute vor erhebliche praktische Herausforderungen, die mit der Verpflichtung zur Vereinbarung vertraglicher Anerkennungsklauseln in bereits bestehenden Verträgen über Finanzkontrakte, insbesondere bestehenden Rahmenverträgen für Finanzgeschäfte, verbunden sind. Es ist den Instituten bekanntermaßen im Hinblick auf § 55 und § 60a SAG in der aktuellen Fassung schon nicht möglich gewesen, die geforderten vertraglichen Anerkennungsklauseln in allen Fällen zu vereinbaren.

- Die Neufassung des § 60a SAG-E wird die deutschen Institute (die Institute andere EU-Mitgliedstaaten unterlagen bislang nicht dieser Pflicht) erneut vor Umsetzungsschwierigkeiten stellen, da vertragliche Anerkennungspflichten inhaltlich geändert und insbesondere um die Anerkennung der Befugnisse nach § 66a SAG-E erweitert werden sollen sowie eine Rückwirkung der Pflichten an die Anforderungen der aktuellen Fassung des § 60a SAG angepassten Rahmenverträge nicht ausgeschlossen ist (in diesem Fall sogar für Vertragsbeziehungen, für die erst vor kurzem mit den Gegenparteien vertragliche Anerkennungsklauseln vereinbart werden konnten). Zwar gilt die Regelung nach § 60a Abs. 3 SAG-E nur für Finanzkontrakte für die nach Inkrafttreten der Vorschrift neue Verpflichtungen geschaffen bzw. wesentlich geändert werden. Weil die Finanzkontrakte aber ganz überwiegend unter Rahmenverträgen abgeschlossen werden und die vertraglichen Anerkennungspflichten im Hinblick auf den Rahmenvertrag vereinbart werden, müssten allein für die Berücksichtigung der geringfügigen Erweiterungen und Änderungen alle bereits nach erstmaliger Einführung des § 60a SAG gerade erst angepassten Vertragsbeziehungen erneut abgeändert werden. Diese Umsetzungsschwierigkeiten können über das in der § 60a Abs. 5 SAG-E angesprochene Ermessen adressiert werden, wobei die Ermessensausübung in zweierlei Hinsicht konkretisiert werden sollte: Da die Institute im Hinblick auf die neuen Anforderungen des § 60 SAG-E Rechtsicherheit brauchen, müsste zunächst die Aufsichtspraxis für die Befreiungsmöglichkeit nach § 60a Abs. 5 SAG-E im vorhandenen BaFin-Merkblatt konkretisiert werden (zB zur Vereinfachung und Beschleunigung eine Genehmigungsfiktion nach (qualifiziertem/begründetem) Hinweis auf bestehende Umsetzungsschwierigkeiten bzw. (vorläufiges) Entfallen der Verpflichtung analog § 55 Abs. 6 und 7 SAG-E).
- Im Hinblick auf Vertragsbeziehungen für die bereits Anerkennungsklauseln für Zwecke des derzeitigen § 60a SAG vereinbart worden sind, sollte ferner zur Vermeidung unverhältnismäßiger erneuter Belastungen der Institute ausdrücklich klargestellt werden, dass die Verpflichtung für die Zwecke des derzeitigen § 60a SAG nicht besteht bzw. hier die Befreiungsmöglichkeiten regelmäßig angewendet werden.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Inhalt und Ausgestaltung der vertraglichen Anerkennungsklauseln gemäß Art. 71a Abs. 5 der BRRD noch durch technische Regulierungsstandards bestimmt werden, für die die EBA einen Vorschlag konsultiert. Bis zur Verabschiedung der entsprechenden Delegierten Verordnung werden die Institute daher nicht wissen, ob die von Ihnen verwendeten Anerkennungsklauseln den Anforderungen genügen werden oder diese gegebenenfalls sogar ein weiteres Mal angepasst oder ausgetauscht werden müssen. Für diesen Fall ist ein Ausschluss der Rückwirkung erforderlich. Zu diesem Zweck könnte in § 60a Abs. 3 SAG-E folgender Satz 2 angefügt werden:

„Absatz 1 gilt nicht für Rahmenverträge über Finanzkontrakte, für die bereits vor Inkrafttreten dieser Regelung oder der nach Art. 71a Absatz 5 der Richtlinie 2014/59/EU zu erlassenen technischen Regulierungsstandards vertragliche Anerkennungsklauseln für die Zwecke des § 60a vereinbart worden sind.“

bb) Zu Absatz 5: Ermessensausübung im Hinblick auf gruppenangehörige Unternehmen/Tochterunternehmen in Drittstaaten (Abs. 5)

Da der in § 60a Abs. 5 Nr. 5 SAG-E in Bezug genommene Abs. 2 die Erstreckung der Pflichten auf Tochterunternehmen in Drittstaaten adressiert, dürften im letzten Halbsatz gruppenangehörige Unternehmen mit Sitz im „**Ausland**“ gemeint sein (statt „mit Sitz im **Inland**“).

Ziffer 47 (§ 97 SAG-E) – Haftungskaskade

Die Haftungskaskade des § 97 SAG-E weicht auf den ersten Blick von der in § 46f KWG geregelten Sonderinsolvenzrangfolge ab. Die in § 97 Abs. 1 Satz 3 SAG-E für berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten vorgenommene Bezugnahme auf den Insolvenzrang erscheint jedoch nicht hinreichend klar. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die in § 46f Abs. 7a KWG geregelten „nicht mehr anrechenbaren Eigenmittelinstrumente“.

Zur Gewährleistung einer zweifelsfreien Übereinstimmung von Insolvenzrangfolge und Haftungskaskade erachten wir einen Verweis (explizite Nennung der entsprechenden Paragraphen) auf die Regelung des § 46f Abs. 4 – 7a KWG für erforderlich.

Artikel 6 – Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes

Um insbesondere innerhalb dezentraler Institutsgruppen eine wirksame und effiziente Überwachung der Verbundunternehmen zu gewährleisten, ist es notwendig, die Vorgaben zur Höchstanzahl von Aufsichtsmandaten im KWG und im VAG entsprechend anzugleichen, d.h. die Kumulierungstatbestände des KWG in das VAG zu übertragen. Mandatsträger, die neben ihrer Tätigkeit in Kreditinstituten auch Aufsichtsmandate in Konzernen (z. B. Versicherungskonzernen) wahrnehmen, unterliegen nicht nur den bankaufsichtsrechtlichen (§§ 25c und d KWG), sondern auch den versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben (§ 24 Absatz 4 Satz 2 VAG) zur Höchstanzahl von Aufsichtsmandaten. Vielfach sind dabei Mandatskonstellationen, die nach dem KWG zulässig sind, auf Basis der derzeit geltenden Regelungen nach dem VAG unzulässig und umgekehrt. Sachlich tragfähige Gründe für diese Widersprüchlichkeit von KWG und VAG bestehen jedoch nicht. Von besonderer Relevanz ist dabei die **Kumulierungsmöglichkeit für Mandate in Unternehmen desselben Institutssicherungssystems**, da die dahinterstehende Wertung im Bankaufsichtsrecht durch die Aufnahme einer Tätigkeit bei einem Versicherungsunternehmen andernfalls seinerseits gänzlich ausgehöhlt werden würde. Wir plädieren daher für eine entsprechende Aufnahme in § 24 Abs. 4 Satz 2 VAG.

Artikel 7 Änderung des Einlagensicherungsgesetzes

Ziffer 3 (§ 7 Abs. 4 EinSiG-E) - Umfang und Berechnung des Entschädigungsanspruchs

Gemäß Ziffer 3 des Artikels 7 soll dem § 7 Absatz 4 EinSiG der Satz angefügt werden:

„Handelt der Kontoinhaber für Rechnung eines Dritten, ist für die Deckungssumme nach § 8 auf den Dritten abzustellen, sofern in der Kontobezeichnung das Treuhandverhältnis sowie die Treugeber eindeutig gekennzeichnet sind und das Bestehen des Treuhandverhältnisses nachgewiesen wird.“

Wir schlagen folgenden geänderten Wortlaut vor:

“Handelt der Kontoinhaber für Rechnung eines Dritten, ist für die Deckungssumme nach § 8 auf den Dritten abzustellen, sofern das Konto in der Kontobezeichnung als offenes Treuhandkonto eindeutig gekennzeichnet ist und das Bestehen des Treuhandverhältnisses nachgewiesen wird“

Begründung:

Die Klarstellung, dass und unter welchen Bedingungen bei Treuhandkonten bei der Berechnung des Entschädigungsanspruchs auf den Treugeber abgestellt wird, ist zu begrüßen. Vor allem bei Fällen, in denen der Kontoinhaber selbst nicht geschützter Einleger wäre, schafft diese Regelung zusätzliche Rechtssicherheit. Das gleiche

gilt für die Klarstellung, dass es sich um eine offene Treuhand handeln muss. Wir schlagen allerdings vor, die Klarstellung in einem eigenen Absatz nach Absatz 6 aufzunehmen, anstatt sie in Bezug auf Gemeinschaftskonten einzufügen, da hier kein direkter Sachzusammenhang besteht.

Unklar ist zudem, in welcher Form die Treugeber eindeutig gekennzeichnet sein müssen. Bei Fällen einer hohen Anzahl von Treugebern ist eine Kennzeichnung in der Kontobezeichnung weder praktikabel, noch technisch umsetzbar. Darüber hinaus wären vom Wortlaut auch alle Fälle erfasst, bei denen eine Kennzeichnung bislang nicht erforderlich ist (Beispiel: Anderkonten von Verpflichteten im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 10 GwG). Diese Anforderung sollte daher wegen der Gefahr einer Kollision mit anderen Gesetzen gestrichen werden.

Artikel 8 Abs. 1 - Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

Ziffer 2 (§ 65b WpHG-E) - Veräußerung nachrangiger berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten und relevanter Kapitalinstrumente an Privatkunden

§ 65b WpHG-E schreibt für „Non Preferred Senior-Instrumente“ (NPS), Tier 2 Instrumente (T2) und AT 1 Instrumente (AT 1) unabhängig von deren konkreten Verbriefungs- bzw. Vertragsform eine Mindeststückelung von EUR 50.000 zum Schutz von Kleinanlegern vor. Die angestrebte Regelung ist im Hinblick auf AT1- und Tier2-Instrumente nicht gerechtfertigt, da es sich in beiden Fällen um ein „gold plating“ der Vorgaben aus Art. 44a BRRD II handelt und dort nicht verlangt wird. Wir plädieren deshalb dafür, die Anwendung der Mindeststückelung parallel zu Art. 44a BRRD auf die nachrangigen berücksichtigungsfähigen Instrumente außerhalb der Eigenmittel zu beschränken. Die Begründung der einheitlichen Regelung bei NPS, Tier2 und AT1 scheint ein formalistischer Regulierungsantritt zu sein. Gerade Tier2-Instrumente sind zB ein sehr einfach ausgestaltetes Produkt, das seit vielen Jahren bei Privatkunden als Anlageprodukt etabliert und dessen Funktionsweise und Risikogehalt als (Ergänzungs-)Kapital aufgrund bestehender gesetzlicher Aufklärungspflichten transparent ist.

Hinzu kommt, dass Ergänzungskapital perspektivisch im Rahmen einer geänderten Säule-2-Aufsichtspraxis (SREP/Kapitalunterlegung für Eigenmittelzielkennziffer, vgl. § 6d KWG-E) an Bedeutung gewinnt. Die Einführung einer Mindeststückelung v

on EUR 50.000 würde ohne sachliche Notwendigkeit einen signifikanten Anteil der aktuellen Kleinanleger ausgrenzen, da das Tier2-Marktsegment traditionell sowohl institutionelle wie auch Privatinvestoren umfasst. Vor diesem Hintergrund sollte bei derartigen Instrumenten eine Streichung der Mindeststückelung von EUR 50.000 erfolgen. Dies ist – sowohl für AT1- wie auch Tier2-Instrumente - gerechtfertigt, da z.B. im Hinblick auf Aktien auch keine Mindeststückelung vorgeschrieben ist.

Während die Ausgestaltung berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten in der Kreditwirtschaft eine spezifische Besonderheit darstellen, handelt es sich bei AT1- und Tier-2-Nachranginstrumenten um eine Produktklasse, die vergleichbar mit Nachranginstrumenten von Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist. Der notwendige Schutz für Kleinanleger ist bereits durch die angemessene Aufklärung und Dokumentation erreicht, diese Pflichten gelten für Nachranginstrumente aller Emittenten. Es ist daher nicht erforderlich und auch nicht angemessen, durch das hier vorgesehene „gold plating“ Kreditinstitute in der Kapitalaufnahme im Gegensatz zu anderen Marktbranchen zu benachteiligen.

Vor dem Hintergrund, dass über die Vorgaben der BRRD II hinausgehende nationale Regelungen letztlich zu einer Vielzahl unterschiedlichster Regelungen in der EU sowie zu einer unübersichtlichen Fragmentierung des EU-Kapitalmarktes führen und insoweit der Zielrichtung der Kapitalmarktunion zuwiderlaufen würde, halten wir es für erforderlich, dass der deutsche Gesetzgeber keine über die Vorgaben der BRRD hinausgehenden Anforderungen stellt.

Darüber hinaus ergeben sich aus der Vorschrift auch praktische Probleme im Vertrieb. Bei einer bloßen Verpflichtung des Vertriebs wie in § 65b WpHG-E besteht die Gefahr, dass für diesen ggf. nicht ohne weiteres erkennbar ist, dass es sich um ein Instrument handelt, bei dem die Vorgabe greift. Emittenten müssten daher verpflichtet werden, bereits nur diese Mindeststückelung vorzunehmen.

Artikel 9 Abs. 4 – Änderung des Anlegerentschädigungsgesetzes

Im Hinblick auf die **Änderung des AnEntG** wird entgegen der DK-Stellungnahme zum Referentenentwurf des RisikoreduzierungsGesetzes nicht auf die CRD V (Richtlinie 2019/878/EU) Bezug genommen, sondern auf die Änderungsrichtlinie der 4. Geldwäscherichtlinie (Richtlinie (EU) 2018/843). Wir halten die Bezugnahme auf die CRD V weiterhin für richtig.

Artikel 13 – Inkrafttreten

Sollte ungeachtet der grundsätzlichen Bedenken der DK bzgl. einer Änderung der Anforderungen des § 15 KWG (s.o.) festgehalten werden, müsste zumindest dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine Umsetzung dieser komplexen Regelungen bis zum 28. Dezember dieses Jahres in der Praxis nicht machbar ist, zumal die finalen Änderungen des § 15 KWG erst nach Verabschiedung des Gesetzes bekannt sind.

Der Gesetzgeber sollte sich hier an der EBA orientieren, die ebenfalls in ihren Leitlinien zur Internal Governance im Kapitel 11 - Loans and other transactions with members of the management body and their related parties Vorgaben zur Umsetzung der CRD V und des Baseler Ausschusses formuliert, die zusammen mit den anderen zurzeit konsultierten Änderungen bis zum 26. Juni 2021 umgesetzt werden sollen. Wir sehen diese zeitliche Vorgabe als wesentlich realistischer an. **Dementsprechend sollten in Art. 13 Abs. 1 RiG eine Ausnahme für Art. 1 Nr. 36 vorgesehen und Art. 13 Abs. 3, der eine Umsetzung bis zum 28. Juni 2021 vorsieht, um Art. 1 Nr. 36 ergänzt werden.**

Die Verschiebung des Inkrafttretens des geänderten § 15 KWG (Art. 1 Nr. 36 RiG) ist auch deshalb angezeigt, da anderenfalls der Abschlussprüfer nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWG im Rahmen der Abschlussprüfung 2020 bereits prüfen und darüber zu berichten hätte, ob die erst am 28. Dezember in Kraft getretenen Anforderungen zu den Vorschriften des § 15 KWG bereits ordnungsgemäß umgesetzt sind. Eine bis dahin nicht vollständig erfolgte Umsetzung würden damit mindestens zu einem Monitum im Prüfungsbericht führen.

Sonstige Änderung: § 6 RechKredV – Ausweis von Treuhandgeschäften unterhalb der Bilanz

Zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Covid-19 Pandemie hat die KfW Hilfsprogramme in beispiellosem Umfang aufgelegt. Dazu zählt u.a. der so genannte Schnellkredit, der sich durch eine 100%ige Haftungsfreistellung für die kreditausreichende Bank auszeichnet. Gemäß der Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung (RechKredV) sind diese Kredite als Treuhandvermögen in der Bilanz auszuweisen. Auf der Passivseite wird die entsprechende Verbindlichkeit gegenüber der KfW als Treuhandverbindlichkeit in gleicher Höhe in die Bilanz eingestellt.

Bei der Berechnung der vom Single Resolution Board erhobenen Beiträge zum Abwicklungsfonds (Bankenabgabe) besteht zurzeit insbesondere bei der Ermittlung des jährlichen Grundbeitrags jedoch keine Abzugsmöglichkeit dieser Treuhandverbindlichkeiten. Dadurch werden Banken, die sich in der Pandemie besonders bei der Stützung der Wirtschaft engagiert haben, mit einer höheren Bankenabgabe bestraft bzw. belastet.

Vor diesem Hintergrund regen wir an, § 6 RechKredV dergestalt zu ändern, dass Treuhandgeschäfte nicht in der Bilanz, sondern unterhalb der Bilanz ausgewiesen werden und somit nicht mehr in die Berechnung der Bankenabgabe einfließen. Diese Möglichkeit ist durch das Wahlrecht in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 der Europäischen Bankbilanzrichtlinie (Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986) gegeben. Hiernach können die Mitgliedsstaaten auch eine Angabe des Treuhandvermögens und der korrespondierenden Treuhandverbindlichkeiten „unter dem Bilanzstrich“ zulassen, wenn es möglich ist, sie im Falle einer gerichtlich angeordneten Liquidation des Kreditinstituts aus der Masse auszusondern. Der Gesetzgeber hat seinerzeit auf die Ausübung des Wahlrechts verzichtet, weil nicht zweifelsfrei geklärt war, ob ein solches Aussonderungsrecht im deutschen Recht besteht. Mit Inkrafttreten der neuen Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 wurden die Aussonderungsrechte neu geordnet und klargestellt. Insofern können wir keinen Grund mehr erkennen, dieses Wahlrecht nicht auszuüben. Im Gegenteil: Der Ausweis treuhänderisch gehaltener Vermögensgegenstände und Schulden in der Bilanz führt zu einer Bilanzverlängerung, die vielfach kritisiert wurde.

Da Bilanzleser die gleichen Informationen wie bisher erhalten, würde durch eine Anpassung zum einen kein Transparenzverlust entstehen. Zum anderen würde damit auch ein Beitrag für ein „level playing field“ bei Bilanzvorschriften geleistet und eine nicht nachvollziehbare Benachteiligung nach HGB bilanzierender deutscher Institute bei der Bankenabgabe vermieden, da sowohl im Rahmen der internationalen Rechnungslegungsvorschriften IFRS Treuhandvermögen und Treuhandverbindlichkeiten nicht in der Bilanz ausgewiesen werden als auch viele andere EU-Mitgliedsländer wie Frankreich, Niederlande, Spanien, Italien und Österreich bei der nationalen Umsetzung der Europäischen Bankbilanzrichtlinie das Wahlrecht entsprechend ausgeübt haben.

Um für die Institute eine Erleichterung zu bringen, müsste die von uns angeregte Änderung bereits für die Erstellung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2020 angewendet werden können, der für die Bankenabgabe 2022 heranzuziehen ist. Andernfalls könnten die Institute nur noch im letzten Jahr der regulären Ansparphase des Abwicklungsfonds von der Änderung profitieren. Deshalb sollte die Änderung im Rahmen des RiG mit aufgegriffen werden.

* * *