

Stellungnahme

Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

Kontakt:

Christina Wehmeier

Telefon: +49 30 20225- 5336

Telefax: +49 30 20225-5325

E-Mail: Christina.Wehmeier@dsgv.de

Berlin, 27. März 2015

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.

Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

I. Allgemeine Anmerkungen

Die Deutsche Kreditwirtschaft bedankt sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines SRM-Anpassungsgesetzes Stellung nehmen zu können.

Der Gesetzentwurf dient in erster Linie der Anpassung des nationalen Rechts zur Bankenrestrukturierung und -abwicklung an neue unionsrechtliche Vorgaben. In diesem Zusammenhang bildet der Entwurf aus Gründen der Rechtsklarheit das Verhältnis von SAG und SRM-Verordnung deklaratorisch ab und trägt damit dem Kompetenzgefüge im einheitlichen Abwicklungsmechanismus Rechnung. Einige der vorgesehenen Änderungen im Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) und in den entsprechenden in Bezug genommenen Gesetzen sind aus Sicht der Verbände sinnvoll und zweckmäßig. Bei vielen Regelungsaspekten, gibt es eine Reihe erheblicher Bedenken, dies gilt in besonderem Maße im Hinblick auf die geplante Einführung des § 60a SAG-RefE durch das SRM-AnpG. Wir sehen daher bei einer Reihe von Punkten erheblichen Anpassungsbedarf, den wir unter Ziffer II. „Besondere Anmerkungen“ erläutern möchten.

II. Besondere Anmerkungen

Zu Artikel 1 – Änderung des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes

1. § 13 Abs. 6 SAG und § 42 Abs. 3 Nr. 1 SAG

a) In § 13 Abs. 6 SAG wie auch in § 42 Abs. 3 Nr. 1 SAG sollte gesetzlich klargestellt werden, dass die geforderte Datenbank in einer oder mehreren zentralen Datenbanken geführt werden kann. Es kann aus organisatorischen oder rechtlichen Gründen erforderlich sein, mehr als eine zentrale Datenbank zu etablieren. Vor diesem Hintergrund hat beispielsweise die Bank of England bereits gegenüber den von ihr beaufsichtigten Instituten klargestellt, dass der Schwerpunkt nicht auf der Anzahl der Systeme, sondern darauf liegt, dass das System zeitnah in der Lage ist, die geforderten Informationen über Finanzkontrakte zu reproduzieren. Die Worte „in einer zentralen Datenbank“ sollten in beiden Regelungen daher durch „in zentralen Datenbanken“ ersetzt werden.

b) Ferner sollte gesetzlich ausgeschlossen werden, dass zwei Datenbank-Systeme – eines nach § 13 SAG und eines nach § 42 SAG – nebeneinander aufgebaut werden müssen, wenn sich Aufsichtsbehörde und Abwicklungsbehörde diesbezüglich nicht einigen konnten. Das Risiko einer fehlenden Einigung ist deshalb gegeben, weil das Gesetz abweichend vom Regierungsentwurf nur eine Mitwirkung in Form des "Benehmens" der beiden Behörden verlangt. Um dies auszuschließen, könnte § 42 Abs. 3 SAG in etwa wie folgt ergänzt werden: "Soweit die Aufsichtsbehörde nicht bereits von ihrer Befugnis nach § 13 Abs. 6 SAG Gebrauch gemacht hat".

2. § 60a SAG-RefE

a) Die BRRD, die durch das SAG in deutsches Recht umgesetzt werden soll, sieht – über die in Art. 55 BRRD und durch § 55 SAG umgesetzte Verpflichtung hinaus – keine entsprechende Verpflichtung vor, die Anerkennung der vorübergehenden Aussetzung von Beendigungsrechten (Anerkennung der Suspendierungswirkung) vertraglich zu vereinbaren. Es gibt somit keine EU-rechtliche Grundlage für diese Regelung. Bereits die Umsetzung der Verpflichtungen aus Art. 55 BRRD mit § 55 SAG stellt die Institute vor zum Teil kaum zu bewältigende Herausforderungen, zumal auch hier der Anwendungsbereich zu weit gefasst wurde bzw. die Ausnahmen offenbar sehr weit eingeschränkt werden sollen (zu unseren grundsätzlichen Bedenken gegenüber dem EBA-Entwurf

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

für technische Standards zur Konkretisierung der Anforderungen aus Art. 55 BRRD sowie den Grenzen des Mittels der vertraglichen Vereinbarung zur Umsetzung aufsichtlicher Maßnahmen vgl. die als **Anlage** beigefügte Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft zum EBA-Konsultationspapier (EBA/CP2014/33) vom 5. Februar 2015).

b) Sollte trotz der erheblichen Bedenken an dem Ansatz einer gesonderten, von der BRRD nicht geforderten gesetzlichen Regelung festgehalten werden, müsste der vorgeschlagene neue §60a SAG-RefE zumindest in mehreren Punkten erheblich geändert und überarbeitet werden, um sicherzustellen, dass der angestrebte Regelungszweck erreicht wird. Darüber hinaus ist – wegen der Auswirkungen auf internationale Geschäftsbeziehungen und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen – eine enge internationale Koordination und weitestgehende inhaltliche Abstimmung sowohl im Vorfeld hinsichtlich der gesetzgeberischen Maßnahmen als auch bei der Anwendung und Umsetzung in diesem Bereich unerlässlich.

aa) Persönlicher Anwendungsbereich/Adressaten der Verpflichtungen - § 60a Abs. 1 Satz 1 SAG-RefE

Die nach § 60a SAG-RefE geforderte vertragliche Bestimmung über die Anerkennung einer vorübergehenden Aussetzung von Beendigungsrechten (Anerkennung der Suspendierungswirkung) stellt für alle Gegenparteien eine empfindliche Einschränkung ihrer Rechte dar. Soweit die Gegenparteien nicht selbst Adressaten der Verpflichtungen aus § 60a SAG-RefE sind oder aufgrund inhaltlich entsprechender aufsichtsrechtlicher Vorgaben ihrer jeweiligen Aufsichtsbehörde vergleichbaren Pflichten unterliegen, werden diese kaum bereit sein, solche vertraglichen Bestimmungen zu akzeptieren bzw. die Geschäfte mit Vertragsparteien durchzuführen, die nicht entsprechenden Verpflichtungen unterliegen und deshalb nicht entsprechende Vertragsklauseln fordern. Dies wird bereits durch die Erfahrungen mit dem ISDA 2014 Resolution Stay Protocol bestätigt, wo sich deutlich gezeigt hat, dass die Gegenparteien der Institute einen Beitritt ganz überwiegend ablehnen.

bb) Sachlicher Anwendungsbereich - § 60a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 SAG-RefE (Abgrenzung zwischen In- und Ausland/eine Beschränkung auf Drittstaaten)

Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich auf sämtliche Vertragsbeziehungen, die nicht dem deutschen Recht unterliegen, bzw. bei denen die Gegenpartei nicht in Deutschland ansässig ist (zu den grundsätzlichen Bedenken gegenüber dieser zusätzlichen Anknüpfung an den Sitz, siehe unten). Die Verpflichtung würde damit auch für Vertragsbeziehungen gelten, die dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegen bzw. gegenüber Vertragsparteien gelten, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben. Die nach § 60a SAG-RefE geforderten vertraglichen Vereinbarungen sind jedoch bei allen dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegenden Verträgen bzw. hinsichtlich Vertragsbeziehungen mit Vertragspartnern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nicht erforderlich, da die vorübergehende Aussetzung von Beendigungsrechten aufgrund von Abwicklungsmaßnahmen kraft der jeweiligen nationalen, die BRRD umsetzenden Bestimmungen gesichert ist. Eine gesonderte vertragliche Vereinbarung zur Anerkennung ist in diesen Fällen daher überflüssig und sinnlos. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs ist damit unverhältnismäßig. Das Erfordernis vertraglicher Vereinbarungen über die Anerkennung auch im Hinblick auf Vertragsbeziehungen, die dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegen, würde auch der Systematik der BRRD zuwiderlaufen. Denn diese differenziert für die Zwecke der inhaltlich eng verwandten Verpflichtung über die vertragliche Anerkennung des Bail-in in Art. 55 BRRD klar zwischen Vertragsbeziehungen, die dem Recht eines Mitgliedstaates bzw. dem Recht eines Drittstaates mit gleichwertigen Abwicklungsrechten unterliegen, einerseits, und Vertragsbeziehungen, die den Rechten sonstiger Drittstaaten ohne

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

vergleichbare Abwicklungsrechte unterliegen, andererseits. Dies folgt unter anderem unmittelbar aus Art. 55 Abs. 1 zweiter Unterabsatz BRRD und entspricht auch dem Verständnis der europäischen Bankaufsichtsbehörde EBA (wie im Rahmen der öffentlichen Anhörung der EBA am 9. Januar 2015 zum EBA-Konsultationspapier (EBA/CP2014/33) geäußert und zuletzt auch nochmals bestätigt durch den Entwurf für technische Standards für die Mindestinformationen zu Finanzkontrakten (Konsultationspapier EBA/CP/2015/04), in dem für die Datenerfassung ebenfalls lediglich eine Unterscheidung nach Vertragsstatut eines Mitgliedstaates einerseits und eines Drittstaates andererseits verlangt wird). Es gibt keinen sachlichen Grund, von dieser Systematik für die dem § 60a SAG-RefE zugrunde liegenden Zwecke abzuweichen. Der sachliche Anwendungsbereich ist daher – um eine unverhältnismäßige Ausdehnung des Anwendungsbereichs zu vermeiden – auf Verträge zu beschränken, die dem Recht eines Drittstaates unterliegen (zu der darüber hinaus bestehenden Notwendigkeit der Beschränkung einer Anknüpfung an das Vertragsstatut, siehe unten).

cc) Sachlicher Anwendungsbereich - § 60a Abs. 1 Satz 1 SAG-RefE (unzulässige Anknüpfung an Sitz der Gegenpartei/keine Beschränkung auf das Vertragsstatut)

Der sachliche Anwendungsbereich knüpft nicht nur an das Vertragsstatut an, sondern zusätzlich auch an den Sitz der Gegenpartei. Hierdurch wird wiederum ohne erkennbaren Grund von der Systematik der BRRD und im Übrigen auch des SAG abgewichen: Die inhaltlich verwandten Verpflichtungen aus Art. 55 BRRD über die vertragliche Anerkennung - und damit auch des § 55 SAG - knüpfen ausschließlich an das Vertragsstatut an und stellen nicht zusätzlich auf andere Bezüge zu Drittstaaten ab. Dass der BRRD dieses Verständnis zugrunde liegt, wurde ebenfalls in der öffentlichen Anhörung der EBA am 9. Januar 2015 zum EBA-Konsultationspapier (EBA/CP2014/33) von der EBA erklärt und zudem erst vor kurzem durch den oben genannten EBA-Entwurf für technische Standards für die Mindestinformationen zu Finanzkontrakten (Konsultationspapier EBA/CP/2015/04) noch einmal bestätigt. Die Beschränkung auf den alleinigen Anknüpfungspunkt des Vertragsstatuts trägt dem Umstand Rechnung, dass es bei der rechtlichen Durchsetzbarkeit der Suspendierungswirkung vor allem darauf ankommt, dass das im Streitfall zuständige Gericht in seiner Bewertung die entsprechenden gesetzlichen Regelungen des zuständigen Abwicklungsregimes einbezieht. Das ist aber bereits über die Anknüpfung an das Vertragsstatut und dem vereinbarten Gerichtsstand gewährleistet.

dd) Anzuerkennende Bestimmungen - § 60a Abs. 1 Nr. 1 und 2 SAG-RefE (unzutreffender Verweise auf Vorschriften des §§ 82 und 83 und 144)

Die Suspendierungsrechte der zuständigen Abwicklungsbehörde, die Gegenstand der Regelung des § 60a SAG-RefE sind, ergeben sich ausschließlich aus § 84 SAG ggf. in Verbindung mit § 144 Abs. 3 Nr. 1 sowie § 169 Abs. 5 Nr. 4 SAG. Die weiteren Bestimmungen, auf die verwiesen wird (§§ 82 und 83 SAG, § 144 SAG mit Ausnahme von Abs. 3 Nr. 1, § 169 SAG mit Ausnahme von Abs. 5 Nr. 4), betreffen andere Rechte der Abwicklungsbehörde bzw. Aspekte, die in keinem Zusammenhang mit dem besonderen Regelungsgegenstand (Suspendierungsrechte im Hinblick auf Finanzkontrakte) stehen. Die nach § 60a SAG-RefE geforderten vertraglichen Vereinbarungen müssten daher Bestimmungen des SAG mitumfassen, die für die Erfüllung des Regelungszwecks nicht benötigt werden, aber die Akzeptanz für die Gegenpartei noch weiter erschweren, da diese die Konsequenzen noch unüberschaubarer machen, als sie ohnehin schon sind. Die Verweise müssten daher entsprechend angepasst werden.

ee) Ausgenommene Verbindlichkeiten - § 60a Abs. 2 SAG-RefE (fehlende Ausnahme für Gegenparteien im Sinne des § 84 Abs. 4 SAG)

Es fehlt bislang eine ausdrückliche Ausnahmeregelung für Verbindlichkeiten gegenüber zentralen Gegenparteien und den weiteren, in § 84 Abs. 4 SAG aufgeführten Gegenparteien. Gegenüber diesen Gegenparteien können keine Suspendierungsrechte angeordnet werden und es wird den Verpflichteten zudem gar nicht möglich sein, diesen gegenüber vertraglichen Vereinbarungen über die Anerkennung von Suspendierungsrechten durchzusetzen.

ff) Stichtagsregelung - § 60a Abs. 2 SAG-RefE (Berücksichtigung der Wirkung von Saldierungsvereinbarungen/des Close-out Nettings)

Die Stichtagsregelung berücksichtigt nicht die Wirkung von Nettingvereinbarungen: Durch Saldierungsvereinbarungen bzw. ein Close-out Netting (im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 43 SAG) wird eine einheitliche Verbindlichkeit (Nettoforderung) gebildet, die sämtliche Verbindlichkeiten aus den unter dem jeweiligen Rahmenvertrag abgeschlossenen Einzelabschlüssen umfasst. Eine Abgrenzung nach einem bestimmten Stichtag ist hier nicht möglich und auch nicht zielführend. Es wäre daher klarzustellen, dass im Fall von Finanzkontrakten, die von einer Saldierungsvereinbarung erfasst sind, die Verpflichtung gemäß Absatz 1 auch für Verbindlichkeiten gilt, die vor dem Stichtag begründet worden sind. Andernfalls könnte die Regelung des § 60a SAG-RefE die Einheitlichkeit von Saldierungsvereinbarungen in Frage stellen.

gg) Keine AGB-Kontrolle für die gesetzlich geforderten Vereinbarungen - § 60a Abs. 3 SAG-RefE (Aufnahme eines neuen Absatzes 4)

Sofern nicht der Anwendungsbereich der Verpflichtungen auf Verträge beschränkt wird, die dem Recht eines Drittstaates unterliegen, müssen die nach § 60a SAG-RefE geforderten vertraglichen Vereinbarungen der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. des BGB entzogen sein, da sie ansonsten – allein wegen ihrer einseitigen Wirkung - rechtlich angreifbar sein werden.

hh) Begründung zu § 60a SAG-RefE

In der Begründung zu Art. 1 Nr. 14 wird auf das so genannte ISDA Protokoll (ISDA Resolution Stay Protocol) eingegangen (um Unklarheiten zu vermeiden, sollte erwogen werden, den vollständigen Titel des betreffenden Protokolls zu nennen). Wir begrüßen die Klarstellung, dass mit Zeichnung des Protokolls, die Verpflichtungen aus § 60a SAG SAG-RefE als erfüllt anzusehen sind.

Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass das ISDA 2014 Resolution Stay Protocol nur für einen Teil der Vertragsbeziehungen eingesetzt werden kann. Eine Vielzahl von Vertragsbeziehungen basiert auf Rahmenvertragsdokumentationen für Finanzgeschäfte, die nicht über das ISDA Protokollverfahren erfasst werden können. Hierzu zählen, jedenfalls solange das Verfahren nicht entsprechend erweitert wird, etwa sämtliche auf Basis der internationalen Rahmenvertragsdokumentationen für Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte abgeschlossene Geschäfte (GMSLA und GMRA-Master Agreements) sowie die auf Grundlage der deutschen Rahmenvertragsdokumentationen (Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte und Rahmenvertrag für Wertpapierdarlehen und Rahmenvertrag für Wertpapierpensionsgeschäfte). Die Anzahl dieser nicht über das ISDA-Protokoll erreichbaren Vertragsbeziehungen wäre umso größer, wenn der Anwendungsbereich der Verpflichtungen

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

nicht auf Vertragsbeziehungen beschränkt wird, deren Vertragsstatut das Recht eines Drittstaates ist. Ein vergleichbares Protokollverfahren existiert für diese Dokumentationen nicht. Es würde auch zudem auch nicht von allen Gegenparteien angenommen. Insbesondere bei nichtfinanziellen Gegenparteien ist zu erwarten, dass diese nicht an einem Protokoll-Verfahren teilnehmen.

3. § 82 SAG -RefE

In § 82 Abs. 5 SAG sollte klargestellt werden, dass die Bundesanstalt bzw. die Bundesregierung eine zu diesem Zeitpunkt bereits angewendete Maßnahme nach §§ 46 und 46g des KWG unverzüglich aussetzen muss, es sei denn die Abwicklungsbehörde stimmt der Maßnahme in ihrer Anordnung der Abwicklungsmaßnahme ausdrücklich zu.

4. § 84 SAG

Bislang wird nur in § 84 Abs. 4 SAG eine Ausnahme für Geschäfte über zentrale Gegenparteien und Systemen bzw. Systembetreibern begründet. Diese Ausnahme gilt aber nur für den engen Fall der Anordnung der Aussetzung von Beendigungsrechten und nicht für sonstige Abwicklungsmaßnahmen. Es fehlt bislang jede Klarstellung, dass auch weitere Abwicklungsmaßnahmen, etwa in Form eines Bail-in im Hinblick auf diese Gegenparteien nicht durchgeführt werden (können und sollten).

5. § 91 SAG

Beim gesetzlich angeordneten Ausschluss von bestimmten Verbindlichkeiten vom Anwendungsbereich des Instruments der Gläubigerbeteiligung sollte in § 91 Abs. 2 Nr. 2 SAG sichergestellt werden, dass bei der Feststellung, ob Verbindlichkeiten ganz oder teilweise durch Sicherheiten gedeckt sind, Saldierungsvereinbarungen nicht unberücksichtigt bleiben. Diese könnte durch eine Ergänzung dahingehend erreicht werden, dass im Hinblick auf besicherte Verbindlichkeiten, die einer Saldierungsvereinbarung unterliegen, bei der Feststellung des Umfangs der Besicherung oder Deckung der Nettowert der Verbindlichkeiten maßgeblich ist.

6. Vorschlag zur Anpassung des § 93 und Aufnahme eines neuen § 93a SAG

Die Schutzbestimmungen für Finanzkontrakte sind in der BRRD in einem eigenständigen Kapitel (Schutzbestimmungen – Art. 73 bis 89 BRRD) geregelt. Im SAG sind die entsprechenden Regelungen auf verschiedene Stellen verteilt und gelten damit ggf. nur für bestimmte Regelungsaspekte, Arten von Finanzkontrakten oder Maßnahmen. So gelten etwa die Schutzbestimmungen des SAG im Fall einer Gläubigerbeteiligung nur für Derivate und damit nicht für vergleichbare Finanzkontrakte, die ebenfalls Saldierungsvereinbarungen unterliegen. Eine solche Einschränkung des Schutzes allein auf Derivate widerspricht den Vorgaben der BRRD und ist auch aufgrund der identischen Interessenlage bei anderen Finanzkontrakten, insbesondere Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäften, nicht gerechtfertigt. Zudem wäre in § 93 noch klarzustellen, dass die Ausnahmen in Abs. 2 auch für die in § 91 Abs. 2 Nrn. 2 und 5 geregelten Fälle (besicherte Verbindlichkeiten und kurzfristige Verbindlichkeiten) gelten.

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

Zu diesem Zweck wäre § 93 anzupassen und eine neue Bestimmung (neuer § 93a) über die entsprechende Geltung der Regelungen für Derivate für andere Finanzkontrakte einzufügen.

Formulierungsvorschlag:

§ 93

Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung in Bezug auf Verbindlichkeiten aus Derivaten

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

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

§ 93a

Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung in Bezug auf Verbindlichkeiten aus Wertpapierkontrakten. Die Bestimmungen des § 93 gelten entsprechend für Wertpapierkontrakte im Sinne von § 2 Absatz 3 Ziffer 21 Buchstabe a), die nicht Derivate sind

7. § 144 SAG

a) In § 144 Abs. 1 Satz 1 SAG wäre der Verweis auf die §§ 82 bis 84 SAG in einen Verweis auf § 82 SAG zu ändern. Für die Zwecke des § 144 Abs. 1 SAG kann lediglich eine Aussetzung nach § 82 Abs. 1 SAG relevant sein. Die Beschränkung der Beendigungsrechts und des Rechts zur Verwertung von Sicherheiten darf jedenfalls keine Hauptleistungspflicht betreffen.

b) Mit Aufnahme des § 60a SAG SAG-RefE wird der bisherige § 144 Abs. 5 SAG gegenstandslos bzw. redundant. § 144 Abs. 5 SAG sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Die Regelung war ohnehin viel zu weit gefasst und praktisch nicht umsetzbar, nicht zuletzt weil die hier begründeten Pflichten ohne jede Einschränkung des Anwendungsbereichs sämtliche „Musterverträge“ erfassen, und damit letztlich praktisch alle Bedingungswerke, Standardverträge und Formulare selbst bei rein innereuropäischen Sachverhalten und unabhängig vom Vertragsgegenstand.

Zu Artikel 2 – Änderung des Kreditwesengesetzes

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

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

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

Insgesamt plädieren wir vor dem Hintergrund des im Regelfall funktionierenden Abstimmungsprozesses bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben (Fachgremium MaRisk) bzw. bei der Konkretisierung der Verwaltungspraxis per Rundschreiben für die Beibehaltung des bisherigen Wegs, d. h. die Aufrechterhaltung der MaRisk. Sollte eine Verordnungsermächtigung aufgrund einer europarechtlichen Notwendigkeit unumgänglich sein, muss darauf geachtet werden, dass die bisherige Methodenfreiheit sowie der Proportionalitätsgrundsatz dadurch nicht eingeschränkt werden.

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

2. § 25b KWG

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu § 25a KWG.

3. § 25d KWG-RefE

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

Von der Änderung des Artikels 2 Nr. 15 ist konkret die Verpflichtung zur Bildung von Ausschüssen betroffen. Die vorgesehene gesetzliche Änderung soll den Anwendungsbereich des § 25d Abs. 7 bis 12 KWG nunmehr auf alle Institute, Finanzholdinggesellschaften oder gemischte Finanzholdinggesellschaften erstrecken, auch wenn diese nicht „von erheblicher Bedeutung“ sind. Institute von erheblicher Bedeutung sollen künftig unabhängig von der Selbsteinschätzung gemäß § 25d Abs. 7 Satz 1 KWG stets zur Bildung von Ausschüssen verpflichtet sein. Dies verstößt unseres Erachtens gegen den Proportionalitätsgrundsatz und geht im Übrigen auch deutlich über die europäischen Vorgaben hinaus (**goldplating**).

Dies gilt auch für die in der Begründung zum Referentenentwurf vorgesehene Klarstellung, dass das Verwaltungs- und Aufsichtsorgan die Kontrollfunktion, die in § 25d Abs. 8 bis 12 KWG gegebenenfalls zu bildenden Ausschüssen zugewiesen wird, wahrnehmen muss, sofern von der Bildung von Ausschüssen abgesehen wird. Eine derartige Regelung würde auch die unsachgerechte Aufblähung der Aufgaben des Aufsichtsorgans nicht bedeutender Institute zur Folge haben. Die Interessen kreditwirtschaftlicher Verbundgruppen werden in §§ 25c und 25d KWG im Übrigen weiterhin nicht ausreichend berücksichtigt. Die Überwachung und Kontrolle dezentral organisierter Verbundgruppen wird damit beeinträchtigt.

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

a) § 25d Abs. 7 Satz 1 KWG

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

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

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

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

Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des Finanzmarktanpassungsgesetzes Institute, die „nicht von erheblicher Bedeutung“ sind, gemäß § 25d Abs. 7 KWG, der für die Anwendbarkeit der Absätze 8 bis 12 nur auf Unternehmen nach Absatz 3 Satz 1 verweist – also auf CRR-Institute von erheblicher Bedeutung –, aus dem Anwendungsbereich der Absätze 8 bis 12 herausgenommen. In der gleichen Weise war durch das Finanzmarktanpassungsgesetz auch der Anwendungsbereich der Mandatshöchstgrenzen der CRD IV auf bedeutende Institute beschränkt worden. Der aktuell geltende Wortlaut des Gesetzes stellt eine **richtlinienkonforme Umsetzung dar**, vgl. Art. 76 Abs. 3 Satz 1, 88 Abs. 2 Satz 1, 95 Abs. 1 der Richtlinie 2013/36/EU, und sollte daher in der aktuellen Form **beibehalten werden**.

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

b) Begründung des Referentenentwurfs zu § 25d Abs. 7 KWG, Buchstaben c und d

Nach der vorgesehenen Begründung des Referentenentwurfs soll für den Fall, dass keine Ausschüsse bestellt werden, das Verwaltungs- und Aufsichtsorgan die Kontrollfunktionen wahrnehmen, die in den Absätzen 8 bis 12 des § 25d KWG den Ausschüssen zugewiesen werden.

Auch diese Regelung geht über die europäischen Vorgaben hinaus, die – wie unter a) ausgeführt – eine derartige Anforderung nicht enthält und ist vom aktuellen Gesetzeswortlaut nicht gedeckt.

So hat der deutsche Gesetzgeber in § 25d Abs. 7 bis 12 KWG geregelt, dass die dort genannten Ausschüsse nur von Unternehmen, die von erheblicher Bedeutung sind, zu bilden sind und auch von diesen nur in Abhängigkeit von der Größe, der internen Organisation und der Art, des Umfangs, der Komplexität und dem Risikogehalt der Geschäfte des Unternehmens. Lediglich die Aufgaben des Risikoausschusses gemäß § 25d Abs. 8 Satz 10 KWG

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

sind auch dann vom Gesamtaufsichtsorgan wahrzunehmen, wenn kein Ausschuss gebildet wurde. Im Umkehrschluss ist das Gesamtaufsichtsorgan nur bei einer solchen expliziten Aussage zur Wahrnehmung der genannten Aufgaben verpflichtet. Eine solche fehlt jedoch bei den anderen in § 25d Abs. 7 ff KWG genannten Aufgaben.

Die im Referentenentwurf formulierte Verpflichtung des Gesamtaufsichtsorgans für den Fall, dass keine Ausschüsse bestellt werden, die Kontrollfunktionen gemäß § 25d Abs. 8 bis 12 KWG wahrzunehmen, bedürfte daher einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage, die im Referentenentwurf jedoch nicht enthalten ist. Eine Anmerkung in der Begründung wird nicht als ausreichend erachtet.

Es verstößt im Übrigen gegen den Proportionalitätsgrundsatz, dass die Aufsichtsorgane kleiner oder mittelgroßer Institute mit in der Regel einfachem und risikoarmem Geschäftsmodell, die im Rahmen von Proportionalitätserwägungen von der Bildung von Ausschüssen absehen können, die den Ausschüssen zugewiesenen Kontrollfunktionen dennoch im Gesamtaufsichtsorgan wahrnehmen müssen.

Hinzu kommt, dass, wie bereits unter a), letzter Absatz ausgeführt, einzelne Aufgaben bereits aufgrund sparsamen- bzw. genossenschaftsrechtlicher Vorgaben von kleinen und mittelgroßen Instituten dieser beiden Säulen nicht wahrgenommen werden können.

Im Ergebnis würde dies zudem eine künstliche zeitliche und organisatorische „Aufblähung“ der Aufgaben des Aufsichtsorgans nicht bedeutender Institute bedeuten, die auch aus regulatorischer Sicht nicht geboten ist. So hat sich in der Finanzkrise gerade die Arbeitsweise der Aufsichtsorgane nicht bedeutender Institute bewährt. Die Ausweitung der regulatorischen Vorschriften für diese Institute ist daher nicht sachgerecht.

Vertretbar erschiene allenfalls eine Regelung, die den CRR-Instituten von nicht erheblicher Bedeutung nicht nur ein Ermessen einräumt, ob Ausschüsse eingerichtet werden, sondern ihnen auch bei fehlender Einrichtung ein Ermessen zubilligt, ob bzw. in welchem Umfang die in § 25d Abs. 8 bis 12 KWG genannten Aufgaben vom Aufsichtsorgan wahrzunehmen sind. Der letzte Satz in der Begründung zu Ziff. 15 c) und d) des Referentenentwurfs könnte wie folgt ergänzt werden: „...bestellt, nimmt es **unter Berücksichtigung der Kriterien nach Absatz 7 Satz 1** auch die Kontrollfunktion wahr, die in Absätzen 8 bis 12 den Ausschüssen zugewiesen werden.“

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

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

Institute von erheblicher Bedeutung hätten durch den Verweis der Absätze 8 bis 12 auf Absatz 3 Satz 1 und 2 und durch die Streichung des Verweises auf Absatz 7 nunmehr stets die entsprechenden Ausschüsse zu bilden. Dies entspricht nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und steht auch nicht im Einklang mit der CRD IV-Richtlinie. Auch bei Instituten von erheblicher Bedeutung (also insbesondere ab einer Bilanzsumme von

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

15 Mrd. €) müssen die in Absatz 7 genannten Kriterien zur Anwendung kommen. Institute mit einer Bilanzsumme über 15 Mrd. €, die ein risikoarmes und nicht komplexes Geschäftsmodell haben, können nicht mit Großbanken gleichgestellt werden. Der Verweis auf Absatz 7 ist in den Absätzen 8 bis 12 daher wieder aufzunehmen. Nur so wird dem Proportionalitätsgrundsatz Rechnung getragen.

d) Begründung des Referentenentwurfs zu Art. 2 Nr. 15 b) bb)

In der Begründung des Referentenentwurfs wird darauf verwiesen, dass das Verbot der gleichzeitigen Leitung und Kontrolle eines Institutes zur Umsetzung von Art. 88 Abs. 1 e der CRD IV-Richtlinie diene. Da die CRD IV-Richtlinie jedoch lediglich vorsieht, dass der Vorsitzende des Aufsichtsorgans nicht gleichzeitig im selben Unternehmen Geschäftsleiter sein darf, ist die Begründung unzutreffend und sollte entsprechend korrigiert werden.

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

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

§ 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 bis 3 KWG regelt verschiedene Privilegierungstatbestände, innerhalb derer eine Kumulierung mehrerer Mandate auf ein auf die Höchstgrenze anzurechnendes Mandat erfolgen kann.

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

Für die Zulässigkeit einer solchen doppelten Kumulierung sprechen folgende Gesichtspunkte:

- Privilegierungstatbestände haben den gleichen Regelungszweck
Die Privilegierungstatbestände haben alle den gleichen Regelungszweck. Aufgrund der engen wirtschaftlichen und rechtlichen Verbundenheit zieht die gleichzeitige Mandatswahrnehmung eine Verbesserung der Aufsicht nach sich.
- Es besteht kein Differenzierungsgrund zwischen den Privilegierungstatbeständen
Der europäische Gesetzgeber hat mit der Einführung der Fallgruppen keine unterschiedlichen oder weitergehenden Ziele verfolgt, deren Erreichen durch eine tatbestandsübergreifende Kumulierung verhindert würde. Es gibt kein Verhältnis zwischen den Privilegierungstatbeständen, das eine tatbestandsübergreifende Anwendung ausschließen würde.
- Gesetzesziel wird auch bei tatbestandsübergreifender Kumulierung gewahrt

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

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

- o Gesetzgeber hat keine dieser Wertung gegenteilige Aussage getroffen

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

- o Da die Fälle gleichwertig sind, ist Gleichbehandlung geboten

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

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

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

5. Kumulierung von Mandaten in Unternehmens- und Versicherungsgruppen - Vorschlag zur Neuregelung des § 25c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und § 25d Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KWG

Der Begriff der „Gruppe“ in Artikel 91 CRD IV sollte so ins nationale Recht umgesetzt werden, dass auch Mandate in „Unternehmensgruppen“ und Mandate innerhalb kreditwirtschaftlicher Verbände als ein Mandat gelten.

Wir schlagen folgende Gesetzesänderung vor:

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

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

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

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

Eine entsprechende Vorschrift ist essentiell, da die Mandatswahrnehmung im Bereich von Versicherungsgruppen bei gleichzeitiger Wahrnehmung eines kreditwirtschaftlichen Mandates ohne eine entsprechende Kumulierung erheblich erschwert wird. Hervorzuheben ist, dass dieses Petikum lediglich auf die Zusammenrechnung von Mandaten innerhalb eines Versicherungskonzerns zielt, nicht jedoch auf sämtliche Versicherungsmandate eines Mandatsträgers in verschiedenen Konzernen.

Im Bereich von anderen Unternehmensgruppen ist eine Mandatswahrnehmung ohne eine entsprechende Kumulierung insbesondere in den Fällen nicht mehr möglich, in denen ein Institut, eine Finanzholding-Gesellschaft oder eine gemischten Finanzholding-Gesellschaft Teil eines Industriekonzerne ist. Die Vorstände von Industriekonzerne üben in der Regel mehr als drei Aufsichtsratsmandate bei weiteren Tochterunternehmen des Konzerns aus. Nach der derzeitigen Gesetzeslage können sie daher kein Aufsichtsratsmandat mehr bei der konzern-eigenen Finanzdienstleistungstochter wahrnehmen.

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

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

Damit sich kleine und mittlere Institute stabil im Wettbewerb platzieren können, ist es auch von Seiten der Aufsicht wünschenswert, dass Ressourcen gebündelt werden und damit die Effizienz gesteigert wird. Diese Auswirkungen wurden bei Einführung des CRD IV-Umsetzungsgesetzes vom Gesetzgeber übersehen und sollten nunmehr korrigiert werden. Der Vorschlag steht im Einklang mit den europäischen Vorgaben der CRD IV. Artikel 91 Abs. 4 a) CRD IV sieht vor, dass mehrere Mandate innerhalb derselben „Gruppe“ als ein Mandat gelten. Der Gruppenbegriff wird in der CRD IV nicht legal definiert und auch sonst nicht einheitlich verwendet. Der Gruppenbegriff ist daher je nach Normzusammenhang individuell auszulegen. Die Definition hat sich somit am Sinn und Zweck von Artikel 91 CRD IV zu orientieren. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sollen Mandate in Unternehmen, die wirtschaftlich eine Einheit bilden, zu einem Mandat zusammengefasst werden können. Bei Verbundunternehmen greift eine Konzernausnahme nicht, weil diese keiner einheitlichen Leitung unterliegen. Beim Verbund handelt es sich vielmehr um eine insbesondere in Deutschland bekannte alternative Form des Zusammenwirkens mittels mittelbarer oder unmittelbarer Beteiligung bzw. Trägerschaft unter einer dauerhaften

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

Verfolgung des gemeinsamen Verbundinteresses und mittels Organverflechtung. Es ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber – auch durch die Wahl einer Richtlinie – die Besonderheiten einer solchen Verbundlage durch Verwendung eines weiten Gruppen-Begriffs berücksichtigen wollte.

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

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

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

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

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

Stellungnahme zum Referentenentwurf SRM-Anpassungsgesetz (SRM-AnpG)

Zu Art. 2 Nr. 23 / § 46f Abs. 5 KWG-E

In Artikel 2 Nr. 23 wird ein neuer § 46f Abs. 5 KWG vorgeschlagen, nach dem alle von Kreditinstituten begebenen, nicht besicherten und auf einem Kapitalmarkt handelbaren Schuldtitel im Insolvenzfall als nachrangig behandelt werden würden. Eine Ausnahme soll nur für strukturierte Schuldtitel gelten, bei denen die Rückzahlung oder die Höhe des Rückzahlungsbetrages vom Eintritt eines bei Emission noch unsicheren Ereignisses abhängig ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung dient diese Regelung der Schaffung von Rechtssicherheit bei der Anwendung des Instruments der Gläubigerbeteiligung.

Insbesondere zur Frage, welche Verbindlichkeiten aus Sicht der Kreditwirtschaft in den Anwendungsbereich der Regelung fallen sollten, nehmen die DK-Verbände gesondert Stellung.

§ 46b Abs. 1 KWG

Zur Umsetzung der Vorgabe des Art. 86 Abs. 3 BRRD bietet es sich an, § 46b Abs. 1 Satz 4 KWG wie zu ergänzen: *„Hat die Abwicklungsbehörde eine Abwicklungsmaßnahme angeordnet, kann der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nur mit Zustimmung der Abwicklungsbehörde gestellt werden.“*

§ 64s Abs. 2 KWG

Vor dem Hintergrund des kommenden Verordnungsvorschlags für eine EU-Bankenstrukturreform ist der deutsche Gesetzgeber gefordert, kurzfristig die in Artikel 2 des Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 7. August 2013 vorgesehenen Trennbankenregeln mit den europäischen Planungen zu synchronisieren. Im Interesse der Rechts- und Planungssicherheit für die betroffenen deutschen Institute sollte nicht mit nationalen – ggf. nach Verabschiedung der Verordnung noch zu modifizierenden – Regeln europäischen Vorgaben für eine Bankenstrukturreform vorgegriffen werden. Eine kurzfristige Änderung bzw. Verschiebung des Anwendungszeitpunkts der deutschen Trennbankenregeln ist daher geboten.

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

Zu Artikel 3 - Änderung des Restrukturierungsfondsgesetzes

1. § 3b RStruktFG-RefE

In §3b RStruktFG müsste die Bezugnahme auf „§ 17“ durch „§ 16“ (siehe die Änderung Nr. 29) ersetzt werden.

2. § 12 RStruktFG-RefE

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

3. § 12j RStruktFG-RefE

Wie sowohl bereits von der Deutschen Bundesbank (Monatsbericht Juni 2014, S. 52) als auch vom Bundesrat (BR-Drucks. 357/14, S. 20) gefordert, sollten **Altmittel des Restrukturierungsfonds aus den Beitragsjahren 2011 bis 2014**, sofern sie nicht zur Deckung der Ausgleichsverpflichtung gemäß § 13 Abs. 2a FMStFG benötigt werden, zur Entlastung der zum SRF beitragspflichtigen Institute eingesetzt werden. Andernfalls würde eine Doppelbelastung von deutschen Instituten geschaffen, die erst in den nationalen Fonds und künftig erneut in den einheitlichen Abwicklungsfonds einzahlen müssten. Um dies zu vermeiden, eröffnet die SRM-VO den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Altmittel bestehender nationaler Fonds **zur Beitragsentlastung einzusetzen**. Hiervon sollte der Gesetzgeber Gebrauch machen und auf die in § 12j RStruktFG-RefE vorgesehenen Regelungen zur Brückenfinanzierung der deutschen Kammern des SRF verzichten.

Zu Artikel 4 - Änderung des Pfandbriefgesetzes

Wir begrüßen die im Referentenentwurf enthaltenen Änderungen zum PfandBG, insbesondere die in § 20 vorgeschlagene Klarstellung zum Insolvenzvorrecht der Pfandbriefgläubiger bzw. zur 10 %-Grenze. Damit wird die gesetzliche Regelung auch ihrem Wortlaut nach an die spezifischen Anforderungen staatlich garantierter Exportkreditfinanzierungen angepasst.

Zu Artikel 5 - Änderung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes

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

Zu Artikel 7 - Änderung der Prüfungsberichtsverordnung

1. § 14a PrüfbV-RefE

Gemäß § 14a PrüfbV-RefE soll der Prüfer über die Einhaltung der Pflichten aus Derivatgeschäften und für zentrale Gegenparteien gemäß der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (EMIR) berichten. Für die Auslegung der Verordnung haben ESMA, Europäische Kommission und die BaFin jeweils FAQ und gegebenenfalls technische Standards veröffentlicht. Diese sind wesentliche Leitlinien für die praktische Umsetzung der Pflichten (wenn auch nicht unmittelbar bindend). Im Rahmen der Prüfung sollten diese Auslegungsinstrumente mit berücksichtigt werden. Wir bitten daher den Text der PrüfbV-E bzw. die Begründung gegebenenfalls anzupassen unter Berücksichtigung der folgenden Punkte:

- **§ 14a Abs. 1:** Fehlender Verweis auf technische Standards: Die Reichweite der Clearingpflicht gilt nur soweit (betroffene Derivateklassen) und erst ab dem Zeitpunkt (Übergangsregelung), zu dem dies in den noch ausstehenden technischen Standards zur EU-Verordnung Nr. 648/2012 (EMIR) festgelegt wird. Vorschlag für die Formulierung von Satz 1: Der Abschlussprüfer hat die Verfahren zur Ermittlung aller OTC-Derivate-Kontrakte, **die auf Grundlage der jeweiligen technischen Regulierungsstandards** der Pflicht zum Clearing durch eine zentrale Gegenpartei unterliegen, [...]
- **§ 14a Abs. 3:**
- Nrn. 1 und 2/fehlende Verweise auf technische Standards: Während in Nr. 3 die zur Konkretisierung des Inhalts der Pflichten maßgebliche Bestimmung der Delegierten Verordnung Nr. 149/2013 ausdrücklich genannt wird (sogar unter genauestem Hinweis auf die Veröffentlichung im Amtsblatt, der gestrichen werden könnte), fehlt in Nr. 1 und 2 ein entsprechender Verweis.
- **Nr. 3/missverständliche Formulierung:** Formulierung „den Umfang... Gebrauch gemacht hat“ kann dahingehend missverstanden werden, dass die Verpflichteten eine Portfoliokomprimierung grundsätzlich/stets durchzuführen haben. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr besteht nach den maßgeblichen Regulierungsstandards die Pflicht, zu prüfen ob eine Portfoliokomprimierung durchgeführt werden kann, d. h. sinnvoll zur Verringerung des Gegenparteiausfallrisikos ist (vgl. Art. 14 Abs. 1 der Delegierten Verordnung Nr. 149/2013).
- **Nr. 5/ missverständliche Formulierung:** Ob und in welchem Umfang eine Besicherungspflicht bestehen wird, muss erst noch durch technische Standards zu EMIR festgelegt werden. In Übereinstimmung mit den internationalen Vorgaben wird die Besicherungspflicht aber in jedem Fall nicht für alle Vertragsparteien gelten bzw. es wird viele Ausnahmen hiervon geben. Zudem wird die Einführung der Besicherungspflicht über einen längeren Zeitraum (bis Dezember 2019)) stufenweise erfolgen. Mithin besteht derzeit keine Besicherungspflicht (vielmehr haben die Institute bis zum Inkrafttreten der Pflichten im eigenen Ermessen zu prüfen, ob und wenn, inwieweit und auf welche Weise eine Besicherung vereinbart wird). Dies sollte klargestellt werden, damit nicht der Eindruck entsteht, eine Besicherungspflicht bestünde schon jetzt/in jedem Fall.

2. §§ 52 und 53 PrüfV-RefE

Durch die geplanten §§ 52 und 53 PrüfV-RefE sollen künftig auch die stark regelbasierten Anforderungen des Pfandbriefgesetzes einer kontinuierlichen Überprüfung im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unterzogen werden. In diesem Zusammenhang begrüßen wir, dass in der Gesetzesbegründung ausdrücklich die Grundsätze der Risikoorientierung und Wesentlichkeit bezogen auf die jeweilige Pfandbriefgattung verankert werden; ebenso dass der Jahresabschlussprüfer auf geeignete Prüfungsergebnisse Dritter zurückgreifen kann.

Hingegen können wir die Aussage in der Gesetzesbegründung zu § 53 PrüfV-RefE, wonach sich für die Pfandbriefbanken der Aufwand etwaiger Doppelprüfungen im Rahmen der [neu eingeführten] Jahresabschluss- und der Deckungsprüfungen verringern soll, nicht nachvollziehen. Gerade die Vermeidung von Doppelprüfungen muss die zentrale Prämisse für eine sinnvolle Handhabung der geplanten Regelungen darstellen. Denn Doppelprüfungen, die zu Lasten der Deckungsprüfungen gehen und diese entwerten, schaden nicht nur dem Produkt „Pfandbrief“. Vielmehr sollte in der Gesetzesbegründung explizit festgehalten werden, dass Doppelprüfungen zu vermeiden sind. In Ergänzung dazu sollte zudem verankert werden, dass die Jahresabschlussprüfer nicht die Einhaltung der Beleihungswertermittlungsvorschriften prüfen, da dies der Prüfungsschwerpunkt einer klassischen Deckungsprüfung ist.