

Ausgewählte Rechtsfragen der 7. KWG-Novelle

Die Bundesregierung hat am 24. Februar 2006 den „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie“ vorgelegt.¹⁾ Hierzu hat der Bundesrat am 7. April 2006 Stellung genommen.²⁾ Das Gesetzesvorhaben ist auch Teil der nationalen Umsetzung der genannten Richtlinien und enthält zahlreiche das Kreditwesengesetz betreffende Änderungen.³⁾

Aufsichtsbehördliche Bestimmung von Pflichtprüfungsinhalten

Der Gesetzentwurf sieht in dem neu eingefügten § 30 KWG-E vor, dass die BaFin gegenüber einem Institut und über die branchenspezifischen Abschlussprüferpflichten des § 29 KWG hinaus Bestimmungen über den Inhalt der Rechnungslegungsprüfung treffen kann, die in der Folge vom Institutsprüfer im Rahmen seiner Prüfung nach §§ 316 ff. HGB, 29 KWG zu berücksichtigen sind. Letzteres wiederholt § 29 Abs. 2 S. 4 KWG-E dann noch einmal ausdrücklich. Nach § 30 S. 2 KWG-E soll die BaFin insbesondere Schwerpunkte für die Rechnungslegungsprüfungen festlegen können.

Diese Regelung knüpft an § 36 Abs. 3 WpHG an. Ziel der §§ 30, 29 Abs. 2 S. 4 KWG-E ist es, der Institutsaufsicht mehr Flexibilität zu verschaffen, indem verstärkt auf die individuellen Belange der Institute eingegangen werden kann. Insoweit zielt die Regelung auch auf eine Entlastung der Institute, weil durch die frühzeitige Schwerpunktbildung auf eine gegebenenfalls erforderliche Anordnung einer Sonderprüfung nach § 44 Abs. 1 S. 2 KWG verzichtet werden könne.

Die seitens der Aufsicht selbst durchzuführenden „bankgeschäftlichen Prüfungen“ lässt § 30 KWG-E unberührt. Dass der Abschlussprüfer eine Anordnung der Auf-

sichtsbehörde gegenüber einem Institut auch tatsächlich berücksichtigt, soll § 29 Abs. 2 S. 4 KWG-E sicherstellen.

Des § 29 Abs. 2 S. 4 KWG-E bedarf es im Grunde nicht. Die Pflicht, die nach § 30 KWG-E getroffenen Bestimmungen der BaFin zu berücksichtigen, ergibt sich wortlautgemäß für den Abschlussprüfer bereits aus § 30 KWG-E selbst. Darüber hinaus ist die BaFin als Institutsaufsichtsbehörde gegenüber Abschlussprüfern (§§ 319 HGB, 54, 55 Abs. 1 GenG) nicht aufsichtsbefugt, kann also deren Prüfungstätigkeit ihrerseits nicht überprüfen, dessen Verbesserung einfordern oder gar die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben anordnen. Gleichwohl findet dies nach §§ 30, 29 Abs. 2 S. 4 KWG-E über das aufsichtsunterworfene Institut mittelbar statt.

*Dr. Marcus Geschwandtner, Rechtsanwalt,
DHPG Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer
Steuerberater, Bonn*

Bundesregierung, Bundesrat, Bundestag und zuletzt der Finanzausschuss haben sich mit Änderungen des Kreditwesengesetzes befasst. Und seitens der BaFin wurde dieser Tage angemerkt, dass die monströse Ausweitung der KWG-Bestimmungen zumindest nicht allein der Aufsicht zuzuschreiben, sondern auch auf die Arbeit der vielen Interessenverbände zurückzuführen sei. Die BaFin selbst könne gut mit einer stark verkürzten Fassung leben, die dann freilich mehr unbestimmte und damit auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe beinhalten müsse. Der Autor geht explizit auf relevante Bestimmungen der Abschlussprüfung sowie auf besondere Anordnungs- und Maßnahmebefugnisse der BaFin sowohl gegenüber Einzelinstituten als auch Auslagerungsunternehmen ein. Er befürchtet an einigen Stellen eine weitere Überfrachtung des Gesetzes. (Red.)

Die von der BaFin formulierten Schwerpunkte müssen schutzzweckbezogen, das heißt sie dürfen lediglich besonders branchenveranlasst und müssen für das Institut im Einzelfall verhältnismäßig sein. Mit Rücksicht auf §§ 44 Abs. 1 S. 2, 7 Abs. 1 KWG, Art. 10 u. 11 Aufsichtsrichtlinie handelt es um Prüfungen des Kreditgeschäfts, insbesondere Prüfungen der Werthaltigkeit von Sicherheiten und der Angemessenheit der Risikovorsorge im Kreditgeschäft (nicht-bankgeschäftliche Prüfungen).

Konflikt mit der Eigenverantwortlichkeit von WP's

Den Abschlussprüfern gesetzlich weitere und über §§ 316, 317 HGB, 53 GenG, 29 KWG hinausgehende Prüfungsinhalte aufzuerlegen, ist grundsätzlich zulässig. Insoweit besteht auch kein Konflikt mit der in §§ 43 Abs. 1 S. 1, 44 WPO geregelten Eigenverantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern. Gesetzliche Vorgaben zu achten, ist Teil einer gewissenhaften Berufsausübung (siehe auch §§ 43 Abs. 1 S. 1 WPO, 4 Abs. 1 S. 1 BS WP/vBP).

Aber zwischen § 29 u. § 30 KWG (wie auch § 44 Abs. 1 S. 2 KWG) bestehen wesentliche Unterschiede. § 29 KWG ist eine im KWG angesiedelte, branchenspezifische Rechnungslegungsvorschrift, die in Absatz 1 Satz 1 jeden Institutsprüfer verpflichtet, wirtschaftszweigbezogene Inhalte in seine Rechnungslegungsprüfung nach §§ 316 ff. HGB aufzunehmen.

Im Ergebnis jedoch handelt es sich nur um die gesetzliche Niederlegung der abschlussprüferlichen Selbstverständlichkeit, Prüfungen fachgerecht durchzuführen. § 30 KWG-E hingegen dient der Entlastung der Institute von außerordentlichen, nicht-bankgeschäftlichen Prüfungen nach § 44 Abs. 1 S. 2 KWG. Diese jedoch werden von



der BaFin im Einzelfall angeordnet und sind Teil der freiheitsbeschränkenden Institutsaufsicht (§ 6 Abs. 1 bis 3 KWG).

Sich auf Sonderprüfungen zu bewerben und diese durchzuführen, steht den Wirtschaftsprüfern frei. Sie werden also, anders als dies § 30 KWG-E ermöglicht, von der BaFin nicht nachträglich inhaltlich gebunden. Für den Einzelfall im Rahmen der regelmäßigen Rechnungslegungsprüfung mögliche Problemfelder zu identifizieren und dementsprechend inhaltliche Schwerpunkte festzulegen, ist Sache des Abschlussprüfers selbst.⁴⁾ Freilich kann dies auch im Vorfeld durch den Aufsichtsrat des prüfungsunterworfenen Instituts gesehen.⁵⁾

Ausgestaltung der Prüfungsberichtsverordnung

Im Übrigen öffnet § 30 KWG-E der BaFin Tür und Tor, an § 44 Abs. 1 S. 2 KWG und § 29 Abs. 4 KWG vorbei neue Prüfungsinhalte zu begründen, deren Einhaltung sie dann selbst beaufsichtigt. Dabei ermächtigt § 29 Abs. 4 S. 2 KWG die BaFin bereits, „durch Rechtsverordnung [unter anderem] nähere Bestimmungen über den Gegenstand der Prüfung ... [zu] erlassen“, soweit dies der Schutzzweck des KWG rechtfertigt. Dementsprechend kann die BaFin die Prüfungsberichtsverordnung ausgestalten. Indes bestünde insoweit ein Widerspruch zur Einzelfallermächtigung des § 30 KWG-E. Ferner liefe die Verordnungsermächtigung des § 29 Abs. 4 KWG regelmäßig leer.

Überdies kann die BaFin die aufsichtsrechtliche Sonderprüfungsermächtigung des § 44 Abs. 1 S. 2 KWG, von der sie inzwischen ohnehin viel zu häufig und umfangreich Gebrauch macht, auf leisen Sohlen zu einer rechnungslegungsrechtlichen Regelprüfung umfunktionieren, ohne auf Prüfungsanordnungen nach § 44 Abs. 1 S. 2 KWG verzichten zu müssen. Insofern wäre es verhältnismäßig, für den Fall der Einfügung von § 30 KWG-E den § 44 Abs. 1 S. 2 KWG erneut anlassbezogen auszugestalten.

Offen ist schließlich, zu welchem Zeitpunkt die BaFin die Schwerpunkte festlegen können soll – vor oder nach der Auftragsannahme durch den Abschlussprüfer? In welchem Verhältnis steht dann § 30 KWG-E mit Blick auf die Prüfungsvergabe nach

§ 44 Abs. 1 S. 2 KWG zu § 28 Abs. 1 und vor allem auch Abs. 3 KWG?

Prüferische Durchsicht von Zwischenabschlüssen

Entsprechend § 26 Abs. 1 S. 1 KWG hat ein Institut, das Zwischenabschlüsse erstellt, diese der BaFin und der Deutschen Bundesbank gemäß § 10 Abs. 3 S. 5 KWG-E ohne schuldhaftes Zögern einzureichen. Ferner hat der Abschlussprüfer des Instituts (wie nach § 26 Abs. 1 S. 3 KWG den Abschlussbericht) umgehend „nach Beendigung der prüferischen Durchsicht der Bundesanstalt und der Deutschen Bundesbank [den Zwischenprüfungsbericht] einzureichen.“ (§ 10 Abs. 3 S. 6 KWG-E). Das Gleiche soll nach § 10a Abs. 10 S. 5 und 6 KWG-E für übergeordnete Unternehmen einer Institutsgruppe oder einer Finanzholding-Gruppe und deren Prüfer gelten.

Der Zwischenprüfungsbericht dient dazu, die Richtigkeit der Ermittlung der aufsichtlich zu berücksichtigenden Eigenmittelkomponenten zu bestätigen. Von einer (Legal-)Definition der „prüferischen Durchsicht“ nimmt der Gesetzgeber bewusst Abstand. Es sei noch zu prüfen, ob internationale Entwicklungen in eine künftige gesetzliche Definition einzubeziehen seien. „Bis zu einer gesetzlichen Regelung mag es angemessen sein, zur Auslegung des Begriffs auf in der Praxis entwickelte Grundsätze zurückzugreifen.“

Den durch die berufsständische Praxis in Anlehnung an gesetzliche Vorgaben entwickelten und im IDW-Prüfungsstandard 900 verbindlich niedergelegten Begriff der „prüferischen Durchsicht“ in §§ 10 Abs. 3 S. 6, 10a Abs. 10 S. 6 KWG-E zu verwenden, ohne aber in der Gesetzesbegründung auf den IDW-Prüfungsstandard 900 zu verweisen, sondern stattdessen die Anwendung des Prüfungsstandards offen zu lassen („mag es angemessen sein, zur Auslegung ...“) und vage eine wie auch immer geartete Definition in Aussicht zu stellen, ist rechtssystematisch zweifelhaft und schafft unnötige Rechtsunsicherheit.

Insbesondere sind internationale Entwicklungen in Prüfungsstandards hinreichend berücksichtigt und müssen von Wirtschaftsprüfern ohnehin angewandt werden. Das erfordert bereits die Pflicht zur gewissenhaften und fachgerechten Prüfung.

Sofern der Gesetzgeber, was nach dessen Begründung näher liegt, auf internationale Entwicklungen der Institutsaufsicht abhebt, sollten diese keinesfalls in die (Legal-)Definition einer an sich wirtschaftszweigübergreifenden prüferischen Tätigkeit einfließen. Die prüferische Durchsicht ist eine allgemeine betriebswirtschaftliche Prüfung im Sinne von § 2 Abs. 1 WPO. Es gelten die für den Abschlussprüfer maßgeblichen berufsrechtlichen Grundsätze. Den berufsrechtlich klar umrissenen Begriff der prüferischen Durchsicht derart offen zu gestalten, birgt zudem die Gefahr, dass die BaFin den insoweit verunsicherten Wirtschaftsprüfern im Einzelfall und ohne gesetzliche Grundlage inhaltliche Vorgaben zu machen vermag.

Sonderprüfungen bei Auslagerungsunternehmen

§ 25a Abs. 2 KWG regelt die dauerhafte Auslagerung von für die Durchführung der Institutsgeschäfte wesentlicher Tätigkeiten oder Funktionen auf ein anderes Unternehmen (Outsourcing). Als erlaubnisfreies Nichtinstitut tritt ein Auslagerungsunternehmen der BaFin gegenüber aber nicht an die Stelle des auslagernden Kreditinstituts. Anordnungen, Mängel in fremdbezogenen Geschäftsbereichen zu beseitigen, sind (nach § 6 Abs. 1 bis 3 KWG) ausschließlich an das auslagernde Kreditinstitut zu richten. Das KWG kennt keine unmittelbare Aufsichtsbefugnis gegenüber Auslagerungsunternehmen (siehe auch § 25a Abs. 3 KWG-E).

Die BaFin ist, soweit sie auf der Grundlage des KWG tätig wird, nur Institutsaufsichtsbehörde. Auslagerungsunternehmen sind, weil hierzu verfassungsrechtlich gerechtfertigt kein Anlass besteht, weder nach §§ 4 Abs. 1 FinDAG, 6 Abs. 1 und 3 KWG noch nach § 44 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 KWG unmittelbar der Institutsaufsicht unterstellt. Weil außerordentliche Prüfungen (nach § 44 Abs. 1 S. 2 KWG) Teil regelmäßiger Aufsichtstätigkeit sind (klarstellend § 7 Abs. 2 S. 4 KWG) gilt: ohne laufende Beaufsichtigung auch keine anlassunabhängige Überprüfung.

Im Übrigen beschränken sich die Sachverhaltsermittlungskompetenzen der BaFin gegenüber Nichtinstituten auf die §§ 44c u. 44b KWG. Aus verfassungsrechtlichen Gründen vermag die BaFin nur in eng umrissenen Fällen gegenüber Nichtinstituten

tatsächlich einzuschreiten (siehe § 37 KWG). Insoweit taugt § 25a Abs. 2 KWG nicht als Grundlage für hoheitliche Eingriffe in Nichtinstitute. Soweit § 20 S. 3 AnzV oder das Rundschreiben des BAKred zu § 25a Abs. 2 KWG⁶⁾ dahingehend Eingriffsbefugnisse vorsehen, sind diese unzulässig.

Kein eigenständiges Anordnungsrecht

Auch der durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21. Juni 2002 neu eingefügte Halbsatz des § 44 Abs. 1 S. 2 KWG verpflichtet Auslagerungsunternehmen lediglich, auf den gegenständlich erlaubnispflichtigen und von ihnen übernommenen Bereich bezogene Prüfungshandlungen der BaFin zu dulden. Indes gibt die Vorschrift der BaFin über Halbsatz 1 Fall 1 hinaus kein eigenständiges Anordnungsrecht. Aufsichtsrechtlich bleibt die fremdbezogene Tätigkeit Teil des Kreditinstituts.

Mit § 25a Abs. 2 KWG ist nicht bezweckt, außerordentliche Prüfungs- und Aufsichtskompetenzen der BaFin über §§ 44b f., 37 KWG hinaus zu erweitern. Deshalb ist eine anlassabhängige Ausweitung auf Auslagerungsunternehmen angezeigt. Die Prüfungsanordnung der BaFin nach § 44 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 Fall 1 KWG darf ausgelagerte Geschäftsbereiche nicht stets „ohne jeglichen Anlass“ einschließen können. Vorzuziehen wäre eine kombinierte Anordnung, wonach die in rechtlich selbstständige Vereinigungen ausgelagerten Bereiche ihrer aufsichtsrechtlichen Bedeutung entsprechend nur hilfsweise geprüft würden.

Eine Prüfung auf Auslagerungsunternehmen auszudehnen (Halbsatz 2) müsste danach „erforderlich“ sein (siehe § 44 Abs. 1 Nr. 1 KWG a.F.). Die BaFin hätte sich fortan grundsätzlich auf das kreditwirtschaftliche Unternehmen in seiner (in den Gesetzesgrenzen des § 25a Abs. 2 und 1 KWG i.V.m. dem Rundschreiben des BAKred) vereinsautonomen variablen Art und Größe zu beschränken.

Anordnungsrecht bei Aufsichtsbeeinträchtigungen

Insofern bietet sich folgende Neufassung des § 44 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 KWG an: „...; diese schließen wesentliche Bereiche im Sinne des § 25a Abs. 2 Satz 1 ein, die ein Institut auf ein anderes Unternehmen ausgelagert hat.“⁷⁾

Der Gesetzentwurf sieht in § 25a Abs. 3 S. 1 KWG-E eine zusätzliche Anordnungs-kompetenz der BaFin vor. Sofern bei einer Auslagerung nach § 25a Abs. 2 KWG Prüfungs- und Kontrollrechte der BaFin beeinträchtigt sind, soll die BaFin Anordnungen treffen können, die geeignet und erforderlich sind, die Beeinträchtigung zu beseitigen. Nach § 25a Abs. 3 S. 2 KWG-E bleibt die Anordnungsbefugnis der BaFin gegenüber Instituten aus § 25a Abs. 1 S. 5 KWG unberührt.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift (Satz 1) geht anders als aus § 25a Abs. 1 S. 5 KWG nicht hervor, dass Anordnungsadressaten die Institute sein sollen. Insoweit ist die Vorschrift zu unbestimmt und taugt nicht als Ermächtigungsgrundlage für belastende Verwaltungsakte.

Inhaltlich zielt § 25a Abs. 3 S. 1 KWG-E aber in die richtige Richtung. Die mit der Betriebserlaubnis einhergehende Alleinverantwortung für die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftstätigkeit (im Sinne des KWG) kann nicht befreiend auf andere übertragen werden. Nach § 25a Abs. 2 KWG ausgelagerte Risiken bleiben daher Institutsrisiken. Die Institute müssen aufsichtlich sensible Bank- und Finanzdienstleistungsfunktionen sowie deren Teilrisiken weiterhin beherrschen, das heißt feststellen, beurteilen und steuern, können. Ob sie das tun und inwieweit branchenspezifische Risiken in ausgelagerten Bereichen entstehen oder solche anderorts nachhaltig beeinflussen, muss die BaFin weiter beaufsichtigen können.

Anordnungsbefugnis erforderlich?

Ausweislich der Gesetzesmaterialien ist die Befugnis des § 25a Abs. 3 S. 1 KWG-E, durch gezielte Anordnungen einen gesetzmäßigen Zustand wieder herstellen zu können, Teil einer Neukonzipierung des aufsichtlichen Maßnahmenkatalogs. Mit Rücksicht auf eine verstärkt qualitativ ausgerichtete Institutsaufsicht (Supervisory Review Process) soll § 25a Abs. 3 KWG-E der BaFin eröffnen, abgestufter und gezielter als bislang möglich gegen Verstöße aus dem Bereich der Auslagerung wesentlicher Bereiche eingreifen zu können.

Hierzu jedoch bedarf es einer solch ausdrücklichen Anordnungsbefugnis gar nicht. Bei einem Verstoß gegen § 25a Abs. 2 KWG (i.V. mit dem normkonkretisierenden Rundschreiben des BAKred sowie § 25a Abs. 1

S. 3 Nr. 1 bis 6 S. 1, Abs. 1a KWG) vermag die BaFin bereits nach § 6 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 KWG „geeignete und erforderliche“ Maßnahmen zu ergreifen und dem betreffenden Institut eine Auslagerung gegebenenfalls zu untersagen, dessen Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften zu versagen (§ 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KWG) oder aufzuheben (§ 35 Abs. 2 Nr. 3 Fall 1 u. Nr. 6 KWG). Auch die Abberufung eines einzelnen unbelehrbaren Geschäftsleiters, seine Verwarnung oder ihm die Berufsausübung zu untersagen sind möglich (§ 36 KWG).

Auch die Verweisung in § 25a Abs. 3 S. 2 KWG-E auf § 25a Abs. 1 S. 5 KWG-E ist überflüssig. Gleiches gilt für die Regelung in § 45b Abs. 1 KWG-E. Unmittelbar selbst wird die BaFin anstelle eines Instituts Verträge mit Auslagerungsunternehmen nicht kündigen, aber wohl die zuständigen Gremien auffordern können, dies zu tun (vergleiche insoweit § 36 Abs. 1 S. 1 KWG). Stets ist jedoch die Eigenverantwortung der Institutsleitung zu achten.⁸⁾

Überfrachtung des Gesetzes

§ 25a Abs. 3 KWG-E ist ein treffliches Beispiel für die gesetzessystematischen Verfehlungen im KWG. Klarstellende Regelungen wie die der §§ 6 Abs. 3 S. 1 Fall 1, 25a Abs. 1 S. 2, 31 Abs. 2 S. 5, 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 1, 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 6 S. 2 KWG (siehe auch § 29 Abs. 2 S. 4 KWG-E) sind kritisch zu würdigen, weil sie das Gesetz überfrachten und dessen Anwendung erschweren. Das und die umfassende Dokumentation unternehmerischer Selbstverständlichkeiten haben zur Folge, dass die bankwirtschaftlichen Kernziele ins Abseits geraten und eine Systemgläubigkeit entstehen lassen. Insbesondere nehmen sie dem Gesetz die Systematik, hemmen die (auch deregulierende) Rechtsentwicklung und drohen, nicht zuletzt bei Gesetzesänderungen, Unklarheiten und Widersprüche hervorzurufen.⁹⁾

Dies belegen etwa auch die Sätze 4 und 5 von § 25a Abs. 1 KWG-E. § 25a Abs. 1 S. 2 KWG 2002 ist, normsystematisch verfehlt, statt als Satz 4 des Absatzes 1 als Satz 2 in § 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 6 KWG eingefügt worden. Dennoch geht der Gesetzgeber jetzt davon aus, dass es sich um § 25a Abs. 1 S. 4 KWG handelt, fügt einen anderen Satz 4 ein und ändert aus seiner Sicht folgerichtig die Angaben „in dem neuen Satz 5“.



Wie auch die Anordnungsbefugnis des § 25a Abs. 3 KWG-E soll es § 45b KWG-E der BaFin ermöglichen, „gezielter als bisher auf die Bereinigung der Schwachstellen eines Instituts hinwirken zu können.“ In einem ersten Schritt soll die BaFin das Institut zur Beseitigung der Organisationsmängel nach § 25a Abs. 1 S. 5 KWG-E anhalten.

Maßnahmen bei organisatorischen Mängeln

Erst mit Fristablauf „kann“ die Bundesanstalt dann von den in § 45b Abs. 1 Nr. 1 bis 4 KWG-E exemplarisch angeführten Aufsichtsmitteln Gebrauch machen. In Ausnahmefällen ermöglicht Absatz 3 auch, Maßnahmen nach Absatz 1 zu verhängen und eine Anordnung nach § 25a Abs. 1 S. 5 KWG-E mit einer Maßnahme nach Absatz 1 zu verbinden. Ausschlaggebend ist, wie schwer der nicht behobene oder vorhandene Mangel ist und in welcher Risikolage sich das Institut befindet.

Aber auch der Vorschrift des § 45b KWG-E bedarf es im Grunde nicht. Welche Mittel die BaFin wann einsetzt, ist Teil ihres Aufsichtsermessens und Ausdruck von Verhältnismäßigkeit. Angemessen, das heißt schutzzweckbezogen „geeignete und erforderliche“ Anordnungen zu treffen, wie sie § 45b KWG-E bei einem Verstoß gegen § 25a Abs. 1 KWG vorsieht, ist der BaFin gegenwärtig ebenfalls nach §§ 6 Abs. 1 u. 3 KWG möglich. Das bestätigt Art. 12 Aufsichtsrichtlinie, wonach es der BaFin obliegt, die Inhalte und den Zeitrahmen einer Mängelbeseitigung festzulegen.

Die nach §§ 76 Abs. 1 AktG, 27 Abs. 1 S. 1 GenG, 91 Abs. 2 AktG für eine ordnungsmäßige Geschäftsleitung allgemein selbstverständlichen organisatorischen Mindestanforderungen des § 25a Abs. 1 KWG gar nicht oder nur unzureichend einzuhalten, gilt stets als ein institutsbezogener Missstand im Sinne von § 6 Abs. 3 S. 1 KWG und zugleich als Verstoß gegen „die Vorschriften dieses Gesetzes“ (§ 6 Abs. 1 KWG, siehe § 25a Abs. 1 KWG). Hierauf geht die Begründung mit keinem Wort ein.

Stattdessen kommentiert sich das Gesetz gleichsam selbst. In dieser Weise die Kompetenzen der BaFin „zu erweitern“, heißt die Anordnungsermächtigungen des § 6 Abs. 1 bis 3 KWG aus ihren sachlichen Zusammenhängen zu lösen; zumal mit § 25a Abs. 1

S. 4 KWG-E eine nach § 6 Abs. 1 u. 3 KWG sanktionsfähige Kontrollpflicht der Institute eingefügt werden soll. Im Übrigen sind auch Maßnahmen nach § 36 KWG möglich.

Institutgruppe, Bankenaufsicht, Institutsbezogenes Sicherungssystem

Die in § 10a Abs. 2 u. 2a KWG gewählte Definition einer Institutgruppe (siehe auch § 10a Abs. 1 und 2 KWG-E) geht an dem herkömmlichen Sprachgebrauch in Deutschland vorbei, wonach es drei „Gruppen von Instituten“ gibt: öffentlichrechtliche Sparkassen, Volks- und Raiffeisenbanken sowie die übrigen Privatbanken. Insofern sei auch auf § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KWG verwiesen. Dem entspricht der besondere Bezeichnungsschutz der §§ 39 u. 40 KWG.

Genauso irreführend ist es, für die Tätigkeit der BaFin nach §§ 4 Abs. 1 FinDAG, 6 Abs. 1 KWG den Begriff „Bankenaufsicht“ zu verwenden. Sachlich zutreffend übt die BaFin auf der Grundlage des KWG eine „Institutsaufsicht“ aus. Die so genannte Bankenaufsicht stellt davon nur noch eine Teilaufgabe dar.¹⁰⁾

Schließlich taucht in § 10c Abs. 2 KWG-E der Begriff des „institutsbezogenen Sicherungssystems“ auf. Was heißt institutsbezogen? Handelt es sich dabei mit Blick auf § 1 Abs. 1 Statut der Sicherungseinrichtung des BVR, § 12 Abs. 1 EuAG, § 10 Abs. 2 S. 1

Nr. 11 KWG-E um die „institutssichernden Einrichtungen“ (i. S. von § 12 Abs. 1 EuAG) der Volks- und Raiffeisenbanken und Sparkassen? Wenn ja, was die BT-Drucks. 16/1140 nahe legt, dann bietet sich jedenfalls eine einheitliche Terminologie an.

Fußnoten

¹⁾ BR-Drucks. 153/06 vom 24. Februar 2006.

²⁾ BR-Drucks. 153/06 (Beschluss) vom 7. April 2006.

³⁾ Zu den geplanten Erleichterungen im Meldewesen siehe das Schreiben der BaFin vom 10. März 2006 (BA 13 – GS 3542 – 2005/0007).

⁴⁾ Siehe auch IDW-Prüfungsstandard 200, Tz. 3 und 18; IDW-Prüfungsstandard 230, Tz. 6 und 7.

⁵⁾ Siehe IDW-Prüfungsstandard 220, Tz. 20.

⁶⁾ BAKred, Rundschreiben 11/2001 vom 6. Dezember 2001 – 13-272 A-2/89.

⁷⁾ Eingehend zu § 44 Abs. 1 KWG Geschwandtner, zur Erweiterung des § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG auf Auslagerungsunternehmen – Anlassabhängige Sachverhaltsermittlungs- oder eigenständige Prüfungsanordnungscompetenz der BaFin? –, in: Wertpapier-Mitteilungen Heft 48, 2005, S. 2257 ff.; ders., Zur veränderten Auswahlpraxis der BaFin bei Sonderprüfungen – Vergabe von Prüfungsaufträgen gemäß §§ 4 III FinDAG, 44 I KWG –, in: Staatliche Aufsicht über das genossenschaftliche Kreditwesen, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2005, Kap. 5 (S. 503 ff.).

⁸⁾ Hierauf weist auch der Bundesrat hin (siehe BR-Drucks. 153/06, Beschluss, Seite 16).

⁹⁾ Eingehend zu §§ 25a Abs. 1 und 2, 6 Abs. 1 bis 3 KWG Geschwandtner (oben Fn. 8), S. 83 ff. und ders., (oben Fn. 8), S. 2257 ff. (dort auch Fn. 15).

¹⁰⁾ Eingehend hierzu und zur missglückten Bezeichnung der BaFin Geschwandtner, Staatliche Aufsicht über das genossenschaftliche Kreditwesen (oben Fn. 8), S. 79 ff. und 48 f.; zu den sprachlichen und dann zumeist auch rechtlichen Ungeheimheiten in Fachbeiträgen zur Institutsaufsicht siehe auch ders., Anliegen um Längen verfehlt, ZfgK 2003, S. 618 f.