



BANK-/ FINANZRECHT & KAPITALMARKT- RECHT

Aufsichtsrechtliche Maßnahmen der BaFin im Zusammenhang mit Covid-19

Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und andere Finanzmarktteilnehmer bewegen sich seit Jahren in einem schwieriger werdenden Marktumfeld. Nun kommen mit der Covid-19-Krise weitere Unwägbarkeiten hinzu, die auch aufsichtsrechtliche Relevanz haben.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat auf ihrer Jahrespressekonferenz am 12. Mai 2020 die sich abzeichnenden regulatorischen Herausforderungen angesprochen. Zwar könne und wolle sie geltendes Aufsichtsrecht nicht suspendieren, allerdings werde sie rechtliche Spielräume nutzen, um die aufsichtsrechtliche Praxis an die Krise anzupassen. Dies gilt beispielsweise für folgende Maßnahmen:

1. SENKUNG DES ANTIZYKLISCHEN KAPITALPUFFERS

Die BaFin hat die Quote für den inländischen antizyklischen Kapitalpuffer zum 1. April 2020 von 0,25 Prozent auf 0 Prozent gesenkt.

Beim antizyklischen Kapitalpuffer handelt es sich um einen Aufschlag auf das harte Kernkapital der Banken, welcher auf das Basel III Regelwerk zurückzuführen ist. Das Instrument wurde in § 10d Kreditwesengesetz (KWG) in deutsches Recht umgesetzt. Bei der Festlegung des Kapitalpuffers berücksichtigt die BaFin Empfehlungen des Ausschusses für Finanzstabilität (AFS) und des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (European Systemic Risk Board – ESRB). Diesen Puffer müssen Banken in Zeiten guter Konjunktur aufbauen. Im Falle einer angespannten Gesamtkreditsituation können sie das zusätzliche Eigenkapital nutzen, um Verluste aus ausgefallenen Krediten aufzufangen.

Mit einer Wiederanhebung der Quote sei laut zugrundeliegender Allgemeinverfügung der BaFin nicht vor dem 1. Januar 2021 zu rechnen.

2. AUSSETZUNG VON VOR-ORT-PRÜFUNGEN BEI INSTITUTEN UND VERSICHERUNGSUNTERNEHMEN

Die BaFin plane bis auf Weiteres keine routinemäßigen Vor-Ort-Prüfungen bei Instituten und Versicherungsunternehmen. Bereits begonnene Prüfungen sollen nach Möglichkeit ohne weitere Vor-Ort-Prüfungshandlungen zu Ende geführt werden.

3. KEIN DISPENS VON WERTPAPIERRECHTLICHEN VERHALTENSPFLICHTEN

Auf ihrer Internetseite beantwortet die BaFin fortlaufend Anfragen von Verbänden und Instituten im Zusammenhang mit der aktuellen Corona-Pandemie. Dies betrifft u. a. Homeoffice-Regelungen und die sich daraus ergebenden Herausforderungen für Verhaltensregeln und Informationspflichten gegenüber Kunden.

Insbesondere mit Blick auf Verhaltensregeln nach dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) und sonstigen Informationspflichten machte die BaFin deutlich, dass sie den beaufsichtigten Instituten keinen Dispens von der Einhaltung der gegenüber den Kunden bestehenden Pflichten erteilen werde. Verstöße sind nach § 120 WpHG auch weiterhin bußgeldbewehrt.

Die BaFin werde aber ihr Ermessen bis auf Weiteres derart ausüben, dass sie Verstöße gegen die im Zusammenhang mit Kunden bestehenden Pflichten, wie beispielsweise das elektronische Aufzeichnen von Telefongesprächen (§ 83 Abs. 3 WpHG) oder die rechtzeitige Zurverfügungstellung von Geeignetheitserklärungen (§ 64 Abs. 4 WpHG) und Ex-ante-Kosteninformationen (§ 63 Abs. 7 WpHG), nicht verfolgen werde. Das jeweilige Wertpapierdienstleistungsunternehmen müsse jedoch geeignete Ersatzmaßnahmen treffen, um die infolge des jeweiligen Verstoßes entstehende Dokumentations- oder Informationslücke zu schließen und den Kunden nachvollziehbar hierüber informieren.

4. ZULÄSSIGKEIT VON DIVIDENZZAHLUNGEN UND GEWINNAUSSCHÜTTUNGEN

Bereits am 27. März 2020 hatte die Europäische Zentralbank (EZB) eine Empfehlung veröffentlicht, wonach Kreditinstitute aufgrund der Corona-Pandemie von Aktienrückkäufen und Dividendenausschüttungen einschließlich entsprechender Zahlungszusagen Abstand nehmen sollten. Die Empfehlung bezieht sich auf Dividenden für die Geschäftsjahre 2019 und 2020 und gilt mindestens bis zum 1. Oktober 2020. Banken, die ihren Aktionären einen Dividendenvorschlag zur Abstimmung in der nächsten Hauptversammlung vorgelegt haben, sollen diesen im Einklang mit der aktuellen Empfehlung der EZB überarbeiten.

Am 30. März 2020 sprach auch die BaFin eine vergleichbare Empfehlung für die von ihr beaufsichtigten Institute aus. Auch danach solle bis Oktober 2020 darauf verzichtet werden, Dividenden und Gewinne auszuschütten.

In beiden Fällen handelt es sich nicht um gesetzliche Gewinnausschüttungsverbote, sondern lediglich um rechtlich nicht bindende Empfehlungen der Behörden. Allerdings ist zu erwarten, dass die Behörden versuchen werden, rechtlich bindende Maßnahmen zu ergreifen, sofern die Banken den Empfehlungen nicht Folge leisten und dies nach Ansicht der Behörden Anlass zu Zweifeln an der Stabilität der betreffenden Institute gibt.

Auch ein pauschales Ausschüttungsverbot für Versicherungsunternehmen und Pensionskassen hält die BaFin derzeit nicht für geboten. Bei der Dividendenpolitik sei gleichwohl die individuelle Situation der Versicherer zu berücksichtigen, insbesondere deren Risikotragfähigkeit. Damit stellt sich die BaFin gegen eine anderslautende Empfehlung der europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA). In einem Statement vom 2. April 2020 empfahl die EIOPA Versicherern und Rückversicherern, angesichts der Covid-19-Krise, von Dividendenzahlungen und Aktienrückkäufen abzusehen.

5. KEIN VERBOT VON LEERVERKÄUFEN

Ein generelles Verbot von Leerverkäufen plane die BaFin aktuell nicht. Gemäß Art. 20 der Leerverkaufs-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 236/2012) in Verbindung mit § 53 Abs. 1 WpHG kann die BaFin ein Leerverkaufsverbot aussprechen, wenn ungünstige Ereignisse oder Entwicklungen eingetreten sind, die eine ernstzunehmende Bedrohung für die Finanzstabilität oder das Marktvertrauen in Deutschland darstellen. Zuletzt hatte die BaFin ein solches Verbot im Februar 2019 aufgrund des stark fallenden Aktienkurses der Wirecard AG erlassen. Derzeit sehe die BaFin in der Entwicklung der Netto-Leerverkaufspositionen für den deutschen Finanzmarkt allerdings keine signifikanten Auffälligkeiten. Ob die Behörde angesichts aktueller, teils erheblicher Kursverluste an den Börsen diese Haltung beibehält, bleibt abzuwarten.

6. INTENSIVIERUNG DER AUFSICHT ÜBER KAPITALVERWALTUNGSGESELLSCHAFTEN

Die BaFin übt gemäß § 5 Abs. 1 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) die Aufsicht über sämtliche Inländische Kapitalverwaltungsgesellschaften aus. Nach § 5 Abs. 6 Nr. 1 KAGB kann sie u. a. Auskünfte einholen oder die Vorlage von Unterlagen verlangen.

Bereits im Februar 2020 startete die BaFin gemeinsam mit der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) im Rahmen einer gemeinsamen Aufsichtsmaßnahme eine Abfrage, um das Liquiditätsrisikomanagement von Kapitalverwaltungsgesellschaften, die in Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) investieren, zu überwachen. Die betroffenen Kapitalverwaltungsgesellschaften wurden aufgefordert, u. a. liquiditätsspezifische, quantitative Daten zu all ihren (OGAW-)Investmentvermögen bereitzustellen. In der zweiten Phase der Abfrage im Mai 2020 geht es darum, wie ausgewählte Gesellschaften das Liquiditätsmanagement in qualitativer Hinsicht durchführen. Dabei soll sich etwa zeigen, in welchem Umfang Kapitalverwaltungsgesellschaften Investitionen vorab prüfen oder wie sie bestimmte Eskalationsprozesse ausgestalten.

Die BaFin erwartet zudem, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaften kurzfristig und ernsthaft prüfen, ob die im Zuge der jüngsten Änderung des KAGB vom 28. März 2020 bereitgestellten Liquiditätsinstrumente genutzt werden sollten. Hierzu zählen:

6.1 SWING PRICING

Swing Pricing (§ 1 Abs. 1 Nr. 34a KAGB) bezeichnet ein Berechnungsverfahren, bei dem der Anteilspreis eines Investmentvermögens nach oben oder unten vom Nettoinventarwert abweicht, je nachdem ob aktuell mehr Anteile ausgegeben oder mehr Anteile zurückgenommen werden. Steigt bzw. fällt das Fondsvolumen durch einen Überhang an Ausgaben oder Rückgaben, muss die Kapitalverwaltungsgesellschaft darauf mit Käufen oder Verkäufen von Vermögensgegenständen reagieren. *Swing Pricing* ermöglicht, dass die beim Kauf bzw. Verkauf entstehenden Transaktionskosten den Anlegern belastet werden, die aufgrund ihrer Käufe oder Rückgaben die Bewegung im Fondsvolumen verursacht haben.

6.2 RÜCKNAHMESPERREN (REDEMPTION GATES)

Nach § 98 Abs. 1b, 2 KAGB kann in den Anlagebedingungen von offenen Publikumsfonds, Gemischten Sondervermögen und Spezialfonds eine kurzfristige Beschränkung der Anteilsrücknahme vorgesehen werden, sobald ein zuvor festgelegter Schwellenwert an Anteilsrückgaben für ein Sondervermögen überschritten wird. Die Beschränkung darf höchstens 15 Arbeitstage andauern. Die Entscheidung, ob und in welchen Situationen die Anteilsrücknahme beschränkt wird, liegt dabei im pflichtgemäßen Ermessen der jeweiligen Kapitalverwaltungsgesellschaft.

6.3 RÜCKGABEFRISTEN (REDEMPTION NOTICES)

Ferner kann gemäß § 98 Abs. 1a, 2 KAGB in den Anlagebedingungen vorgesehen werden, dass die Rückgabe von Anteilen durch eine unwiderrufliche Rückgabebekräftigung gegenüber der Kapitalverwaltungsgesellschaft unter Einhaltung einer bestimmten Rückgabefrist erfolgen muss. Verbindliche Ankündigungsfristen für Anteilsrückgaben gelten bei Immobilien-Sondervermögen bereits seit vielen Jahren, ebenso bei (Dach-)Hedgofonds. Dieses Instrument wurde im Zuge der jüngsten Gesetzesänderung auf OGAW, Gemischte Investmentvermögen und bestimmte Spezialfonds erweitert.

Auswirkungen für die Praxis

Teilweise führt die angepasste Verwaltungspraxis der BaFin für die betroffenen Unternehmen zu einem engeren Pflichtenkorsett. An anderer Stelle werden dagegen – wie etwa die Senkung des antizyklischen Kapitalpuffers – auch sinnvolle Erleichterungen geschaffen, mit denen die Behörde auf die besonderen Verhältnisse der Corona-Pandemie reagiert.

Für Finanzmarktteilnehmer ist es essentiell, die aktuellen Entwicklungen und Positionen der BaFin genauestens im Blick zu behalten.



Dr. Christoph Schmitt

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt am Main



Joel F. Schaaf

Rechtsanwalt
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt am Main

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811
Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Dr. Christoph Schmitt | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2020.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-0
Heinrich Meyer | Heinrich.Meyer@bblaw.com
Dr. Christoph Schmitt | Christoph.Schmitt@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-0
Dr. Dirk Tuttlies | Dirk.Tuttlies@bblaw.com