

---

Berlin, 18. Januar 2012

## Stellungnahme

### Gesetzentwurf für ein „Zweites Finanzmarktstabilisierungsgesetz“

Der Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken sowie der Deutsche Sparkassen- und Giroverband teilen die in der Einleitung des Gesetzentwurfes formulierte Einschätzung, dass gegenwärtig kein Instrumentarium zur Verfügung steht, welches kurzfristig und präventiv im Falle einer Gefährdung des Finanzmarktes durch systemrelevante Kreditinstitute eingesetzt werden könnte. Das mit der Reaktivierung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes verfolgte politische Ziel, ein ergänzendes finanzpolitisches Instrumentarium mit zusätzlichen Mitteln für Maßnahmen zur frühzeitigen Stabilisierung einzelner Kreditinstitute und damit des Finanzmarktes insgesamt zur Verfügung zu stellen, ist daher grundsätzlich nachvollziehbar.

Aus Sicht der beiden Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft sind im weiteren Gesetzgebungsverfahren jedoch insbesondere folgende drei Aspekte zu berücksichtigen:

- Klare Begrenzung des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums auf systemrelevante Kreditinstitute
- Anordnungs- und Eingriffsrechte dürfen ausschließlich in Abhängigkeit von tragfähigen europa- und verfassungsrechtlich einwandfreien Regelungen stehen
- Wettbewerbsverzerrungen durch Stabilisierungsmaßnahmen sind abzuwenden

Nachfolgend werden diese Aspekte näher erläutert.

#### **1. Klare Begrenzung des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums auf systemrelevante Kreditinstitute**

Die mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht im Jahr 2009 erweiterten Regelungen des aktuellen § 10 Abs. 1b KWG geben der BaFin die Befugnis, höhere Eigenmittelanforderungen gegenüber Kreditinstituten zu stellen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass das Erfordernis höhere Anforderungen zu stellen im Institut selbst begründet ist. So muss das jeweilige Institut entsprechende Risiken aufweisen, die die höheren Anforderungen rechtfertigen.

Am Beispiel der Regelung gemäß § 10 Abs. 1b Nr. 1 KWG verdeutlicht bedeutet dies, dass in der Säule 1 nicht erfasste Risiken (Zinsänderungsrisiken, Risikokonzentrationen etc.) mit Eigenmitteln zu unterlegen sind. Die Aufsicht hat dabei anhand vorher festzulegender Kriterien nachzuweisen, dass das Institut wesentliche Risiken in der Säule 2 aufweist. Höheres Eigenkapital auch für Risiken, die bereits in Säule 1 erfasst sind, kann über Nr. 2 eingefordert werden. Allerdings steht dies unter der Bedingung, dass gemäß dem institutseigenen Risikomanagement das für die Risiken vorzuhaltende Eigenkapital für unzureichend erachtet wird.

Die Beispiele verdeutlichen den klaren Bezug der bisherigen Regelungen zu den institutseigenen Rahmenbedingungen und damit die direkte Einflussnahme des Instituts auf eventuelle Fehlentwicklungen, die zu den höheren Eigenmittelanforderungen der Aufsicht führen können.

Mit der durch den Gesetzentwurf geplanten Erweiterung des § 10 Abs. 1b KWG werden der Aufsicht Befugnisse erteilt, höhere Eigenmittelanforderungen zu stellen, die selbst dann zur Anwendung kommen könnten, wenn das betroffene Institut keinerlei zusätzliche Risiken aufweist, die nicht bereits gemäß den KWG-Regelungen durch entsprechende Eigenmittel gedeckt sind. Vielmehr sollen Institute und Institutgruppen bereits dann aufgefordert werden können, höhere Eigenmittelanforderungen zu erfüllen, wenn eine „Störung der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes oder eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität“ drohen, welche durch diese Maßnahmen abgewendet werden könnten. Innerhalb des Gesetzestextes wird dabei die Gruppe der Institute nicht näher spezifiziert, so dass nicht eindeutig zum Ausdruck kommt, ob diese zusätzlichen Befugnisse der BaFin – welche zunächst bis zum 31. Dezember 2012 begrenzt sein sollen – auf alle Institute angewendet werden können oder nur auf entsprechend systemrelevante Institute. Gemäß den Ausführungen in der Begründung des Gesetzentwurfes sollen die Ergänzungen des § 10 Abs. 1b KWG auf Unternehmen „mit einer bedeutenden Stellung auf dem Finanzmarkt“ zur Anwendung kommen.

Die vagen Abgrenzungen, z.B. der „bedeutenden Stellung“ bzw. des „Finanzmarktes“, die als Basis für behördliche Anordnungen höherer Kapitalvorgaben einerseits (§ 10 KWG) und etwaigen Sanktionen andererseits (§ 45 KWG) dienen, dürften aus rechtsstaatlichen Gründen nicht ausreichen. Daher sollte eine Klarstellung vorgenommen werden, dass die ergänzenden Regelungen des § 10 Abs. 1b Satz 2 ff. KWG-E bei Instituten die keine Systemrelevanz aufweisen, nicht angewendet werden.

## **2. Anordnungs- und Eingriffsrechte dürfen ausschließlich in Abhängigkeit von tragfähigen europa- und verfassungsrechtlich einwandfreien Regelungen stehen**

Die im Gesetzentwurf aufgeführten Maßstäbe, welche die BaFin bei Anwendung ihres Ermessensspielraums berücksichtigen soll, lassen Zweifel an der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit aufkommen. So erscheint es höchst bedenklich, ob derart gravierende Eingriffsrechte der Aufsicht allein auf Basis von „Empfehlungen“ der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde oder Standards, auf deren Anwendung eine „Verständigung“ zwischen europäischen Stellen erfolgt ist, vorgenommen werden sollten. Weder für EBA, noch für die BaFin oder andere Institutionen und Gremien sehen wir eine ausreichende Grundlage für die im Entwurf vorgesehenen Maßnahmen und Eingriffe.

Vielmehr sollte sichergestellt werden, dass sowohl die kapitalbezogenen Anordnungen der Aufsicht (§ 10 KWG) als auch die damit in Verbindung stehenden Eingriffe (§§ 10 und 45 KWG) ausschließlich auf verlässlicher, rechtssicherer Basis und in einem entsprechend vorgegebenen Rahmen erfolgen. Dabei darf vor allem der Parlamentsvorbehalt („Wesentlichkeitsgrundsatz“) nicht außer Acht gelassen werden.

Dieser Aspekt wiegt umso mehr, als die vorgesehenen erweiterten Kompetenzen der Bankenaufsicht nicht nur gegenüber der jeweiligen Bank wirken; vielmehr wird auch in einklagbare Rechte Dritter eingegriffen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die dargestellten rechtlichen Bedenken solcher – in der Konsequenz angreifbarer – aufsichtsbehördlicher Eingriffe (bzw. die Zurückhaltung von Zahlungen) zu möglicherweise gerichtlichen Auseinandersetzungen innerhalb der bilateralen Beziehung zwischen dem jeweiligen (eine entsprechende Anordnung empfangenden) Institut und dem Rechteinhaber (Anteilseigner, Investor, Mitarbeiter) führen. Auch wenn die Anordnungen nur auf systemrelevante Institute Anwendung finden, würden in ihrer Rolle als Investoren letztlich alle Finanzinstitute von entsprechenden Maßnahmen negativ betroffen sein. Ein Mindestmaß an verlässlicher ökonomischer Kalkulationsgrundlage auf Seiten der Investoren wäre damit nicht mehr sicherzustellen.

Die dargelegten Bedenken verlieren im Übrigen auch dadurch nicht an Bedeutung, dass die aufsichtlichen Kompetenzen zeitlich befristet sein sollen.

Der BVR und der DSGVO sprechen sich vor diesem Hintergrund dagegen aus, dass höhere Eigenmittelanforderungen gegenüber Instituten allein an Beschlüssen des Europäischen Rates, Empfehlungen des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken oder der EBA ausgerichtet werden können. Vielmehr ist weiterhin auch künftig sicherzustellen, dass etwaige höhere Anforderungen mit individuellen, das jeweilige Institut betreffenden Risiken, dessen Geschäftssituation etc. begründet werden. Dafür stellen allerdings die bisher schon existierenden Regelungen des § 10 Abs. 1b KWG eine passende Rechtsgrundlage dar, die ggf. noch um weitere Aspekte, wie z.B. ausdrückliche Berücksichtigung „außergewöhnlicher Marktverhältnisse“ ergänzt werden können. Änderungen von wesentlichen gesetzlichen Kapitaldefinitionen, Berechnungsmethoden, Bestandsschutzregelungen etc. dürfen dabei nicht dem Ermessen der Aufsicht überlassen werden, insbesondere dann nicht wenn hieraus Eingriffe in bestehende Rechtspositionen resultieren.

### **3. Wettbewerbsverzerrungen durch Stabilisierungsmaßnahmen sind abzuwenden**

#### Berücksichtigung des Einlagengeschäftes

Gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 2 FMStFV sind Unternehmen, die Stabilisierungsmaßnahmen nach § 7 FMStFG nutzen, angehalten „im Rahmen ihrer Kreditvergabe oder Kapitalanlagen dem Kreditbedarf der inländischen Wirtschaft, insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen, durch marktübliche Konditionen Rechnung zu tragen“. Da die Gefahr besteht, dass sich die ergänzende Regelung des § 5 Abs. 5 FMStFV, wonach im Falle von Wettbewerbsverzerrungen der Fonds dem begünstigten Unternehmen Bedingungen für die Geschäftstätigkeit auferlegen soll, um derartige Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, somit nur auf das Kreditgeschäft beziehen könnte, ist aus unserer Sicht ergänzend zu der bisherigen Regelung in § 5 Abs. 2 Nr. 2 FMStFV eine analoge Regelung zu marktüblichen Konditionen im Einlagengeschäft erforderlich. Damit würde klar herausgestellt, dass Wettbewerbsverzerrungen von durch den Fonds unterstützten Finanzinstituten sowohl im Kredit- als auch im Einlagengeschäft entgegenzutreten ist.

Wir regen daher die Ergänzung einer zusätzlichen Position nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 FMStFV an, mit folgendem Wortlaut:

„3. im Rahmen ihres Einlagengeschäfts sind ausschließlich marktübliche Konditionen zu gewähren;“

Die anschließende Nummerierung ab der aktuellen Nr. 3 ist entsprechend anzupassen.

Zudem sollte zur Klarstellung, dass Wettbewerbsverzerrungen im Falle jedweder Stabilisierungsmaßnahmen durch den Fonds entgegengewirkt werden soll, eine Ergänzung von § 5 Abs. 5 FMStFV erfolgen:

„Sofern durch die Stabilisierungsmaßnahmen gemäß den §§ 5a, 6, 7 und 8 FMStFG Wettbewerbsverzerrungen zu besorgen sind, soll der Fonds dem begünstigten Unternehmen Bedingungen für die Geschäftstätigkeit auferlegen, um derartige Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.“

#### Generelle Nachzahlungsverpflichtung für nicht geleistete Vergütungen für Stabilisierungsmaßnahmen regeln

Unverändert sieht das Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz nur Regelungen zur Nachzahlung ausstehender Ausgleichsbeträge auf gewährte Garantien auch nach Rückführung derselben vor (§ 6c FMStFG). Zu den Gegenleistungen für Maßnahmen der Rekapitalisierung wird in § 7 Abs. 3 FMStFG unverändert auf die Rechtsverordnung verwiesen. Diese ermächtigt die Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA) jedoch zur weitgehend freien Festlegung der näheren Bedingungen für Maßnahmen der Rekapitalisierung im jeweiligen Einzelfall. Eine zwingende Vereinbarung von Regelungen zur Nachhaftung von nicht geleisteten Ausgleichszahlungen für die erhaltenen Rekapitalisierungsmittel wird dabei nicht vorgeschrieben. So bestünde zukünftig unverändert die Möglichkeit, dass ein Institut, welches entsprechende Rekapitalisierungsmittel erhält, in Jahren ohne HGB-rechtlichen Gewinnausweis keine Zinsen auf diese Rekapitalisierungsmittel zahlen müsste und auch in späteren Jahren, in denen wieder Gewinne erwirtschaftet werden, diese ausgebliebenen Zinsen nicht nachzahlen müsste.

Zumindest in der Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung sollte daher eine entsprechende Vorgabe aufgenommen werden, wonach die „marktgerechte Vergütung“, die der Fonds für die Rekapitalisierungsmittel erhalten soll, einer Nachzahlungsverpflichtung unterliegt, falls sie aus Gründen der Einzelfallregelungen in einem Jahr nicht (vollständig) von dem begünstigten Unternehmen geleistet worden sein sollte. So wäre eine Ergänzung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 FMStFV wie nachfolgend ausgeführt zielführend:

„(2) Die näheren Bedingungen der Rekapitalisierung legt der Fonds im Einzelfall fest. Hierbei gelten folgende Maßgaben:

1. Der Fonds erhält eine marktgerechte Vergütung. In der Regel soll der Fonds eine Form der Vergütung anstreben, die den Gewinnbeteiligungsrechten der übrigen Gesellschafter des begünstigten Unternehmens vorgeht, insbesondere in Form eines Gewinnvorzugs oder einer Verzinsung. Sehen die Bedingungen Zumutbarkeitsgrenzen vor, bei deren Erreichen die jährliche Vergütung vom begünstigten Unternehmen in dem entsprechenden Jahr nicht oder nur reduziert geleistet werden muss, so ist zugleich festzulegen, dass die Differenz zwischen der geschuldeten und der tatsächlich erbrachten Vergütung in den Folgejahren, auch nach Rückführung der Rekapitalisierungsmittel, an den Fonds nachzuleisten sind (Nachhaftung). § 6c FMStFG ist analog anzuwenden.
2. ...“

Regelungen zur Nachzahlung von Ausgleichsbeträgen für Stabilisierungsmaßnahmen jedweder Art sind letztlich unverzichtbar, um die Belastungen des Staates auf „das Notwendigste“ zu beschränken und Gestaltungsmöglichkeiten des begünstigten Unternehmens entgegenzuwirken. Im Übrigen sieht auch die Restrukturierungsfonds-Verordnung nicht zuletzt aus letztgenannten Gründen eine entsprechende Nachzahlungsverpflichtung in § 3 Abs. 3 Satz 1 RStruktFV vor:

*„Übersteigt der nach § 1 Absatz 2 errechnete Jahresbeitrag in einem Beitragsjahr die Zumutbarkeitsgrenze nach Absatz 1 Satz 1 oder ist nur der Mindestbeitrag nach Absatz 2 festgesetzt worden, ist die rechnerische Differenz zwischen dem festgesetzten Beitrag und dem nach § 1 Absatz 2 errechneten Jahresbeitrag in den folgenden fünf Beitragsjahren nachzuerheben und dem Jahresbeitrag hinzuzurechnen.“*

Um eine entsprechende Transparenz über die gemäß § 3 Abs. 2 FMStFV von der FMSA zu bestimmenden Einzelfallregelungen sicherzustellen, sollte eine vorherige Information des parlamentarischen Kontrollgremiums über entsprechende Vereinbarungen sichergestellt werden, da diese unmittelbare Auswirkungen auf die Belastungen des Fonds entfalten.

#### Ersatzweisen Ausgleich von Vergütungen für Stabilisierungsmaßnahmen in Form von Aktien materiell absichern

Gemäß § 6c Abs. 1 Satz 2 FMStFG kann der Ausgleich von Ausgleichsbeträgen für erhaltene Stabilisierungsmaßnahmen „im beiderseitigen Einvernehmen auch durch die Ausgabe von Aktien an den Fonds erfolgen“. Aus den Erfahrungen der Vergangenheit zeigt sich, dass dem Fonds – und damit dem Steuerzahler – bei dieser Form des Ausgleichs Risiken bzgl. der Werthaltigkeit dieser Ersatzleistungen übertragen werden. Für das gestützte Unternehmen stellt diese Form der Ausgleichszahlung eine potentiell günstige und risikolose Zahlungsform dar. Wir regen daher an, dass eine entsprechende Ergänzung von § 6c Abs. 1 Satz 2 FMStFG vorgenommen wird, wonach im Falle derartiger Ersatzzahlungen vom Fonds Absicherungsgeschäfte einzugehen sind, deren Prämien durch das Unternehmen für den Zeitraum des Haltens der Aktien durch den Fonds zu tragen sind.