

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestages
Herrn Dr. Volker Wissing, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Frankfurt, den 1. Oktober 2010

Sachverständigenstellungnahme

Restrukturierungsgesetz

Die folgende Stellungnahme befasst sich im Wesentlichen mit Art. 3 (Restrukturierungsfondsgesetz) und Art. 8 (Einkommensteuergesetz) des Restrukturierungsgesetzes.

A. Europarechtliche Einbettung des Gesetzes

Wir sehen die Schwierigkeit, dass bislang keine einheitliche Regelung im EWR gefunden wurde und unser Gesetzgeber sich an den nicht vollständig ausgearbeiteten Vorgaben der Mitteilung der Kommission zu Bankenrettungsfonds vom 26. Mai 2010 zu orientieren hatte.

Die Kommission drängt auf eine europaweite Regelung, legt sich jedoch hinsichtlich eines wesentlichen Parameters, nämlich der Bemessungsgrundlage der Abgabe nicht fest. Als Grundlage der Bemessung sieht die Kommission

- die Vermögenswerte einer Bank,
- deren Verbindlichkeiten sowie

DLA Piper UK LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales (number OC307847) which is a law firm and part of DLA Piper, an international legal practice.

A list of members is open for inspection at its registered office and principal place of business, 3 Noble Street, London, EC2V 7EE and at the address at the top of this letter. Partner denotes member of a limited liability partnership.

A list of offices and regulatory information can be found at www.dlapiper.com

Frankfurt switchboard:
+49 (0)69 271 33 0

- Gewinne und Boni.

Der deutsche Gesetzentwurf bezieht sich für die Bemessungsgrundlage vornehmlich auf die Passivseite des beitragspflichtigen Kreditinstituts und verzichtet auf die Beiziehung der übrigen Anknüpfungspunkte.

Für die weitere Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage gibt die Kommission fünf Kriterien vor und zwar

- die Vermeidung möglicher Arbitrage, d.h. der Ausnutzung von Marktdifferenzen,
- die Widerspiegelung der angemessenen Risiken,
- die Berücksichtigung der systemischen Natur bestimmter Finanzinstitute,
- die Stützung auf die möglichen Beträge, die im Falle eines Eintritts einer Rettung heranzuziehen wären sowie
- die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen.

Dem Entwurf sind keine Maßnahmen zur Vermeidung der Arbitrage zu entnehmen.

Es wäre also denkbar, dass ein beitragspflichtiges Institut die hiesige Bemessungsgrundlage, also die Verbindlichkeiten, in eine andere Jurisdiktion "exportiert", die entweder keine Bankenabgabe erhebt oder die Verbindlichkeiten nicht in die Bemessungsgrundlage der Abgabe einbezieht.

Der Widerspiegelung der angemessenen Risiken versucht der Entwurf in § 12 Abs. 10 Satz 2 RStruktFG über die drei Tatbestandsmerkmale *Geschäftsvolumen, Größe und Vernetzung* Rechnung zu tragen, wobei hier insbesondere die Summe der gegenüber anderen Kreditinstituten eingegangen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sei.

Die systemische Natur bestimmter Finanzinstitute wird über das Tatbestandsmerkmal der "Vernetzung" in den Entwurf aufgenommen.

Ein Hinweis auf die Höhe der möglichen Beträge lässt sich dem Entwurf nicht entnehmen.

Hinsichtlich der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen trifft der Entwurf bislang keine Vorkehrungen.

In Bezug auf die am Bankenrettungsfonds teilnehmenden Unternehmen will die Kommission sowohl Kreditinstitute als auch Wertpapierhandelsunternehmen aufgenommen sehen; die Aufnahme von Versicherungsunternehmen oder Non-UCITS Funds wird nicht thematisiert.

B. Abgabenrechtliche Seite nach nationalem Recht

Im Rahmen des deutschen Abgabenrechts behandeln wir vornehmlich Fragen zu den beitragspflichtigen¹ Unternehmen, zur Bemessungsgrundlage der Beiträge sowie zur Qualifikation des Jahresbeitrages als nichtabziehbare Betriebsausgabe.

I. Beitragspflichtige Unternehmen

Der Entwurf knüpft an den Terminus "Kreditinstitut" im Sinne von § 1 Abs. 1 KWG an; ergänzend wird verlangt, dass diese Kreditinstitute mit einer Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz versehen sein müssen.

¹ Der Begriff "Beitrag" wird, wegen der im Gesetzentwurf festgelegten Termini "Jahresbeitrag" und "Sonderbeitrag" verwendet, obwohl es sich abgabenrechtlich um eine Sonderabgabe mit Lenkungsfunktion handeln dürfte.

Damit fallen Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne von § 1 Abs. 1a KWG, Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des InvG und Versicherungsunternehmen im Sinne des VAG nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes.

Diese Einschränkung entspricht teilweise der Mitteilung der Kommission, über- oder unterschreitet diese jedoch auch.

1. Einbeziehung von Wertpapierhandelsunternehmen

Die Begründung zum Gesetzentwurf lässt nicht erkennen, aus welchem Grunde der Kommissionsvorschlag (Aufnahme von Kreditinstituten und Wertpapierhandelsunternehmen) nicht 1:1 übernommen wurde.

Durch den deutschen Entwurf werden damit Kreditinstitute im Sinne des KWG, die keine Kreditinstitute im Sinne der Bankenrichtlinie (Richtlinie 2006/48/EG) zu sein brauchen, aufgenommen, während die Wertpapierhandelsunternehmen im Sinne der MiFID (Richtlinie 2004/39/EG) außen vor bleiben.

Aus Gründen der europarechtlichen Systematik spricht deshalb vieles dafür, auch die europarechtlichen Qualifizierungen, die auch im KWG verortet sind 1:1 zu übernehmen und statt des Terminus "Kreditinstitut" den Terminus "Einlagenkreditinstitut" im Sinne von § 1 Abs. 3d Satz 1 KWG zu verwenden und die Gruppe der teilnehmenden Institute durch die Wertpapierhandelsunternehmen im Sinne von § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG zu ergänzen.

2. Einbeziehung von Zweigstellen im Sinne von § 53 KWG

Um sicherzustellen, dass Institute mit Sitz in Drittstaaten nicht besser behandelt werden, als Institute mit Sitz in Mitgliedstaaten, müssten auch

Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute im Sinne von § 53 KWG in die Liste der beitragspflichtigen Unternehmen aufgenommen werden, wenn diese das Geschäft von Einlagenkreditinstituten oder Wertpapierhandelsunternehmen in Deutschland betreiben.

3. Einbeziehung von EWR-Zweigniederlassungen im Sinne von § 53b KWG

Dass EWR-Zweigniederlassungen im Sinne von § 53b KWG nicht in den Kreis der beitragspflichtigen Unternehmen aufgenommen wurden, ist konsequent, wenn man annimmt, dass diese Unternehmen über ihre Hauptniederlassung und die Zurechnung der inländischen Bemessungsgrundlage in den Bankenrettungsfonds des Heimatlandes einbezogen werden. Diese Handhabung ist von Jurisdiktion zu Jurisdiktion unterschiedlich und wird im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens sichergestellt werden müssen.

4. Einbeziehung von Versicherungsunternehmen

Unter verfassungsrechtlichen und wettbewerblichen Aspekten wurde in der Diskussion die Frage gestellt, ob die Nichtaufnahme von Versicherungsunternehmen in den Beitragszahlerkreis unter Aspekten der Notwendigkeit der Homogenität des Beitragszahlerkreises vertretbar ist.

Diese Frage wurde verfassungsrechtlich, insbesondere in den EdW-Fällen, bislang nicht ausgeurteilt.

Das Homogenitätserfordernis wird aus unserer Sicht durch die Verwendung der Mittel des Restrukturierungsfonds erfüllt. Aus § 48 KWG-E ergibt sich der Kreis von Sanierung oder Restrukturierung betroffenen Unternehmen; dieser ist identisch mit dem Kreis der Beitragsverpflichteten. Versicherungs-

unternehmen zählen nicht zum Kreis der Sanierungs- oder Restrukturierungsberechtigten und damit - wohl konsequent - nicht zum Kreis der zum Beitrag verpflichteten Unternehmen.

Gegen die Aufnahme von Versicherungsunternehmen spricht auch europarechtliche Stringenz; die Mitteilung der Kommission hat sich auf Kreditinstitute und Wertpapierhandelsunternehmen beschränkt; die Aufnahme anderer Unternehmen im Alleingang des deutschen Gesetzgebers dürfte zu Wettbewerbsverzerrungen in Gestalt von Standortnachteilen hiesiger Versicherungsunternehmen führen.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass Versicherungsunternehmen, soweit sie inhaltlichen Geschäfte wie Kreditinstitute betreiben, durch die Nichteinbeziehung in die Beitragspflicht einen Wettbewerbsvorteil erhalten.

II. Die Bemessungsgrundlage

Hinsichtlich der Bemessungsgrundlage der Beiträge zum Restrukturierungsfonds werden kurz Fragen zur Verordnungsermächtigung, zur möglichen Doppelbelastung von Instituten mit In- und Auslandspräsenz sowie zum Berechnungsansatz der Bemessungsgrundlage erörtert.

1. Verordnungsermächtigung

Die Bemessungsgrundlage für Jahres- und Sonderbeiträge wird in § 12 Abs. 2 und Abs. 10 RStruktFG im Rahmen der dort erteilten Verordnungsermächtigungen über das Geschäftsvolumen, die Größe und die Vernetzung bestimmt. Der Entwurf verlangt, insbesondere die Summe der gegenüber anderen Kreditinstituten eingegangen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.

Eine derartige Verordnungsermächtigung eröffnet der Verwaltung erhebliches Ermessen, sodass die Frage zu stellen ist, ob die fehlende eindeutige Regelung über die Beitragsbemessungsgrundlage und die Beitragshöhe mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Die jüngere Rechtsprechung der 1. Kammer des VG Berlin², hat diese Problemstellung in einer der zahlreichen EdW-Entscheidungen umrissen.

Dort wurde bemängelt, dass das EAEG die bei der Erhebung von Sonderbeiträgen zu treffenden Entscheidungen nur ungenügend selbst steuere und in unzulässiger Weise dem Verordnungsgeber überlasse.

Diese Einschätzung könnte auch auf die Verordnungsermächtigung des § 12 Abs. 10 RStruktFG zutreffen, da die beitragspflichtigen Kreditinstitute nicht ersehen können, welche betragsmäßige Last auf sie zu kommt.

Aus unserer Sicht ist hier eine deutliche Konkretisierung in der Verordnungsermächtigung anzuraten. Bei der derzeitigen Fassung liegt es nahe, dass, ähnlich wie im Fall der derzeitigen Sonderzahlungen an die EdW, sämtliche Beitragspflichtigen das Verwaltungsstreitverfahren suchen und, trotz der Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 12 Abs. 8 Satz 3 RStruktFG, den Weg über den einstweiligen Rechtsschutz gehen werden.

Auf Gerichte und Behörden würde nach hiesiger Einschätzung ein erheblicher, nicht absehbarer, aber durchaus vermeidbarer Zeit- und Kostenaufwand zukommen.

² Etwa der Beschluss vom 17. September 2008, VG 1 A 74/0.

2. Doppelbelastungen bei Auslandsbezügen

Es liegt auf der Hand, dass Bankenabgaben in den verschiedenen Jurisdiktionen zu unerwünschten Doppelbelastungen führen. Der gegenwärtige Gesetzentwurf befasst sich nicht mit dieser Frage.

Soweit der politische Wunsch besteht, Doppelbelastungen zu vermeiden, läge es nahe, die im Rahmen der Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung längst eingeübten Verfahren der Freistellung oder Anrechnung zur Anwendung zu bringen.

3. Berechnungsgrundlage der Bemessungsgrundlage

Die Konkretisierung des Gesetzentwurfs durch den Diskussionsentwurf der Verordnung beschränkt die Berechnungsgrundlage der Jahresbeiträge auf Passiv- und Derivatepositionen.

Es lässt sich einwenden, dass bestimmte Kreditinstitutstypen, etwa solche die weitgehend über Eigenkapital finanziert sind oder ihre Bilanzsumme über Risikominimierungstechniken gering halten, hinsichtlich der Risikostruktur des Geschäfts über die Bilanzposition nicht zutreffend erfasst sind.

Es sollte daher erwogen werden, in geeigneten Fällen Ertrags- oder Aufwandspositionen aus der Gewinn- und Verlustrechnung in die Berechnungsgrundlage einzubeziehen.

Der Diskussionsentwurf für eine Verordnung über die Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute definiert die beitragsrelevanten Passiva als Gesamtsumme der Passiva abzüglich der Verbindlichkeiten gegenüber Kunden (Bilanzposition 2) und abzüglich des haftenden Eigenkapitals.

Es ist nicht klar, aus welchem Grunde sämtliche verbrieften Verbindlichkeiten (Passivposition 3), Treuhandverbindlichkeiten (Passivposition 4), die Rechnungsabgrenzungsposten (Passivposition 6) und Rückstellungen (Passivposition 7) zur Ausfüllung von § 12 Abs. 10 Satz 2 RStruktFG, geeignet sein sollen, das "Ausmaß der Ansteckungsgefahren, die bei einer Existenzgefährdung von einem Kreditinstitut auf die Gesamtheit der anderen Kreditinstitute ausgehen können"³ zu erfassen.

Die benannten Passivpositionen könnten deshalb differenzierter erfasst werden. Dies ist umso wichtiger, als es sich bei den Beiträgen um eine Lenkungsabgabe handelt, die aus verfassungsrechtlicher Sicht auch danach beurteilt wird, ob sie ihren Lenkungszweck erfüllen kann.

III. Nicht abziehbare Betriebsausgabe

Ferner stellt sich die Frage, ob die Aufnahme der Jahresbeiträge in die Liste der nichtabziehbaren Betriebsausgaben system- und interessengerecht ist.

Steuerrechtlicher Hintergrund ist, dass das objektive Nettoprinzip, unabhängig davon, ob man es als mit Verfassungsrang versehen ansieht, von einer Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ausgeht.

Eine Durchbrechung ist jedenfalls nur bei Vorliegen wichtiger Gründe zulässig. Es fragt sich daher, ob der Begründung des Gesetzentwurfs ein solcher Grund zu entnehmen ist.

Der Jahresbeitrag verfolgt, so die Gesetzesbegründung, eine Lenkungsfunktion.

³ S. 121 f. der elektronischen Vorabfassung.

Durch eine Änderung der Geschäftspolitik, etwa durch Verkürzung der Bilanz, könne das Kreditinstitut auch den Jahresbeitrag reduzieren.

Damit wäre die Neuregelung, wie verfassungsrechtlich geboten⁴, von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen.

Ob diese Entscheidung - Steuerung in Richtung Bilanzverkürzung - wirtschaftlich betrachtet nicht zum Fehlanreiz der Einschränkung der Kreditvergabe führen wird, kann hier nicht geklärt werden.

Jedenfalls ließe sich aus der eben beschriebenen gesetzgeberischen Entscheidung die Verfassungsgemäßheit der Nichtabziehbarkeit des Jahresbeitrages als Betriebsausgabe und damit der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips, rechtfertigen.

Der bisherigen Begründung ließ sich jedoch nicht entnehmen, in welchem Umfang diese - vielfach aufgeworfene - Frage im bisherigen Gesetzgebungsverfahren erörtert wurde.

IV. Weitere Überlegung zur wirtschaftlich durchsetzbareren Gestaltung der Jahres- und Sonderbeiträge

Neben den angesprochenen Umsetzungsfragen sollte noch erwogen werden, ob man die Jahres- und Sonderbeiträge nicht effizienter als aktivierungsfähige Vermögensgegenstände steuern könnte.

Der Gesetzgeber wäre etwa nicht gehindert, den Restrukturierungsfonds, wie der Name es schon nahelegt, als Sondervermögen zu gestalten, dessen Anteile

⁴ Etwa BVerfG, 2 BvL 1/07 vom 9.12.2008 Abs.-Nr.70.

von den beitragspflichtigen Instituten zu erwerben, zu aktivieren und nach allgemeinen handelsrechtlichen Vorgaben zu bewerten wären.

Dies hätte den Vorteil, dass die Kreditinstitute die Beiträge nicht als Betriebsausgaben zu behandeln hätten, diese also nicht aufwandswirksam würden. Ferner hätten die Beitragszahler ein eigenes wirtschaftliches Interesse, den Aufwand des Restrukturierungsfonds so gering wie möglich zu halten.

V. Systematische Überlegung mit Blick auf die bevorstehenden Änderungen der Einlagensicherungsrichtlinie

Im Gesetzgebungsverfahren ist deutlich geworden, dass die Beiträge zum Restrukturierungsfonds in der vorgesehenen Form die Kreditwirtschaft erheblich belasten werden.

Soweit man zusätzlich die bevorstehende Änderung der Einlagensicherungsrichtlinie einbezieht, vergrößern sich die Belastungsrisiken bestimmter Institutsgruppen, nämlich der kleinen privaten Institute.

Die systemrelevanten Kreditinstitute werden auf Grundlage des Restrukturierungsgesetzes jedenfalls insoweit gestützt, als ihre Einlagegläubiger keinen Ausfall ihrer Forderungen zu befürchten haben.

Die Änderung der Einlagensicherungsrichtlinie kann jedoch dazu führen, dass die private Einlagensicherung beim Bundesverband deutscher Banken in der bisherigen Form nicht mehr weitergeführt werden kann, insbesondere, dass eine Einlagensicherung jenseits von 100.000 Euro und für bestimmte institutionelle Anleger nicht mehr möglich sein wird.

Dies hätte, in Zusammenschau mit dem Restrukturierungsgesetz zur Folge, dass die kleinen, also nicht systemrelevanten, inländischen Kreditinstitute wegen des Wegfalls einer Einlagensicherung über den Betrag von 100.000 Euro hinaus, als Einlageschuldner bestimmter institutioneller oder privater, größerer Gläubiger nicht mehr in Betracht kämen und sich langfristig nur schwer in diesem Marktsegment behaupten könnten.

Diese Überlegung könnte schon jetzt, müsste jedoch spätestens bei der anstehenden Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes berücksichtigt werden.

* * *